

**LA MEDIAZIONE PRESA SUL SERIO.
NOTE SULLA SPERIMENTAZIONE DEL PROGETTO
NAUSICAA¹**

SOMMARIO: Premessa. – 1. Il Progetto Nausicaa: le origini. – 2. Una nuova fase. – 3. La mediazione demandata dal giudice: dall’invito all’ordine. – 4. Natura della mediazione e presenza delle parti *di persona*. – 5. Colloquio processuale e mediazione effettiva. – 6. Una quota rosa. – 7. La centralità della prima udienza *ex art. 183 c.p.c.* – 8. Scavare nei fatti. – 9. Una casa per la giustizia.

Premessa.

Nel cantiere delle riforme sulla giustizia civile, sempre aperto da vent’anni, anche la mediazione procede secondo un percorso non sempre lineare, nel tentativo di offrire un nuovo sguardo sui conflitti, una riflessione sull’accesso alla giustizia e quindi anche sulla giurisdizione, nella consapevolezza del carattere relativo dei sistemi di risoluzione delle liti. La individuazione degli ambiti della mediazione si accompagna anche alla domanda su quale sia il ruolo del giudice e dell’avvocato nel ventunesimo secolo. La riflessione sui conflitti, sul modo in cui le persone, le istituzioni e le professioni

¹ Il testo costituisce il capitolo 2 del volume *Volume collettaneo Mediazione su ordine del giudice a Firenze – Prassi, problemi e linee guida di un modello*, edito da Utet, nella collana *Un altro modo* curata da R. Caponi, P. Lucarelli e I. Pagni.

li affrontano è il grande tema ². Le regole procedurali dovranno essere rapidamente interpretate, rifinite; devono essere risolti in modo condiviso i problemi posti dal raccordo tra *iter* giudiziario e mediazione. Tuttavia, la sfida resta quella di non soffocare la mediazione nelle dinamiche processuali tipiche della giurisdizione e di usare come faro, criterio guida dell'esegesi normativa e delle buone prassi, la ragion d'essere della mediazione stessa: in altre parole, occorre *prenderla sul serio*.

1. *Il Progetto Nausicaa: le origini.*

Nel momento in cui si attraversa una tappa importante della sperimentazione attuata con il Progetto Nausicaa, mi pare utile rileggerne la storia partendo dai primi passi.

Il progetto Nausicaa nasce alla fine del 2009 come progetto sulla “conciliazione delegata dagli uffici giudiziari”. Allora si usava quell'espressione, oggi si parla di “mediazione demandata dal giudice”: già il linguaggio denota la strada percorsa, che, come tutti i percorsi di cambiamento, non è stata scevra di difficoltà, di inciampi, di silenzi. Nel progetto erano ricompresi, tra l'altro, un protocollo per affrontare alcuni snodi processuali e indicare buone prassi, e alcuni questionari rivolti a giudici, avvocati e mediatori. La firma del primo progetto avvenne il 1° dicembre 2009, nel Tribunale, allora situato nel centro della città, in piazza San Firenze. Enti firmatari erano l'Osservatorio sulla Giustizia civile di Firenze ³, la Regione Toscana, la Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Firenze, la Camera di Commercio di Firenze e l'Organismo di Conciliazione di Firenze – OCF. Già prima, il 29 ottobre 2009, il Protocollo d'intesa aveva ricevuto il sostegno del Presidente della Corte di Appello, del Presidente del Tribunale di Firenze, dell'Ordine degli Avvocati di Firenze e dell'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Firenze, che avevano siglato una lettera d'intenti di apprezzamento dell'iniziativa promossa dall'Osservatorio.

Si impegnavano a seguire e sostenere la sperimentazione della “concilia-

² Un tema che esige necessariamente una formazione multidisciplinare: si veda al riguardo il dialogo tra giuristi e soggetti esperti in altri saperi accolto nel volume, *Mediazione e progresso – persona, società, professione, impresa*, a cura di P. LUCARELLI e G. CONTE, Milano, 2012.

³ Sugli Osservatori, si veda in generale il volume collettaneo a cura di BERTI ARNOALDI VELI, *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011.

zione delegata dal giudice” secondo le linee del protocollo, con la diffusione del progetto, la partecipazione alle attività di formazione e informazione, compresa la creazione di sportelli informativi, auspicando che fosse possibile realizzarne almeno uno presso i locali del Tribunale. Anche nel progetto si prevedeva la creazione di “sportelli” informativi presso il Tribunale e la Corte d’Appello di Firenze con la presenza di personale specificamente formato sulla conciliazione.

Il progetto mirava al corretto impiego della mediazione, sistema ritenuto più adeguato della procedura giudiziaria per soddisfare gli interessi delle parti in certi tipi di conflitto. Non era ancora stato approvato il d.lgs. n. 28/2010, ma ci si richiama alla direttiva europea del maggio 2008 e in generale si partiva dall’idea, ribadita da numerosi fonti europee, secondo cui *«la qualità della giustizia non è monopolio dell’apparato giudiziario, ma il risultato di procedure per risolvere dispute che sono adeguate al caso»*.

Secondo le intenzioni dei firmatari del Protocollo d’intesa, la primissima fase del Progetto avrebbe dovuto concentrarsi sulla formazione e in generale sulla promozione di una «cultura della mediazione» tra tutti gli operatori coinvolti (magistrati e professionisti) nonché sulla successiva sperimentazione, i cui risultati sarebbero stati monitorati ed analizzati dall’Università. Il progetto fu presentato pubblicamente il 9 febbraio 2010, quando ancora non era stato approvato il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

Arrivato il decreto, fu necessario l’aggiornamento alla luce delle nuove norme, e il nuovo protocollo fu presentato, tra l’altro, ad un incontro di formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura il 24 febbraio 2011. Il Progetto è stato poi al centro dei lavori degli Osservatori sulla giustizia civile a livello nazionale (all’Assemblea di Torino del 2011, a quella Catania del 2012, a Rimini nel 2014), ha attraversato i tempi difficili delle questioni di costituzionalità della mediazione obbligatoria, lo *strano* periodo dopo la sentenza della C. Cost. n. 272/2012 e di nuovo ha affrontato le novità introdotte dal d.l. n. 69/2013.

