ISSN 2282-1945

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

La riforma della giustizia civile e le A.D.R.

I NUMERI della MEDIAZIONE

Organismi di mediazione	936*
Enti di formazione	390*
Costo mediazione	3,4%**
Costo giudizio	29,9%**
Numero mediazioni	315.681***
Accordi/procedimenti	11,96%***
Procedimento mediazione con accordo raggiunto	62 gg****
Successo al tavolo	28,2%****
Mancata partecipazione	60%****

(*) Ministero della giustizia (al 01.10.2014 al netto degli organismi ed enti cancellati)
(**) Unioncamere (dati al 30.09.2012)
(***) Nostra elaborazione su dati Ministero della giustizia dal 21.3.2011 al 31.3.2014
(****) Ministero della giustizia (dati 1° trim. 2014)

L'istituto della mediazione civile nella responsabilità medica

di Piero Sandulli

In questo numero anche

il Punto su *la* **MEDIAZIONE** ***di Giancarlo Triscari***
Il nuovo istituto della negoziazione assistita

la **MEDIAZIONE**

& Formazione di *Maria Martello, Giuseppe Marsoner*
& Penale di *Elisabetta Sanesi*
& Normativa e giurisprudenza

Una nuova materia di ricerca scientifica interdisciplinare: la "Consensuologia"

di Mario Quinto

Anno II • N. 7 • Ottobre-Dicembre 2014

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

PERCHÉ È NECESSARIA LA RIVISTA la MEDIAZIONE

1. **Perché** fornisce una completa informazione su tutte le materie che interessano i mediatori, i formatori, gli organismi di mediazione e gli enti di formazione.
2. **Perché** è un prezioso organo di collegamento fra il mercato e la Vostra realtà, fra il diritto e la pratica. Tutte le materie vengono trattate in funzione dei loro aspetti applicativi e delle problematiche che devono essere affrontate quotidianamente. Inoltre il taglio interdisciplinare offre nuovi elementi di informazione e documentazione e apre nuove frontiere di pensiero e di manovra.
3. **Perché** ogni tre mesi pubblica articoli su argomenti economico-aziendali e giuridico-fiscali ed inoltre dà notizia dei più importanti provvedimenti normativi e giurisprudenziali.
4. **Perché** in ogni numero saranno riportati dati sul mercato della mediazione.
5. **Perché** è la prima e unica rivista indipendente del settore.
6. **Perché** è la prima e unica rivista ad avere un comitato scientifico indipendente.

Ed inoltre

7. **Perché** sui numeri della rivista troveranno spazio supplementi di approfondimento sulla mediazione curati da esperti del settore.

Come abbonarsi:

- Visitando il nostro sito **www.rivistalamediazione.it** e seguendo le indicazioni riportate nella sezione Abbonamenti.
- Inviando un'e-mail a: abbonamenti@rivistalamediazione.it comunicandoci i Suoi dati (nome, cognome, indirizzo fiscale, luogo di spedizione, codice fiscale e partita iva) ed allegando la ricevuta di pagamento dell'abbonamento.

EDITORIALE di Marco Ceino 3

la **MEDIAZIONE** ***News***

CNDCEC a via Arenula 4
Ministero della Giustizia - *I dati al 31.03 2014* 4
Rapporto ADR in Italia - *VII Rapporto ISDACI* 5
Convegni - *Avvocatura e ADR - Presentazione UNAM* 6

il Punto su *la* **MEDIAZIONE** ***di Giancarlo Triscari***

Il nuovo istituto della negoziazione assistita 7

la **MEDIAZIONE** ***& Normativa***

L'istituto della mediazione civile nella responsabilità medica di Piero Sandulli 14

la **MEDIAZIONE** ***& Consenso***

Una nuova materia di ricerca scientifica interdisciplinare: la "Consensuologia" di Mario Quinto 19

la **MEDIAZIONE** ***& Formazione***

La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna di Maria Martello 30

Mal di mediazione di Giuseppe Marsoner 45

la **MEDIAZIONE** ***& Penale***

La mediazione penale di Elisabetta Sanesi 48

la **MEDIAZIONE** ***& Normativa e giurisprudenza***

Decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132. *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile* 54

Decreto 4 agosto 2014, n. 139. *Regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010.* 57

Tribunale di Palermo - Disposizione del Giudice Michele Ruvolo 58

Tribunale di Rimini - Sentenza del Giudice Dario Bernardi 62

Appunti sintetici per conoscere meglio il nuovo istituto della negoziazione assistita (*a cura di Roberto Nicodemi*) 63

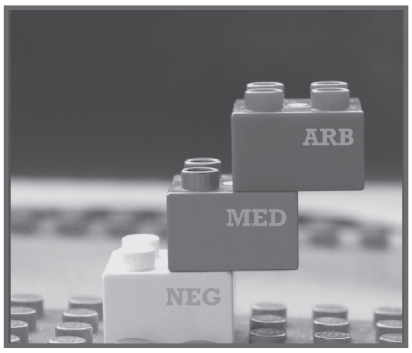


Foto di copertina: Giuseppe Marsoner

Direttore responsabile
Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

Comitato scientifico
Giuseppe Buffone, *magistrato*
Monica De Rita, *Camera Arbitrale di Roma*
Piero Sandulli, *avvocato, docente di Diritto di procedura civile presso l'Università degli Studi di Teramo*
Giuseppe Tinelli, *avvocato, ordinario di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Roma Tre*
Giancarlo Triscari, *magistrato*

Hanno collaborato a questo numero
Giuseppe Marsoner, Maria Martello, Roberto Nicodemi, Mario Quinto, Piero Sandulli, Elisabetta Sanesi, Giancarlo Triscari

Redazione
Via Dardanelli, 33
00195 Roma

Copyright © 2014

Lombardo Editore
www.lombardoeditore.it
infolombardo@lombardoeditore.it

Proprietà della testata: Marco Ceino

Riservati tutti i diritti. Testi e immagini: vietata la riproduzione, anche parziale
Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 319/2012, 7.12.2012

Stampa: Tipografia l'Artistica Pg

EDITORIALE

La riforma del processo civile e le ADR: quale futuro?

Nelle ore in cui stiamo andando in stampa si stanno svolgendo nelle commissioni parlamentari i lavori di conversione in legge a riguardo della "negoziazione assistita" e del "trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria". I provvedimenti sono contenuti nel decreto legge 12 settembre 2014 n. 132 che titola "Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile".

I provvedimenti, stante agli organi di stampa nazionale, sono il risultato di consultazioni condotte tra il Ministero della giustizia e l'Avvocatura. Una prima lettura del testo pone in essere alcuni interrogativi quali: la negoziazione delle controversie, assistita da professionisti specializzati, non è già svolta dalle parti in conflitto prima di adire alle azioni legali? quale necessità ha il legislatore di introdurre una specifica normativa? le parti non potevano già ricorrere spontaneamente ad una risoluzione della controversia mediante l'attivazione di una procedura arbitrale? La negoziazione assistita rappresenta la duplicazione di una virtuosa attività legale già svolta e il trasferimento del contenzioso alla sede arbitrale è di difficile proponibilità per via dell'acquisizione del consenso congiunto delle parti in quella sede.

Avrei preferito, invece, una riforma armonica nell'ambito delle procedure e tecniche di risoluzione delle controversie in via extragiudiziale che tenesse conto degli aspetti giuridici in conseguenza di quelli negoziali. Non dimentichiamoci che la finalità dell'introduzione di soluzioni alternative alla giustizia civile è il raggiungimento dell'accordo delle parti in lite.

Un testo unico nell'ambito delle procedure extragiudiziali dovrebbe raccogliere e coordinare i diversi provvedimenti che sono riconducibili alle così dette A.D.R. (Alternative Dispute Resolution) ed in particolar modo alla negoziazione assistita e alla mediazione civile e commerciale. Tali procedure si sono diffuse, nel mondo anglosassone e americano (Centro e Sud America compresi), per l'elevata incidenza di risoluzione consensuale dei conflitti. Le tecniche utilizzate sono prevalentemente riconducibili al Metodo Harvard, frutto delle ricerche ed analisi del Program on Negotiation presso la Harvard Law School. Trattare una lite attuale o potenziale con l'utilizzo di tecniche semplificate (anche se sofisticate), il no a formalismi e il contenimento di costi e tempi di risoluzione permettono di conseguire obiettivi quali: riduzione dei costi e dei tempi della controversia, miglioramento della qualità degli accordi, aumento dell'efficienza dei tribunali, offerta di un valido strumento di internazionalizzazione e in Italia potrebbe rappresentare anche una nuova opportunità professionale.

L'assistenza professionale deve tendere a negoziazioni più efficienti nella risoluzione dei contratti come nella stipulazione degli accordi. Le tecniche di negoziazione dovrebbero anche essere utilizzate nella normale assistenza contrattuale.

La mediazione interviene quando le parti, anche assistite da negoziatori, non sono in grado di raggiungere un accordo, e quindi si crea la necessità di un professionista terzo e neutrale. È utile sottolineare che la mediazione, oggi regolamentata per legge in Italia, in realtà nel mondo è considerata soltanto una negoziazione facilitata dall'intervento del mediatore per raggiungere un accordo.

In conclusione la nuova negoziazione assistita non potrà sostituire la mediazione civile e commerciale, ma anticiparla. Si ricorre al terzo neutrale quando le parti non sono in grado di trovare un accordo tramite la transazione e/o negoziazione; la nuova negoziazione assistita dovrà trovare interlocutori preparati a svolgerla come per la mediazione.

Nell'ambito di un percorso più ampio di risoluzione extragiudiziale (preventiva ed endoprocessuale) di una controversia possiamo immaginare che le parti prima cerchino di aderire ad una transazione, poi a negoziare, poi a mediare e da ultimo ricorrere all'arbitrato.

Marco Ceino

CNDCEC a via Arenula

Negoziazione assistita e arbitrato: una Delegazione dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili dal ministro Orlando

Negoziazione assistita e arbitrato: una Delegazione dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili dal ministro Orlando

Una delegazione del neo costituito Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha incontrato a via Arenula il guardasigilli Orlando dopo aver richiesto con urgenza un confronto in merito alle pressanti richieste della professione su arbitrato e negoziazione.

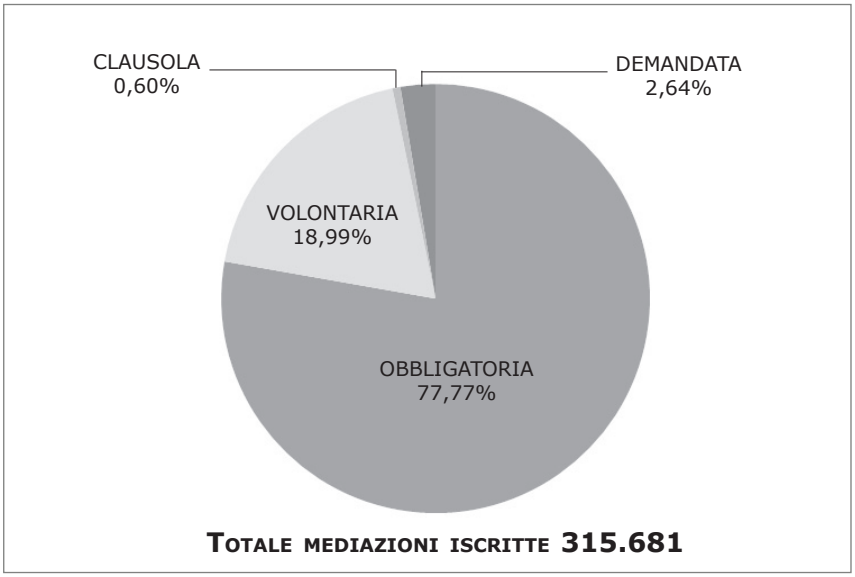
Il presidente dei commercialisti Gerardo Longobardi, accompagnato dai consiglieri nazionali delegati alle funzioni giudiziarie, Maria Luisa Campise e Felice Ruscetta, ha affermato al ministro Orlando che "Rinunciare alle competenze dei commercialisti negli arbitrati e nella negoziazione assistita sarebbe controproducente per l'affermazione di istituti nei quali crediamo fermamente". I commercialisti per l'occasione hanno predisposto un elaborato in merito nel quale sottolineano il loro apprezzamento per l'impianto della riforma del processo civile e per l'obiettivo di una radicale riduzione dell'arretrato che la ispira, ma giudicano "una contraddizione in termini" la loro esclusione dagli arbitrati e dalla negoziazione quando, in altre procedure, sulle stesse materie il Legislatore prevede espressamente il loro contributo. "Rinunciare alle nostre specifiche, insostituibili competenze – ha spiegato il presidente dei commercialisti – e restringere la platea dei professionisti abilitati ai soli avvocati, rischia seriamente di rendere meno efficaci gli istituti deflattivi del contenzioso esistente e di renderli più onerosi per le parti". "Per la risoluzione di queste criticità – ha spiegato – confidiamo molto nella sensibilità mostrata dal Ministro". I temi trattati con il guardasigilli hanno anche riguardato il fronte della normativa sulla crisi d'impresa, il tema dell'amministrazione dei beni sequestrati alle mafie e della possibilità di rivedere la norma relativa all'affidamento degli incarichi di amministratore giudiziario.

Longobardi ha giudicato l'incontro "molto positivo, nel corso del quale abbiamo riscontrato grande attenzione da parte del Ministro alle nostre istanze e anche un'apertura a molte delle nostre richieste".

Ministero della Giustizia

I dati al 31 marzo 2014

Nel periodo compreso tra il 21 marzo 2011, entrata in vigore della condizione di procedibilità ex decreto legislativo n. 28 del 2010, ed il 31 marzo 2014 rielaborando i dati pubblicatati dal Ministero della giustizia risultano essere iscritte 315.681 procedure di mediazione. Del totale delle mediazioni iscritte il 77,77% risultano essere iniziate in conseguenza della condizione di procedibilità obbligatoria, le volontarie rappresentano il 18,99%, le demandate il 2,64% e quelle derivanti dal ricorso alla mediazione in conseguenza dell'inserimento volontario nei contratti di clausole di mediazione lo 0,60% (vedi grafico). È da rilevare che nel periodo considerato (21 marzo 2011-31 marzo 2014) le materie derivanti dalla circolazione dei veicoli e del condominio, che costituiscono numericamente un volume importante nel contenzioso processuale, hanno visto l'attuazione della condizione di procedibilità dal 21 marzo 2012. Inoltre la condizione di procedibilità per tutte le materie è stata abrogata a decorrere dal 13 dicembre 2012 per effetto della sentenza n. 272 pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 12 dicembre 2012 della Corte Costituzionale anticipata dal comunicato stampa della stessa Corte nel mese di ottobre del 2012. La condizione di procedibilità è stata rintrodotta, eccezion fatta della materia della circolazione dei veicoli e natanti, dalla Legge n. 98/2013 entrata in vigore il 20 settembre



Totale mediazioni iscritte 315.681

2013. I dati complessivi del Ministero della giustizia rielaborati da la MEDIAZIONE indicano che nel periodo 21 marzo 2011-31 marzo 2014 delle 315.681 istanze di mediazione 250.161 si sono definite. Nell'11,96% delle procedure definite si è raggiunto l'accordo, 929 sono complessivamente gli organismi di mediazione, di questi 643 sono privati, mentre 86 sono organismi delle Camere di Commercio, 114 degli Ordini forensi e 86 degli altri ordini. Si rileva che mediamente gli Organismi forensi hanno svolto 601 procedure cadauno, contro i 458 delle camere di commercio e 218 di quelli privati, mentre solamente 22 gli organismi degli altri ordini. Mediamente le parti sono intervenute nel 29,25% delle volte e nel 40,88% delle procedure che hanno partecipato le parti si è raggiunto con l'accordo. Dalla Tabella si evidenzia che negli organismi di mediazione delle camere di commercio si raggiunge l'accordo nel 15,65% delle istanze presentate, contro il 12,35% degli organismi privati, mentre quelli degli ordini forensi si attestano all'11,17% delle procedure al di sotto della media complessiva del 11,96%.

Da ultimo si segnala che oltre il 56% delle procedure sono gestite da organismi privati, contro il 27,40 degli avvocati e il 15,76 delle camere di commercio.

Tipologia organismo	Organismi al 31.03.2014	Definiti	Definiti per organismo*	% Aderenti comparsi	Tasso di definizione su aderente comparso	Tasso di definizione su totale* (Accordo raggiunto)
Camere di commercio	86	39.422	458	34,57%	45,20%	15,63%
Privati	643	140.312	218	27,96%	44,18%	12,35%
Ordine avvocati	114	68.545	601	29,25%	30,60%	11,17%
Altri ordini	86	1.882	22	30,71%	42,04%	12,91%
Totale	**929**	**250.161**	**269**	**29,25%**	**40,88%**	**11,96%**

* nostra elaborazione sui dati del Ministero della giustizia.

Rapporto ADR in Italia

ISDACI presenta i dati della diffusione in Italia della giustizia alternativa nel 2013

Il 24 settembre a Milano è stato presentato dall'ISDACI il settimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia nel 2013. La ricerca ha monitorato sia i Centri che offrono un servizio di giustizia alternativa sia il numero e le caratteristiche delle procedure gestite. Sono stati considerati: l'arbitrato amministrato, la mediazione e la conciliazione amministrate, la riassegnazione dei nomi a dominio, la conciliazione dei Corecom e la negoziazione paritetica.

I Centri che nel 2013 sono risultati attivi nella gestione di un servizio di "giustizia alternativa" sono 1137 (v. Tab. 1).

Le domande di ADR presentate nel 2013 sono state 132.543 e risultano suddivise come illustrato nella Tab. 2

	Totale	Centri privati	Sistema Camere di commercio	Ordini professionali	Altro
Arbitrato amministrato	140	47	84	4	5
Mediazione amministrata	927	622	86	212	7
Conciliazione amministrata	11	5	3	1	2
Conciliazione Corecom	21				21
Rassegnazione nomi a dominio	4	3	1		
Negoziazione paritetica	34	32			2
Totale	**1.137**	**709**	**174**	**217**	**37**

Tab. 1

	Domande 2013 (valori assoluti)	Variazione percentuale dal 2012 al 2013
Arbitrato amministrato	140	47
Mediazione amministrata	927	622
Conciliazione Corecom	21	
Rassegnazione nomi a dominio	4	3
Negoziazione paritetica	34	32
Totale	**1.137**	**709**

Tab. 2

Nel 2013 sono risultate attive 140 Camere Arbitrali di cui 84 sono espressione del Sistema delle camere di commercio, 22 settoriali o merceologiche, 4 degli ordini professionali e 30 di altre natura. Il totale delle domande di arbitrato sono state 743 di cui 663 presso il sistema camere di commercio, il 49% delle procedure è arrivato alla formazione del lodo e la durata del procedimento medio è stata di 285 giorni (contro i 230 giorni medi presso le camere delle camere di commercio) con un valore medio di € 275.296,00.

Le procedure arbitrali risultano essere suddivise per materia come evidenziato nella Tab. 3.

Materia	%
Societario	26
Appalto	19
Commercio	10
Immobiliare	10
Assicurazioni	1
Altro	34

Tab. 3

Convegni

Avvocatura e ADR - Presentazione UNAM

Il 1 ottobre si è svolto il convegno promosso dall'Ordine degli Avvocati di Roma sul rapporto tra arbitrato, negoziazione assistita e mediazione. All'incontro hanno partecipato Roberto Nicodemi, consigliere dell'ordine degli avvocati di Roma e coordinatore del Progetto Mediazione, Paola Lucarelli, professore di diritto commerciale all'Università di Firenze ed esperta in mediazione, Angelo Santi, consigliere dell'ordine avvocati di Perugia, Fabio Florio, consigliere CNF. L'incontro è stato l'occasione per la presentazione dell'Unione Nazionale Avvocati per la Mediazione, associazione del mondo forense e dei giuristi di impresa che sostengono e promuovono la negoziazione, la mediazione e le metodologie consensuali in genere, quali modalità privilegiate e appropriate di risoluzione delle controversie.

L'obiettivo principale che si pone UNAM è quello di promuovere e diffondere, in ambito forense, una cultura della risoluzione consensuale del contenzioso, attraverso principalmente il ricorso alla mediazione e alle altre procedure alternative di risoluzione delle controversie. È ferma la convinzione dei soci fondatori, infatti, riguardo al fatto che le ADR costituiscono un vantaggio per la Giustizia e certamente non un ostacolo ad esso. In questo senso si sta orientando un numero sempre maggiore di avvocati, per i quali UNAM intende essere un sicuro punto di riferimento.

Il comitato esecutivo dell'UNAM è presieduto da Angelo Santi e vede Roberto Nicodemi vice presidente, Mauro Carlo Bonini tesoriere, Maria Cristina Biolchini segretario generale e consiglieri Annalisa Atti, Luca Tantalo e Marina Vajana.

Il nuovo istituto della negoziazione assistita

Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132 e la procedura di negoziazione assistita

Con l'intervento normativo in esame la risoluzione dei conflitti e delle controversie in via stragiudiziale viene favorita dall'introduzione di un nuovo istituto che si aggiunge a quelli già esistenti nell'ordinamento con finalità analoghe: si tratta della procedura di negoziazione assistita da un avvocato.

L'articolo 2 del decreto legge introduce, invero, nell'ambito del panorama generale degli istituti di risoluzione stragiudiziale della controversia attualmente vigenti, una procedura cogestita dagli avvocati delle parti volta al raggiungimento di un accordo conciliativo che, da un lato, consente di evitare il giudizio e, dall'altro, una rapida formazione di titolo esecutivo stragiudiziale.

In tali ipotesi, dunque, le stesse possono convenire, mediante la stipula di un accordo, c.d. *convenzione di negoziazione assistita da un avvocato,* di compiere quanto necessario, in buona fede e lealtà, per risolvere in via amichevole la controversia.

Stipulata, quindi, la convenzione, le parti iniziano l'attività diretta a quanto necessario per trovare un accordo con il quale porre fine alla controversia.

La procedura può essere attivata volontariamente dalle parti; ma per determinate controversie il legislatore ne ha previsto l'obbligatorietà, configurandone l'esperimento in termini di condizione di procedibilità (in modo non dissimile da quella già prevista dall'art.5 del d.lgs. 28/2010).

Cos'è la negoziazione assistita?

Prima di esaminare oltre il contenuto specifico della previsione normativa in esame, nonché di quelle successive riferite alla negoziazione assistita, mi sembra utile soffermare l'attenzione, su di un piano generale, alla nuova figura di risoluzione stragiudiziale della controversia introdotta.

Negoziare vuol dire impegnarsi in una trattativa con un'altra parte.

Vuol dire, cioè, prospettare ad una parte una propria richiesta, ricevere le contrapposte posizioni, compiere le proprie valutazioni su quanto prospettato dalla controparte, attuare una serie di scambi di reciproche deduzioni a supporto della propria richiesta ed al fine di ridurre quanto più possibile le pretese di controparte: il tutto per giungere al risultato ultimo, che è quello di raggiungere un accordo finale. L'intera dinamica dei rapporti commerciali è fondata sulla negoziazione in quanto la stipula di un contratto è solitamente preceduto dalla negoziazione: così è per i contratti di acquisto, appalto, fornitura, ecc.

Si è soliti definire questo tipo di negoziazione col nome di *negoziazione commerciale* sottolineando, in tal modo, la esclusiva finalità di raggiungere in via concordata reciproci vantaggi economici.

Solitamente, questa forma di negoziazione è compiuta personalmente dalle parti interessate, ma in diversi contesti il negoziato è compiuto per il tramite di assistenti legali che possono più validamente intervenire nel definire le singole clausole negoziali del contratto da stipulare.

Quando la negoziazione viene compiuta, peraltro, in una situazione di contrasto tra le parti, cioè quando taluno ritiene lesa una propria situazione giuridica soggettiva a causa del comportamento di un'altra parte (sia esso di inadempimento ad un obbligo contrattuale, di realizzazione di un fatto illecito o di qualunque altro atto o fatto fonte di obbligazione) e quest'ultima ritiene infondata la pretesa, allora si è soliti fare richiamo alla diversa terminologia di *negoziazione legale.*

Di norma, quest'ultima forma di negoziazione è svolta per il tramite di propri legali ai quali le parti si sono rivolte al fine di valutare in diritto le prospettive di tutela dei propri contrapposti interessi: si parla, in tal caso, di *negoziazione legale assistita,* che è quella introdotta con la previsione normativa in esame.

Con tale negoziazione, dunque, le parti tendono a definire in via stragiudiziale la controversia, definendo attraverso accordi le modalità di soluzione della stessa, allo scopo ultimo di pervenire alla stipula di accordi transattivi con i quali, tenuto conto delle rispettive posizioni, le stesse si fanno reciproche concessioni.

Qual è la differenza con la mediazione assistita?

È difficile, peraltro, che nel campo della

negoziazione legale assistita si raggiungano risultati che, a mio modo di vedere, è possibile perseguire solo a seguito di un procedimento di mediazione.

Alcune parole, dunque, ritengo necessario spendere per evidenziare il differente piano su cui si muove la negoziazione legale assistita da quello della mediazione (pur essa assistita).

Nel procedimento di mediazione assistita (come disciplinato dal d.lgs. 28/2010) le parti compaiono dinanzi ad un soggetto terzo, neutrale ed indipendente dalle stesse, il quale, privo di potere decisorio, ha la funzione di agevolare le parti a trovare una soluzione negoziale alla loro controversia.