Per la costante opera di aggiornamento, si è proposto di chiamarlo Progetto Penelope, tanti sono i fili tessuti e disfatti in questo periodo in tema di mediazione. In realtà, proprio la sperimentazione – a cui si richiamano espressamente le normative sulla mediazione – e il dialogo tra tante professionalità diverse hanno costituito il binario stabile dove è stato possibile accogliere le novità, gli arresti, i rallentamenti, le riprese. L’impegno sul piano culturale ha mantenuto la sua rilevanza a dispetto dei sommovimenti normativi e giurisprudenziali ed ha permesso di superare diffidenze o indifferenze tra le varie categorie coinvolte.

2. Una nuova fase.

Su questo binario si svolge la nuova fase, particolarmente importante, avviata dal 2013 grazie alla collaborazione del Laboratorio *Un Altro Modo* dell'Università di Firenze.

Tre sono gli aspetti che vorrei sottolineare perché ritengo che abbiano una rilevanza particolare: al di là dei risultati immediati, si tratta di iniziative che hanno il valore del seme: qualcosa di piccolo, destinato, se si avrà cura e pazienza, a dare molti frutti.

I. L'Ufficio di orientamento. Dopo molti anni, finalmente si è realizzata la previsione del 2009 circa l'apertura di un Ufficio di orientamento e informazione sulla mediazione nel Tribunale: al di là della concreta e utile attività dell'ufficio, va sottolineato il valore simbolico dell'apertura di un luogo destinato a promuovere una giustizia diversa da quella giudiziaria proprio nello spazio dedicato a quest'ultima. Una breccia che veicola un messaggio di pari dignità delle forme di giustizia mite e di apertura dell'istituzione rispetto all'esterno.

II. I borsisti della mediazione. Un punto qualificante di questo lavoro di approfondimento e ricerca è la collaborazione dei giovani borsisti dell'Università specializzati sul tema della mediazione, che hanno affiancato i giudici del Tribunale per l'analisi del contenzioso. I borsisti si sono trovati spesso ad interagire con i tirocinanti delle convenzioni *ex art. 37, d.l. n. 98/2011* con i quali era già stato avviato un percorso di formazione e di assistenza al giudice, con la previsione, tra l'altro, della redazione di una scheda del processo: la scheda indica, in estrema sintesi, la posizione dell'attore, la posizione del convenuto, eventuali vicende processuali rilevanti (ad es. tentativo già svolto di conciliazione). Con l'affiancamento dei borsisti l'analisi si arricchisce della sezione dedicata ai "*rilevi circa l'invio in mediazione*": questa sezione è quella dove, con un'attenzione particolare ai fatti, si possono dare indicazioni sull'opportunità o meno dell'invito. Ovviamente se la scheda è redatta in vista della prima udienza, i fatti sono quelli che emergono dagli atti scritti. All'esito dell'udienza si hanno molti elementi in più e la scheda si arricchisce della sezione relativa all'*esito dell'udienza*", che serve a verificare se si è andati avanti con l'invio in mediazione e per quali motivi; o se, invece, non sono emerse le condizioni per dare avvio all'invio.

Anche se l'esperienza è agli albori, ha già indicato una prospettiva: il contatto dei giovani borsisti con i tirocinanti, i funzionari di cancelleria, i giudici togati ed onorari alimenta anche sotto questo peculiare punto di vista (la soluzione del conflitto migliore per le parti) la sinergia che caratterizza l'Ufficio

per il processo: un modo diverso di lavorare negli uffici, fondato su rapporti di reciproca interazione e di collaborazione tra soggetti differenti per il raggiungimento di obiettivi comuni; sulla condivisione della riflessione (preziosa per il giudice monocratico, che ha perso quella offerta dalla camera di consiglio); sul coordinamento con le cancellerie, l'apertura verso le Università, i consigli dell'Ordine, gli enti locali.

Se intorno al giudice si delinea uno *staff* di sostegno, come avviene negli altri paesi europei, si evidenziano potenzialità imponenti di raccordo di tanti fattori che incidono sulla qualità della giurisdizione: dal controllo statistico dei ruoli alla costruzione progressiva della decisione, al miglioramento della comunicazione con le parti e il foro, alle banche dati, la semplificazione dei moduli di trattazione e decisorio – preziosi per l'appello – e, appunto, l'analisi qualitativa del contenzioso dove può utilmente svolgersi l'invito del giudice alla mediazione.

Avviato sperimentalmente a Firenze, l'Ufficio per il processo è stato di recente previsto per la prima volta sul piano normativo dall'art. 50, d.l. n. 90/2014, che introduce l'art. 16-*octies*, d.l. n. 179/2012⁴. Per ora, in verità, l'Ufficio per il processo è più un'affermazione che una realtà, dal momento che la previsione legislativa non si è accompagnata ad un indispensabile incremento dell'organico del personale amministrativo e alla radicale revisione dei tradizionali compiti di cancelleria; inoltre, è privo di consistenza il riferimento ai giudici onorari di Tribunale che, nell'attuale configurazione, costituiscono una risorsa del tutto disomogenea e instabile. Infine, non può negarsi che i tirocinanti abbiano esigenze formative che vanno soddisfatte perché il tirocinio *ex art. 73 cit.*, costituisce un titolo per l'accesso al concorso in magistratura, e quindi, vista la durata di 18 mesi, deve anche fornire gli strumenti per poterlo affrontare. Le esigenze formative rendono evidente che gli stagisti

⁴ La norma prevede che «sono costituite, presso le corti di appello e i tribunali ordinari, strutture organizzative denominate "ufficio per il processo", mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Fanno altresì parte dell'ufficio per il processo costituito presso le corti di appello i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 e seguenti del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e dell'ufficio per il processo costituito presso i tribunali, i giudici onorari di tribunale di cui agli articoli 42-*ter* e seguenti del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12».

non possono svolgere pienamente la funzione di assistenza al giudice che invece è fondamentale per gli uffici. Le esigenze del giudice o meglio “del processo”, richiedono anche assistenti stabili e pagati. La retribuzione rende il ruolo dell’assistente dignitoso e efficace, mentre la sostanziale gratuità dello *stage* è un ulteriore motivo per evitare di confondere figure diverse.

Tuttavia, di questa *equipe* ancora in divenire che chiamiamo Ufficio per il processo, dovranno far parte, oltre agli assistenti stabili, anche i tirocinanti, proprio per non perdere l’eredità più preziosa dell’esperienza degli *stages* e cioè l’occasione di “*formazione preliminare comune*” di magistrati e avvocati (aspiranti tali) e, in una dimensione inter-disciplinare, anche dei mediatori. La formazione dei tirocinanti deve dunque arricchirsi dei temi della mediazione: l’esperienza dei borsisti fiorentini ha dimostrato quanto sia utile offrire ai giudici l’esame del contenzioso non solo dal punto di vista strettamente tecnico-giuridico, ma anche sotto il profilo della mediabilità del conflitto, in vista dell’invio in mediazione *ex art. 5, d.lgs. n. 28/2010*. Anche per questa via, la giurisdizione e la mediazione divengono mondi che, pur diversi, sono comunicanti, almeno culturalmente.

III. Gli incontri di formazione nelle sezioni del Tribunale. Infine, nell’ambito della sinergia Tribunale, Osservatorio, Università una particolare efficacia va riconosciuta agli incontri organizzati dall’Università volti a sensibilizzare i giudici, il personale amministrativo e il foro. La collaborazione dell’Università ha permesso una prima analisi delle caratteristiche del contenzioso, a seconda delle materie: ad es. per le cause in materia ereditaria si nota la particolare qualificazione dei rapporti di natura personale, familiare o affettiva, di durata nel tempo; la frequente separazione tra l’oggetto del conflitto e l’oggetto della controversia. Anche per i diritti reali si assiste alla frequente dissociazione tra oggetto del conflitto – personale – e oggetto della disputa – giuridico. Nelle locazioni si è in presenza di un rapporto di durata e vi è frequentemente divergenza tra l’oggetto della controversia e gli interessi concreti delle parti, non sempre giuridicamente rilevanti: è particolarmente sentito il bisogno di una ventaglia di soluzioni più ampio e flessibile di quello che offre la disciplina normativa. Possono essere indicazioni per la mediazione l’esigenza di soluzioni flessibili e rapide specie in casi con dinamiche psicologiche complesse (ad es. affitti di azienda, in genere il campo societario), dove c’è bisogno di ascolto e riconoscimento del danneggiato (certe cause in materia di responsabilità extracontrattuale, specie in campo medico; ma anche in certe controversie bancarie). Gli incontri dedicati a ogni sezione del Tribunale hanno permesso di approfondire le tematiche specifiche della tipologia di contenzioso che i giudici erano chiamati a trattare, favorendo lo scambio di

osservazioni, riflessioni e bisogni e si sono rivelati un ottimo strumento per avvicinare i magistrati alla mediazione.

Quello che preme sottolineare è l'importanza della strada percorsa che è servita a creare l'*humus* su cui è stato possibile accogliere, come vedremo, la nuova disciplina della mediazione. Sono passati cinque anni, e deve darsi ragione a chi raccomandava di limitare la portata delle modifiche suggerite rispetto alla bozza del protocollo per «*facilitare la conclusione dell'iter redazionale, sacrificando esigenze individuali in nome della importanza "epocale" del Protocollo*»: epocale non per quello che diceva, ma perché, come tutti i protocolli degli Osservatori del resto, apriva la via a un metodo, quello del dialogo, su un tema dove il dialogo non era mai nato, non se ne sentiva nemmeno l'esigenza perché la mediazione, *allora*, sembrava un mondo a parte, poco conosciuto e estraneo al mondo della giustizia tradizionale.

3. *La mediazione demandata dal giudice: dall'invito all'ordine.*

È nel corso della collaborazione dell'Osservatorio con l'Università, che arriva novella introdotta dal d.l. n. 69/2013, e nell'ambito del Progetto Nausicaa si è provveduto ad aggiornare il Protocollo e ad elaborare alcune *Linee guida*. Queste ultime, varate all'indomani della novella, mirano essenzialmente a semplificare le questioni procedurali che possono porsi cercando tra l'altro di distinguere tra condizioni per la validità dell'accordo e condizioni relative all'assolvimento della condizione di procedibilità per i casi di mediazione obbligatoria (si vedano le *Linee* in appendice). Lo scopo era ed è quello di alleggerire quanto più possibile le questioni procedurali, per concentrare l'attenzione sulla natura e le finalità della mediazione. Attenzione che ispira anche le modifiche al *Protocollo* originario sulla mediazione demandata dal giudice, rese necessarie dalle novità normative. Se prima il giudice poteva "invitare" le parti ad esperire un tentativo di mediazione, il d.l. n. 69/2013 gli attribuisce il potere di "ordinare" tale esperimento, prescindendo dal consenso delle parti⁵. In tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e addirittura mantiene tale natura anche in sede di appello. Anche per la mediazione ordinata dal giudice vale il comma 2-*bis* dell'art. 5 e quindi la condizione di procedibilità si consi-

⁵ Conformemente alla previsione della Direttiva Ue n. 52/2008, art. 3, par. 1, lett. a) e art. 5, comma 1; v. anche i considerando nn. 12 e 13.

dera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si concluda senza l'accordo.