Salvo il caso in cui la pretesa di una delle parti risulti, già *ictu oculi,* assolutamente fondata, solitamente il piano in cui interviene il mediatore è quello di una particolare incertezza in ordine alla fondatezza o meno dell'una e dell'altra pretesa, perché è in questo contesto che può validamente assolvere al proprio compito: che è quello di agevolare le parti ad assumere un quadro più chiaro della situazione e valutare più correttamente la propria posizione nonché quella di controparte, tenuto conto dei rischi del risultato giudiziale, della vantaggiosità o meno della perdita di tempo in attesa della definizione giudiziale della controversia, della possibilità di fare ricorso a soluzioni alternative rispetto a quelle prospettate dall'altra parte, ecc.

Tali prospettive, normalmente, sono fatte emergere dal mediatore non per consentire ad una delle parti di sostenere con più o meno forza una propria posizione; quanto, piuttosto, per dare la possibilità alle stesse di valutare la utilità di una definizione negoziale della controversia; la quale, peraltro, è tanto più idonea ad eliminare anche per il futuro l'insorgere di nuove occasioni di contrasto quanto più tende, da subito, a soddisfare quanto più possibile gli interessi di entrambe le parti.

È per tale ragione che si è soliti dire che la mediazione, piuttosto che definire sul piano del diritto chi ha torto e chi ha ragione, tende invero a consentire la situazione di contrasto tra le parti attraverso la emersione di interessi, rilevanti per le parti, alla cui tutela si orienta l'accordo conclusivo del procedimento di mediazione, secondo una logica *win-win* in cui nessuna delle parti esce perdente, vedendosi invece rafforzato, per il futuro, il soddisfacimento degli interessi di entrambe.

Tale risultato, non facile da raggiungere, è perseguibile, per l'appunto, grazie all'intervento di un soggetto, il mediatore, che, utilizzando proprie specifiche competenze tecniche, si trova in una condizione di neutralità rispetto alle parti e senza alcun potere decisorio nei confronti della situazione in conflitto.

Nel confronto, dunque, tra la mediazione assistita e la negoziazione assistita, il dato centrale che costituisce elemento differenziatore è proprio la assenza, in quest'ultimo, di un terzo neutrale, sicchè il negoziato finalizzato a trovare una soluzione concordata della controversia è svolta, comunque, tra le parti stesse del conflitto.

Certo, la possibilità che anche nella negoziazione assistita si raggiungano soluzioni negoziali assimilabili a quelle della mediazione non è da escludere a priori; d'altro lato, la differenza teorica tra le due figure di risoluzione alternativa della controversia è stata dallo stesso legislatore inconsapevolmente ridotta, sia nel momento in cui ha previsto, nell'art.16, comma 4 bis, del d.lgs. 28/2010, che gli avvocati sono mediatori di diritto, sia nel momento in cui ha previsto l'assistenza obbligatoria del difensore nell'ambito del procedimento di mediazione (limitata, a mio giudizio, ai soli casi in cui è prevista l'obbligatorietà del tentativo di mediazione).

Ciò vuol dire che non solo l'avvocato è *naturalmente* proiettato, per la professione che svolge, ad assumere anche una prospettiva propria del mediatore; ma anche che lo stesso procedimento di mediazione, così come configurato, è in qualche modo fortemente proiettato, con la necessaria assistenza del difensore, in una dimensione più propriamente giuridica, piuttosto che, come sopra illustrato, metagiuridica, in cui il problema del torto o della ragione potrebbe costituire momento non centrale, ma di contorno nel processo di superamento della situazione di conflitto.

D'altro lato, ritengo che nell'ambito della negoziazione assistita l'assenza di un terzo neutrale potrebbe avere il suo peso significativo nel tipo di soluzione negoziale che le parti potrebbero venire a concludere.

La posizione di difensore delle parti, invero, credo che porterà ad orientare più verso forme di soluzioni transattive della controversia che verso prospettive più ampie, fondate sulla ricerca quanto più possibile del comune soddisfacimento dell'interesse di entrambe le parti, che è, almeno in teoria, il campo proprio della mediazione.

Come è regolato il procedimento di negoziazione assistita

Vediamo ora di chiarire come è stato disciplinato dal legislatore il procedimento in esame.

Il momento centrale del procedimento è

la stipula di una *convenzione di negoziazione assistita* che, come detto, impegna le parti a cooperare per la definizione in via amichevole della controversia.

La suddetta terminologia richiama quella utilizzata dal legislatore in materia di arbitrato, laddove il Capo I del titolo VIII del libro IV si intitola proprio alla *convenzione di arbitrato.*

Sono evidenti gli elementi differenziatori tra le due figure che risiedono nella diversità tra la scelta di fare ricorso, convenzionalmente, ad una giustizia privata per definire la controversia (propria dell'arbitrato) e quella di intraprendere, con i propri difensori, un percorso di vera e propria trattativa negoziale.

Non sembra, peraltro, che il legislatore abbia prevista la possibilità che il ricorso alla negoziazione assistita possa essere compiuta per effetto di clausola inserita nel contesto di un contratto in vista della futura insorgenza di motivi di contrasto (come è, invece, nel caso della clausola arbitrale e, nella materia della mediazione, nel caso di inserimento di una clausola di mediazione).

Questo perché nessun rimedio è stato previsto dal legislatore nel caso in cui, eventualmente, le parti non diano poi seguito all'eventuale impegno assunto; quindi, il legislatore sembra avere voluto tratteggiare la figura in esame come accordo che prescinda da qualunque impegno precedente.

Il procedimento delineato, peraltro, sembra configurarsi attraverso le seguenti modalità.

1. La comunicazione dell'invito

In primo luogo, la parte che intende accedere alla procedura in esame deve comunicare all'altra parte un **invito a stipulare la convenzione.**

La disciplina dell'invito alla stipula della convenzione è contenuta negli artt.3,4 e 7.

Ai sensi dell'art.4 l'invito:

- deve riportare la firma autografa della parte istante, a sua volta certificata del suo avvocato, che ne assume la responsabilità di quanto contenuto;
- deve contenere la specifica indicazione dell'oggetto della controversia;
- deve, altresì, contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto possono essere valutati dal giudice al fine delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt.96 e 642, primo comma, c.p.c.
- La particolarità, dunque, risiede nel fatto che, se un lato, l'atto in esame contiene la firma della parte, esso è configurato quale atto del difensore, essendo stato precisato (art.4, comma 2) che è questi che formula l'invito e, nell'art.3, comma 1, che l'invito è fatto all'altra parte da chi intende esercitare in giudizio una delle azioni specificamente indicate *tramite il suo avvocato.*

Ciò deriva dal fatto che il suddetto invito non è atto processuale, pertanto non può trovare applicazione la previsione di cui all'art.125 c.p.c.

2. Gli effetti dell'invito

L'avvenuta comunicazione dell'invito produce un duplice ordine di effetti.

Sotto il profilo sostanziale, l'art.8 prevede che dal momento della comunicazione dell'invito ovvero della sottoscrizione della convenzione si producono sulla **prescrizione** gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la **decadenza**.

La previsione normativa costituisce una riproposizione di un modello già applicato in materia di mediazione assistita (vd., sotto tale profilo, la previsione contenuta nell'art.5, comma 6 del d.lgs. 28/2010): si tratta di una norma che ha la finalità di rassicurare la parte istante che, nelle more dello svolgimento del procedimento stragiudiziale di definizione della controversia il proprio diritto o l'azione non subisca inutilmente il decorso del termine di prescrizione o di decadenza.

Sotto il profilo processuale, l'invito ha una sua rilevanza in quanto consente di valutare se sia stata rispettata la condizione di procedibilità di cui all'art.3.

Sul punto si avrà modo di soffermare meglio l'attenzione: qui è sufficiente porre in rilievo come per talune controversie, specificamente indicate nell'art.3, comma primo, sopra citato il legislatore ha introdotto una nuova **condizione di procedibilità** consistente nell'obbligo di attivazione della procedura di negoziazione assistita da un avvocato prima di adire il giudice.

In tali casi, la parte che intende esercitare in giudizio tali azioni è tenuta preliminarmente ad invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita: il suddetto esperimento è definito quale condizione di procedibilità della domanda.

Si innesta, quindi, una problematica che verosimilmente sarà oggetto di ulteriore approfondimento nella applicazione futura dell'istituto: quella, cioè, della capacità dell'atto di invito di produrre gli effetti sostanziali e processuali in esame nel caso in cui sia privo della certificazione dell'autografia della sottoscrizione da parte dell'avvocato.

Il punto di partenza da tenere presente

per potere pervenire ad una soluzione alla questione in esame è il seguente: il procedimento in esame, le sue regole, gli effetti ad esso attribuiti hanno possibilità di esplicarsi solo a condizione che lo stesso sia stato compiuto nel rispetto delle specifiche previsioni normative; fra le quali, vi è appunto quella della certificazione della firma da parte del difensore: in difetto di tale presupposto, dunque, deve ritenersi che il procedimento in esame non sia stato correttamente attivato, sicché non possono prodursi gli effetti delle previsioni normative sopra indicate.

Certo, nulla esclude che si produca l'effetto interruttivo della prescrizione nel caso in cui l'atto abbia il contenuto di costituire in mora il debitore: ma questo effetto si produce in forza della previsione di cui all'art.2943, comma 4, c.c., mentre, ai nostri fini, non può dirsi che si producano gli effetti interruttivi della decadenza, posto che l'art.2964 c.c., posto che la suddetta previsione normativa esclude l'applicabilità delle norme relative all'interruzione della prescrizione.

Con riferimento, poi, agli effetti processuali, non può non ritenersi che non si producano gli effetti relativi al superamento della condizione di procedibilità ovvero quelli "sanzionatori" nei confronti della parte che ha ricevuto l'invito e che non ha comunicato la propria adesione o abbia dichiarato di rifiutare l'invito: questo perché, come detto, non si è attivato regolarmente il procedimento in esame.

3. L'adesione all'invito

Ricevuto l'invito alla stipula della convenzione, la parte invitata può, in primo luogo, ritenere di dovere comunicare la propria disponibilità a procedere alla stipula della convenzione di negoziazione assistita.

In tal caso, le parti procederanno alla successiva stipula della convenzione di negoziazione, precisando ulteriormente, in sede di concreta stipula della convenzione di negoziazione, l'oggetto della controversia ed il termine entro cui il procedimento deve avere termine.

La norma non prevede espressamente, come invece è previsto per l'atto di invito, che l'adesione deve contenere la certificazione dell'autografia della firma da apporre al suddetto atto.

Verosimilmente, la diversificazione dei requisiti di forma dei due atti risiede nella esigenza, ravvisata dal legislatore, di rivestire solo il primo atto di un particolare controllo certificativo tenuto conto degli effetti sostanziali e processuali che ne derivano.

Ritengo, tuttavia, che nel caso in cui la parte ricevente intenda a propria volta proporre in giudizio una propria autonoma domanda (che potrebbe avere il valore, in sede processuale, di domanda riconvenzionale), in tal caso anche l'atto di adesione dovrebbe contenere la certificazione della firma da parte del difensore ove la stessa voglia raggiungere l'effetto immediato di determinare, dal momento della comunicazione del proprio atto di adesione (cui dovrebbe a rigore conferirsi anche il valore di *nuovo invito rivolto alla controparte*), l'effetto interruttivo della prescrizione od impeditivo della decadenza del diritto in ragione del quale si chiede, a propria volta, tutela.

In difetto, tali effetti interruttivi potrebbero ritenersi prodotti solo a seguito della sottoscrizione della convenzione di negoziazione, come espressamente previsto dall'art.8, che distingue, infatti, il momento della comunicazione dell'invito rispetto a quello della sottoscrizione della convenzione.

4. La non adesione o il rifiuto

In ogni caso, la parte ricevente è tenuta, comunque, a manifestare la propria adesione.

Il legislatore, infatti, ha ritenuto di dovere prevedere misure conseguenziali nel caso in cui la parte invitata alla stipula della convenzione non comunichi la propria adesione.

Si possono distinguere due rilevanti effetti attribuiti dal legislatore al caso di mancata disponibilità della controparte all'invito alla stessa comunicato:

I. Gli effetti sul successivo processo

In primo luogo, ai sensi dell'art.4, nel caso di mancata risposta entro il termine di giorni trenta dalla ricezione o di espresso rifiuto alla stipula della convenzione, il giudice del processo successivamente instaurato può tenerne conto ai fini delle spese e di quanto previsto dagli artt. 96 e 642, primo comma, c.p.c.

La norma, il cui intento è quello di indurre la parte invitata a partecipare al procedimento di negoziazione assistita, è sostanzialmente diversa da quella configurata in materia di mediazione assistita dall'art.8, comma 4 bis del d.lgs. 28/2010.

In quest'ultimo caso, infatti, viene preso in considerazione non solo il giustificato motivo ai fini della applicazione delle misure sanzionatorie; queste ultime, invero, riguardano, da un lato, l'attivazione del potere del giudice di cui all'art.116 c.p.c., dall'altro, la condanna al pagamento di un importo pari al contributo unificato.

Ora, invece, la non disponibilità della par-

te a partecipare al procedimento di negoziazione assistita dall'avvocato è valutata sotto due diverse prospettive:

a) ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto nell'art.96 c.p.c.;
b ai fini dell'applicazione della previsione di cui all'art.642, primo comma, c.p.c.

La previsione di cui al punto a) non desta particolare sorpresa: si tratta di una estensione anche al comportamento preprocessuale delle parti degli ambiti di valutazione del giudice in sede di pronuncia alla condanna alle spese.

Una novità è invece la previsione di cui al punto b); la norma, invero, sembra attribuire al giudice il potere di tenere conto della mancata partecipazione al procedimento in esame in sede di adozione del decreto ingiuntivo, dotandolo, in tal caso, della efficacia provvisoria.

In tal caso, il richiamo al primo comma dell'art.642 c.p.c. sembra indurre a ritenere che non via sia discrezionalità del giudice nella concessione della esecuzione provvisoria del decreto ingiuntivo richiesto, così come previsto nel caso in cui il credito è fondato su cambiale, assegno bancario, assegno circolare, certificato di liquidazione di borsa o su atto ricevuto da notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato.

Forse, sarebbe stato più corretto il richiamo al secondo comma della previsione normativa in esame, in cui vi è discrezionalità del giudice nella concessione della esecuzione provvisoria qualora il credito risulti da un documento, sottoscritto dal debitore, comprovante il diritto fatto valere.

Attenzione, inoltre, alla circostanza che la previsione normativa in esame prevede che le conseguenze sopra indicate operano nel caso non solo di rifiuto, ma anche di mancata risposta entro il termine di trenta giorni dalla ricezione dell'invito.

Il legislatore, in quest'ultimo caso, utilizza di proposito il termine di **mancata risposta** piuttosto che quello di **mancata adesione.**

Credo, dunque, che si debba procedere, in linea interpretativa, a focalizzare l'attenzione su cosa sia la mancata risposta rispetto alla mancata adesione, dovendosi seguire la diversa utilizzazione terminologica proposta dal legislatore.

Ciò che, invero, sembra essere oggetto di sanzione è, in questo caso, il comportamento inerte o espressamente negativo dell'invitato che opera nel caso in cui questi comunica un netto rifiuto ovvero non risponde affatto; la qual cosa mi pare diversa dal caso in cui, invece, l'invitato si premura di rispondere ma contestando la pretesa di controparte. In tal caso, invero, non si ha mancata risposta, ma una mancata adesione che, tuttavia, rileva ai fini della condotta della parte invitata che non dovrebbe essere passibile di provvedimento sanzionatorio da parte del giudice.

La mancata adesione, peraltro, rileva ai fini della procedibilità della domanda, posto che, come vedremo, ai sensi dell'art.3, comma 2, la condizione si considera avverata se l'invito non è, questa volta, seguito da adesione (ovvero da rifiuto).

In sintesi, seguendo le diverse prescrizioni del legislatore:

- la mancata risposta all'invito (quale comportamento assolutamente inerte della parte) assume valenza ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli artt.96 e 642, primo comma, c.p.c.;
- la mancata adesione (che pur può presuppore una risposta, seppure negativa), rileva ai fini del superamento della condizione di procedibilità della domanda.

II. Gli effetti sulla condizione di procedibilità

Ulteriore effetto è stato previsto in relazione al superamento della condizione di procedibilità di cui all'art.3.

Il comma secondo del suddetto articolo, infatti, prevede che quando l'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito dall'adesione o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo di tempo di cui all'art.2 comma e, lett.a).

Dunque, per la parte che procede alla comunicazione dell'invito, nel caso in cui la controversia rientra fra quelle per le quali vi è la condizione di procedibilità, si aprono i seguenti scenari:

1) la parte invitata risponde adesivamente: in tal caso si procederà alla stipula della convenzione di negoziazione, nella quale le parti dovranno concordare il termine per l'espletamento della procedura (in ogni caso non inferiore ad un mese) ed avrà corso la procedura di negoziazione assistita da un avvocato;
2) dopo l'invito alla stipula e la successiva comunicazione dell'adesione, le parti hanno stipulato la convenzione di negoziazione, ma questa non si conclude nel termine dalle stesse concordato: in tal caso, decorso il termine di durata della procedura di negoziazione assista senza che si sia addivenuti ad un accordo, gli avvocati delle parti certificheranno la dichiarazione di mancato accordo delle

parti (art.4, comma 3) e la parte invitante potrà adire il giudice avendo assolto all'obbligo di legge di attivare la procedura di negoziazione assistita da un avvocato;

3) la parte invitata non aderisce: in tal caso, occorre attendere la decorrenza di trenta giorni dalla comunicazione alla controparte dell'invito; alla decorrenza di tale termine senza alcuna dichiarazione di disponibilità dell'invitato l'invitante potrà instaurare il successivo giudizio avendo assolto all'obbligo di legge per la procedibilità del successivo giudizio. Peraltro, se la non adesione si è concretizzata in una mancata risposta, conseguiranno anche i possibili effetti in materia di spese di lite e di esecutività del decreto ingiuntivo richiesto dal creditore;
4) la parte invitata comunica il proprio rifiuto: in tal caso, mi sembra che, razionalmente, non si debba attendere la decorrenza dei trenta giorni, posto che l'attesa del termine ha la funzione di porre un limite alla attesa della volontà della parte invitata di attivare la procedura in esame; se questa, invero, manifesta il proprio rifiuto entro i trenta giorni dalla comunicazione, non dovrebbero esservi ostacoli per ritenere superata la condizione di procedibilità, senza attendere inutilmente il decorso del suddetto termine.

Introdotte ulteriori condizioni di procedibilità del processo

Il profilo innovatore dell'introduzione della procedura stragiudiziale in esame si accentua proprio in relazione alla configurazione di una **condizione di procedibilità** per talune controversie, come espressamente previsto nell'art.3.

Va aggiunto, peraltro, che il legislatore ha poi ritenuto di introdurre anche una utilizzazione dell'istituto stragiudiziale in esame in via **facoltativa** con specifico riferimento alle controversie di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

Con riferimento al primo profilo, l'obbligo di esperire il procedimento di negoziazione assistita prima di iniziare il giudizio è stato configurato nelle seguenti ipotesi:

- controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti;
- controversie per il pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti € 50.000,00.

Opportunamente, occorre precisare, il legislatore ha espressamente escluso le controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori. Il contesto è quello delle diverse tutele giurisdizionali che il consumatore può attivare sulla base del d.lgs 6 settembre 2005 n.206 (codice del consumo). Così dunque, vi rientrano le controversie in materia di nullità delle clausole vessatorie (art.36) o di nullità del contratto in caso di ostacolo da parte del fornitore all'esercizio del diritto di recesso del contraente o mancato rimborso delle somme pagate dal consumatore o violazione degli obblighi di informazione (art.67 septies decies) di esercizio del diritto di recesso del consumatore (artt.64, 67 duodecies, 73, 131), di responsabilità del produttore per danno da prodotti difettosi (114) o del fornitore (116), diritti del consumatore per difetto di conformità del bene (130).

Ciò in quanto una diversa applicazione avrebbe corso il rischio di una previsione normativa contrastante con la direttiva 2013/11 UE del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (direttiva sull'ADR dei consumatori) che prevede all'art.8, lett.b) che le parti devono avere accesso alla procedura *senza essere obbligate a ricorrere ad un avvocato.*

Invece, occorre segnalare che rientra, in tal modo, la condizione di procedibilità relativa alla materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, prima inserita nell'ambito della disciplina della obbligatorietà della mediazione di cui all'art.5 del d.lgs. 28/2010, e la cui entrata in vigore era stata posticipata dal d.l. 225/2010 (conv. in l.n.10/2011) e, successivamente esclusa con d.l. n.69/2013 (conv. in l.98/2013).

In tali casi, la parte che intende esercitare l'azione relativa ad una delle suddette controversie deve preliminarmente esperire il procedimento di negoziazione assistita da un avvocato, secondo le modalità, i tempi e le caratteristiche sopra delineate.

Per il resto, la disciplina prevista dal legislatore è configurata sulla falsariga di quella già delineata per l'improcedibilità imposta nel caso di controversie di cui all'art.5 del d.lgs. 28/2010.

Dunque, è analogo: il termine entro cui il giudice o la parte possono rispettivamente rilevare o eccepire la decadenza (prima udienza); l'intervento ordinatorio del giudice che ravvisi (d'ufficio o su eccezione di parte) il mancato esperimento del procedimento di negoziazione assistita ovvero che questo non si è ancora concluso (il giudice, nel primo caso assegnerà alle parti il termine di

quindici giorni per la presentazione (o meglio comunicazione) dell'invito; nel secondo, fisserà una nuova udienza successiva al decorso del termine, pattuito dalle parti, di conclusione del procedimento).

Altresì analoghe sono le eccezioni alla applicabilità della disciplina della condizione di procedibilità sopra configurata in determinate circostanze (art.3, comma 3).

Sul punto, sembra utile compiere talune precisazioni.

In primo luogo, va segnalato che la condizione di procedibilità opera, nel caso delle controversie in materia di risarcimento danni derivanti dalla circolazione di veicoli e natanti, indipendentemente dalla misura dell'importo richiesto.

Rispetto alla condizione di procedibilità configurata dall'art.5, comma 1 bis del d.lgs. 28/2010, come detto, non vi è alcuna sovrapposizione, in quanto quest'ultima previsione normativa (a differenza di quanto prevedeva nel vecchio testo del comma 1) non prevede più la condizione di procedibilità per le controversie in materia di risarcimento danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti.

Dunque, rispetto a questa controversia opera esclusivamente la condizione di procedibilità introdotta con la presente norma. Trova purtuttavia applicazione la previsione contenuta nell'art.145 del d.l.vo 7 settembre 2005 n.209 (codice delle assicurazioni private) in materia di proponibilità dell'azione di risarcimento.

Con riferimento, infine, alle controversie per il pagamento a qualsiasi titolo di somme non superiori ad € 50.000,00, le stesse sono da riferirsi a qualunque pretesa cui consegue l'interesse ad ottenere dalla controparte una somma di denaro.

Ciò può dipendere, secondo i principi generali di cui all'art.1173 cc., dalla sussistenza di atti o fatti produttivi di obbligazioni, siano essi derivanti da fatto lecito che da fatto illecito: in questo senso deve intendersi l'inciso *pagamento a qualsiasi titolo*.

In relazione, peraltro, al primo profilo, occorre tenere conto che, nel caso di obbligazioni derivanti dalla stipula di contratti rientranti nella disciplina del codice del consumo, l'ultimo periodo del comma 1 dell'art.3 induce ad escludere l'operatività della disciplina in esame.

Circa, poi, le obbligazioni da fatto illecito, nel caso di controversia da risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti, anche in questo caso vi è una attrazione generale, in forza del primo periodo del comma 1 dell'art.3, della controversia nell'ambito dell'operatività della condizione di procedibilità, posto che si prescinde dalla misura dell'importo richiesto.

Ritengo, inoltre, che l'applicazione della disciplina in esame alle controversie dirette al pagamento di somme non eccedenti l'importo di € 50 mila presuppone che tale domanda non sia connessa ad altra domanda per la quale deve trovare applicazione la condizione di procedibilità di cui all'art.5 comma 1 bis del d.l.vo 28/2010.

Così, ad esempio, se la controversia ha ad oggetto una domanda di divisione (rientrante nella disciplina della obbligatorietà del tentativo di mediazione) e la parte chiede il pagamento di una somma di danaro nei limiti sopra indicati, la sussistenza di uno stretto rapporto di conseguenzialità tra la pronuncia di accertamento del diritto e quella di ricevere una somma quale corrispettivo della quota sulla comproprietà del bene; lo stesso deve dirsi nel caso di esercizio dell'azione di rivendica e conseguente richiesta di pagamento di una somma di danaro a titolo compensativo della perdita del godimento del bene; o, ancora, nel caso di richiesta di pagamento a seguito dell'esercizio della domanda di rilascio dell'immobile per finita locazione.

Che così è, trova conferma nella circostanza che il legislatore, nel prevedere, nel comma 3 dell'art.3, i casi di non applicazione della condizione di procedibilità, non ha espressamente inserito (diversamente da quanto previsto, invece, nell'analoga norma di cui al comma 4 dell'art.5 del d.l.vo 28/2010 in materia di mediazione obbligatoria) le ipotesi ostative di cui alla lettera b) (procedimenti per convalida di sfratto o di licenza) e d) (procedimenti possessori).

Giancarlo Triscari

© riproduzione riservata

L'istituto della mediazione civile nella responsabilità medica

Posizione del tema

Con il termine mediazione, secondo la definizione fornita nell'art. 1 dal d.lgs. n. 28/2010, reso in attuazione dell'art. 60 della legge 18.6.2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (pubblicato sulla G.u. n. 53 del 5.3.2010), si intende "*l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*"[1].