La previsione dell'art. 5, comma 2 rende efficace la possibilità di collegare il percorso mediativo rispetto a quello giudiziario e rilancia il progetto sulla mediazione demandata dal giudice che ha costituito un'occasione di "formazione sul campo" non ancora sfruttata sufficientemente dai magistrati e dagli avvocati.

La mediazione su ordine del giudice si presta in modo particolare all'individuazione di buone prassi condivise tra giudici, avvocati, e mediatori, affinché di tale potere del giudice sia fatto un buon uso. I criteri già elaborati circa l'invito a mediare da parte del giudice (a seconda della natura della causa, dei rapporti tra le parti e molti altri criteri) si sono rivelati molto utili: prima si affermava che il potere del giudice di invitare le parti in mediazione diventasse un dovere quando ne riscontrasse le condizioni e che quindi dovesse essere posta tutta l'attenzione nel verificare quando e perché la mediazione potesse essere consigliata. Nel momento in cui le parti perdono la facoltà di aderire o meno all'invito del giudice, a maggior ragione, visto che siamo sempre in presenza di un potere/dovere del giudice, dovremmo approfondire con la massima cura questo aspetto, affinché l'imposizione del giudice sia correttamente posta in essere e non arbitraria. Prima del d.l. n. 69/2013, avevamo osservato che solo se si instaurano relazioni di fiducia, il giudice è in grado di motivare le parti alla mediazione e può invitare in modo credibile al tentativo di conciliazione stragiudiziale. Ora che questo invito è diventato un'imposizione, ciò non cambia la sostanza di quanto andiamo dicendo: ci sarà sempre differenza tra un'imposizione che cala dall'alto, senza coinvolgimento delle parti, colloquio, ruolo persuasivo del giudice e dei difensori, e l'imposizione basata sul colloquio e la collaborazione tra giudice e parti. La *chance* di un uso corretto dell'istituto resta fondato non sull'imposizione immotivata, ma sulla persuasione delle parti, veicolata dalla specifica motivazione del provvedimento⁶ e dal colloquio processuale, altrimenti la mediazione sarà svilita e vissuta dalle parti come un inutile dilazione del percorso giudiziario da loro scelto.

⁶ Il Protocollo del Progetto Nausicaa prevede che il provvedimento del giudice di invio in mediazione sia succintamente motivato, con indicazione, con riferimento alla fattispecie concreta, dei motivi per cui il giudice ritiene opportuno inviare le parti dinanzi al mediatore.

4. Natura della mediazione e presenza delle parti di persona

Negli ultimi tempi la mediazione demandata ha conosciuto due importanti affermazioni da parte dei giudici: la necessità della presenza personale delle parti in mediazione e la necessità che quando il giudice ordina la mediazione questa sia svolta davvero e non possa essere limitata ad un preliminare incontro informativo. I primi provvedimenti in tal senso sono stati pronunciati dal Tribunale di Firenze⁷, queste affermazioni sono state poi recepite dal protocollo annesso al Progetto Nausicaa, nell'ultima versione, e sono poi stati seguiti da molti altri provvedimenti giudiziari analoghi⁸. Su questi temi si è discusso anche alla IX Assemblea degli Osservatori sulla giustizia civile di Rimini e può essere interessante conoscere la relazione di sintesi del gruppo di lavoro. In quella sede si è ritenuto che *«la mediazione delegata differisca sostanzialmente dalla mediazione obbligatoria per legge in quanto la mediabilità di astratto, quella stabilita dalla legge per un gruppo di materie, differisce dalla mediabilità in concreto, che viene stabilita dal giudice, caso per caso, se ne ravvisa i presupposti (...). E non può essere aggirato l'ordine del giudice con la presenza formale davanti al mediatore del procuratore della parte, il quale si limitati a dichiarare l'indisponibilità del cliente a procedere con la mediazione. È necessario che le parti compaiano personalmente davanti al mediatore, per avviare quel dialogo indispensabile nel procedimento di mediazione»*⁹.

I provvedimenti giudiziari sono commentati in uno specifico contributo di questo volume e mi limito qui ad indicare il retroterra di questo orientamento. In generale, i provvedimenti nascono dallo studio delle norme, dalla riflessione sulle prassi, dall'interpretazione e ricostruzione delle regole: oggi, che ci piaccia o no, il sistema delle fonti è molto cambiato, come dice da anni Paolo Grossi¹⁰. La legge non riesce a stare al passo con una società in "rapida corsa"; il giurista, volente o nolente, deve riempire lacune, rimettere ordine dove c'è disordine (sappiamo tutti quante contraddizioni e aporie si trovano nei te-

⁷ T. Firenze, sez. II, ord., 19 marzo 2014; Trib. Firenze, sez. specializzata imprese, ord., 17 marzo 2014 e ord., 18 marzo 2014, tutte in *Mediazione e processo*, a cura di M. MARINARO, Roma, 2014.

⁸ T. Roma, ord., 30 giugno 2014, in www.101mediatori.it; T. Bologna, ord., 5 giugno 2014, in www.adrmaeremma.it; T. Rimini, ord., 16 luglio 2014; T. Palermo, ord., 16 luglio 2014, in www.osservatoriomediazione.it.