La modifica introdotta dal legislatore nel 2013, con il c.d. decreto del fare (d.l. 69/2013)[2], ha però sostituito l'ultimo periodo "*sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*", con "*anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*", spostando così l'accento dalla fase facilitativa dei rapporti alla fase valutativa di essi[3].

Appare evidente che, oggi, la mediazione è un istituto finalizzato alla composizione di possibili controversie, nel quale è decisivo il ruolo del terzo compositore[4] che deve determinare, con la sua autorevolezza, l'incontro delle volontà delle parti litiganti, producendo la sintesi autodeterminata della vertenza ed evitando che essa divenga una lite giudiziaria[5].

Questi, infatti, deve essere inteso come terzo neutrale che non porta soluzioni, ma si propone come un elemento in presenza del quale si modifica una relazione, in quanto lavora per facilitare la comunicazione[6].

Il ricorso a tale strumento è stato reso obbligatorio, rappresentando condizione di procedibilità della domanda giudiziale, nelle materie del condominio, dei diritti reali, delle divisioni, delle successioni ereditarie, dei patti di famiglia, delle locazioni, del comodato, degli affitti di azienda, del risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria, della diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, dei contratti assicurativi, bancari e finanziari.

La scelta delle materie è stata ancorata, a mio avviso[7] erroneamente, a dati statistici (il numero dei giudizi pendenti), piuttosto che alla effettiva necessità di un passaggio razionalizzatore; di ciò è prova anche il fatto che non sono state ricomprese tutte le ipotesi di responsabilità professionale, ma solo quelle a carattere sanitario[8].

A ben vedere, nella prima stesura era ricompresa la sola responsabilità medica e l'estensione dell'applicazione della norma anche alle professioni sanitarie si è avuta solo con il d.l. 69/2013, con il quale si è preso atto dell'evoluzione giurisprudenziale in materia e della sostanziale equiparazione, sotto il profilo della responsabilità nei confronti del paziente, fra la prestazione del medico e quella della struttura sanitaria[9], sul presupposto che il rapporto che si instaura fra paziente e struttura sanitaria deve qualificarsi

---

[1] In merito alla normativa dettata con il d.lgs. n. 280/201, vedi P. Sandulli, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in A. Didone (a cura di), *Il processo civile competitivo*, Milano, 2010, 979 ss.

[2] Resasi necessaria a seguito della decisone della Corte costituzionale n. 272 del 6 dicembre 2012, in *La Mediazione*, n. 1/2013, 31.

[3] Vedi, in merito, G. Raiti, *La media-conciliazione dopo il decreto del fare*, in *N.L.C.C.* 2014, 245.

[4] C. Punzi, voce Conciliazione e tentativo di conciliazione, in Enc. Dir., aggiornamento IV, Milano 2000, 327 ss.

[5] V.P. Calamandrei, *Il concetto di lite nel pensiero di F. Carnelutti*, in *Opere giuridiche*, Napoli 1965, vol. I, 217.

[6] V. Trombini, *Responsabilità medica e mediazione nelle controversie*, in *Consumatori, Diritti e Mercato* n. 11/2011.

[7] P. Sandulli, *Le alternative al giudizio e l'economia di mercato, alla luce della sentenza n. 272, del 2012, della Corte costituzionale*, in *La mediazione*, 1/2013, 13.

[8] Dai dati in possesso dell'ANIA (associazione nazionale fra le imprese assicuratrici) nel 2011 risultano inviate circa 31.500 denunce nei confronti di medici e strutture sanitarie, con una media di 85 esposti al giorno.

[9] Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con sentenza 11 gennaio 2008, n. 577 (in *Giust. civ*. 2009, 11, 2532) hanno ribadito che "per quanto concerne la responsabilità della struttura sanitaria nei confronti del paziente è irrilevante che si tratti di una casa di cura privata o di un ospedale pubblico in quanto sostanzialmente equivalenti sono a livello normativo gli obblighi dei due tipi di strutture verso il fruitore dei servizi.

alla stregua di un contratto d'opera professionale[10].

Le origini della mediazione in campo medico

Ma le origini del sistema alternativo di risoluzione delle controversie in campo medico risalgono certamente ad un'epoca molto più lontana: già nel 1946, il d. lgs. n. 233, all'art 3, demandava la funzione di conciliatore all'Ordine professionale, prescrivendo che: " *Al Consiglio direttivo di ciascun Ordine e Collegio spettano le seguenti attribuzioni:1) compilare e tenere l'albo dell'Ordine e del Collegio e pubblicarlo al principio di ogni anno; b) vigilare alla conservazione del decoro e della indipendenza dell'Ordine e del Collegio; c) designare i rappresentanti dell'Ordine o Collegio presso commissioni, enti ed organizzazioni di carattere provinciale o comunale; d) promuovere e favorire tutte le iniziative intese a facilitare il progresso culturale degli iscritti; e) dare il proprio concorso alle autorità locali nello studio e nell'attuazione dei provvedimenti che comunque possono interessare l'Ordine od il Collegio; f) esercitare il potere disciplinare nei confronti dei sanitari liberi professionisti inscritti nell'albo, salvo in ogni caso, le altre disposizioni di ordine disciplinare e punitivo contenute nelle leggi e nei regolamenti in vigore; g) interporsi, se richiesto, nelle controversie fra sanitario e sanitario, o fra sanitario e persona o enti a favore dei quali il sanitario abbia prestato o presti la propria opera professionale, per ragioni di spese, di onorari e per altre questioni inerenti all'esercizio professionale, procurando la conciliazione della vertenza e, in caso di non riuscito accordo, dando il suo parere sulle controversie stesse"*.

L'operatività della norma, tuttavia, ha trovato scarsa attuazione, nonostante il crescente numero di azioni giudiziarie intentante nei confronti della classe medica, tanto che negli anni successivi le singole Regioni si erano attivate per l'istituzione di appositi sistemi di gestione stragiudiziale del contenzioso.

Tra tutte, si ricorda come nel Veneto, con legge regionale n. 31/2009, era stata istituita una Commissione conciliativa, con il compito di "*comporre in via stragiudiziale le controversie per danni da responsabilità civile derivanti da prestazioni sanitarie erogate dalle aziende ULSS ed ospedaliere, nonché dalle strutture private provvisoriamente accreditate*", con il compito di decidere "*in tutti i casi in cui un paziente o i suoi aventi causa ritengano che vi sia stato un danno causato da un errore nella diagnosi o nella terapia ovvero dall'omessa o irregolare informazione, qualora obbligatoria per legge*".

Sulla legittimità della norma si era pronunciata anche la Corte costituzionale[11], che ne aveva decretato la "correttezza", sottolineando come fosse finalizzata a ridurre il fenomeno della medicina difensiva che nuoce alla qualità della prestazione sanitaria e ponendo luce sul fatto che *"… la predisposizione di servizi volti a facilitare la conciliazione stragiudiziale in materia di danni da responsabilità sanitaria, mediante l'offerta di un supporto tecnico-giuridico è stata ed è oggetto di altre leggi regionali: legge della Regione Abruzzo 9 maggio 1990, n. 65 (Integrazione della legge regionale n. 20 del 2 aprile 1985, recante «Norme di salvaguardia dei diritti dell'utente dei servizi delle U.L.S.S.»); art. 65-quater della legge della Regione Lombardia 7 gennaio 1986, n. 1 (Riorganizzazione e programmazione dei servizi socio-assistenziali della Regione Lombardia), abrogata dall'art. 28, comma 1, lettera a), della legge della Regione Lombardia 12 marzo 2008, n. 3 (Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e sociosanitario); art. 4-bis della legge della Provincia di Bolzano 5 marzo 2001, n. 7 (Riordinamento del Servizio Sanitario provinciale). Anche enti pubblici diversi dalle Regioni hanno emanato normative in materia: si veda, ad esempio, l'Ordine provinciale di Roma dei medici chirurghi e degli odontoiatri, che ha istituito l'ufficio "Accordia", quale sportello conciliativo delle controversie derivanti dai rapporti tra medici e pazienti*".

Con l'intervento del decreto legislativo n. 28/2010, il preventivo ricorso alle forme di ADR (alternative dispute resolution) è stato esteso a livello nazionale, allo scopo di deflazionare l'ingente contenzioso nascente intorno alla responsabilità del medico e della struttura sanitaria, ed ad esso è seguito il decreto legge n. 158/2012, convertito in legge 189/2012, (c.d. Decreto Balduzzi), che ha previsto una serie di cautele per limitare il ricorso ai giudici nei confronti dei medici.

---

[10]Secondo la dottrina si riversa in ipotesi di obbligazione plurisoggettiva "ex latere debitoris" inquadrabile nella categoria delle "*obbligazioni soggettivamente complesse con prestazione indivisibile ad attuazione congiunta*" (in quanto una esecuzione parziaria o non simultanea sarebbe "inutiliter data" non essendo in grado di realizzare l'interesse del creditore).

[11] Corte cost., 15 maggio 2010, n. 178, in Giust. civ. 2011, 7-8, 1668.

In particolare, agendo sul piano del diritto penale, è stata introdotta[12] una scriminante per i medici che provino di aver arrecato danno al paziente con "colpa lieve", purchè si siano attenuti alle linee guida codificate nell'ambito di convegni e seminari a carattere internazionale. In conseguenza, a seguito della riforma Balduzzi, i medici possono essere ritenuti penalmente responsabili solo se hanno agito con dolo o colpa grave.

In ottica civilistica poco è cambiato, dato il richiamo all'art. 2043 c.c. e, sul punto, si segnala una delle prime pronunce di merito[13] che ha fatto chiarezza sui presupposti della responsabilità civile del professionista sanitario, dopo la normativa Balduzzi.

Nella sentenza si legge, infatti, che se "*nulla è cambiato con riferimento alle strutture sanitarie, i cui profili di responsabilità rimangono quelli delineati da SS.UU. 577/2008, l'art. 3 del decreto citato è invece intervenuto sulla responsabilità dei soggetti esercenti professioni sanitarie, affermando che costoro, in caso si siano attenuti alle linee guida e alle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, non rispondono penalmente per colpa lieve; in tali casi rimane fermo l'obbligo di cui all'art. 2043 c.c., ma il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo comma*."

L'unico obbligo, quindi, espressamente previsto sarebbe quello di risarcire il danno provocato.

Il procedimento di mediazione e i suoi effetti sul successivo giudizio

Il ricorso al procedimento di mediazione, nella pratica, riduce la durata del conflitto[14]

[12] D.l. 158/2012, art. 3: "Responsabilità professionale dell'esercente le professioni sanitarie:

1. ((L'esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve. In tali casi resta comunque fermo l'obbligo di cui all'articolo 2043 del codice civile. Il giudice, anche nella determinazione del risarcimento del danno, tiene debitamente conto della condotta di cui al primo periodo)).

2. Con decreto del Presidente della Repubblica, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, ((da emanare entro il 30 giugno 2013)), su proposta del Ministro della salute, di concerto con i Ministri dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentite l'Associazione nazionale fra le imprese assicuratrici (ANIA), ((la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché)) le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie e le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative delle categorie professionali interessate, anche in attuazione dell'articolo 3, comma 5, lettera e), del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, al fine di agevolare l'accesso alla copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie, sono disciplinati le procedure e i requisiti minimi e uniformi per l'idoneità dei relativi contratti, in conformità ai seguenti criteri: a) determinare i casi nei quali, sulla base di definite categorie di rischio professionale, prevedere l'obbligo, in capo ad un fondo appositamente costituito, di garantire idonea copertura assicurativa agli esercenti le professioni sanitarie. Il fondo viene finanziato dal contributo dei professionisti che ne facciano espressa richiesta ((in misura definita in sede di contrattazione collettiva)) e da un ulteriore contributo a carico delle imprese autorizzate all'esercizio dell'assicurazione per danni derivanti dall'attività medico-professionale, determinato in misura percentuale ai premi incassati nel precedente esercizio, comunque non superiore al 4 per cento del premio stesso, con provvedimento adottato dal Ministro dello sviluppo economico, di concerto con il Ministro della salute e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentite ((la Federazione nazionale degli ordini dei medici chirurghi e degli odontoiatri, nonché)) le Federazioni nazionali degli ordini e dei collegi delle professioni sanitarie; b) determinare il soggetto gestore del Fondo di cui alla lettera a) e le sue competenze senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica; c) prevedere che i contratti di assicurazione debbano essere stipulati anche in base a condizioni che dispongano alla scadenza la variazione in aumento o in diminuzione del premio in relazione al verificarsi o meno di sinistri e subordinare comunque la disdetta della polizza alla reiterazione di una condotta colposa da parte del sanitario ((accertata con sentenza definitiva)).

3. Il danno biologico conseguente all'attività dell'esercente della professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, eventualmente integrate con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tener conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti all'attività di cui al presente articolo.

4. Per i contenuti e le procedure inerenti ai contratti assicurativi per i rischi derivanti dall'esercizio dell'attività professionale resa nell'ambito del Servizio sanitario nazionale o in rapporto di convenzione, il decreto di cui al comma 2 viene adottato sentita altresì la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. Resta comunque esclusa a carico degli enti del Servizio sanitario nazionale ogni copertura assicurativa della responsabilità civile ulteriore rispetto a quella prevista, per il relativo personale, dalla normativa contrattuale vigente.

5. Gli albi dei consulenti tecnici d'ufficio di cui all'articolo 13 del regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, recante disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico legale, una idonea e qualificata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche dell'area sanitaria anche con il coinvolgimento delle società scientifiche, ((tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento)).

6. Dall'applicazione del presente articolo non ((devono derivare)) nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

[13] Trib. Cremona, I sez., 19 settembre 2013.

[14] Cass. civ. sez. un., 22 luglio 2013, n. 17781, in Giust. civ. Mass., 1/2013, 742.

e, certamente, ne limita i costi, tentando anche un riavvicinamento delle parti: ciò è tanto vero che se ne prevede una durata massima di tre mesi, con la fissazione di un primo incontro non oltre i 30 giorni dal deposito della domanda. Al detto incontro le parti potranno stabilire se continuare o meno nella procedura di mediazione.

Se non vi sono i presupposti per proseguire, la mediazione sarà chiusa senza costi per i partecipanti (fatta eccezione per le spese di avvio, pari a 40 euro più IVA).

Pur essendo stata resa obbligatoria l'assistenza di un legale – per meglio garantire le parti rispetto a comportamenti e valutazioni che potrebbero compromettere, anche in maniera rilevante, la loro posizione nel successivo giudizio di merito – sono state reintrodotte le norme relative al gratuito patrocinio e stabilito che in caso di mancata presentazione della controparte, senza giustificato motivo, il giudice, nella successiva causa, potrà condannarla[15] al versamento in favore dell'Erario di una somma di importo corrispondente al contributo unificato, applicando la sanzione prevista all'art. 8, comma 5, del d.lg. n. 28 del 2010.

Detto comportamento, inoltre, potrà essere valutato come utile argomento di prova all'interno del processo, in virtù di quanto disposto dall'art. 116, secondo comma c.p.c., consentendo così l'ingresso di un'ulteriore ipotesi di prova atipica nel processo civile.

È stato, poi, introdotto anche un criterio di competenza territoriale che mira ad impedire, per esempio ad un'impresa, di chiamare in mediazione un consumatore presso un organismo la cui sede sia molto lontana dalla sua residenza, per rendergli difficile o impossibile la partecipazione: oggi, infatti, è competente per territorio solo l'Organismo che si trovi nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia.

Ove, poi, le parti raggiungano l'accordo, non dovranno più rivolgersi anche al Tribunale per renderlo esecutivo, ma è sufficiente che i legali ne attestino il rispetto dell'art. 474 c.p.c., ovvero che esso non è contrario all'ordine pubblico (cioè non contiene pattuizioni contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento) o a norme imperative.

Sono, inoltre, stati introdotti alcuni benefici fiscali, quali l'esenzione dall'imposta di registro fino al limite di euro 50.000,00 per i verbali di accordo e il credito di imposta per le parti che hanno sostenuto le spese di mediazione.

Va, infine, precisato che l'istituto ha carattere sperimentale e ne è stata prevista una prima durata di soli 4 anni.

Conclusioni

Il limite di durata imposto, appare, tuttavia, uno dei lati più negativi[16] delle recenti modifiche introdotte dal d.l. 69/2013 che, se, da una parte, hanno avuto l'indubbio merito di aver chiarito l'importanza della mediazione finalizzata alla conciliazione, avendone enfatizzato il ruolo, dall'altra, hanno rallentato il cammino di consapevolezza circa l'utilità del ricorso a procedure alternative ai giudizi, nell'ottica del bonario componimento delle vertenze.

Ponendo un limite di durata si è, infatti, rallentato il progredire della cultura della pacificazione che deve portare a considerare le ADR come utili istituti finalizzati al perseguimento del diritto vantato e non come agevole rimedio ad un processo troppo lungo ed articolato, finalizzato esclusivamente a smaltire gli arretrati dei giudici.

Le stesse compagnie di assicurazione, peraltro, dovrebbero incentivarne il ricorso, sia per il notevole risparmio economico che ne trarrebbero, grazie ai costi di gestione del conflitto certamente inferiori rispetto a quelli di un processo ordinario, che per la riduzione dei tempi di definizione della pratica, con diminuzione del carico di lavoro anche per gli uffici di liquidazione dei sinistri.

Il Legislatore, tuttavia, non pare aver attentamente valutato questo aspetto, non avendo fatto menzione del ruolo svolto dalle compagnie: nel silenzio della norma, dunque, non sembra neppure possibile ipotizzare una estensione dell'istituto del c.d. "intervento in causa di terzo", di cui agli artt. 106 e ss. c.p.c., all'interno del procedimento di mediazione.

Al contrario, ad avviso di chi scrive, la presenza – obbligatoria - dell'assicuratore renderebbe certamente più efficace l'istituto, vieppiù ove fosse reso "certo" anche il pagamento degli eventuali indennizzi, attraverso l'introduzione di un rigido sistema di vincoli e scadenze tassative. Da ciò potrebbero trarre giovamento anche gli assicurati, ove fosse ipotizzata una riduzione dei premi, o, comunque, il mancato aumento, in caso di esito positivo della mediazione.

A ben vedere, sarebbe opportuno addirittura inserire apposite clausole di mediazione all'interno dei contratti, vincolando così

[15] Tra le prime pronunce in materia si segnale Trib. Termini Imerese, 9 maggio 2012.

[16] Per una più approfondita disamina delle modifiche apportate all'istituto, si veda P. Sandulli, Processo civile. Lavori in corso, Roma, 2013, 289 ss.

le parti, sin dalla sottoscrizione, a ricorrere al detto procedimento prima di procedere a qualsivoglia azione giudiziaria.

L'istituto in esame, infatti, dovrebbe rappresentare un'opportunità per il cittadino e non un mero obbligo procedimentale, laddove finalizzato ad eliminare le criticità nel rapporto medico paziente che, spesso, sono l'unica causa dell'ingente ricorso al contenzioso in materia sanitaria.

È auspicabile, pertanto, che dalla diffusione di questo istituto possano giovarsi i rapporti medico-paziente che per il futuro potranno tornare ad essere impostati su di una reciproca fiducia e non su basi di diffidenza.

Certamente, per ottenere ciò è necessario che vi siano organismi di mediazione specializzati in materia[17], che possano anche avvalersi di consulenti tecnici nelle ipotesi di *malpractice*, al fine di favorire una soluzione più meditata ed equa, nella ricerca di un giusto procedimento[18] di media conciliazione, in applicazione dei principi garantiti dalla Carta costituzionale.

Ciò perché, si ricorda, lo scopo istituzionale degli organismi di mediazione dovrebbe essere quello di facilitare, con la loro autorevolezza, i rapporti tra le parti, predisponendole a recuperare un clima di ritrovata fiducia, unico nel quale può crescere la cultura scientifica del Paese.

Piero Sandulli

© RIPRODUZIONE RISERVATA

[17] Una delle più rilevanti carenze della attuale normativa è costituita dalla poca attenzione dedicata agli organismi di mediazione che, invece, dovrebbero essere qualificati in virtù delle specifiche specializzazioni in quanto non tutti, in questo settore, possono fare tutto.

[18] F. P. Luiso, Il modello italiano di mediazione. Il "giusto" procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta), in Giur. It., Gennaio 2012, 213-217.

Una nuova materia di ricerca scientifica interdisciplinare: la "CONSENSUOLOGIA"

Come e perché oggi il consenso sia il sistema più efficiente ed efficace per creare sviluppo, minimizzare gli sprechi e mantenere buone relazioni (parte prima)

1. Premesse soggettive ed oggettive

Accolgo volentieri l'invito dell'amico nonché direttore Marco Ceino a scrivere su questa rivista un riassunto delle ricerche mie e dei ricercatori di diverse discipline aderenti al CESNACOM su quella che sin dal 1993 ho chiamato CONSENSUOLOGIA*,* la scienza della creazione del consenso *Efficiente ed Efficace* (d'ora in poi EeE).

Il motivo che mi ha spinto a scrivere sta nel convincimento (o nella illusione) di aver raggiunto delle conclusioni innovative: ho rinforzato i miei sei tradizionali *pilastri della costruzione del consenso EeE* con le *sei fasi del metodo scientifico* sulla cui utilità non si può… *negoziare* tenuto conto che, dai tempi di Galileo Galilei, una disciplina di studio può essere definita "scientifica" solo se risponde ai principi del metodo scientifico, ed in particolare alla sua "riproducibilità" in laboratorio, verificabile e misurabile nei suoi effetti e risultati costanti.

L'innovazione dunque è costituita dalla scoperta della coincidenza ideologica, e quindi dalla possibilità di fusione operativa, di questi due filoni di pensiero determinado la nascita dei *sei fondamenti della convivenza umana pacifica, proficua e felice per tutti* basata sulla prosperità equa e solidale.

In linea con tale impostazione concettuale penso che la interdisciplinarietà debba essere la caratteristica fissa di ciascuna disciplina scientifica capace di resistere alle obiezioni avanzate dalle più diverse scienze. Nel futuro prossimo il metodo scientifico dovrà contemplare anche le neuroscienze che stanno producendo profondi cambiamenti nella ricerca in ogni settore (v. ad esempio il neurodiritto… cui aggiungerei la neuroconsensuologia).

Evidentemente non si tratta più dell'antica distinzione tra *scienze dure* (o naturali/matematiche quali: fisica, chimica, biologia…in cui l'uomo è chiamato ad individuare e scoprire le leggi esistenti in natura) e *scienze morbide* (o umane/sociali in cui è l'uomo stesso a fissare le leggi che meglio regolano la convivenza umana vietando i comportamenti antisociali.

La CONSENSUOLOGIA è nata per non occuparsi di divieti, di muri ma di soluzioni, di ponti. Essa mira a far trovare il consenso talmente vantaggioso per tutti che massimizza le probabilità di una sua esecuzione spontanea ed immediata per decisione congiunta su utilità congiunte per le parti stesse. Definita in questi termini la CONSENSUOLOGIA può trovare applicazione non solo nella creazione di accordi nuovi o per la estinzione consensuale di accordi vecchi, ma anche nelle decisioni collettive in sede assembleare in modo più efficiente ed efficace (EeE) rispetto al tradizionale sistema del voto a maggioranza, come cercherò di dimostrare più avanti in questo articolo[1].

Di tutto questo oggi c'è assoluto bisogno anche in Italia poiché, nel mondo, i contatti umani si sono modificati e si stanno modificando in un modo così rapido, così intenso, così vasto come mai era avvenuto fino ad ora nella storia umana grazie ad internet ed alla globalizzazione dei mercati che hanno annullato le eterne dimensioni del tempo e dello spazio.

Questa rivoluzione in corso ha determinato la applicazione di nuove regole, come se fosse nata una sorta di *neo* lex mercatoria *informatica globale ed inderogabile*: chi non usa queste nuove regole è condannato alla più grave delle sanzioni, ad essere escluso dal mercato istantaneamente senza il preavviso di sentenze, di ufficiali giudiziari, di titoli esecutivi.

In breve (v. nota 1) le nuove regole si basano su due principi "verificabili e misurabili" attraverso il "confronto" globale ed immediato su:

- la *affidabilità delle relazioni* con i potenziali partner,
- il tasso di "*arricchimento*" reciproco attraverso lo *scambio equo e proficuo* per se stessi, l'interlocutore, i consulenti, i subfornitori e la collettività tutta.

---

*Avvocato, mediatore e formatore. Ha effettuato uno stage a Londra ed uno per avvocati stranieri presso la Harvard Law School sulla progettazione di sistemi di risoluzione dei conflitti misti attraverso procedure consensuali e contenziose. Fondatore nel 1993 del *Centro Europeo per lo Studio della Negoziazione Applicata e della Conciliazione Mediata* (CESNACOM). Docente presso la Pontificia Università Gregoriana, l'Università Roma Tre e in numerosi master.

[1] Per approfondimenti si rimanda al volume "*Introduzione alla consensuologia. Accordarsi è cosa diversa dal litigare*" di M. Quinto di prossima pubblicazione.

Ripeto, la sanzione automatica è la *estromissione* di chi non si adegua a queste due *leggi*. Il principio che ne è alla base è una concorrenza spietata che ricorda la legge della giungla dove solo i più forti sopravvivono.

Oggi i Paesi in cui si vive in condizioni economiche modeste vengono a trovarsi paradossalmente in una situazione di vantaggio poiché automaticamente sono capaci di offrire prodotti o servizi più competitivi in una sorta di riequilibrio delle forze in campo. Naturalmente di converso esiste anche il problema dello sfruttamento abusivo nella globalizzazione…ma questo è un altro discorso ancora più complicato e ancora più difficile da risolvere.

È normale dunque che oggi, mentre un imprenditore italiano sta negoziando con un interlocutore francese, questi possa concludere durante le trattative quello stesso affare con un suo interlocutore cinese qualora questi gli abbia offerto condizioni contrattuali più attraenti. Oggi il rischio maggiore non è più tanto quello di cercare di agire in modo formalmente corretto ma, nell'ambito della scontata legalità, quello di cercare di agire in concorrenza con il mercato che agisce più in fretta, con più interlocutori, in ogni parte del mondo. Ecco la necessità di apprendere la negoziazione dei contratti accanto al diritto dei contratti. Ecco perché la necessità della CONSENSUOLOGIA mirata a rendere attraente sia il mantenere relazioni costruttive sia il trovare soluzioni vantaggiose per tutti.

Ne consegue che oggi diventa una necessità imparare le tecniche più avanzate per saper decidere, saper negoziare e saper far negoziare in qualsiasi ambito, da quello familiare a quello professionale, da quello individuale a quello collettivo.

La conclusione di tale impostazione è che la CONSENSUOLOGIA non è nata per appoggiare la mediazione civile e commerciale quale strumento per abbattere il carico giudiziario italiano.

Intanto si può dire che la cultura giuridica italiana si è mostrata poco aperta all'approccio scientifico verso la creazione del consenso EeE come dimostrato dalla ostilità, concettuale ed operativa, verso la conciliazione prevista dal decreto 28/2010. Ovviamente il peccato originale di guardare la cultura consensuale attraverso le lenti della cultura contenziosa ha determinato la incomprensione reciproca e l'equivoco per cui la mediazione sia una sorta di semplificazione del processo civile mentre in realtà non ne condivide né mezzi né risultati né soprattutto cultura.

I principi della CONSENSUOLOGIA sono più ambiziosi poiché mirano a migliorare la qualità della vita e delle relazioni in ogni settore dell'agire umano, quali quello familiare, sociale, scolastico, lavorativo, commerciale, politico, internazionale.

La inefficienza del sistema giudiziario italiano è un problema a parte che, anch'esso, va affrontato trovando soluzioni e non responsabilità. Come diceva Einstein e come ripeterò spesso: "non si può cambiare partendo dai concetti da cambiare: ci vogliono mezzi e fini nuovi". Ecco un primo esempio concreto.

Se la strada è troppo intasata, ne va regolamentato l'accesso. Forse l'art. 24 della Costituzione non deve essere considerato più un tabù ma andrebbe riesaminato per non consentire più l'accesso *indiscriminato per tutti* al servizio pubblico della amministrazione della giustizia (es. richieste chiaramente strumentali e/o inferiori al costo della procedura) e tutto questo in funzione della stessa sostenibilità del servizio.

Il servizio sanitario nazionale nel 1992 (l'anno prima della fondazione del CESNACOM) ha risolto il problema ponendo i quattro codici colore del triage a mo' di semaforo all'ingresso degli ospedali poiché il servizio viene reso ai richiedenti secondo le regole di chi lo presta proprio per poterlo offrire ai più bisognosi.

Viceversa la apertura a tutti del servizio giudiziario e la conseguente inefficienza giudiziaria, esaminate in modo interdisciplinare, diventano non solo una misura di inattendibilità finanziaria e di squilibrio economico per gli investitori italiani e stranieri ma anche un motivo di disparità sociale e di ghettizzazione (il 10 % degli italiani detiene il 50% della ricchezza totale).

In altri termini, anche per questo motivo, il sistema Italia sta uscendo dal confronto globale prima indicato proprio per questo eccesso di litigiosità (si pensi che i ¾ delle cause civili sono costituti da incidenti stradali e liti condominiali che di incertezza giuridica hanno ben poco). Due esempi banali di come da noi e solo da noi la parola *conflitto* si identifichi con *litigio*:

- usiamo lo stesso termine per denominare sia gli attori del giudizio sia quelli del contratto: *controparti*! Nel mondo si ritiene che un contratto nasca solo se lo scambio degli interessi compatibili sottostanti risulti *vantaggioso* per entrambe le parti e per la collettività. Lo sforzo naturale delle parti *interlocutrici* dovrebbe essere dunque soprattutto quello di trovare ciò che accomuna (interessi e risorse compatibili) nella diversità degli scopi operativi e non tanto ciò che divide nell'ambito dei diritti contrapposti;
- usiamo due termini diversi in modo intercambiabile: accordo *transattivo* o accordo *conciliativo*. Nel mondo con il primo

termine si indica un accordo "*a perdere*" dove le parti facendosi delle reciproche concessioni trovano l'accordo rimettendoci qualcosa mentre con il secondo termine si indica un accordo "*a guadagnare*" dove le parti creano ricchezza per entrambe utilizzando le risorse compatibili e vantaggi congiunti. È evidente che ci si accorda solo se – ripeto – lo scambio risulti reciprocamente vantaggioso, più vantaggioso di qualsiasi sentenza favorevole. Paradossalmente la forma più avanzata di scambio mutuamente vantaggioso è l'antico baratto dove, eliminato l'elemento comparativo unico chiamato danaro, si vede facilmente che, per entrambe le parti, ciò che si dà ha minor valore di ciò che si riceve: altrimenti perché accordarsi?

Il conflitto è di per sé un *fenomeno* neutro: può diventare costruttivo se affrontato con il consenso insieme all'altro oppure distruttivo se affrontato con il litigio per vincere alle spalle dell'altro. Dunque *il consenso EeE è importante in quanto fonte di benessere e di felicità*.

Ormai molte costituzioni proclamano la ricerca della felicità quale *diritto fondamentale*, a cominciare dalla Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 1776. A proposito di Costituzioni e di modifiche da apportare a quella italiana, mi piace ora segnalare come il metodo democratico ossia il sistema del *voto a maggioranza* non tenga conto della *qualità del consenso decisionale* dei contenuti della legge in discussione nell'aula parlamentare. Il voto a maggioranza spinge realisticamente i deputati e i senatori (ancora per poco questi ultimi) a trovare alleanze e coalizioni e non a studiare come le emanande leggi possano migliorare la qualità della vita dei cittadini, utenti, contribuenti, elettori (v. il problema degli "esodati" creato per legge).

Risulta difficilmente accettabile anche che deputati e senatori (e tutti quelli che fanno parte di assemblee elettive) possano decidere leggi che riguardano i propri emolumenti in palese conflitto di interessi con quelli dei cittadini, a loro insaputa e a loro imposti.

Mi piace far notare che il Consiglio d'Europa vota con il metodo del *consensus* che non ha nulla a che fare con la forza dei numeri ma ha molto a che fare con la ragionevolezza e con la qualità della decisione collettiva e congiunta.

Il confronto tra CONSENSUOLOGIA e diritto sorge naturale: meglio imporre le leggi nate come sopra indicato e con la forza della spada (v. la statua della Giustizia) oppure meglio che siano i cittadini stessi a darsi delle regole? Chi controlla la qualità delle leggi e i risultati individuali e collettivi raggiunti ogni anno? Insomma meglio cooperare o competere? La negoziazione dei contratti è gestibile da chi conosce soltanto il diritto dei contratti o è necessaria una ulteriore cultura? Gli appartenenti al mondo giuridico sono disposti ad allargare la propria cultura al di là del giuridico? Quali altri apporti scientifici possono essere ritenuti utili per "misurare" la qualità del consenso contrattuale e la qualità delle decisioni assembleari?

Per il cambiamento in atto dovuto a globalizzazione e internet, questo oggi è il dilemma della *convivenza* e presto anche della *sopravvivenza* quale *interdipendenza*. Il consenso EeE – al di là dei quello formalmente valido secondo regole "artificiali" create dall'uomo – è soprattutto uno strumento di *sviluppo economico e sociale* più volte invocato dai principi generali della nostra Costituzione.

Negoziare gli *aspetti operativi* dei contratti ed esaminare gli *aspetti formali* dei contratti sono *materie parallele* e di reciproco supporto: la prima è necessaria per individuare i contenuti più adatti ai bisogni delle parti e per dare indicazioni su "come si fa" un contratto, la seconda è necessaria per evitare che esistano vizi giuridici e per dare indicazioni su "come non si fa" un contratto (v. nota 1).

Oggi dunque conoscere i meccanismi della creazione del consenso EeE è diventato indispensabile sia per creare *nuove intese* (e fare in modo che risultino produttive) sia per finire o trasformare *vecchie intese* (quando si rivelino non più produttive).

2. La necessità di un cambiamento radicale nel modo di pensare

Come già detto, Einstein affermava "*Non si può cambiare partendo dai concetti che si intendono cambiare: ci vogliono nuovi fini e nuovi mezzi*". Bisogna saper riconoscere e spiegare *scientificamente* quando la tradizione e l'esperienza possono risultare un freno in un mondo che accelera in modo esponenziale e spiegare allo stesso modo le ragioni del cambiamento proposto per verificare che ottenga il dovuto *consenso EeE.*

Infatti oggi in Italia non basta più imparare tali abilità ma è necessario imparare come esse siano strumentali al raggiungimento del consenso EeE e – parallelamente – come si fa a riconoscere i vari tipi di consenso *inefficiente ed inefficace* tra cui la manipolazione (di cui parlerò nella seconda parte dedicata soprattutto agli aspetti operativi).

Le ricerche attuabili con la nuova tecnologia apriranno nuove frontiere sul rinvenimento delle aree di *convergenza reale* e di conflitto sommerso poiché le persone istruite

a diventare "guerrieri" tendono a lottare anche quando si negozia.

Intendo presentare nuovi criteri da applicare alla vita di tutti i giorni per distinguere *i mezzi costruttivi* da quelli *distruttivi*, i mezzi arricchenti da quelli impoverenti, i mezzi manipolatori da quelli cooperativi nell'ottica operativa di creare sviluppo e migliorare le relazioni.

In altri termini in questi ultimi ventidue anni (da quando cioè è stato costituito il CESNACOM) accordarsi non è più un fatto che riguardi solo il ristretto mondo delle imprese e dei grossi affari commerciali ma uno stile comportamentale della vita quotidiana proprio perché l'individuo si trova oggi *solo* davanti al computer e sempre più immerso in una realtà di confronto globale ed immediato.

Lo *stile autoritario* (stile palesemente aggressivo, cercare di "vincere" nel contratto) è tramontato poiché ognuno deve saper dar conto di quello che fa a tutta la collettività.

Nel contempo, per assurdo, lo *stile manipolatorio* (stile apparentemente remissivo e subdolamente aggressivo) tende sempre più a diffondersi per dare all'interlocutore l'impressione di aver vinto. I problemi sorgono quando quest'ultimo si accorge di essere stato manipolato… e tenta o di non adempiere o di vendicarsi… non si sa in quale modo.

Contrariamente alla opinione corrente io, da ex avvocato contrattualista nel settore del commercio internazionale con pratica effettuata a Londra, penso che i principi e le tecniche della CONSENSUOLOGIA abbiano poco a che fare con i principi giuridici strutturalmente mirati a *litigare* per stabilire chi abbia torto e chi abbia ragione: *ubi remedium ibi jus.* Anche il diritto sostanziale è strutturato in modo tale da trasformarsi facilmente in diritto processuale: si pensi alla *clausola contrattuale* dell'arbitrato e del foro competente.

Nel mondo invece si ritiene che "accordarsi sia cosa diversa da litigare".

A questa materia – la lite – fa ricorso il *diritto dei contratti* quando esso intraveda la patologia del funzionamento del contratto (vizi del consenso e inadempimento contrattuale). La CONSENSUOLOGIA invece mira a fare in modo che il contratto sia EeE in quanto strutturato per fare in modo che esso funzioni non solo naturalmente e spontaneamente ma anche che trovi il modo di "aggiustarsi" da solo con la rinegoziazione a cura delle parti e dei rispettivi avvocati contrattualisti. Dunque la CONSENSUOLOGIA si affianca parallelamente al diritto dei contratti senza mai toccarlo poiché le due materie agiscono per mezzi e fini diversi.

Per questo ho proposto spesso agli avvocati italiani di prendere la decisione strategica di specializzarsi nella *negoziazione*, anticamera concettuale anche della conciliazione, arrivando ad ipotizzare *due specializzazioni professionali* – processuale e contrattuale – ottenibili anche dallo stesso professionista ma concettualmente ed operativamente separate nel senso che per lo stesso affare non si possa avere il doppio mandato *ad negotia* e *ad lites* come da tempo sostiene nel mondo il diritto collaborativo.

Per quello che dirò qui di seguito, auspico anche azioni di coordinamento con altre due categorie professionali: i commercialisti per gli aspetti economici e gli psicologi sociali per quelli relazionali.

Tutti questi aspetti si rivelano poi essenziali per le tecniche del conciliatore terzo imparziale e facilitatore della creazione del consenso EeE tra le parti durante la procedura di conciliazione che anche in questo caso io amo dividere in *sei fasi*. Il conciliatore ha infatti uno strumento unico per svolgere la propria funzione: infatti, attraverso i *caucus* (gli incontri singoli con ciascuna parte), egli è una sorta di giocatore che "vede" le carte scoperte dei giocatori quando questi tra loro nascondono le "vere" carte. È l'unico che vede e parla in un mondo di ciechi e sordi, di oppositori e accusatori.

Vedere la conciliazione come un processo è strano poiché in essa non c'è il bisogno di difendersi visto che non c'è nessuno che attacca e tutti dovrebbero spingere verso la *soluzione condivisa in quanto vantaggiosa.*

La crisi ha travolto tutte le libere professioni (v. i dentisti: la gente con l'attuale crisi rinunzia perfino alle cure mediche non indispensabili). Le statistiche dicono che nella media gli introiti degli avvocati hanno subito nel 2013 una flessione del 44% per la loro esclusiva attività di *litigators*. Di conseguenza io penso che riuscire a sistemare le cose senza entrare in tribunale e trovando nuove formule di assistenza nel proprio studio (con e senza l'ausilio di nuove leggi) dovrebbe essere il loro massimo sforzo creativo anche per sopperire alle inefficienze operative intrinseche al sistema troppo vecchio rispetto alle attuali esigenze.

Oggi, come dicevo, il *confronto* in qualsiasi settore della vita privata e professionale: con l'arrivo in Italia dei grandi studi legali internazionali, tutti "ovviamente" specializzati in NEG-MED (negoziazione dei contratti e mediazione delle controversie), la concorrenza è oggi dentro le nostre mura di casa.

Certamente per poter arrivare a giocare contemporaneamente su due ruote (giudiziale e contrattuale) si dovrà partire da lontano, dai banchi dell'università. Tutti sanno che in Inghilterra la professione legale è for-

malmente divisa in due: da un lato ci sono i *barrister* che sono gli unici che lavorano da soli in uno "studio" all'interno di un quartiere specifico, che possono indossare la toga, mettere il parrucchino e andare nelle corti reali al di là della "sbarra" *(bar)* che separa il pubblico da chi indossa la toga; dall'altro lato ci sono i *solicitor* che sono gli avvocati d'affari che lavorano nei grandi studi legali associati e si occupano essenzialmente della negoziazione, gestione e esecuzione dei contratti internazionali attraverso metodi che somigliano molto alla catena di montaggio di una industria che funziona "chiavi in mano" per realizzare i *desiderata* del cliente.

Le mie tre cattedre universitarie, create in università tradizionalmente molto diverse tra loro, erano allocate presso le facoltà di scienze sociali, scienze politiche e relazioni interculturali nel Mediterraneo…nessuna nella facoltà di legge!

In Italia il futuro della professione legale – come ho illustrato in diversi convegni riservati agli avvocati – sarà sempre meno dipendente dalla burocrazia dei tribunali e sempre più autonomo in quanto gestito nei "propri" studi (tale tendenza diventa una necessità desumibile anche dalla classifica della Banca Mondiale che vede l'amministrazione della giustizia in Italia al 160 posto su 180 Paesi considerati). Per l'avvocato italiano offrire un servizio personalizzato diventerà un vantaggio competitivo di per sé.

Lo strumento principale di lavoro degli avvocati di conseguenza (poiché la rapidità e l'accuratezza nel settore contrattuale hanno un tasso di remuneratività maggiore del settore giudiziale) si fonderà sul *come si fa a creare il consenso EeE* e non solo sul controllare se il consenso raggiunto sia privo di vizi o sia caratterizzato da inadempimenti nella sua applicazione.

Per i motivi contingenti alla crisi economica, la professione legale è chiamata a dare un apporto costruttivo non più limitato al solo litigare. Dico questo perché, ripeto, la realtà è cambiata come mai prima d'ora. Il metodo del confronto e della concorrenza ha come regola fissa: *First arrived first served.* Gli affari, e non solo, si fanno con l'interlocutore con cui per primo si raggiunge un accordo vantaggioso.

Si pensi ai nuovi rischi nell'ambito negoziale di chi pensi di cominciare la trattativa con una richiesta alta per poi poterla ridimensionare nel corso dei successivi incontri…che potrebbero non esserci essendosi nel frattempo l'interlocutore accordato con un concorrente con il quale ha intrattenuto una trattativa in parallelo *via computer.*

Il sistema è diventato più trasparente poiché il discredito pubblico, oggi rivitalizzato da internet, mette al bando quell'imprenditore contornato da consulenti "troppo" furbi in materia ambientale, fiscale o sicurezza in materia di lavoro. Costui corre rischi di sanzioni economiche ben più pesanti di quelle processuali fino alla possibilità di intaccare la stessa sopravvivenza del soggetto.

Sento dire che oggi Tripadvisor è soggetto ad indagine della commissione antitrust per l'eccesso di uso e di effetti che una azione concertata di discredito può avere sulla sopravvivenza dell'imprenditore possibile oggetto di ricatti e ritorsioni. La sola esistenza di una procedura di tal genere fa capire come sia morto e sepolto il principio *res inter alios acta tertio neque prodest neque nocet.*

La questione diventa così filosofica: la trasparenza nella concorrenza è fonte di progresso o di regresso? È fonte di miglioramento commerciale o di illecite "manipolazioni" da parte di ricattatori?

Il confronto è diventato più globale per cui qualsiasi imprenditore deve saper individuare come propri fornitori quelli più vantaggiosi e deve saper individuare quei mercati dove non esistano imprenditori concorrenti più vantaggiosi. In tale strategia i Paesi emergenti del BRIC, Brasile, Russia, India e Cina stanne facendo passi avanti molto più rapidamente dei Paesi industrializzati tradizionali. Non a caso in questi Paesi esiste una particolare e tradizionale cultura della negoziazione. In Cina in particolare questa ben si fonde con la cultura dell'armonia tra i popoli.

L'Italia è l'unico paese che nelle facoltà di diritto non siano previste come materie di studio la negoziazione dei contratti al primo anno accanto a diritto dei contratti e la mediazione delle controversie al terzo anno accanto a procedura civile: tutto ciò nel mondo è una riprova della autonomia culturale della creazione del consenso EeE.

Vincere e accordarsi non hanno punti di contatto: in altri termini se si "vince" in un contratto, prima o poi l'altro si accorge di aver perso e tenderà o a non eseguire per mancanza di convenienza oppure, peggio, eseguirà perché *obbligato* ma cercherà di vendicarsi per altra imprevedibile via.

Uso il concetto di *abilità* nel negoziare perché quello più chiaro in termini di creazione del consenso: preciso tuttavia che i principi che più avanti sinteticamente esporrò valgono anche per l'abilità nel prendere decisioni strategiche (una negoziazione con se stesso tra l'emisfero destro e l'emisfero sinistro del cervello) e per l'abilità del conciliatore terzo imparziale nel far negoziare gli altri, parti e consulenti.

Non si può confondere forma e sostanza:

come dico da venti anni nei corsi CESNACOM, nei campi di calcio una cosa è l'*allenatore* che applica le tecniche più adatte affinché l'armonia della squadra massimizzi le risorse per raggiungere il risultato atteso (fare goal) ed un'altra è l'*arbitro* che controlla la correttezza formale del comportamento dei giocatori in campo (rispetto del regolamento). Ancora più chiaramente, studiando il regolamento non si impara a fare goal e studiando le tecniche di gioco non si punisce che commette un fallo. I due concetti sono paralleli e sinergici ai fini del *funzionamento del gioco* nel suo complesso[2].

3. Storia della nascita della ricerca sul consenso efficiente ed efficace (EeE) in Italia: il CESNACOM

Il CESNACOM, *Centro Europeo per lo Studio della Negoziazione Applicata e della Conciliazione Mediata*, fu fondato da me e da 10 giovani ricercatori ventidue anni fa. La cerimonia della firma si tenne il 19 settembre 1993. Lo scopo principale del Centro è stato ed è ancora quello di ricercare e dimostrare come gli strumenti concettuali per accordarsi siano diversi e, spesso opposti, rispetto a quelli utilizzati per litigare. La conclusione di tale osservazione, per quanto banale, mi pare meriti un approfondimento per almeno due ragioni:

- Superare il preconcetto secondo cui l'accordo debba essere sempre un *compromesso* tra le due richieste iniziali delle parti come se il negoziato fosse una sorta di tiro alle fune lungo un'unica fune (il prezzo) da tirare con forza (con il rischio che essa si spezzi nel caso in cui quando il proprio interlocutore preferisca un altro partner d'affari da subito più morbido… proprio come dicevo all'inizio).
- Superare il preconcetto secondo cui anche nel negoziare i contenuti di un contratto ci possa essere un *vincitore* ed un *perdente*. Nella cultura della CONSENSUOLOGIA può vincere solo il consenso EeE in quanto tale, lo *scambio vantaggioso per tutti* nel senso che sia chi compra sia chi acquisti compiano un atto vantaggioso per se stessi e per la collettività. Io vedo il consenso dal punto di vista del…consenso.

Purtroppo le recenti notizie sulla stagnazione in Italia dimostrano come noi italiani non siamo ancora oggi capaci di strutturare scambi favorevoli per tutti e così, strutturando scambi favorevoli solo per pochi o per qualcuno, siamo in fase di *recessione* e di crescente *disuguaglianza sociale* in cui i ricchi diventano sempre più ricchi e i poveri sempre più poveri. Come dicevo è socialmente preoccupante e potenzialmente fonte di disordine pubblico (anche da noi gli *indignados?)* che il 10% della popolazione detenga la metà della ricchezza nazionale.

Nella negoziazione o entrambe le parti vincono e con loro la collettività o entrambe le parti perdono e con loro la collettività. Una riprova di questo valore globale del consenso è data dalla attuale crisi del mondo del lavoro. In quest'ambito sociale ed economico deve essere ricercato un nuovo equilibrio tra sicurezza del posto di lavoro pubblico/privato ed efficienza ed efficacia delle prestazioni lavorative effettuate. Queste, a loro volta, devono produrre ricchezza maggiore del costo delle prestazioni stesse per scongiurare il rischio che si trasformino in un costo sociale che noi italiani non possiamo permetterci. Di conseguenza la negoziazione sindacale – e quindi la creazione di un accordo EeE – è un processo ad interessi convergenti dove ognuna delle parti, impresa e lavoratori, percepiscano di arricchirsi e di arricchire tutti senza furbizie.

Ripeto, gestire gli interessi confluenti e i diritti contrapposti sono materie a sé stanti.

Quando gli avvocati chiesero la "*difesa tecnica obbligatoria*" nella conciliazione dimostrarono il loro approccio contenzioso ad una materia consensuale dove aver ragione o torto non è poi così rilevante come nel processo.

Si pensi alla negoziazione in caso di sequestro di ostaggi dove il dialogo sorge con un delinquente durante uno dei delitti più odiosi mentre esso è in atto. Si pensi che quasi sempre la conciliazione ha a che fare con un inadempimento contrattuale o con un illecito civile (e talvolta anche penale) e che l'oggetto dell'accordo non dovrebbe essere l'entità della penale da versare. Si pensi alla nascente mediazione penale per rimediare alla inadeguatezza della ospitalità delle nostre carceri…

In tutti e tre i casi di conciliazione "estrema" le *sei fasi* della procedura "base" non solo sono sempre presenti ma anche servono a illustrare il comportamento più adatto da tenere momento per momento (viceversa la prova di forza ha portato alla strage di Beslana).

Viceversa la tradizione del motto *"meglio una mediocre transazione che una causa vinta"* è anch'essa superata: meglio un accordo che arricchisca entrambe le parti di più di una causa vinta che arricchisce poco una parte sola impoverendo l'altra.

Il mondo del *consenso EeE* è un mondo a parte con mille sottigliezze proprio per evitare che in qualche modo possa diventare inefficiente e inefficace anche nei casi in cui un eventuale *squilibrio* tra le prestazioni scam-

[2] Sulla importanza della *Teoria dei giochi* nella creazione del consenso EeE si rinvia al libro citato in nota 1.

biate non superi la soglia della illegalità prevista dal nostro sistema giuridico che, tra i pochi al mondo, riconosce i concetti di risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e rescissione originaria per lesione oltre la metà.

Si pensi all'aspetto della *manipolazione* sopra solo accennato, che di norma viene ritenuto in Italia essere un pregio del bravo negoziatore. Questo è un esempio della confusione tutta italiana tra cultura contenziosa e cultura consensuale che porta a cercare di "vincere" anche nel caso degli accordi. In merito un famoso diplomatico era solito dire che in diplomazia la vera abilità è:

- vincere, come nella vita, ma dando all'interlocutore la impressione che a vincere sia stato lui,
- impostare la prima richiesta molto in alto in modo tale che i successivi ribassi appaiano delle gentili concessioni…

Forse queste affermazioni potevano essere accettabili quando ancora non esisteva internet: ripeto ora è tutto cambiato.