⁹ V. il *Report* e gli altri materiali in www.osservatoriogiustiziavilimerimini.it.

¹⁰ P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, XI-XII.

sti di legge, siamo sempre intenti alla ricostruzione “molecolare” della regola giusta per quel caso, estratta dal *caos* normativo). Il retroterra è costituito anche dal fenomeno sostanziale su cui le regole incidono. La mediazione è un metodo nuovo di soluzione dei conflitti, che per i giuristi è un po’ *strano*: devono rinunciare alle loro impalcature, ai loro schemi, creati per “dare giustizia” nel modo migliore che conoscono, per affidarsi a qualcosa di ancora poco conosciuto e definito. È una difficoltà comprensibile. Ora la legge parla di mediazione e consente al giudice di imporre un tentativo di *mediazione*. Per ridare ordine, nel senso a cui accennavamo prima, per ricostruire un sistema credibile, dobbiamo aver chiaro il messaggio principale che la mediazione ci trasmette: è un messaggio rivolto principalmente alle persone, l’offerta per loro di un’occasione di consapevolezza delle dinamiche profonde dei propri comportamenti e di responsabilizzazione. La mediazione, in primo luogo, vuole restituire la parola alle persone, finora inserite in un sistema che le disattiva, magari a fini protettivi, ma che comunque le considera “*poco capaci*”.

Il ruolo tradizionale di giudici e avvocati porta a togliere la parola alle parti; se la logica è puramente tecnico-giuridica, quello che le parti dicono o vorrebbero dire può essere addirittura d’intralcio. Oggi però il panorama è – o dovrebbe essere – completamente rovesciato: il giudice non è un liquidatore di conflitti, così come l’avvocato non è un condottiero che va alla pugna; le persone non sono soggetti incapaci di gestire i propri conflitti, ma sono proprio loro che, per prime, dovrebbero essere in grado di riconoscere, “*leggere*” i conflitti in cui sono coinvolte, divenire autrici del percorso di soluzione, giudiziario o meno.

È la natura della mediazione, dunque, che richiede la presenza delle parti, per permettere l’indispensabile interazione tra queste e il mediatore, con uso di abilità e competenze varie da parte di quest’ultimo: particolarmente rilevanti quelle volte a riaprire un dialogo tra le parti, a riattivare una comunicazione interrotta, che richiedono un contatto personale e l’ascolto. È dunque un momento in cui solo la presenza delle parti può consentire al mediatore di svolgere una vera mediazione: si pensi all’importanza del linguaggio non verbale. Negli incontri di formazione sulla mediazione, si sottolinea giustamente l’importanza della percezione e delle emozioni nei conflitti: occorre «*ricoscerle, denominarle, padroneggiarle, entrare in risonanza con il mondo dell’altro*». Si tratta di aspetti relazionali che sicuramente riguardano anche i rapporti tra avvocati e clienti, tra avvocati e giudice, avvocati e mediatore; ma la mediazione si fonda sull’empatia (dal greco *en* e *patheo*, ossia “dentro” e “sentire”) e questa impone un contatto tra il mediatore e le persone parti del conflitto.

Inoltre, il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, anche i sentimenti dei soggetti coinvolti, e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque, non dimentichiamo assistono, obbligatoriamente la parte). Ritengo per questo che non sia possibile applicare analogicamente le norme che, “*nel processo*”, consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali. La mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l’attività che porta all’accordo ha natura personalissima e non è delegabile. Dobbiamo aver chiara la differenza tra mediazione e processo, ma anche tra mediazione e transazione.

Il giudice, naturalmente, valuterà caso per caso se la mancata presenza personale sia giustificata: la procura data a un terzo nei casi di impedimento sarà bene una giustificazione alla mancata presenza personale; con il procuratore sarà pur sempre utile avviare una procedura che non sarà “vera” mediazione, ma magari sarà utilissima. Nel caso di persone giuridiche, non sarà richiesta la presenza dell’amministratore delegato, ma di un procuratore informato della vicenda e in grado di disporre dei diritti e degli interessi dell’ente. In questa fase storica, dobbiamo essere pragmatici ed *ecumenici*, ma l’orizzonte deve rimanere alto.

5. Colloquio processuale e mediazione effettiva.

Un’altra affermazione importante dell’orientamento giurisprudenziale ricordato, recepito dal Protocollo del Progetto Nausicaa, si riferisce alla necessità che la mediazione demandata dal giudice sia *effettivamente* svolta: i difensori non possono limitarsi a presentarsi dinanzi al mediatore solo per ricevere informazioni e manifestare l’indisponibilità ad andare avanti con la mediazione.

Al di là della motivazione tecnica di questo orientamento (rinvio al riguardo ai provvedimenti e al contributo che segue), vorrei sottolineare la necessità di collegare l’orientamento interpretativo in parola al contesto complessivo in cui l’invio deve avvenire. Se è vero, come dicevamo, che l’ordine del giudice non deve calare dall’alto, ma deve essere discusso con i difensori e, se presenti, con le parti; se è vero che sono parti e difensori che possono aiutare il giudice a valutare se la lite è “mediabile”, vuol dire che l’invio in mediazione avviene dopo un colloquio processuale nel quale già si sviscerano i profili relativi sia alla natura della mediazione, sia alla sua utilità in quel caso.

Un confronto trasparente e ragionato sul materiale processuale nella fase

preparatoria è possibile anche nel nostro modello processuale ed è il principale strumento non solo per un processo celere e giusto, ma anche per la soluzione che le parti possono ritrovare attivando la propria autonomia. Questo modo di trattare le controversie sarebbe grandemente favorito dalla possibilità del lavoro in *equipe*, di cui abbiamo parlato in precedenza: il sostegno al giudice favorisce l'analisi della mediabilità del conflitto, analisi che ha un ulteriore "test" nel colloquio processuale che si svolge in udienza; un colloquio che deve essere adeguatamente preparato, non solo sulle questioni giuridiche, ma anche sulle *chances* di mediazione, e dunque non solo sui diritti e le questioni giuridiche, ma anche sugli interessi delle parti, per quel tanto o quel poco che possono emergere già dagli scritti difensivi.