Sulle modalità di costruzione di un consenso realmente efficiente ed efficace penso che ci sia ancora molto da studiare: consci di tutto ciò, uno dei primi impegni del CESNACOM quale laboratorio di ricerca è stato quello di arricchire la sua biblioteca, attualmente di circa 300 volumi a disposizione dei ricercatori interni, dividendola in tre sezioni ben separate:

- La CONSENSUOLOGIA propriamente detta applicabile nei tre settori classici dei processi decisionale, negoziale e conciliativo mirati tutti al miglior rendimento congiunto (sociale ed economico) ottenibile per le parti, per i consulenti e per la collettività;
- Le *sei scienze* che sono alla base secondo le *sei fasi del metodo scientifico* per la costruzione del consenso EeE. Il metodo scientifico è quello che oggi offre indiscutibilmente i migliori risultati in termini di attendibilità, misurabilità, riproducibilità e verificabilità dei risultati ottenuti anche per verificare la utilità di una legge, di un principio e di un accordo;
- I *molti settori* di usuale applicazione (anche inconsapevole) nella vita quotidiana caratterizzata oggi da contatti e da confronti sempre più frequenti, veloci e globali. Alludo all'ambiente familiare, scolastico, lavorativo, condominiale, locale, consumeristico, internazionale.

Tale tipo di ricerca non ha precedenti in Italia e riguarda l'approccio scientifico ed interdisciplinare alla creazione del consenso efficiente ed efficace (EeE).

Dunque la CONSENSUOLOGIA che è alla base del processo decisionale (negoziazione con se stesso), negoziale (negoziazione con un altro) e conciliativo (negoziazione facilitata da un terzo imparziale che gioca a carte scoperte attraverso i *caucus*) si basa sulla massimizzazione degli interessi confluenti e non dei diritti contrapposti.

4. I sei pilastri della costruzione del consenso efficiente ed efficace (EeE)

L'approccio che io e i primi dieci ricercatori seguimmo nel 1996 per cominciare ad elaborare i fondamenti positivi della CONSENSUOLOGIA fu quello di dubitare di tutti quelli che erano stati i fondamenti della negoziazione studiati fino a quel momento compresi quelli che io avevo appreso durante un breve corso estivo ad Harvard per avvocati stranieri tenuto dal compianto prof. Roger Fisher indiscusso leader mondiale nel settore secondo le indicazioni di Einstein.

Il vero ricercatore è colui che dedica la sua vita a monitorare se i suoi principi scientifici siano tali e se effettivamente funzionino sempre ogni volta che sono applicati nella pratica della vita quotidiana: *"provando et riprovando"* come diceva Galileo Galilei.

Il conservatorismo e l'ossequio per la tradizione (poiché *si è sempre fatto così…* oppure perché *lo ha detto il professore…)* saranno presto superati rispetto al nuovo modo di "fare giustizia" basato sul duplice principio di 1) migliorare le relazioni e 2) risolvere i problemi misurando sperimentalmente se quanto previsto dalle leggi ottengano effettivamente i risultati attesi ed indicati negli scopi della legge stessa da far verificare, ad esempio, annualmente da una commissione apposita come indicherò nel prossimo paragrafo 6.

La nuova idea di Giustizia che propongo non dovrebbe più basarsi su principi astratti e generali *non verificati* ma su principi *concreti e specifici* per potersi coniugare *efficientemente ed efficacemente* con le attuali esigenze economiche e sociali più volte menzionate nei principi generali della nostra Costituzione.

La ricerca medica cambia e migliora ogni giorno razionalizzando l'uso degli ospedali aprendoli solo ai casi degni di ricovero proprio per massimizzare la qualità del servizio. La ricerca giuridica dovrà apprendere ad utilizzare le stesse metodiche fondate sulla coerenza dei mezzi ai fini. Allo stato attuale si dovrebbe riflettere se, per risolvere un conflitto, il litigio e la sentenza aggiudicatoria siano effettivamente il modo più efficiente ed efficace: quali fini si intendono perseguire? Con quali mezzi? Il risarcimento del danno in civile è l'unico mezzo per rimettere le cose come stavano prima? La reclusione in penale è l'unico mezzo per rimettere il reo e la vittima nella situazione in cui stavano prima? Lo

Stato può farsi garante di una decisone provvisoria immediata in modo che siano eliminate strumentalizzazioni connesse all'abuso del tempo? Tutto sommato la differenza tra interessi bancari e interessi legali trasforma il tribunale in un vantaggioso istituto bancario.

Tutto questo è stato evidenziato al ministro Castelli nel 2001 in un dossier dove sostenevo che in primo luogo il nome del Ministero doveva essere modificato in quello di MINISTERO DELLA GIUSTIZIA CONSENSUALE E CONTENZIOSA.

Nella lite l'approccio è decisamente distributivo (ciò che vince uno è esattamente ciò che perde l'altro) mentre nell'accordo EeE l'approccio è per definizione integrativo poiché nello scambio per entrambe le parti ciò che si riceve è più attraente di ciò che si consegna. L'accordo di conciliazione facilitato da un conciliatore preparato in CONSENSUOLOGIA crea più ricchezza e recupera facilmente la relazione tra le parti più della migliore sentenza favorevole proprio in quanto nei due settori sono utilizzati strumenti diversi.

Infatti ben presto al CESNACOM arrivammo ad una prima conclusione che fu la pietra miliare di tutto il percorso della successiva ricerca: due sono gli *aspetti costanti* che caratterizzano qualsiasi accordo mirato a superare qualsiasi conflitto di opinioni per evitare che diventi una contrapposizione di forza in politica, in diritto, nei rapporti sindacali, nella scuola e persino nella famiglia: *il recupero della relazione umana reciproca* "e" *la soluzione del problema materiale comune*, tenendo conto anche delle esigenze della collettività. Questi due approcci devono essere gestiti separatamente.

Nell'attività litigiosa esistono dei costi intrinseci di natura sociale (il rancore o spesso persino l'odio verso la "maschera" del nemico rafforzata dal compiacimento nell'usare termini militari quali "lo distruggeremo", "lo lasceremo in mutande"…) e di natura economica (per ottenere la aggiudicazione di una somma a titolo di risarcimento danni si usa una procedura troppo costosa – l'espropriazione – rispetto al risultato e lo stesso costo della reclusione del singolo è eccessiva rispetto a quello di un programma di rieducazione e di reinserimento).

L'approccio giuridico tradizionale, dunque, tende a fondere tali due aspetti costanti, a *personalizzare il problema* attraverso il concetto di *colpa* che, una volta attribuita, porta a conclusioni in civile ed in penale che non hanno connessione con la *restitutio in prinstinum,* con il rimettere le cose come stavano prima: alludo al risarcimento del danno e alla reclusione in carcere.

La sentenza di condanna in civile non risolve il conflitto ma lo sanziona e lo consacra (la parola sanzione ha lo stesso tema di *sanctus)* attribuendo al vincitore *in alternativa* una somma di danaro spostando illogicamente su quest'ultimo la cura ed il rischio della riparazione, del rimettere le cose come stavano prima. E se la riparazione non viene bene?

La sentenza di condanna in penale non risolve il conflitto con la collettività ma lo acuisce estromettendo la vittima da un sistema recuperativo e riparativo senza mirare al reinserimento del colpevole e all'utilizzo della sue energie e risorse: una persona non può essere annullata a non fare niente a spese dello Stato. La sua rieducazione sta proprio nel farla lavorare nel settore che ha oltraggiato per poter comprendere il significato dell'oltraggio compiuto e recuperarla alla collettività.

In entrambi i casi il c.d. *capitale umano* viene annullato attraverso un autentico spreco di risorse umane sociali ed economiche.

È necessario allora cercare una costruzione concettuale capace di ristrutturare in modo *costruttivo* sia l'aspetto personale della relazione sia l'aspetto materiale del problema.

Trovai nella logica egheliana della *tesi antitesi e sintesi* il criterio da applicare ad entrambi gli aspetti del conflitto e quindi implicitamente arrivai ad individuare i sei pilastri della costruzione del consenso che dovevano servire per superare il conflitto e trovare l'accordo. La strada era ormai chiara: si doveva "*spersonalizzare il problema*" ossia separare la componente personale della relazione da quella materiale del problema.

Così in entrambi gli aspetti il punto di partenza fu individuare la *tesi* ossia l'argomento principale da gestire, in seconda battuta l'*antitesi* era individuare l'ostacolo principale a tale gestione e, in terza battuta, la *sintesi* doveva essere il modo per superare sia la tesi che l'antitesi senza entrare nella trappola dello schierarsi nello stabilire chi abbia torto e chi ragione.

Per quanto riguarda la prima (componente personale) tale impostazione mi portò ad individuare:

TESI → la relazione: approccio sociologico
ANTITESI → la incomprensione: approccio comunicativo
SINTESI → la pluripotesi: approccio psicologico

Per quanto riguarda la seconda impostazione (componente materiale) mi portò ad individuare:

Tesi → i bisogni: approccio economico
Antitesi → i disvalori: approccio etico
Sintesi → i risultati: approccio redazionale ed esecutivo dell'accordo

Un primo lontanissimo esempio di questa metodologia mi fu offerto da un conflitto per la locazione di un monolocale sul lungomare Caracciolo a Napoli dove ebbi il ruolo di mediatore.

Il conduttore di tale monolocale ad un certo momento smise di pagare il canone mensile poiché sospeso temporaneamente dalla azienda in cui lavorava e posto in cassa integrazione: i rischi erano la perdita del danaro per la proprietaria e la perdita della casa per l'inquilino.

Nella serie di *caucus* che ebbi con ciascuna parte apparve chiaro che l'inquilino non aveva liquidità né beni mobili su cui potersi rivalere, per non parlare del fatto che la signora non era disposta ad azioni così disumane come l'espropriazione forzata.

Così indagai su quali fossero le abitudini, i campi di azione usuali, gli hobbies… tra le altre cose venne fuori che la signora era molto appassionata di sci. Riferito questo particolare all'inquilino gli chiesi se avesse un modo per soddisfare tale passione e mi rispose che effettivamente aveva un piccola casa dentro un residence negli Abruzzi non molto lontano dalla Campania che in quel momento non usava, essendo preso da ben altri problemi.

Ecco l'uso sinergico delle risorse compatibili sottostanti: la soluzione fu un accordo basato sullo scambio di abitazioni che "ingrandì la torta per entrambe le parti". L'inquilino non fu più tenuto a pagare danaro contanti e la proprietaria ebbe a godere gratuitamente di un immobile che le consentiva di sciare.

Questo caso dimostra anche come non sia necessario il titolo esecutivo poiché il funzionamento dello scambio è implicito nel vantaggio reciproco.

In conclusione la relazione fu recuperata, la comprensione del problema fu totale e parimenti la comunicazione volta verso la soluzione trovata attraverso l'attività creativa sollecitata dal mediatore negli incontri singoli, l'accordo fu economicamente proficuo, moralmente corretto e il risultato migliore di quanto ottenibile attraverso una sentenza favorevole.

Essere stato inadempiente non era poi così importante.

5. Le sei fasi del metodo scientifico

Fin qui tutto ci fu abbastanza, se non semplice, almeno chiaro. Fu grande la sorpresa quando, nel 2001, lessi un articolo sulla applicabilità del metodo scientifico anche alle scienze umane dette anche morbide oltre che alle scienze naturali dette anche dure.

Sinteticamente le sei fasi del metodo scientifico sono:

1. *Osservazione del fenomeno* come fatto innovativo a sé stante, anche se esistente da tempo immemorabile (come avviene in fisica con la forza di gravità: v. *infra*).
2. *Condivisione del maggior numero di dati possibili* riguardanti il fenomeno in osservazione esaminato dal maggior numero di punti di vista possibile.
3. *Formulazione di varie ipotesi verificabili e misurabili* per spiegare i principi e le regole che sottendono al funzionamento del fenomeno in osservazione.
4. *Riproducibilità attraverso un esperimento in laboratorio, simulazioni e informazioni statistiche* per verificare e misurare le cause e gli effetti permanenti del fenomeno in esame secondo le varie ipotesi di principi e regole di cui sopra.
5. *Scelta della regola* che meglio illustra il funzionamento del rapporto causa effetto nel fenomeno in esame.
6. *Formulazione e divulgazione del nuovo principio* che regola il fenomeno esaminato così da saperne prevedere gli effetti applicativi in presenza delle cause scatenanti.

Un esempio concreto di queste sei fasi fu la scoperta della *legge di gravità*. Secondo la tradizione sembra che nel 1686 (trentacinque anni dopo la morte di Galileo Galilei) Isaac Newton stesse riposando sotto un melo quando gli cadde una mela sulla testa che lo risvegliò bruscamente ma gli permise anche di riflettere sull'accaduto e di esaminare il "fenomeno". Questi furono i suoi passi per la scoperta di una nuova "legge" applicando il metodo scientifico ossia dimostrando che, se si verificano certe cause, gli effetti sono sempre gli stessi e quindi prevedibili.

1. *Osservò per primo il "fenomeno" della caduta della mela*, nonostante ovviamente le mele siano sempre cadute dai meli.
2. *Prese nota dei dati* della velocità di caduta della mela dal melo e di quelli, per differenza, di caduta delle foglie (il fenomeno in esame).
3. *Formulò delle ipotesi verificabili e misurabili sul fenomeno in esame* (la velocità di caduta delle mele e delle foglie) che volle sottoporre a verifica attraverso un esperimento in laboratorio (riproducibilità artificiale del fenomeno).
4. *Riprodusse in laboratorio la caduta di una mela e di una foglia per verificare e per misurare* se tali due "fenomeni" (la caduta della mela e della foglia) dalle sue mani

avvenisse secondo le stesse modalità e regole di quando cadono dai rami del melo.
5. *Scelse tra i vari principi ipotizzati quello in concreto rivelatosi vero* secondo l'esperimento in laboratorio ed eliminò i principi rivelatisi falsi.
6. *Pubblicò la "legge di gravitazione universale"* in un documento scritto diretto a tutto il genere umano e valido in quando sperimentato e misurato (la velocità di caduta).

Da questa lettura ci si accorge facilmente come i sei pilastri della costruzione del consenso combacino con le sei fasi del metodo scientifico. La loro *fusione* può essere così riassunta:
1. *Individuazione ed osservazione* delle "vere" cause della relazione conflittuale quale fenomeno da esaminare e da gestire in modo proficuo socialmente ed economicamente attraverso un eventuale consenso EeE.
2. *Raccolta* del maggior numero di dati/informazioni sul conflitto e sull'eventuale consenso EeE quale fenomeno oggetto di esame.
3. *Formulazione* astratta del maggior numero di ipotesi su possibili principi che potrebbero governare l'eventuale consenso EeE quale fenomeno oggetto di esame.
4. *Riproduzione* attraverso un esperimento in laboratorio e attraverso simulazioni e dati statistici per verificare e per misurare gli effetti dell'esperimento delle varie ipotesi di consenso EeE sul conflitto in termini di soddisfazione delle parti e della collettività.
5. *Scelta* del tipo di consenso che meglio massimizzi il rapporto costi benefici per entrambe le parti e per la collettività.
6. *Pubblicazione e firma* dell'accordo EeE che meglio risponda alle esigenze relazionali e materiali di entrambe le parti e della collettività.

6. "I sei fondamenti della convivenza pacifica in quanto proficua e felice" quale coincidenza dei sei pilastri e delle sei fasi

Fu straordinario "*verificare e misurare*" quanto facilmente, in qualsiasi settore della vita quotidiana ed in qualsiasi parte del mondo, tali due modi di ragionare (PILASTRI della costruzione del consenso EeE e FASI del metodo scientifico) siano coincidenti e di reciproco supporto. In entrambi i casi l'obiettivo del CESNACOM fu di affinare e migliorare questi "unificati" sei criteri interdisciplinari e scientifici per consolidare come il "*fenomeno consenso EeE*" potesse essere operativo nella vita quotidiana e quindi dimostrarsi come il metodo realmente più *efficiente ed efficace* in ogni settore dove fosse necessario prendere decisioni unilaterali o accordi. Il libro è in gran parte dedicato agli aspetti teorici e pratici di quelli che da allora in poi ho chiamato i *sei fondamenti della convivenza umana pacifica e proficua*.

Risulta evidente che solo sposando la soddisfazione dei bisogni legittimi più percepiti con il rigore del controllo scientifico continuo è possibile garantire la pace spontanea, arricchente per tutti e fonte di soddisfazione reciproca attraverso una relazione felice e duratura.

La provocata prosperità per tutti (parti, consulenti, parenti, amici e collettività…) è essa stessa garanzia di esecuzione tra persone razionali che ragionano in termini di utilità congiunte piuttosto che in termini di utilità individuali poiché – in soldoni – gli economisti dimostrano attraverso la teoria dell'Ottimo Paretiano che si portano più …soldi a casa cooperando che non contrastando.

Affinché i cittadini possano uscire finalmente dal trattamento un tempo riservato ai sudditi, è necessario quindi che siano essi a riprendersi il potere di regolamentare la propria vita, le regole di convivenza per assicurare anche la sopravvivenza dei propri figli. Questo è il cambiamento culturale che, di converso, significa anche assunzione di nuove responsabilità.

In Cina è considerata cosa "disonorevole" rivolgersi ad un terzo che giudichi poiché così si dimostra la propria incapacità di risolvere i propri problemi e di mantenere relazioni costruttive con il prossimo, essendo questi due dati essenziali per la "armonia" sociale che è la base della *felicità* individuale nel modo di pensare cinese.

A maggior ragione la creazione delle leggi nei parlamenti di ogni Paese non può prescindere dai principi sopra accennati (v. nota 1). Essi devono essere rispettati da tutte le fazioni politiche nel progettare e approvare in Parlamento, secondo il metodo consensuale EeE (che non significa unanimità) in quanto mirato ai contenuti e non alla difesa delle proprie posizioni a colpi di voto *contro* la fazione avversa. Ognuno deve ritenersi responsabile del proprio voto: parlare di fedeltà al partito è una manipolazione per governare senza possibilità di ricevere critiche.

Già Alex de Toqueville (1805-1859) parlava di "Tirannia della maggioranza" e Gustave Le Bon (1841-1931) di "Psicologia delle folle". In quest'ultimo saggio, molto apprezzato da molti dittatori, si indica che la folla è facilmente manipolabile poiché non è la somma degli individui che la compongono ma una entità unica in cui la prima missione è mostrare il senso di appartenenza indipendentemente dalla nobiltà degli scopi perseguiti con tutte le conseguenze storiche verificatesi ben note.

7. La proposta: applicare il metodo della CONSENSUOLOGIA *verificando i suoi aspetti continuamente*

La qualità totale giapponese (v. la filosofia Toyota) ha nel DNA il "Miglioramento continuo" nel senso che qualsiasi processo in qualsiasi campo (es. industriale, decisionale, scientifico, educativo, giudiziario, ecc.) va studiato per migliorare il suo rendimento procedurale ed i risultati vengono esaminati a loro volta secondo i sei approcci scientifici sopra illustrati.

Similmente penso che un organismo di mediazione non dovrebbe essere tenuto solo a creare il consenso EeE ma anche a "seguire" la esecuzione spontanea ed utilizzare, se del caso, metodi persuasivi e convincenti per "vincere insieme" (= *cum vincere*).

Allo stesso modo dovrebbe crearsi in Italia una Authority di garanzia che controlli se la *applicazione operativa* delle leggi sia effettivamente EeE (efficiente ed efficace) secondo gli intendimenti originari del Parlamento *unitariamente inteso* e non crei essa stessa conflitti, o semplicemente se non sia divenuta inutile o superata. Questa Authority servirebbe quindi a tenere *aggiornato l'archivio* delle leggi in vigore in quanto utili e proficue alla società; di conseguenza servirebbe anche a segnalare al Parlamento per le decisioni politiche del caso quelle che ritiene perente o controproducenti.

In tempi di tendenza verso il monocameralismo, il metodo del consenso EeE permetterebbe una notevole semplificazione nel produrre e nel preservare le leggi vigenti.

Alludo ad un concetto giuridico di *frustration* sconosciuto nel *civil law e* ben noto al sistema di *common law* ossia di obblighi contrattuali o di doveri normativi diventati nel tempo *inutili.* In altri termini, per facilitare la reciproca comprensione, l'attenzione andrebbe posta anche sulla tanto decantata *semplificazione* delle leggi. Se sorgono difficoltà applicative l'Autorità dovrebbe offrire il "sostegno" (come nelle scuole) per superare le difficoltà attraverso un "riaggiustamento" (il termine è una italianizzazione di un termine inglese molto diffuso nel NEG-MED), una rinegoziazione della regola, dell'accordo, della decisione (v. qualcosa di simile nella agenzia delle entrate) da proporre al Parlamento con una proposta di legge preconfezionata. Un concetto di tal genere fu proposto nel Regolamento di conciliazione "libera o irrituale" del CESNACOM inviato al ministero nel 2001.

Ecco ancora un esempio di regole che creano problemi in materia di parcheggio nelle grandi città, tipo Roma, soprattutto oggigiorno che la tariffa oraria è stata portata, ad esempio a Roma, ad euro 1,5 e sono state abolite le tariffe cumulative.

Il principio ovvio è che non si possono cambiare le regole durante la partita, come è avvenuto con la legge sugli *esodati*, altrimenti sorgono conflitti di attendibilità politica o nei parlamentari che decisero una legge populista o nei parlamentari che devono correggere il trono in corsa dopo che il cittadino è salito sopra.

Prima di sanzionare in qualche modo il divieto di parcheggio andrebbe verificato se il cittadino abbia la possibilità di parcheggiare lecitamente e se sia stato fatto di tutto perché ciò sia stato reso possibile. Ad esempio, accanto ai divieti il sindaco locale dovrebbe costruire auto silos in ogni quartiere della sua città. Se non fa questo per mancanza di fondi egli deve avvertire in anticipo la cittadinanza che l'acquisto di una automobile può comportare il rischio di non poterla usare in centro con notevole svalutazione dell'acquisto.

Tutto questo avrebbe ripercussioni sulle vendite con il risentimento dei fabbricanti di automobili e degli utenti ma avrebbe il pregio della chiarezza. Facendo trovare la legge già in vigore nasce ulteriore risentimento contro di lui per mancanza di chiarezza con comportamenti "imprevedibili" degli utenti e dei fabbricanti, non ultima la possibilità di andare a fabbricare all'estero.

Come possono reagire, ad esempio, quei pendolari che hanno fatto affidamento fino ad oggi sulla tariffa giornaliera o mensile? La reazione più morigerata potrebbe essere la fuga degli stessi in altre città (o nazioni) dove la costruzione di autosilos incentiva l'uso dell'automobile e migliora la qualità della vita. In alternativa ci sarebbe l'uso dei mezzi pubblici e della metropolitana… ma questo è un altro discorso ancora più grave in Italia.

Questo, purtroppo, non è un racconto inventato ma è il resoconto di un reale dibattito avvenuto in Campidoglio tra me e l'assessore al traffico in occasione della presentazione delle "strisce blu" a pagamento.

Tutto ciò a conferma che la CONSENSUOLOGIA serve a migliorare la convivenza quale forma ineludibile di interdipendenza civile e prosociale se non di… sopravvivenza.

MARIO QUINTO

© RIPRODUZIONE RISERVATA

N.B.
Dopo avere esaminato in questa prima parte i principi teorici, nella seconda parte dell'articolo illustrerò le applicazioni concrete della CONSENSUOLOGIA e del consenso EeE. Nel libro entrambi gli aspetti sono presentati in circa 300 pagine.

La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna[1]

Premessa

Cosa può fare, o meglio come deve essere il mediatore per meritare la fiducia accordatagli dal legislatore e dal giudice inviante?

Come il giudice inviante può salvaguardare la propria dignità di magistrato a cui il cittadino si rivolge e che lui invia al mediatore?

Queste solo alcune delle legittime domande che sorgono dalla giovane introduzione della mediazione, modalità che è innovativa se va in una direzione altra rispetto a quella a cui siamo stati formati. Certamente rappresenta un volano di cambiamento ma implica uno sforzo molto significativo per tutti. Non possiamo prevedere che si affermi subito e bene, ma nel tempo e con progressivi aggiustamenti in itinere. Purché si vigili nel fare i passi nella direzione giusta.

Possiamo ammettere che ancora è l'isola che non c'è.

Può tornare molto utile alla magistratura ma per radicarla occorre un impegno sinergico. Spesso in passato il giudice ha dovuto darsi carico di supplire carenze, ancora una volta, in questo ambito, gli viene richiesto: oggi urge un suo ruolo *di promotore di innovazione culturale!*

In questo senso mi permetto di suggerire l'utilità di andare oltre il dovere di applicare la norma e coordinarne le prassi, giusto, doveroso ma insufficiente. Di andare oltre i confini del compito affidato al giudice e di darsi il diritto e il dovere di governare il cambiamento potenziale. Di non lasciarsi tentare dal miraggio di liberarsi temporaneamente di un fascicolo ma di esigere con interventi legittimi ma creativi, cura migliorativa degli interventi legislativi e attuativi. In questo modo il giudice promuove la ricerca di modalità rispondenti ai bisogni emergenti della società e per questo realmente deflattive.

Nessuno più dei giudici può sapere quanto sia difficile condurre a ragionevolezza le parti nel conflitto. Ne consegue che un tentativo può e debba essere fatto, ma è necessario disporre di una via nuova, forte e competente. Di natura 'altra' rispetto a quella già offerta. La mediazione può rappresentare una soluzione, ma a precise condizioni.

Il decreto attuativo (d.m. 18 ottobre 2010, n. 180) della mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) contiene una disposizione che può stravolgerne il senso: per avere accesso alla funzione di mediatore il legislatore ha fissato un numero di ore di formazione del tutto irrisorio: solo cinquanta!

Con queste premesse la mediazione rischia inesorabilmente di scivolare verso una sorte di 'giustizia minore', una pratica giudiziaria di risulta, che ne svuoterebbe e contraddirebbe il valore ed il significato.

Come purtroppo spesso accade in Italia, una riforma di grandi potenzialità rischia di impoverirsi e di impantanarsi prima ancora di decollare. Pesano qui la faciloneria, il pressapochismo, ma anche equivoci e confusione culturale. Questa strada sbagliata poteva essere evitata e può ancora essere bloccata: si può andare in altra direzione.

Non si può che concordare con Karl Kraus, che nelle sue sferzanti critiche alla cultura ed alla società austriaca dei primi decenni del novecento, osservò che **"***Quando il sole della cultura è basso all'orizzonte, anche i nani proiettano lunghe ombre*".

In questo contesto di disarmante carenza culturale, chi se non il giudice può assumere una veste fondamentale nell'esigere, richiedere e verificare la serietà delle prassi che – è auspicabile – si consolidino in tema di mediazione?

Il giudice, con l'autorevolezza del suo ruolo, può affidare la parti, e la loro contesa, all'opera di un mediatore, ma a chi rimette i configgenti, in sostanza? Quali sono oggi i mediatori ben formati ed all'altezza del loro compito?

La mediazione efficace è un'attività che presuppone un alto impegno professionale e culturale. È una via che poggia su precise e rigorose motivazioni: essa deve essere pen-

[1] Testo della relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, Firenze-Scandicci, 7 aprile 2014.

*Giudice onorario presso la Corte d'Appello di Milano, sez. minori, psicologa, formatrice e mediatrice dei conflitti. Coach relazionale. Ha insegnato Psicologia dei rapporti interpersonali nell'Università Cà Foscari a Venezia e in molti Master di prestigiose Università Statali. Tiene il corso *La composizione negoziata dei conflitti* presso l'Università degli studi di Milano-Bicocca. Ideatrice del metodo "*L'intelligenza emotiva: dalla relazione costruttiva alla gestione dei conflitti*", ha sviluppato un modello inedito di mediazione ed un percorso di formazione congruente: articoli, studi e documenti in www.istitutodeva.it

sata e praticata come una *giustizia di prossimità,* una *giustizia che non giudica*.

Si tratta di un'attività raffinata con proprie regole e propri percorsi che può essere sostenuta con convinzione e praticata con efficacia solo da chi sa pensare alla società senza l'ossessione della competitività, da chi comprende che non è indispensabile risolvere sempre le controversie percorrendo le vie giudiziarie, con un vincitore, da chi sa sfuggire dalla logica *win-lose* e ritiene possibile optare per la prospettiva *win-win*.

Chi pratica professionalmente la mediazione – ecco la questione essenziale – deve avere interiorizzato l'urgenza di un 'nuovo umanesimo'.

È del tutto evidente che l'operatore di questa attività professionale, il mediatore, non può essere formato in qualche frettoloso corso di addestramento, con poche decine di ore di aula. Ha bisogno di molta formazione, ancor prima che di informazione.

È imprescindibile l'interiorizzazione di un complesso ed impegnativo approccio culturale attraverso un rigoroso percorso nel quale si alternino teoria ed esperienza sul campo.

Un vero e competente mediatore deve afferrare la complessità del conflitto, essere sempre in grado di indagare sulle circostanze che lo hanno generato, fare un costante esercizio di razionalità critica.

A monte deve possedere un robusto e profondo approccio filosofico-umanistico.

1. Ciò che non abbiamo

Abbiamo bisogno, come cittadini ed anche come studiosi della materia, che *l'Onorevole Ministro della giustizia diventi anche il Ministro della mediazione dei conflitti.*

Infatti, fino ad ora alle A.D.R è stata riservata un'attenzione quasi residuale. Marginale.

Ne è seguito un dibattito deludente ed hanno prevalso logiche mercantili: l'offerta dei servizi di mediazione quale *business*.

Poco si è fatto per garantirne la qualità, per stabilire i vincoli cui deve attenersi un mediatore per assicurare gli effetti che, sulla carta, si vorrebbero raggiungere: migliorare il servizio giustizia offrendo al cittadino la possibilità di uscire, o meglio, non entrare nel circuito del processo ed investire nella ricerca di soluzioni al contenzioso riposte sulla trasformazione delle condizioni che lo hanno generato.

Mi pare, che – piuttosto – ci si sia limitati a dire nella sostanza: "non abbiamo posto nei tribunali, andate altrove. Non possiamo sapere da chi e come, l'importante è che dopo essere stati lì, non torniate da noi, abbiamo già altro di cui occuparci".

Come se ci fossero dei contenziosi che hanno il diritto di ricevere l'attenzione del giudice, e altri non ne abbiano la dignità, pertanto vadano esitati in qualche modo per lasciare spazio agli altri.

Ma ogni contenzioso, più che secondo una graduatoria asettica, deve essere riconosciuto per il peso che rappresenta per chi lo vive, e questo non può essere stabilito *a priori*.

Formulare sterili quanto formali tassonomie rischia di essere contraddetto dai fatti.

Una variabile assai delicata del comportamento, un *quid* 'misterioso' che attiene al fattore umano, centrale nel conflitto, conferisce spesso alla controversia tratti di spiccata irrazionalità: è davanti agli occhi di tutti la frequente prevalenza dell'irrazionalità su ogni logica giuridica ed economica!

La collera, le offese, il risentimento, in una parola i sentimenti, il mal-essere, il dolore che ne consegue, rappresentano, infatti, gli elementi che determinano nel conflitto i tratti che lo caratterizzano influendo, come si è detto, sulle stesse *chances* di composizione del contrasto.

I configgenti si rivolgono all'avvocato, che trasforma questi stati d'animo in atti giudiziari, dando loro, quindi, la dignità di ragioni onorevoli, socialmente accettabili ed, apparentemente, depurate dalle intenzioni meschine e violente che generano ed alimentano le liti.

Inizia l'ipocrisia di azioni oggettive solo nella forma, così come permesse dai riti e dalle procedure giudiziarie. Si intasa l'amministrazione della giustizia ed intanto peggiora la vita delle persone che si fanno risucchiare le migliori energie nel 'combattere', 'con tutte le armi', l'altro, seppur nella forma sublimata della ritualità processuale dei vari gradi di giudizio.

Il motore di questo comportamento è la voglia di sopraffare, di distruggere che mai si sazia, che anzi si nutre di se stessa: della eccitazione che la lotta dà, della speranza che prima o poi si vincerà, che si troverà qualcuno, un *giudice non corrotto, un collegio giudicante che legge le carte*, un 'giudice a Berlino', che riconoscerà l'agognata ragione.

L'altro, che intanto è diventato sempre più ostile, e sempre più nemico da abbattere, non potrà che vedersi attribuire l'ovvio torto!

A questo altare si immolano tutte le migliori energie, sparando le 'proprie cartucce', di fatto ci si avviluppa in investimenti – patrimoniali e non – insani per la propria vita.

La conduzione e la interpretazione del conflitto in funzione dei soli parametri giuridici ed economici, è destinata a lasciare in ombra realtà che sfuggono a spiegazioni razionali. Queste non possono di certo essere fermate da logiche solo conciliative, paragiurisdizionali, come spesso sono definite, prevalentemente negoziali.

Queste vie, se non potenziate da una visione più ampia e quindi dalla scienza dell'uomo, vedrebbero vanificato il loro pur

lodevole sforzo dagli scarsi risultati, rendendo inutile così lo stesso obiettivo deflattivo per cui tornano in auge!

La negoziazione si svolge, di regola, fra due soggetti che hanno un obiettivo comune, tipicamente la stipulazione di un contratto, e la contrapposizione concerne le sole condizioni economiche. Antecedentemente alla diffusione della produzione di serie e della grande distribuzione commerciale non vi era, praticamente, rapporto che non fosse oggetto di trattativa. Oggi è relegata ad ambiti marginali, un'eccezione e non più la regola. Forse non è fuori luogo affermare che si è persa un'attitudine, fors'anche una capacità, un'abilità che a lungo ha fatto parte della comune cultura. Una 'cultura' che trova estrinsecazioni diverse in differenti contesti: non v'è chi non abbia esperienza della innata capacità negoziale dei venditori ambulanti dei Paesi dell'Africa, specie mediterranea, che propongono in vendita oggetti d'ogni tipo nelle nostre strade, a molti è capitato altresì di constatare come, in quei Paesi, anche i bambini che offrono souvenir ai turisti siano 'negoziatori nati'.

Sono proprio queste – minimali – esperienze a mostrare come il negoziato abbia i suoi riti, i suoi ritmi, i suoi tempi, che non differiscono in funzione dell'oggetto e del valore.

Possiamo oggi recuperarne la padronanza fino anche a renderla una vera e propria professione, può costituire una risorsa in una precisa fase della mediazione quindi può essere considerata come un aspetto della articolata professionalità del mediatore, purché non il prevalente, né tantomeno l'unico. La mediazione e la negoziazione sono istituti che certamente hanno taluni tratti in comune, ma natura e finalità ben diverse. Non sono assimilabili.

Come bene rileva Paola Lucarelli, professore ordinario di diritto commerciale: "*l'accordo è sano e longevo solo se il confronto è entrato nelle ragioni del conflitto, ha sostato nel diritto, ha percorso tutti gli interessi, ed è infine approdato alle volontà libere e consapevoli delle parti, indossando, fra l'altro, il miglior vestito giuridico possibile*".

Le motivazioni personali, estranee al giudizio ordinario che, per definizione, si incentra sull'analisi dei fatti, sono la leva su cui agisce la mediazione efficace. Ciò che è un limite per il giudice e per l'avvocato, vale a dire l'intero mondo emotivo che le parti portano con sé, deve pertanto trovare spazio di espressione e rielaborazione al fine di far emergere le sole procedure e norme giuridiche. Le pulsioni emotive che rappresentano 'scorie' inutili per il processo, al quale devono restare ben estranee; sono la pietra scartata che nella mediazione diventa, invece, testata d'angolo.

Temo che le potenziali novità di questo istituto giuridico, da poco inserito nel nostro ordinamento, vengano svuotate e svilite da una mediocre pratica attuativa. Questo timore sembra avvalorato anche dalle ultime statistiche del Ministero della giustizia che ben evidenziano il diverso tasso di successo delle mediazioni a seconda del tipo di organismo che le eroga.

2. Ciò che potrebbe occorrere

Sono da auspicare corposi e ponderati interventi legislativi in materia di risoluzione alternativa delle controversie, in assenza di questi, anche alla luce di quanto avvenuto nello scorso triennio, è reale il rischio di compromettere la certezza del diritto e di ridurre la mediazione ad una riproposizione dell'istituto della conciliazione già sperimentato, senza lusinghieri effetti, neppure sul piano quantitativo, ad un improbabile esperimento meramente negoziale che ha possibilità di successo dove sostanzialmente è inutile, vale a dire in quelle questioni bagatellari che fisiologicamente si chiudono, che si instaurano con già la prospettiva di essere presto ritirate.

Tutto ciò che toglie linfa al contenzioso è ben auspicabile, certo, resta da chiedersi se quello che si sta accreditando oggi lo sia. Se si può fare di più e meglio. Se si possano offrire modalità più complesse, articolate, rigorose concettualmente e per questo più efficaci. Se si avrebbero effetti maggiori guardando il problema anche a monte, iniziando dalla formazione curriculare delle nuove generazioni e rinforzando le loro competenze relazionali e di gestione dei conflitti perché non esplodano oltre il tasso comunque fisiologico.

Credo che abbiamo bisogno di modelli operativi forti e di nuova generazione, io propongo il modello umanistico-filosofico, altrimenti si coinvolge la magistratura in un istituto minore, banale ed anche inefficace, si attrae la società in un miraggio che mostra la sua insignificanza: un *ballon d'essai*, destinato a far discutere lo spazio di un mattino, per essere, poi, abbandonato all'oblio.

Ci attendiamo quindi interventi atti a far chiarezza su alcune questioni ancora aperte:

1) Come rimuovere la cappa di ignoranza che ha soffocato le potenzialità di uno strumento veramente innovativo?

2) Quali interventi organici e capillari possono ipotizzarsi per il radicamento della cultura della mediazione nel cittadino – ma altresì nell'avvocato e nel giudice – affinché essa non venga considerata un balzello in più prima di poter approdare al giudizio, ma trovi terreno fertile in quanto via alternativa ricca di vantaggi?

3) È opportuno che il Ministero individui

ed imponga linee di indirizzo ed adeguati canoni qualitativi in funzione degli obiettivi che alla mediazione sono attribuiti?

4) Quali sono i requisiti dei quali devono disporre sia i soggetti che, con l'accredito del Ministero, offrono il servizio di mediazione, sia gli enti che formano i mediatori?

5) Oltre alle tecniche di negoziazione che il mediatore deve padroneggiare, quale deve essere la visione preliminare e complessiva delle relazioni e degli obiettivi che rilevano anche nella prospettiva sociale dell'*access to justice?*

6) È possibile giungere alla definizione della figura del mediatore assunta a riferimento, e sviluppare un serio pensiero sul significato del suo agire, affinché il suo ruolo sia davvero innovativo ed alternativo, evitando la confusione con desuete prassi?

7) Quale modello e quale metodo operativo si scelgono? Come si forma il professionista, per quanto tempo?

8) Come possono essere individuati i profili necessari alla definizione degli *standard* di qualità del servizio di mediazione affidato agli organismi accreditati? È sufficiente enuclearli mediante un questionario, come attualmente previsto, cui ogni interessato è invitato a rispondere esprimendo la propria opinione sull'esperienza vissuta in mediazione?

9) Come può controllarsi la qualità della formazione dei mediatori?

Gli enti di formazione dei mediatori sono accreditati dal Ministero della giustizia senza alcuna attenzione nei confronti della qualità, secondo regole che privilegiano i soli aspetti formali a scapito di quelli sostanziali.

L'intero sistema della formazione evidenzia inammissibili carenze, testimonianza della ben scarsa considerazione riservata dal legislatore alla delicatezza del ruolo del mediatore: non sembra inutile auspicare l'attivazione di un nucleo di valutazione, presso lo stesso Ministero, quale organo tecnico collegiale al servizio del responsabile del registro di cui all'art. 3 d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 e dell'elenco di cui all'art. 17 del decreto stesso, il quale verifichi:

a) l'efficienza, il buon andamento e l'efficacia degli organismi di mediazione e degli enti di formazione dei mediatori;

b) la qualità della didattica erogata dagli enti di formazione dei mediatori.

A me piace pensare a due prospettive.

Se si pensasse ad una laurea specialistica in mediazione? Alcune Università virtuose, seppur timidamente e nonostante le ristrettezze in cui si trovano, hanno dimostrato attenzione alla ricerca in questo campo, alcune hanno avviato master e istituito insegnamenti, l'Università di Firenze un Laboratorio permanente impegnato su vari fronti. All'Università potrebbe essere assegnato il dovere della formazione di base della nuova professionalità del mediatore! Resta sempre poi la formazione in itinere e per questo mi chiedo: se la Scuola Superiore della Magistratura assumesse il compito di essere anche *la Suola Superiore della mediazione?*

3. Le relazioni 'liquide' nella società della la rissa

Che ci sia bisogno di energie nuove per i Tribunali è cosa nota e lungamente sottolineata.

Ma che si pensi di trovarle con i mediatori formati con 50 ore o con gli avvocati che lo sono di diritto è una pericolosa illusione. Occorre essere lungimiranti onde evitare che i rimedi siano peggiori dei mali.

La situazione relazionale oggi è veramente scoppiata ed il numero di conflitti che si trasformano in contenziosi è in aumento esponenziale. Ciò richiede un ripensamento radicale che produca l'effetto di una inversione di tendenza.

Viviamo nella società della rissa: è innegabile che modelli culturali, oggi ben radicati, offrano rappresentazioni spettacolari del conflitto, lo elevino a modello dei rapporti umani, delle differenziazioni politiche, delle contrapposte tifoserie sportive.

La mancanza di valori, di ideali, semplicemente di idee trova sublimazione nell'aggressività, nella volgarità e nell'insolenza, nella supponenza, nell'offesa e nella provocazione.

Dietro vi è il vuoto.

Ed ancora, siamo tutti figli della mentalità competitiva. Abbiamo sviluppato solamente l'intelligenza razionale e non quella affettiva-emotiva che, di fatto, è quella che determina il successo delle relazioni interpersonali.

Nessuno inoltre dedica tempo ed impegno alla costruzione della propria formazione personale, le relazioni sono – di regola – banali, superficiali, 'liquide', quand'anche non si trasformino in rotture definitive e rancorose, in contenziosi senza esclusione di colpi, in guerre all'ultimo sangue, in voglia assoluta di prevalere sull'altro. Si affrontano i conflitti con forme di violenza, non importa se 'solo' verbale.

È stata poco coltivata la capacità di gestire i contrasti lasciandoli nei limiti della normalità, assumendo la responsabilità di giungere a soluzioni accettabili. Presto li si delega, li si trasforma in contenziosi.

Deve, inoltre, sottolinearsi che i conflitti che sfociano in controversie giudiziarie non assumono caratteristiche tra loro assimilabili: è proprio il coinvolgimento emotivo delle parti in lite l'elemento che impronta le dinamiche del conflitto condizionandone le traiettorie e, di conseguenza, le modalità più

consone per affrontarlo nella prospettiva di una composizione negoziata fra le parti.

Il valore patrimoniale della lite non è elemento di primo piano del coinvolgimento emotivo delle parti stesse, ma rappresenta una variabile assai delicata del comportamento – almeno – di una fra esse, conferendo spesso alla controversia tratti di spiccata irrazionalità: un capo rovinato in lavanderia è facile che determini una maggiore partecipazione emotiva del danneggiato rispetto ad una lite insorta in relazione ad una cessione d'azienda.

Se si considerano, poi, talune controversie, come quelle condominiali, è davanti agli occhi di tutti l'assoluta prevalenza della irrazionalità emotiva rispetto ad ogni logica giuridica ed economica.

L'esperienza mostra, inoltre, contenziosi giudiziari che si protraggono per decenni in relazione a controversie successorie, e non è raro che gli eredi originari a loro volta lascino questo mondo trasmettendo la causa ai figli: ciò, si badi, non necessariamente in presenza di immensi patrimoni, ma assai spesso di modeste aziende a conduzione familiare, destinate a subire in modo irrimediabile i contraccolpi della lite.

Percorsi simili non sono estranei alle liti attinenti gli aspetti economici dell'epilogo delle relazioni coniugali ma, curiosamente, i procedimenti giudiziari sembrano concludersi prima nei conflitti – pur violentissimi – fra *ex* coniugi che si contendono patrimoni importanti rispetto a quelli che litigano per assai meno.

Sono i dissidi relativi ai rapporti di consumo e di utenza a mostrare, tipicamente, un coinvolgimento emotivo che prescinde dal valore economico del contrasto: irregolarità nella fatturazione del traffico telefonico, disservizi in occasione di un viaggio o di una vacanza organizzata, difetti riscontrati in un bene acquistato, carenze del servizio di assistenza in garanzia, assumono sovente –anche in presenza di minimi valori economici– i tratti di una crociata del consumatore i cui diritti non sono stati rispettati nei confronti dell'operatore economico che – di regola – sembra fare tutto il possibile per esacerbare il conflitto in spregio ad ogni regola del diritto e del *marketing*, che pur tanto rilievo attribuisce alla *customer satisfaction*.

4. Le polarità dell'etica: squilibri tra norma e persona

È di questi giorni il saggio di Salvatore Natoli, *Perseveranza,* del quale merita riportare un passo assai pertinente i temi qui trattati: *"Oggi a divenire problematico è il rapporto con se stessi e con gli altri: è venuta meno la capacità di trovare orientamento nel mondo. È questa la ragione per cui gli uomini chiedono linee di indirizzo, magari 'etiche applicate' che pur non delineando alcun orizzonte di senso regolano comunque le aspettative, rendono coerenti i reciproci comportamenti. Già a partire dall'età moderna si è passati da una morale delle virtù a una morale dell'obbligazione, tanto che gli uomini d'oggi a loro tutela richiedono legislazione, a loro protezione le garanzie di un foro esterno. Da soli non riescono a modellare le loro vite e ne è prova il fatto che innanzi a qualsiasi delitto o infrazione richiedono immediatamente una legge, quasi bastasse per evitare le deviazioni personali e sociali. Se non c'è governo di sé non c'è norma che tenga e così a fronte di un cattivo uso della libertà, assistiamo a una crescente giuridicizzazione della vita. Ma le regole non bastano a motivare al bene: se va bene limitano i danni"*.

Il bisogno di eticità, quindi, da sempre sta in equilibrio tra due polarità: la persona e la norma.

La persona, anzitutto, soggetto dei propri atti, e la norma che li dirige al 'bene'. Sono due coefficienti distinti ma complementari di uno stesso assetto di vita.

Tra 'persona' e 'norma' si sono avuti vieppiù degli squilibri, sull'una o l'altra polarità.

Molti indicatori dell'attuale crisi della società evidenziano il rischio di aver circoscritto l'attenzione a ciò che si autorizza o, viceversa, si proibisce. Si è avuta una deviazione normativistica e proibizionistica, cosicché al cittadino è giunto, perlopiù, il piano dei princìpi, delle leggi, dei veti, dei divieti, del giudizio, delle punizioni.

Norme fredde, rigorose, incuranti delle persone, delle loro situazioni, delle loro storie, nella unicità, singolarità, concretezza di ciascuna. Ma, soprattutto, della loro aspirazione, in fondo sempre presente, al vivere civilmente ed eticamente in modo irreprensibile, oscurandone perfino la tensione al loro superamento, che va sempre riconosciuta, attraverso una vita seria fatta di continue tappe di crescita.

Questo è, spesso, il frutto amaro della prevalente stigmatizzazione, quasi compiaciuta quanto oscura e misera, di chi si è fermato alla individuazione delle sole umane deviazioni.

Di fatto, questo stile finisce col far sentire molte persone più giudicate che comprese, più gravate che sorrette, più colpevolizzate che accompagnate. L'effetto spesso è che molti si perdono d'animo, si arroccano nelle loro posizioni, strumentalizzano i vari gradi di giudizio e le opportunità offerte dalla garanzia del giusto processo.

Consapevoli di questo sbilanciamento, oc-

corre riequilibrare sulla 'persona' il rapporto con la 'norma'. Occorre scegliere di non considerare esaurito il proprio compito, ognuno secondo le responsabilità professionali proprie, con l'elaborazione e l'enunciazione della norma, con la corretta e severa applicazione dei codici.

Occorre sentire forte il senso di responsabilità nel costruire servizi alti ed altri, che diano risposte articolate, variegate e di valore al cittadino nell'evenienza delle difficoltà relazionali con l'altro da sé, perché non diventi controparte, nemico da abbattere.

5. Dal conflitto al contenzioso

Quando il conflitto si radica in sede giudiziale il dolore assume i tratti di un antagonismo molto diverso, a volte bellicoso, altre ludico-sportivo.

Ogni avvocato ha conoscenza di questa mutazione, resa palese anche dal lessico adottato dai litiganti, che si propongono di 'dare battaglia', di 'attaccare aprendo altri fronti', di 'ricorrere all'artiglieria pesante': un florilegio di espressioni da far invidia a von Clausewitz.

Un diverso tipo di approccio mutua, invece, le metafore dal linguaggio sportivo, coprendo l'intera gamma del più banale gergo calcistico.

Il fardello di emozioni delle parti si trasfigura, o meglio si camuffa, quindi in sede giudiziale, estraniando giudici ed avvocati dai sentimenti sottostanti il conflitto: il dolore, la rabbia, che non possono essere sopiti e non trovano vie di elaborazione, si celano dietro altre sembianze.

In parte ciò accade perché i litiganti provano pudore nel mostrare ai rispettivi legali i loro veri sentimenti, che mimetizzano pertanto sotto l'apparenza di propositi reputati meno compromettenti e più confacenti alla situazione, in parte è proprio l'opzione giudiziaria, con i suoi riti ed i suoi protagonisti, a non lasciare spazio ai sentimenti.

I legali inutilmente tentano, a volte neppure se ne curano, di spiegare ai clienti che gli obiettivi del processo sono esclusivamente economici, e che non è quella giudiziale la sede per cercare rivalse, rappresaglie o soddisfazioni morali: lo stesso giudizio civile in ampia misura rimane un rito estraneo ai contendenti, che ben potrebbero mai incontrarsi, né mai incontrare il 'loro' giudice.

Per il giudice, del resto, sarebbe un'inutile perdita di tempo ascoltare chi nulla aggiunge a quanto narrato dalle carte del giudizio, introducendo quel 'fattore umano' che deve, invece, rimanervi quanto più possibile estraneo.