Se questo è il contesto in cui si opera, appare estremamente riduttivo l'invio del giudice in mediazione volto solo ad assumere informazioni dal mediatore.

Se già emerge con chiarezza la reale e specifica impossibilità di mediare una lite, il giudice non può imporre la mediazione. Questo è un rischio molto attuale, perché la situazione ingestibile della domanda di giustizia, in assenza – almeno fino ad ora – di scelte del potere politico per un investimento serio sull'organizzazione e una revisione dei compiti affidati alla giurisdizione, porta alla cd. *giurisprudenza difensiva*. La mediazione demandata non è però un sistema deflativo (può avere un effetto indiretto deflativo, anche rilevante, ma non la ragion d'essere). Dunque, la mediazione non deve essere – né deve essere percepita – come una minaccia perché questo altera la dinamica che segue l'invio, con il rischio che le parti vadano in mediazione solo perché "costrette" e che lo stesso mediatore si senta obbligato a "un risultato" per rispondere all'aspettativa del giudice.

Per un impiego corretto della mediazione occorre partire dall'idea che non sia la soluzione per decongestionare la giustizia civile (di cui pure abbiamo un grande bisogno), oppure un nuovo settore nel mercato dei servizi, ma la ricerca di *una nuova centratura della giustizia*: mettere al centro le persone, i cittadini, per far crescere la cultura della conciliazione, della ricostruzione dei legami comunitari e della regolazione pacifica dei rapporti sociali.

Proprio questa nuova centratura, però, se da un lato esclude le sanzioni minatorie, dall'altro impone di *prendere la mediazione sul serio*: solo un tentativo effettivo, alla presenza delle parti oltre che dei difensori, costituisce una seria possibilità offerta alle persone ed è rispettoso di una ricostruzione teleologica del sistema normativo.

Inoltre, ed è questione della massima importanza, solo se si affermerà la necessità della presenza effettiva delle parti in mediazione e dello svolgimento

di un tentativo effettivo avrà senso monitorare l'efficacia della mediazione. Altrimenti ogni monitoraggio sarà privo di significato perché effettuato, non sulla mediazione, ma su una sua parodia¹¹. Occorre dunque restituire alla mediazione la dignità che le spetta: e restituirla agli avvocati, che assistono la parte nella mediazione, accettando la sfida professionale di re-inventarsi un ruolo diverso da quello tradizionale; al giudice, che rinvia la causa perché è convinto che questa scelta sia migliore per le parti; infine ai mediatori, formati per svolgere mediazioni e non per sottoscrivere attestati.

6. *Una quota rosa.*

Si dice che il vero punto critico della disciplina attuale sia l'obbligatorietà della mediazione, perché le parti dovrebbero essere libere di scegliere se andare o meno in mediazione.

Penso che sia necessaria una riflessione. Se l'ordinamento non assicura un effettivo e qualificato servizio per la mediazione, non vi è nessuna possibilità di scelta: in tal caso, la parte è *costretta* ad adire la giurisdizione per qualunque litigio, anche per quelli per cui la giurisdizione non appare un metodo adeguato. Penso che l'obbligatorietà possa giustificarsi solo ed esclusivamente in una prospettiva "promozionale" e debba avere un tempo limitato (come in effetti ha secondo il decreto n. 28): dobbiamo riconoscere che solo con l'introduzione dell'obbligatorietà si è iniziato in Italia a parlare di mediazione; lo scopo dovrebbe essere di avviare un sistema in cui dell'obbligatorietà si potrà e si dovrà fare a meno perché sin dall'inizio potrà essere scelta la via mediativa.

Questa dell'obbligatorietà è dunque una specie di *quota rosa*, un'azione positiva che l'ordinamento svolge a favore di una categoria svantaggiata. Ma con lo scopo del bene comune, non di quella categoria.

L'orizzonte, a mio avviso, è quello di garantire alle persone una pluralità di sistemi di risoluzione delle liti, e sviluppare i modi amichevoli di soluzione delle controversie.

¹¹ Appaiono particolarmente preziosi i monitoraggi effettuati nell'ambito del Progetto Nausicaa, pubblicati nel cap. 4 di questo volume, anche perché considerano mediazioni effettivamente svolte.

7. La centralità della prima udienza ex art. 183 c.p.c.

L'art. 5, comma 2, ci dice che occorre *valutare la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti*. Le indicazioni vanno lette in filigrana, per far emergere il principale obiettivo della valutazione: il giudice deve essere consapevole del modo in cui la parte percepisce il conflitto, cosa significa per lei, in quale ambito di relazioni si collochi: devono emergere i suoi interessi, l'eventuale *iceberg* sottostante, altri conflitti connessi.

La mediazione ripropone un tema centrale per il buon andamento del processo civile e cioè la grande importanza della fase preparatoria del processo e la trattazione della prima udienza. In questa fase si può sfrondate il procedimento dal *troppo e il vano*, si può delimitare la materia controversa e programmare gli sviluppi successivi secondo un *iter* calibrato sulle specificità della singola controversia anziché su moduli meccanici e astratti, uguali per tutti¹²; e in questa fase preparatoria si può anche sollecitare la consapevolezza che alla base della controversia vi è una crisi di cooperazione delle stesse parti che potrà essere risolta anche – probabilmente meglio – con accordi amichevoli, rinunciando a sottolineare torti e ragioni.

Lo snodo fondamentale è dunque il momento dell'udienza *ex art. 183 c.p.c.* e il raccordo con il tentativo di conciliazione giudiziale che il giudice potrebbe disporre per tale udienza o quella successiva.

L'art. 185 *bis* c.p.c. introdotto dal d.l. n. 69/2013 prevede che il giudice possa formulare una proposta transattiva o conciliativa alla prima udienza ovvero sino a quando l'istruttoria è esaurita. La disposizione costituisce un forte richiamo ad un intervento attivo del giudice nel processo nella piena collaborazione con i difensori. La proposta infatti presuppone lo studio del fascicolo preventivo da parte del giudice, il colloquio con i difensori, il contatto con le parti, il recupero dell'oralità del processo. Vale dunque a sanare quel distacco tra parti e giudice che si è incrementato con la eliminazione del tentativo obbligatorio di conciliazione (operata dalla novella del 2006) e che invece va valorizzato anche al fine di ristabilire quel sentimento di fiducia su cui poggia la legittimazione dell'attività giudiziaria, secondo quanto sottolineato spesso anche dalla Commissione Europea per l'efficienza dei sistemi giudiziari (CE-

¹² Nella prima udienza potrebbero innestarsi moduli differenziati, mentre la prassi per il processo ordinario registra spesso una meccanica concessione dei termini per le memorie scritte *ex art. 183, comma 6*. Al riguardo, mi permetto di rinviare al mio contributo *Il processo di cognizione dopo la legge 28.12.2005, n. 263: un processo a raggiera?*, in *Giur. it.*, 2006.

PEJ). Su questa norma può dunque innestarsi la mediazione ordinata dal giudice, visto che, per l'esperienza di questi ultimi anni, la maggior parte delle mediazioni su invito del giudice sono state generate dal tentativo di conciliazione del giudice, magari rivelatosi insufficiente ai fini conciliativi, ma propeudico rispetto alla mediazione stragiudiziale endo-processuale.

Gli esempi che possono trarsi dalla prassi attuativa del Progetto Nausicaa rivelano un interessante intreccio tra processo e mediazione. In molti casi, la fase pre-processuale di mediazione obbligatoria, non è risultata un elemento ostativo ad un invio in mediazione, come potrebbe apparire in astratto, in quanto tale fase si era svolta in modo non effettivo e senza la partecipazione delle parti. In tali casi, si è rivelato utile riprendere la prospettiva di accordo amichevole con un tentativo di conciliazione giudiziale, prospettando alle parti anche quali sarebbero stati i futuri incombenti processuali. Altre volte, si è riscontrata l'utilità della conciliazione giudiziale, perché il conflitto nasceva da pretese economiche non soddisfatte o per impossidenza finanziaria (e allora si era rivelato determinante verificare come bilanciare altri aspetti rispetto alla remissione del debito), oppure per divergenti interpretazioni in diritto del contratto: in questi casi il giudice, insieme ai difensori, può discutere dell'alea processuale a seconda che vengano adottate le varie interpretazioni possibili o la *chance* di prova dei fatti. La valutazione ragionata del giudice sul materiale processuale è un fattore importante per le parti per meditare sull'opportunità di concludere l'accordo.

Se invece prevalgono profili della relazione andati in crisi, allora è del tutto evidente l'impotenza del giudice di portare sino in fondo, in modo fecondo, il tentativo di conciliazione, perché non ha le competenze – e nemmeno il tempo – per riattivare la comunicazione tra le parti a qualche livello. Quello che può fare il giudice, però, è far riflettere la parte su questo aspetto della lite che è fondamentale per la soluzione del conflitto, cioè la rottura della relazione, l'incapacità conseguente di cooperazione. Un esempio tipico di questo tipo di controversie è dato da quelle che formalmente riguardano contratti tipici o meno (si pensi al comodato immobiliare), ma che invece nascondono liti di tipo para-familiare legate alla dissoluzione del rapporto di coppia. L'indicazione qui è l'invito alla mediazione stragiudiziale.

Il circuito di riflessione-sperimentazione-riflessione è solo agli inizi ma si rivela molto proficuo. Lo snodo centrale, a mio avviso, resta il dialogo tra conciliazione giudiziale e mediazione stra-giudiziale delineato anche nel Protocollo del Progetto Nausicaa: non perché si tratti dello stesso metodo, ma perché sono attraversate dalla stessa cultura conciliativa: anche il tentativo di conciliazione giudiziale è l'unico momento informale in cui si possono instau-

rare relazioni di fiducia e si può far emergere il conflitto dai paramenti della controversia giuridica in cui si è presentato nell'aule del Tribunale; è per questo che la conciliazione tentata dal giudice può preparare l'invio in mediazione; oppure, che la riattivazione della comunicazione tra le parti, l'abbassamento del livello di conflitto può favorire la successiva conciliazione in giudizio, anche in caso di fallimento della mediazione endo-processuale.

8. *Scavare nei fatti.*

Una conclusione che si trae dalla sperimentazione sin qui avviata è che, per un invio corretto in mediazione, occorre che giudice e difensori “*scavino nei fatti*” e questo comporta una modificazione del modo tradizionale di affrontare le liti civili: di solito, i giuristi tendono a privilegiare gli aspetti in diritto, la c.d. fattispecie, i problemi di qualificazione. Sono tutte operazioni utili, ma per verificare se la controversia debba essere inviata in mediazione, il diritto ci dice poco: qualcosa, ma non tutto. È la realtà fattuale quella dove si annida l'interesse della parte, che ben può essere diverso dall'interesse tutelato dalla posizione di diritto. Sempre lo storico Paolo Grossi, per fornirci una chiave per comprendere la non facile transizione che stiamo vivendo, ci avverte che il diritto come dimensione formale sovraordinata rispetto ai fatti ha ceduto alla riscoperta della *fattualità* del diritto, che permette il riavvicinamento tra diritto e giustizia¹³.