Eppure, nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, non si manca di evidenziare che ormai spetta sempre più ai giudici «*risolvere le più gravi e difficili questioni di diritto civile poste dal cambiamento dei costumi, dalla scienza e dalla tecnica*». Questo – si spiega – non è l'effetto di distrazioni o ritardi del legislatore, ma del fatto che la vita propone ormai una molteplicità di situazioni sempre nuove e sempre variabili, che nessuna legge può cogliere e disciplinare nella loro singolarità, in un inseguimento continuo ed irraggiungibile.

Il mediatore che interviene nel corso di un giudizio già avviato opera in una situazione che non ha i medesimi aspetti della fase che ha preceduto l'instaurarsi del giudizio stesso, ed anche le motivazioni delle parti sono mutate: prioritario è non più ottenere 'soltanto' il soddisfacimento dei propri diritti, bensì la distruzione dell'avversario; questo aspetto è, invece, meno radicato qualora si operi nella fase che precede l'instaurarsi del giudizio.

Si impongono quindi alcuni interrogativi.

Più domanda di giustizia o più domanda di nuove risposte, maggiormente articolate e profonde?

È il buon giurista a dover toccare le corde giuste per indurre a ragionevolezza le parti, o può esserlo chi, indipendentemente dalle conoscenze del diritto, sappia, però, raggiungere l'animo dei confliggenti e li sappia far evolvere dalla ricerca del 'giusto' per concentrarsi su ciò che è 'buono' per loro e che solo loro sono in grado di scoprire?

La proficua individuazione di soluzioni concordate fra le parti è legata alle competenze sui diritti, o all'umanità di chi interviene nel conflitto?

6. Un'idea nuova di conflitto: concetti oltre i preconcetti

Si riscontrano radicate convinzioni intorno al concetto di conflitto che non sembrerebbero, a prima vista, potersi mettere in discussione.

Quella generalizzata, e maggiormente condivisa, vede il diritto quale unica risposta al contenzioso e, per celebrarne i riti, abbiamo predisposto imponenti edifici giudiziari, espressione del più alto istituto che la società si è dato per regolare la vita dei consociati.

Spesso i tribunali ospitano opere d'arte, come gli affreschi di Carlo Carrà che, nelle aule di udienza del tribunale di Milano, glorificano l'amministrazione della giustizia, opere che hanno prestigio e che conferiscono prestigio ai protagonisti dei riti che ivi si celebrano, figure professionali che hanno affrontato percorsi di studio impegnativi o concorsi molto selettivi: il pensiero corre, naturalmente, a giudici *in primis*, ai cancellieri e agli avvocati.

Vi è, poi, una seconda interpretazione dei conflitti, che distingue quelli che crea-

no dolore, legati – ad esempio – alla sfera familiare, da altri che sarebbero una 'semplice' battaglia legale per far valere oggettivamente dei diritti. Che ritiene che vi siano contenziosi importanti ed altri meno: alcuni facilmente componibili ed altri del tutto insanabili. Ma vale la pena domandarsi: quali sono le variabili che li rendono così inafferrabili e non facilmente omologabili?

La terza convinzione si fonda, invece, su di un dato di fatto generalizzato: la vita degli uomini è costantemente segnata da laceranti conflitti, di tipo personale, sociale, amministrativo, commerciale, talvolta anche penale: *ubi societas, ibi conflictum; ubi conflictum, ibi vis; ubi vis, nulla societas*.

Si tratta di una realtà ineluttabile: può soltanto tentarsi di governare i conflitti nel modo più razionale, aumentare le risorse degli uffici giudiziari, oltre ad abbreviare i tempi del processo civile, conferire certezza alla pena, costruire carceri più consone.

A queste considerazioni ci induce la 'cultura del conflitto' che ci permea, impedendoci di pensare ad una vita senza conflitti o, comunque, rispetto alla quale le codificate modalità istituzionali non siano le uniche atte a fronteggiarli.

È tempo di sradicare simili convinzioni, nella certezza che si possa valorizzare una natura 'altra'. È il momento che gli individui, non meno delle collettività, inizino a scoprire che vi è di meglio da fare che configgere, pur essendo importanti tutti i conflitti in quanto eventi della vita di ciascuno attraverso i quali transitare con il minor danno possibile ed uscirne auspicabilmente migliorati.

In questa prospettiva i conflitti hanno rilevanza non solo in funzione di questa o quella norma del codice cui sono riconducibili, ma dell'impatto che essi hanno sulla persona che li vive.

Le variabili che rendono ogni situazione inafferrabile e mai interamente omologabile sono da ascrivere alla dimensione della persona, sempre unica ed irripetibile, non ai fatti oggettivi; il modo di confrontarsi con il conflitto, inoltre, muta nel corso del tempo: ciò che un giorno per una persona risultava insopportabile, in un'altra fase della vita può divenire governabile e, forse anche residuale.

La complessità dipende non dal valore della lite, bensì dalla posta affettiva in gioco, dai sentimenti, dalle componenti emotive che sono espressioni di dimensioni di senso, dello stare al mondo, di ragioni molto più profonde. Ontologiche.

È questa consapevolezza che ci ha spinto ad ipotizzare mediatori formati con la stessa cura che si riserva ai giudici, spazi che ne sottolineino il prestigio, perché no alla maniera dei tribunali.

Come si è detto, una sorta di Scuola Superiore della mediazione, un Ministro della giustizia e della mediazione!

7. Un orizzonte di senso: tra diritto e mediazione

La legge è oggettiva: *valet ut in pluribus*, vale in generale ed in astratto. Ma l'agire è soggettivo: singolare e concreto.

La mediazione si fa carico di questa singolarità e concretezza della persone, di ciò che essa ha di complesso, conflittuale, sofferto, drammatico, per se stessa e per chi ne subisce le conseguenze. Non si tratta di sminuire il valore della legge, bensì di evitare la subordinazione delle persone alla legge.

Non è la persona per la legge, ma la legge per la persona, accompagnandola non verso il bene ideale, ma verso il bene possibile, di cui ogni persona è capace in una specifica situazione, in una fase del suo cammino di vita, facendo realisticamente i conti con i suoi condizionamenti ed i suoi limiti che sempre influiscono sul grado di responsabilità che si è capaci di assumere.

I confini del giurista non possono essere immobili e fermi nella concezione di un ordinamento fatto di Stato e leggi, dell'individuo destinatario delle politiche del primo e dell'applicazione delle seconde.

Ma neppure il giurista può compiere l'errore di leggere la legge sulla mediazione rimanendo dentro la casa del diritto e, soprattutto, chiuso nella stanza del processo.

Attualmente occorre molta benevolenza e fantasia nel voler vedere l'intervento del nostro legislatore in tema di A.D.R. in termini costruttivi, come vie per un diritto educativo alla responsabilità, non impositivo di responsabilità.

Non per un diritto conseguente, ma per un diritto preveniente. Per un diritto salutare e teso ai valori più alti della vita dell'uomo, che obbliga a fare esercizio consapevole dell'autonomia, ad acquisire la capacità di determinare il proprio percorso di vita in mezzo agli uomini, nella società.

Allo stato, l'intervento appare superficiale e definitivamente affossa la portata della via alternativa alle logiche giudiziarie. La riduce, come già si è rilevato, ad un improbabile esperimento meramente conciliativo che ha possibilità di successo dove sostanzialmente è inutile, cioè per le questioni minori.

A meno che non si voglia indurre ed autorizzare interventi manipolativi che forzano le parti alla conclusione del conflitto, senza la loro volontà e con il cinismo di farlo figurare quale esito di una loro decisione.

Sembra si voglia credere che l'ambito delle controversie civili e commerciali sia lontano dalle dinamiche umane. Quando si pensa ad un contenzioso, infatti, comunemente si è propensi a concentrarsi sugli elementi fattuali, oggettivi, sulle conseguenze in termini di *business*, di interessi, di vantaggi strategici aziendali, di costi diretti ed indiretti.

Vi è, invece, una componente importante, forse ibrida, che sta tra la risoluzione pragmatica e le caratteristiche più immateriali, frutto dell'interazione tra le persone, protagoniste della questione controversa. Ci sono le loro aspettative, il coinvolgimento personale, i ritardi, il modo di lavorare, il senso e lo stile della propria professione, l'investimento in termini di carriera.

Raramente si prende in considerazione il peso degli elementi che pur hanno a che fare con le sensazioni, gli umori, i caratteri, gli stili nell'affrontare ciò che accade, la cultura della istituzione che si rappresenta.

Di fatto, il modo di condurre a buon esito la controversia è legato a questo complesso insieme di elementi, oltretutto molto articolati ed eterogenei. Chi ne ha consapevolezza, anche nell'ambito giudiziario, ne tiene conto anche quando non entra direttamente nel merito: il suo rapportarsi alla lite ne è permeato, ed anche l'intervento oggettivo sulle parti risulta più efficace ancor quando breve.

Questo il campo specifico della mediazione. Questo è il vero elemento di valore che conferisce significato all'innovazione, al di là di ogni altro fine eventuale, seppur apprezzabile, quale il tanto sottolineato effetto deflattivo del contenzioso giudiziario.

Ma la formazione ai principi della mediazione arricchisce la professionalità e l'efficacia di chiunque entri in contatto con le liti, dovrebbe costituire una formazione trasversale per chi nel suo lavoro e nella vita personale vuole gestire con competenza le relazioni ed i nodi conflittuali che inevitabilmente si creano. Preziosa per i magistrati che oltretutto devono salvaguardarsi dall'accumulo delle 'scorie emotive' che il loro continuativo lavoro con chi litiga può comportare.

Oltre, infatti, ad uno stabile equilibrio i giudici devono sviluppare la capacità di elaborare i vissuti che in modo subliminale possono assorbire.

8. Un giudice ed un avvocato di nuova generazione

Occorre restituire autorevolezza all'avvocato che resta il garante dei diritti del cliente e meglio può esserlo se diviene il promotore del soddisfacimento globale dei veri interessi della parte che difende.

Per lungo tempo si è tentato di fare una richiesta apparentemente paradossale agli avvocati, nati e formatesi per gestire il contenzioso giudiziario, quella di adoperarsi per chiudere una pratica di fronte ad un mediatore, magari demotivato e poco competente, quando – dal loro punto di vista – potrebbero assicurarsi attività professionali protratte a lungo nel tempo. Così l'avvocatura è rimasta intrappolata in diatribe che sono state tacciate di corporativismo.

Altro sarebbe stato se si fosse indicata l'opportunità all'avvocato di una specializzazione ulteriore, elitaria, nella risoluzione alternativa delle controversie, una competenza specifica da utilizzare come *chance* aggiuntiva. Un servizio ulteriore, diverso e spesso più vantaggioso per il cliente, che uno studio legale può offrire. E magari qualificare lo studio stesso.

Sarebbe il momento che tra le aree di specializzazione che l'attuale Ministro ha annunciato, proponendole al Consiglio nazionale forense, figurasse anche questa.

La magistratura, essendo libera da interessi di tipo economico e di parte, da visioni di consorteria, conoscendo bene la complessità delle vicende umane, può oggi diventare il migliore *sponsor* di una seria cultura mediativa e vigilare monitorando con rigore le norme che la disciplinano e le prassi che ne discendono: solo così il giudice potrà essere certo che rimettendo le parti alla mediazione sia salvaguardata la propria dignità di inviante e, al contempo, l'interesse dell'utente. Solo così favorirà il radicarsi di *best practices*.

Così ci si potrebbe dedicare con serenità e convinzione allo sviluppo della mediazione delegata dal giudice, oltretutto questa appare realmente la modalità di più proficua attivazione poiché consente, infatti, di selezionare autorevolmente il contenzioso suscettibile di trovare una migliore composizione mediante la soluzione negoziata, raccogliendo il consenso delle parti, elemento fondamentale per la loro responsabilizzazione ed il raggiungimento di proficui e duraturi accordi.

Eppure oggi è quella più compromessa, con il rischio di divenire anch'essa un mero passaggio burocratico. Dalle ultime statistiche la mediazione delegata dal giudice rappresenta solo l'1,9 dei procedimenti definiti in rapporto alle diverse forme di attivazione, vale a dire: volontaria, obbligatoria in quanto condizione di procedibilità ai sensi di legge; obbligatoria fra le parti, in quanto prevista da clausola contrattuale.

Perché si realizza in così bassa percentuale? Perché di per sé impossibile o perché la fitta trama di egoismi, di pressapochismi, di *lobby* ancora tutt'oggi l'irretisce?

L'ordine del giudice può ritenersi corretta-

mente eseguito, e la condizione di procedibilità rispettata, se il tentativo di mediazione viene esperito: ma cosa diversa è la serietà tanto dell'impegno delle parti, quanto della professionalità del mediatore e dell'organismo presso il quale egli opera: altrimenti, oltre a vanificare l'intento del legislatore, vi è la sostanziale frustrazione delle aspettative del giudice, e delle parti stesse.

Nell'operato di determinati organismi di mediazione possono finanche ravvisarsi – accanto ad abborracciati approcci e carenze d'organizzazione e di esperienza – intenti subdoli e striscianti di pilotare le procedure verso il fallimento: il *business* è comunque salvo se, dopo il primo incontro le parti, magari spinte dal mediatore, decidono di proseguire.

Scopriranno all'inizio del secondo incontro che devono, comunque, pagare – oltre al modesto diritto d'avvio – anche gli interi corrispettivi posti a loro carico dai tariffari: da questo punto di vista difficile negare le ragioni di chi vede nella mediazione un ostacolo costoso ed ingiustificato all'accesso alla giurisdizione.

Ma è altrettanto vero che associare questi opinabili aspetti all'obbligatorietà sia strumentale e mistificatorio.

L'insuccesso è in agguato, in realtà, per l'intrinseca debolezza dei mediatori, che non sono in grado di intercettare il pensiero di fondo, quasi magico, ricorrente in ogni pur accanito configgente: l'aspettativa che qualcosa accada, al di là della sua stessa volontà, in grado di interrompere la spirale di lotta distruttiva, riposta su elementi che, col senno del poi, non possono che apparire quasi sempre futili.

L'insuccesso vanifica le lodevoli intenzioni del giudice, e così a nulla gli è valso valutare se, data la tipologia della controversia e la natura delle parti, vi fossero ragionevoli *chances* di composizione negoziata del conflitto.

Eppure quale ruolo propulsivo più autorevole della scelta operata da un giudice che ha valutato la situazione con sensibilità potrebbe ipotizzarsi?

Come se non fossero sufficienti le insidie insite nell'impreparazione dei mediatori e nell'improvvisazione degli organismi, non può nascondersi che gli stessi avvocati, improvvidamente elevati di diritto al ruolo di mediatori professionali, salvo casi individuali, non conoscano natura, finalità e potenzialità della mediazione, e la osteggino sia per pregiudizi, sia per interessi prettamente corporativi.

Non è certo un mistero l'ostruzionismo forsennatamente portato avanti, adottando tutte le forme di lotta possibili, da taluni organismi dell'avvocatura.

A fronte di questa situazione è da chiedersi come possano salvaguardarsi dignità ed efficacia dell'operato del giudice nel decidere di rimettere le parti ad un mediatore: sono portata a pensare che potrebbe esplorarsi l'eventualità di istituire, analogamente alle modalità che consentono al giudice la scrupolosa selezione dei suoi consulenti – penso ai CTU – *registri locali di selezionati organismi di mediazione dalla accertata qualità*, che si avvalgano di mediatori che abbiano seguito percorsi di formazione *ad hoc*, ben più approfonditi rispetto al minimo legale, verificati – con modalità da definire – dall'ufficio responsabile della formazione dei magistrati.

Una proposta, nulla più, che, comunque, varrebbe la pena di valutare ed approfondire.

Perché indignarsi è giusto davanti a deviazioni inammissibili e dannose che, direttamente od indirettamente, non possono che sortire l'effetto di affossare la mediazione.

Occorre rompere il velo di ipocrisia dilagante.

Occorre avere il coraggio di opporvisi, seguendo l'innovativo indirizzo adottato dalla Dott.ssa Luciana Breggia, giudice in Firenze, che con ordinanza emessa il 19 marzo 2014 ha interpretato in modo assai costruttivo i contrasti resi possibili dalle ambiguità del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28: ritenere, infatti, che l'ordine del giudice non sia osservato allorquando i soli difensori compaiano davanti al mediatore esclusivamente per dichiarare il rifiuto di procedere oltre, ed ottenere il cosiddetto 'verbale negativo' necessario per agire in giudizio (o proseguirlo): ciò rappresenta, infatti, una conclusione "*irrazionale ed inaccettabile*", un mero adempimento formale privo di ogni efficacia e valore sostanziale.

"*Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere*" afferma correttamente l'ordinanza.

Il rinvio disposto dal giudice, pertanto, "*si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un'effettiva chance di raggiungimento dell'accordo alle parti"*: è necessario, quindi*,* "*che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione*".

Va da sé, quindi, "*alla luce delle considerazioni che precedono, che il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata*".

9. Una giustizia anche senza la toga

Un'interpretazione del conflitto in funzione dei soli parametri giuridici ed economici è destinata a lasciare in ombra, come si è sottolineato, realtà che sfuggono a spiegazioni razionali: si tratta delle ragioni intime, sempre diverse per ciascuno, mai esplicitate chiaramente, forse perché sovente neppure conosciute, eppure determinanti.

Le soluzioni incentrate sui diritti da riconoscere mediante l'applicazione delle pertinenti norme giuridiche o di mere pratiche negoziali apparentemente chiudono il contenzioso, a volte neanche definitivamente, ma lasciano comunque ferite che solo la mediazione consente di evitare, intervenendo in modo definitivo e completo: chi ha la capacità di intuire i sentimenti, le aspirazioni, le emozioni delle persone può orientare opportunamente i comportamenti a favore di obiettivi comuni trovando i giusti elementi sui quali fare leva per condurre le parti a ragionevolezza, e quindi ad un accordo, che – se si è seguito questo percorso – è al contempo razionale ed emotivo, forte, definitivo ed a prova di imprevisti.

Si tratta, in definitiva, di accogliere una nuova e ponderata idea di giustizia e di risposta all'uomo che confligge, nella linea da tempo tracciata da autorevoli studiosi del diritto, alcuni dei quali ho potuto conoscere più da vicino, ed al loro pensiero rimando.

È, quindi, il momento di pensare ad *una giustizia anche non togata*, come bene intitola un suo volume del 1998 Cesare Vaccà, Professore di Istituzioni di diritto privato. Una giustizia di prossimità che abbatta i tempi ed i costi del contenzioso, ma forte nei contenuti, *fraterna*.

Una giustizia che sappia percorrere nuove strade, ben oltre le ragioni oggettive ed i fatti, restituendo alle parti il potere, senza deleghe, e la forza di indagare le ragioni profonde.

La mediazione assume come suo scopo precipuo la trasformazione delle relazioni che hanno generato il contrasto, mutando in ciascuno dei confliggenti la percezione del punto di vista dell'altro e chiarendo, al contempo, il proprio, precisando gli obiettivi reali e le motivazioni che spingono a trovare vie d'uscita soddisfacenti per tutti.

Solo questo elemento, a mio parere, consente di pervenire ad un proficuo accordo sui fatti oggettivi, ed è per questo che ha senso promuovere e sostenere la mediazione con ogni necessario sforzo.

Una sfida culturale che non lascia spazio ad interventi estemporanei e dilettantistici, come evidenziato anche nelle linee guida della mediazione recentemente approntate dalle Nazioni Unite.

Le forme di giustizia negoziata soddisfano, infatti, esigenze che vanno ben oltre l'effetto deflattivo del quale l'amministrazione giudiziaria può, eventualmente, giovarsi, poiché sono in gioco le aspettative dei cittadini di comporre senza pesanti traumi i conflitti che li vedono parte.

Attraverso il superamento della logica dell'esclusivo ricorso agli strumenti giudiziari, ed adottando modalità costruttive di composizione dei conflitti, ci si avvia alla realizzazione della dimensione umana dell'individuo.

10. Una via 'altra': la mediazione

Il *background* culturale con il quale deve confrontarsi la pratica della mediazione dei conflitti rende la sua introduzione ed il conseguente radicamento un compito che non si presenta per nulla agevole.

Eppure *necesse est*, e, se seriamente compresa ed appresa, la mediazione è una risorsa da considerare persino non di esclusiva pertinenza delle liti che sarebbero destinate a finire di fronte ad un giudice, ma pratica quotidiana di assoluto rilievo sociale: è lo schema interiore che deve guidare il *modus operandi* di ciascuno a fronte dell'avversità, comunque generata.

A questo avvia la mediazione che nel contempo è via per trovare le soluzioni ma anche esperienza, modellabile e ripetibile autonomamente, di un modo nuovo di gestire i conflitti. Un vero percorso di autoformazione per chi la fruisce!

Ma alcune mediazioni riescono, altre no: dipende da un *quid* 'misterioso' sul quale il mediatore fa leva, a volte con competenza, altre meno.

Questo *quid* è il fattore umano, sempre centrale nel conflitto, che va oltre gli interessi, sfiora i bisogni apparenti e soddisfa quelli reali, esistenziali, profondi. Il mediatore che ne ha consapevolezza può portare le parti a prenderne atto, ad elaborare le ragioni del contrasto sino a superarlo, in quanto vengono eliminati alla radice i motivi del conflitto.

Non tutti i modelli di mediazione sono, però, egualmente idonei a 'traghettare' le parti fuori dal paludoso terreno del conflitto: un conto è assicurare ai litiganti il superamento, senza rancorosi strascichi, delle ragioni che li hanno contrapposti, altro è ricorrere a formule stereotipate da *juke-box* del diritto, che possono essere consone solo se l'obiettivo primario è rappresentato dall'esigenza di non aggravare il carico giudiziario determinando ulteriori oneri sociali, senza alcuna considerazione, però, al livello individuale, delle effettive esigenze delle parti.

Spesso, purtroppo, questo è lo stile prevalente dei mediatori formati nei limiti della normativa attualmente vigente. Come se si

ritenesse che i conflitti fossero soltanto incidenti di percorso da risolvere prima possibile, non conta come, delegando all'esterno delle sedi giudiziarie la loro gestione.

In effetti, si può dire che la cultura della mediazione sia ancora estranea non soltanto ai cittadini, ma altresì a parte degli operatori che si sono candidati ad offrire questo servizio.

Neppure è nota ai non addetti ai lavori l'antica indicazione di matrice religiosa che si estrinseca non soltanto nell'assistenza, anche legale, ai bisognosi, ma altresì a favore della ricerca di modalità non conflittuali di composizione delle liti, esplicitata da San Paolo nella prima Lettera ai Corinzi, ove si legge (6; 4-5) "*Quando avete da giudicare su cose di questa vita, costituite come giudici persone che nella chiesa non sono tenute in alcuna considerazione? Dico questo per farvi vergogna. Che non vi sia tra di voi neppure una persona saggia, capace di pronunciare un giudizio tra un fratello e l'altro?*".

Il medesimo indirizzo, del resto, è reso evidente dallo stesso codice di diritto canonico, il quale dispone – improntando le regole giuridiche ai principi di solidarietà sociale – che «*per evitare le liti giudiziarie, si può ricorrere utilmente alla transazione o conciliazione, oppure sottoporre la controversia al giudizio di uno o più arbitri*» (*Codex Iuris Canonici,* can. 1713).

Il pensiero religioso ha certamente mutuato parte della cultura della mediazione dalla risalente tradizione orientale della composizione non conflittuale delle liti, così come una indubbia rilevanza deve attribuirsi al richiamo, – efficacemente testimoniato da San Paolo nella richiamata lettera ai Corinzi – a non limitarsi ai meri rimedi giudiziari.

L'alternativa ai giudici dello Stato è stata, peraltro, a lungo rappresentata dalla *episcopalis audientia*, forma di amministrazione della giustizia civile ad opera delle autorità spirituali delle comunità: numerose costituzioni del IV secolo disciplinano i poteri del vescovo di giudicare *arbitrii more* le controversie dei fedeli mediante il *compromissum in arbitros fideles*.

In questo percorso dalle risalenti origini centrale è sempre la transizione dalla 'giustizia contenziosa' alla 'giustizia coesistenziale', riposta su forme di mediazione affidate a soggetti estranei all'organizzazione giudiziaria: la 'giustizia coesistenziale' non si propone, infatti, di decidere o definire, ma piuttosto di 'rammendare', tramite un professionista moralmente e socialmente legittimato nei confronti del gruppo al cui interno è maturato il conflitto, le tensioni fra soggetti che appartengono alla medesima collettività, o intrattengono comunque relazioni destinate a durare nel tempo all'interno di una comunità sociale, culturale, economica.

Lungo è il tragitto che ci separa dalla interiorizzazione della mediazione quale pratica privilegiata per la composizione dei conflitti, e lontano appare l'obiettivo – innanzitutto culturale – del ridimensionamento del ruolo esclusivo della giurisdizione.

Un mutamento culturale che riguarda, innanzitutto, giudici ed avvocati, che determina il superamento dell'idea di quest'ultimo quale esclusivo tramite fra i litiganti e la giustizia: in ogni caso, la mediazione reclama avvocati di mentalità assai distante da quella capace – in buona fede o meno – di operare solo con gli strumenti giudiziari.

È necessario che si apra il dialogo fra magistratura, avvocati e mediatori quale segno di una collaborazione fra sede giurisdizionale ed extragiudiziale, sino a giungere all'ipotesi che il tribunale possa essere ripensato quale sede per comporre in modo plurale ed eterogeneo le controversie, associando ad ogni conflitto procedure adeguate ad opera di un magistrato che sia in grado di esprimere una 'forte' competenza di 'lettura' della situazione.

Inoltre, lungi dalla logica che la mediazione debba nascere dalle carenze dell'amministrazione della giustizia, sono dell'avviso che essa non possa radicarsi senza che l'altra sia in grado di assolvere al ruolo che le compete in un paese civile.