La vicinanza alle persone rende i professionisti particolarmente vocati (specie gli ad-vocati) al ruolo di rilevatori della dimensione *fattuale* (Grossi aggiungerebbe: “carnale”), del diritto. La *responsabilità sociale* della professione forense [già enunciata nel codice deontologico europeo sin dal 1988 e nelle Linee Guida del CCBE (Consiglio degli ordini forensi europei) del 2002], è legata a questa opera di scavo nei fatti umani e sociali: sono gli avvocati che per primi selezionano i casi, indagano, prospettano soluzioni dentro e

¹³ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio Magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, 73: «Il castello murato edificato con tanta cura dai nostri padri, con le mura impastate e cementate di legalismo e formalismo, allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente, diritto e giustizia, essendo – questa – misura di uomini carnali e di fatti carnali; e la giustizia è restata un traguardo irraggiunto. Se i giuristi, all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse stiamo procedendo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia».

fuori delle corti affinché si innalzi il livello di tutela dei diritti e dei bisogni. Credo che il contatto dell'avvocato con il mondo della mediazione dovrebbe essere segnato da questa prospettiva, sia come assistente della parte in giudizio, nel processo e nello snodo che può far deviare il processo verso la mediazione, sia come mediatore, sia come avvocato che assiste la parte dinanzi al mediatore. Il giudice conosce i fatti attraverso filtri: il colloquio processuale con gli avvocati o l'interrogatorio libero delle parti, che però, per quanto *libero*, non avrà mai quei profili di riservatezza e di affidamento che ha il contatto tra difensore e parte. Il ruolo dell'avvocato non risulta dunque affatto sminuito, o defilato, ma è un ruolo protagonista di questa sperimentazione.

9. *Una casa per la giustizia.*

Oggi la domanda di giustizia è diventata *totale*, si riversa nella giurisdizione la più disparata conflittualità senza nessuna attenzione al tipo di conflitto, senza una seria delimitazione della domanda e senza interventi di governo di questa domanda.

Favorire la mediazione vuol dire anche governare la domanda di giustizia, incanalarla per la via migliore: questo potrà avere effetti deflativi del contenzioso, ma solo perché attualmente vi è un eccessivo e indiscriminato afflusso nella giurisdizione.

Il progetto Nausicaa è un progetto che si radica nel DNA degli Osservatori sulla giustizia civile, abituati a esaminare i problemi e cercare le soluzioni sotto i punti vista di tutti gli operatori della giustizia: avvocati, magistrati e funzionari di cancelleria e altri soggetti coinvolti, per una costruzione critica della giurisdizione in un'ottica non limitata alla visione separata delle singole professioni, ma estesa alla considerazione dei reciproci rapporti. In questa cultura delle relazioni che alimenta l'esperienza degli Osservatori ben si inserisce un progetto, quale quello sulla mediazione demandata, che allarga la visuale, incontra altre professionalità, altri mestieri che ben possono trovare spazio nella galassia delle tutele.

Anche questa iniziativa si collega all'idea di fondo più innovativa degli ultimi anni di riflessione sulla giurisdizione: non il potere di una casta (così spesso i cittadini percepiscono la funzione giurisdizionale), ma un servizio pubblico reso non solo da magistrati, ma anche dagli avvocati e dai funzionari

di cancelleria. Anzi pensare alla Giustizia come un bene comune¹⁴ di cui tutti sono corresponsabili, anche professionalità diverse da quelle tradizionalmente dedite, ed anche gli stessi cittadini, responsabilizzati a non delegare subito all'apparato statale la soluzione del conflitto, ma invitati a scegliere e decidere la sorte del conflitto insieme all'altra parte.

La mediazione si inserisce nella discussione sull'accesso alla giustizia e realizza un principio cardine della giustizia del XXI secolo, quella della prossimità, in senso attuale meglio declinabile come "accessibilità", tecnologica o geografica a seconda dei casi. Per assecondare questa trasformazione epocale del modo di concepire la regolazione dei conflitti appare necessario ripartire dalle fondamenta e dunque, ben prima che la liti approdi in Tribunale, occorre lavorare nelle scuole e nelle università, rivedendo in modo particolare la formazione offerta dalle Scuole di Giurisprudenza.

Il primo progetto Nausicaa fu sottoscritto in Tribunale e mi parve importante, sia per il sostegno concreto all'opera di formazione e informazione che costituiva la prima fase del progetto, sia per l'icona offerta: quella di una casa della giustizia costruita da tutti, dove ognuno mette il suo mattoncino. Un significato simile a quello del logo del progetto Nausicaa con la nave dalla vela composta di tanti tasselli che ben mette in luce l'idea di fondo: per lo sviluppo di una cultura della mediazione che possa radicarsi nella società, c'è bisogno della sinergia di tutti gli operatori, gli enti e i soggetti che sono coinvolti nella gestione delle relazioni e dei conflitti che le attraversano.

Bibliografia

G. BERTI ARNOALDI VELLI, *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011.

P. GROSSI, *Introduzione al novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, XI-XII.

P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Lectio magistralis letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007.

P. LUCARELLI, *Mediazione e progresso – persona, società, professione, impresa*, a cura di P. LUCARELLI e G. CONTE, Milano, 2012.

M. MARINARO, *Mediazione e processo*, Roma, 2014.

¹⁴ La IX Assemblea degli Osservatori svoltasi a Rimini il 30 maggio-1° giugno 2014 si intitolava appunto "Giustizia bene comune".