Il ricorso alla mediazione deve, quindi, consolidarsi non in alternativa, bensì in complementarietà rispetto all'amministrazione giudiziaria, nella prospettiva di maggiore efficienza del 'sistema giustizia' nel suo complesso.

Ciò tocca, con evidenza, il problema delle competenze dei giudici e degli avvocati nel campo della composizione negoziata dei conflitti, anche per indirizzare proficuamente le parti, aiutandole a comprendere le logiche non conflittuali alla base della mediazione.

11. Gli indirizzi del legislatore

Trovo che il dispendio di energie, seppur allo stato non adeguate, per introdurre le A.D.R, sia insussistente e non incisivo se non si discute di modelli operativi e di formazione.

Si potrebbe correre il rischio di restare nella 'idea magica' che basti parlare di mediazione per credere che si stia avviando una trasformazione che da un lato alleggerisca il carico dei tribunali, dall'altro garantisca un buon servizio al cittadino.

Al contempo il legislatore si limita a delineare solo i contorni della mediazione, nelle due principali forme disciplinate: l'attività del mediatore può essere, infatti, volta tanto ad agevolare il dialogo fra le parti in lite, aiutandole a raggiungere «*un accordo amichevole per*

*la composizione di una controversi*a», quanto a formulare «*una proposta per la risoluzione della stessa*»: questa duplice anima della mediazione è delineata dalle definizioni che figurano all'art. 1 del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28.

Queste due diverse forme della mediazione sono rispettivamente definite 'facilitativa' e 'valutativa' e fanno riferimento ai due, diversi, *modi operandi* del mediatore che rilevano sia dal punto di vista soggettivo, sia da quello oggettivo.

Nella mediazione facilitativa il mediatore agevola e sviluppa il dialogo fra i litiganti, astenendosi da qualsiasi ingerenza sulle loro valutazioni circa i contenuti di un possibile accordo, mentre la mediazione valutativa comporta che il mediatore elabori proposte che è facoltà delle parti accettare.

Il ruolo valutativo, che richiede al mediatore di entrare nel merito delle questioni controverse per formulare proposte pertinenti, conferisce pertanto rilevanza all'elemento oggettivo rappresentato dall'analisi 'tecnica' del conflitto, se pur in una prospettiva diversa rispetto a quella del giudice o dell'arbitro.

La Relazione illustrativa al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, *sub* art. 1, si limita a rilevare che, sebbene la mediazione debba saper «*abbracciare contemporaneamente forme sia facilitative che aggiudicative*», è tuttavia alle prime che è «*assegnata una certa preferenza in virtù della loro maggiore duttilità rispetto ai reali interessi delle parti e della conseguente loro maggiore accettabilità sociale*»; successivamente (*sub* art. 8) si legge che «*la norma prevede che il mediatore abbia come primario e previo obiettivo quello di portare le parti all'accordo amichevole. Solo in linea graduata, e come specificato all'articolo 11, proporrà, se del caso, una soluzione della controversia, come tale fondata sulla logica c.d. adversarial della distribuzione delle ragioni e dei torti*».

Condurre le parti ad un accordo negoziato, come si è detto finalità della mediazione facilitativa, significa portare ad emersione gli interessi inespressi delle parti, ed il mediatore non ha quindi motivo per verificare le ragioni della lite, tantomeno di valutarle, ma deve essere in grado di individuare emozioni e motivazioni alla base del contrasto, le ragioni in gioco, non in termini di diritto ma di significati profondi, quali la dignità violata, la stima di sé compromessa, il senso di vulnerabilità e di offesa. Da qui parte per indurre gli antagonisti a formulare proposte e controproposte sino a raggiungere il punto di equilibrio rispetto al conflitto iniziale.

La professionalità del mediatore risiede nell'acquisire dalle parti, specie nel corso delle sessioni separate con ciascheduna, le informazioni che opportunamente utilizzate consentano di mettere a fuoco in una prospettiva dinamica gli interessi attuali, sovente diversi da quelli propri del momento in cui la lite è insorta, che viceversa una visione statica del conflitto tende a cristallizzare.

Il mediatore efficace è, pertanto, lo specchio nel quale le parti vedono riflesse, senza il filtro dei coinvolgimenti emozionali, le ragioni che motivano un accordo, ed è la fiducia in lui ad indurle a scoprire le carte negli incontri diretti svelando le aspettative e le soglie.

La forma valutativa presuppone un diverso coinvolgimento del mediatore, il quale poste in relazione le posizioni delle parti con i profili tecnici, o giuridici, della controversia, avanza una proposta operando quasi come quella figura un tempo qualificata 'amichevole compositore'.

Ciò non comporta necessariamente che la formulazione del mediatore collimi con l'ipotetica decisione conclusiva di un giudizio ordinario, o di un arbitrato, ma certamente implica la capacità di entrare nel merito della lite.

Indipendentemente dalla prevalenza dell'uno o dell'altro profilo della mediazione, talune regole di comportamento sono comunque tassative per il mediatore, che deve accostarsi alle parti ed al loro conflitto con l'intrinseca umiltà di chi è consapevole che il potere è nella mani dei configgenti: di fronte a vicende umane delle quali il mediatore può percepire solo in parte ogni risvolto, devi esservi la consapevolezza di quest'ultimo che il punto di vista di tutti è rilevante, ed il suo è soltanto uno fra quelli possibili.

La scelta del legislatore di attribuire al mediatore anche una veste valutativa certamente acutizza i rischi di deviazione dal ruolo facilitativo, ma questo è il modello di mediazione oggi delineato, ed è quindi con questo che ci si deve confrontare, eventualmente anche prendendo atto dello sviluppo di una figura ibrida, che non può prescindere dalla capacità di formulare valide proposte la cui portata potrebbe anche risultare più ampia rispetto alla mera verifica del consenso che esse incontrano dalle parti.

Il d.lg. 4 marzo 2010, n. 28 opera una scelta che rappresenta una sorta di sintesi rispetto alle due diverse forme, in quanto il mediatore, nel caso di mancato accordo può formulare una proposta, che, invece, è tenuto ad esprimere qualora le parti, in qualsiasi momento, ne facciano concorde richiesta.

12. La filosofia è il rimedio?

La filosofia, è riflessione sulla vita, come bene afferma Massimo Cacciari: è cura dell'anima, del sé, è profondo rimedio al male di relazionarsi. Questa è una convinzione antica, pur non avendo valenza terapeutica, anzi pro-

prio per questo. Qualifica e nobilita la mediazione per la risoluzione dei conflitti quale via elettiva per 'trattare' il conflitto, indipendentemente dall'ambito in cui esso si esprime.

Si tratta di una metodologia efficace sia per trovare le soluzioni, sia per risanare il vero conflitto relazionale, rafforzando la dignità di ciascun confliggente onde consentire di oltrepassare le situazioni di stallo e riprendere in mano il proprio futuro, anche con una accresciuta conoscenza dell'animo umano, proprio e della controparte. E lo può entrando nel livello filosofico, idoneo a dare diritto di parola alle urgenze più radicali e dense di significato che sono alla base di ogni azione e anche di ogni situazione di conflitto.

Questa impostazione facilita l'esercizio dello spirito critico, il coraggio della ricerca della verità, la consapevolezza e la comprensione profonda degli accadimenti della vita, la valorizzazione della propria dignità di esseri umani, il tutto scevro da promesse aprioristiche, da illusioni salvifiche e miracolistiche, da obiettivi consolatoriamente presentati come a portata di mano.

È una scelta di campo che non offre una guida spirituale, un'autorità cui sottomettersi che risolva le questioni al posto dell'interessato. Proprio qui, a mio avviso, trova collocazione elettiva la mediazione che si propone di migliorare lo scambio comunicativo tra le parti, certamente rende più chiare ad ognuno le posizioni-interessi-motivi del contendere, aprendo una via diversa nella lettura delle posizioni dell'altro da sé, e rinforzando l'impegno di ciascuno di sciogliere all'interno di sé, prima che all'esterno, il conflitto con l'altro, impegnandosi così nella propria liberazione e crescita.

Si tratta di una mediazione che ha il coraggio di tenere conto delle domande radicali dell'uomo: cosa accade nella mia vita quando un conflitto mi travolge? Che ne è della mia dignità?

Che ne è del mio valore? Cosa di me, a livello essenziale ed esistenziale, rischia di essere compromesso dal conflitto?

Queste le domande filosofiche che la mediazione deve considerare. Domande sempre in agguato anche quando, apparentemente, il conflitto sembra solo lambire dimensioni prettamente personali.

Un contratto, per fare un esempio, che un *manager* ha stipulato e mostri successivamente le sue carenze, scredita la sua competenza agli occhi dell'istituzione per la quale lavora?

Una fornitura inidonea pone in difficoltà il responsabile degli acquisti?

Come uscire in modo onorevole dai problemi derivanti dal ritardo nella consegna, dall'impossibilità di rompere i rapporti con un fornitore strategico, dalla situazione critica nei rapporti con i superiori gerarchici?

Problemi all'ordine del giorno per chi deve salvaguardare sé, la propria immagine, le proprie mansioni. Come trattare, quindi simili difficoltà in un modo che sia produttivo di risposte soddisfacenti?

Chi di noi non auspica di trovare, quando è in un conflitto, qualcuno che l'ascolti, che salvaguardi la sua autonomia, la sua originale libertà di decisione, ed al contempo lo comprenda, apprezzi il moto interiore che lo muove, seppur contro l'altro? Che colga gli intenti positivi che intende perseguire?

Chi di noi non ha provato, in analoghi frangenti, in cui peraltro si è più sensibili e vulnerabili, il fastidio di essere invece giudicato, strumentalmente consigliato, manipolato?

13. Il senso oltre il setting

La mediazione è un'idea, un progetto culturale ancorché una metodologia operativa, un *setting* che scardina non solo le procedure consuete, ma anche i blocchi personali conseguenti ad idee ormai logore, che hanno fatto il loro tempo, che chiedono di essere superate da pensieri nuovi.

Esige intelligenza, conoscenza e coscienza elevata. È promotrice di un'inversione di rotta.

Non più la delega ad alcuno, ma porsi nelle condizioni favorevoli per riprendere in mano il potere decisionale: come si è lasciato che il 'groviglio' si creasse, così ora si può e si deve sperimentare che si hanno le capacità per risolverlo.

Non più una visione parziale del problema, in termini solamente di diritto e ragioni oggettive, ma una risoluzione sistemica e una gestione del problema che tenga unite tutte le componenti, anche quelle soggettive dell'una e dell'altra parte.

Non più irrigidimento nel volere a tutti i costi veder trionfare il proprio punto di vista, bensì la ricerca, prima di tutto, della soddisfazione dei vissuti emotivi sottostanti e del riconoscimento del proprio diritto di esistere con le proprie ragioni profonde e la ricerca, nel rispetto dell'altro, di soluzioni che superino le singole posizioni accontentando gli antagonisti in modo profondo, non sui fatti, ma sui bisogni.

A tal fine una risorsa, se vissuta in modo sapiente, è il senso di personale responsabilità.

Perché, allora, la necessità di un terzo, il mediatore?

Questi, con la sua presenza, è garante, facilitatore, ponte, traduttore, amplificatore delle ragioni di cui ciascuno è portatore. La parte 'rinasce', ritrova il suo respiro, la sua

forza già per il 'solo' fatto di sentirsi ascoltata dopo un estenuante calvario di comunicazioni 'fra sordi', ritrova una propria dimensione di fronte a qualcuno che mostri un sincero interesse per le sue posizioni, che non le stigmatizzi, né le screditi, tantomeno ne sminuisca la portata.

Qualcuno che lasci sgorgare emozioni di rabbia, rancore, rivalsa, senza scandalizzarsi perché, come afferma Terenzio, *sono un essere umano e nulla di ciò che è umano mi è estraneo*.

14. La mediazione secondo il modello umanistico-filosofico

Per la mediazione umanistico-filosofica il conflitto assume i tratti di un evento della vita, complesso e denso di significati da decodificare e comprendere poiché compromette la personale dignità, la tranquillità e la stima di sé, le relazioni interpersonali con le controparti, la qualità del proprio futuro.

Con il senso di responsabilità di chi, come il mediatore, per suo specifico compito, è in grado di proiettare uno sguardo più ampio sulle vicende umane e sulle modalità per affrontarle, si deve andare oltre i fatti oggettivi e ricercare le strade per superare il conflitto, affrontando le radici degli eventi che l'hanno generato, dando risposte adeguate alle offese, ai sentimenti compromessi, alle aspettative deluse, al valore e alla dignità.

La mediazione consiste nel dar forza a ciascuno irretito o coinvolto in un conflitto: il mediatore accompagna e dà forza.

Ma che tipo di forza il mediatore, che ha scarso potere, può dare? La forza del suo *essere*. Diverso rispetto alla mentalità corrente. Altro rispetto alle modalità seguite dai confliggenti. Educato al valore dell'ascolto empatico, del silenzio e della comprensione. Della emulazione piuttosto che del giudizio. Capace di far circolare fiducia e ricerca dell'autenticità.

Anche l'avvocato dà forza. Ma di che tipo di forza si tratta? La forza della determinazione a sostenere il proprio esclusivo punto di vista con il conseguente effetto di irrigidire le posizioni, nella individuazione delle esclusive ragioni del proprio cliente.

A volte al servizio del proponimento di annientare il 'nemico' ed avere la vittoria su di lui, il legale offre i propri strumenti e la competenza tecnica per soddisfare la voglia di rivalsa, di vendetta, dando forza a tutta la gamma di emozioni violente ed aggressive che l'individuo prova quando deve difendersi, incanalandole in termini socialmente accettabili secondo il diritto.

La mediazione dà forza a qualcosa che sta dietro le emozioni, di ben maggior valore. Di ben altro spessore.

1) La mediazione dà forza al desiderio, sovente recondito, di armonia con l'altro, di ricerca di rapporti basati sul riconoscimento reciproco di dignità, valori, ragionevolezza.

2) Svela le ragioni – non sempre note agli stessi protagonisti del conflitto – che scatenano le liti, le porta alla luce, le scandaglia e le 'disinnesca'.

3) Si fonda sul convincimento che all'essere umano è dato sempre di pensare ad una espressione più alta di sé, ad una nuova visione. Ed anche quando della competizione non può farsi a meno, essa può collocarsi su piani diversi, senza dover necessariamente scatenare conflitti, magari evolvendo verso l'emulazione. L'emulazione, al di là della competizione distruttiva, è un processo sano: invece che voler togliere o distruggere qualcosa che qualcun altro ha, si tenta di eguagliare il comportamento dell'altro che lo ha portato ad avere ciò che in lui è apprezzabile. Non più lo si invidia, ma lo si imita, facendo proprio ciò che di buono attrae di lui.

15. Gli effetti molteplici che consente

Factum infectum fieri nequit: il danno inflitto durante il conflitto resta incancellabile, questo non deve dimenticarsi.

Con la mediazione secondo il modello da me elaborato, quindi, le parti trovano non solo un accordo che soddisfa entrambe ma, ciò che più conta, rimuovono i focolai di eventuali, futuri conflitti.

Comprendere le motivazioni alla base del conflitto diminuisce il senso di colpa, inaridisce il terreno sul quale si sviluppa il risentimento, fa svanire il bisogno di consumare forme di vendetta nei confronti del mondo, facendo patire ad altri i disagi della propria vita.

In questo modo esse sono libere di progettare modalità diverse per rimanere in relazione, liberandosi dai vincoli dei comportamenti precedenti in virtù del 'bene' che possono iniziare a praticare allontanandosi progressivamente dai 'vecchi' schemi mentali, separandosi dal passato, voltandogli definitivamente le spalle.

Si tratta, in definitiva, di mutar mente per divenire capaci di non confliggere danneggiandosi reciprocamente, giungendo a comprendere come essere 'sapienti' nell'attivazione di relazioni costruttive e promettenti.

Mediare significa comprendere le ragioni delle incomprensioni, scoprire vie e, soprattutto, radicare atteggiamenti mentali idonei a superarle.

Dalla parte più profonda di ogni individuo, da sempre ma oggi più che mai, giunge un richiamo, un desiderio di giustizia, di libertà, di riconoscimento del proprio diritto di esistere.

Questo livello è atteso ed auspicato perché consente orizzonti più estesi, può liberare

dalle barriere che impediscono di leggere la vita in una chiave diversa, appagante, con un suo senso reale e profondo: non induce più a sentirsi vittime di una realtà troppo severa ed opprimente – come a lungo si è creduto – ma addirittura consente di scoprire di aver titolo per essere co-creatori della propria vita, per poter aspirare alla speranza, alla fiducia, alla forza positiva dalla quale si è trascinati.

Si diventa più consapevoli e si intuisce il senso della propria umanità, ed ogni evento della vita, anche se pesante, ha la sua collocazione, è un passaggio gravoso, ma che può arricchire, poiché fa incontrare la propria fragilità e, attraversandola, si possono eliminare tante scorie inutili, fino a quando, ridotti all'essenza di se stessi, si è capaci di varcare il confine dell'invisibile, la soglia della conoscenza che connette 'oltre'.

16. Quanta est nobis via?

È quindi fondamentale, onde scongiurare delusioni e traguardi di scarsa efficacia, dare alla pratica della mediazione tutti gli strumenti dei quali necessita per svilupparsi, a condizione che le sia dedicato tutto il rispetto che si deve ad un procedimento che, agendo nel profondo delle persone, non può ridursi ad una forma di giustizia 'minore', ma – al contrario – deve favorire una evoluzione del diritto e della stessa giustizia.

L'efficienza e la capacità di far funzionare la macchina della giustizia rappresentano, indubbiamente, una questione decisiva nel processo di modernizzazione e di recupero di competitività del nostro Paese.

Questo però non esaurisce la reale portata del tema che è, in definitiva, una questione di democrazia sostanziale: la capacità che ha lo Stato di operare in una prospettiva costituzionalmente orientata alla costruzione di una società giusta.

Credo quindi che, nello stesso tempo in cui ci preoccupiamo di comprendere ed utilizzare le potenzialità della mediazione, stiamo ponendo le basi di una convivenza civile ove la diversità si coniughi con l'esercizio costante del diritto alla propria unicità ed al rispetto di quella dell'altro.

Quanta strada ci attende per riconoscere alla mediazione il ruolo di promozione civile dai tratti profondi e innovativi che le compete, e solo di conseguenza quello deflattivo del contenzioso giudiziario che il legislatore ha inteso prioritariamente attribuirle?

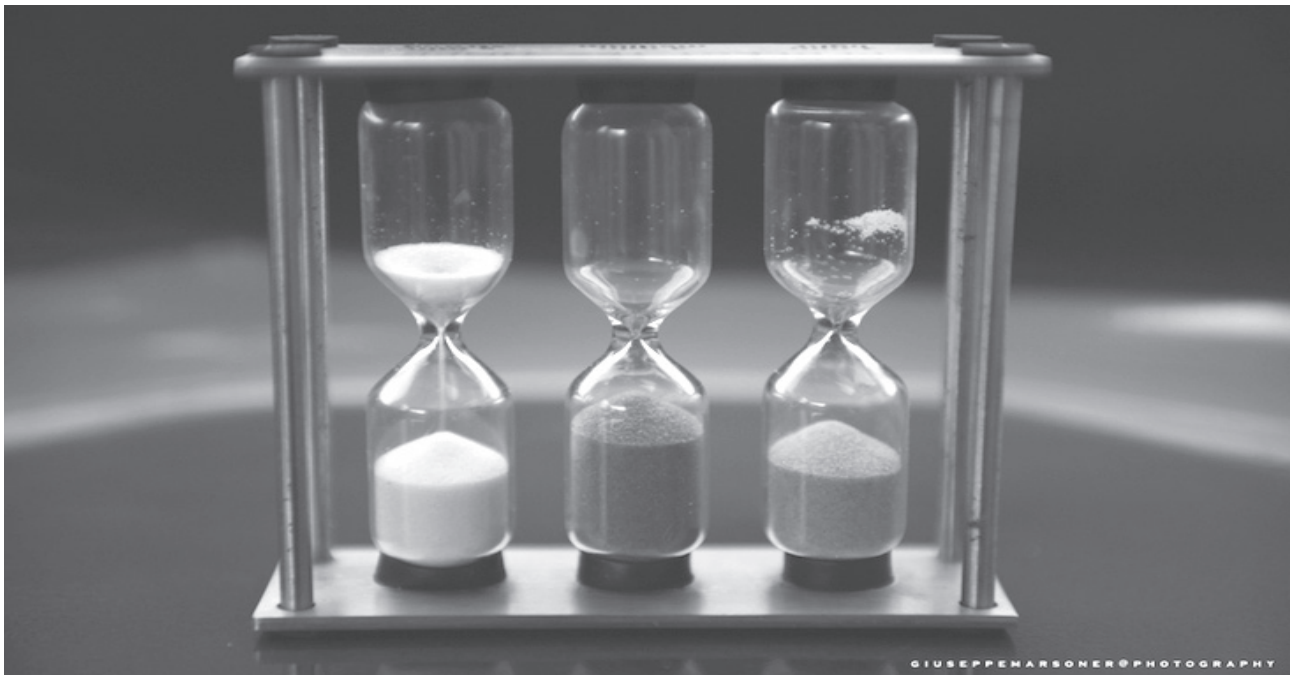
Quanta strada ci attende per acquisire la sensibilità necessaria ogniqualvolta si trattino vicende umane, con una preparazione professionale di spessore umanistico-filosofico?

Quanta strada ci attende affinché la società si avvii alla ricerca di relazioni interpersonali evolute in cui si sappia camminare con gli altri e non senza di loro o contro di loro? Relazioni non fra rassegnati alle contrapposizioni, fra chi si accontenta di forme superficialmente infarcite di cordialità e di solidarietà, magari anche di rispetto reciproco, ma prive di una reale intesa e di un vero *pathos*.

La risposta, al momento, è nel vento, direbbe Bob Dylan.

MARIA MARTELLO

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Mal di mediazione

Che l'introduzione dell'istituto della mediazione nel nostro ordinamento abbia apportato e stia apportando cambiamenti radicali forse non era inizialmente ben chiaro a tutti, ma questo accade quando si decide di entrare in un "nuovo mondo".

La sua introduzione, richiesta dalle normative comunitarie, è avvenuta rispettando una consuetudine legislativa del nostro Paese, ovvero calando dall'alto una norma senza avviare preventivamente una specifica consultazione con la partecipazione attiva delle parti coinvolte ed interessate.

La principale valutazione operata inizialmente dal Legislatore nel recepire la Direttiva comunitaria è apparsa essere solamente quella di stampo meramente "contabile" volta a ricercare un miglioramento del saldo del bilancio statale attraverso lo sfoltimento del numero dei processi. Questo approccio prevedeva, prima che intervenisse la Consulta, un'applicazione dell'istituto conciliativo quale condizione di procedibilità per la successiva azione giudiziale, snaturandone di fatto l'essenza. Pur tuttavia, questa iniziale impostazione è stata a lungo, e dai più, ritenuta "accettabile" se necessaria per favorire l'utilizzo dell'istituto conciliativo nella gestione e contenimento delle situazioni contenziose.

Per il resto, il previsto impegno del Legislatore per promuovere un'informazione pubblica volta a far conoscere le opportunità offerte dall'istituto della mediazione è stata praticamente nulla. Anche la grande apertura verso gli organismi di mediazione, foriera di un inimmaginabile slancio partecipativo di "privati", in realtà non è stata seguita da azioni di supporto e garanzia per gli stessi. Anche la struttura operativa attivata presso il Ministero, conseguenza dell'introduzione del D.Lgs. n. 28/2010, è apparsa inadeguata a gestire il processo organizzativo del nuovo impianto.

La combinazione tra i prevedibili difetti di gioventù dovuti all'introduzione di strumenti alternativi ai tradizionali metodi di risoluzione delle controversie non ancora conosciuti nel nostro Paese e l'approccio legislativo di stampo puramente "contabile" è sotto gli occhi di tutti, e i nodi vengono al pettine.

La risposta della categoria forense all'introduzione della mediazione non si è fatta poi attendere.

Dopo aver giocato inizialmente la carta della banalizzazione per evitare le percepite "perdite di terreno", ha operato più sul piano puramente legislativo per favorire la modifica di taluni aspetti incongruenti della norma (leggi in particolare, "obbligatorietà e onerosità") che non sull'effettiva comprensione dell'approccio "conciliativo e consensuale" necessario peraltro per cogliere le significative opportunità offerte dalla norma alla Categoria.

Anche per molti rappresentanti della Magistratura, l'introduzione dell'istituto della mediazione, quale strumento di composizione e contenimento delle situazioni contenziose in ambito civile, è stato in larga misura percepita come una *diminutio*, non avendo ben valutato le opportunità che invece forniva loro.

Il Legislatore "del Fare" poi, disorientando gli addetti ai lavori, ha "incomprensibilmente" introdotto la figura dell'avvocato iscritto all'Albo "mediatore di diritto", riconoscendo *tout court* ed incondizionatamente alla Categoria delle competenze non supportate da un percorso formativo adeguato.

Sicuramente non si può dubitare della competenza degli avvocati in numerose tra le materie previste dal decreto ministeriale n. 180 oggetto dei percorsi formativi specifici, pur tuttavia alcune, quali le metodologie delle procedure facilitative e aggiudicative, la negoziazione, la mediazione e le tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, non fanno tradizionalmente parte del percorso formativo degli avvocati, tantomeno appaiono acquisibili sulla base della sola esperienza professionale.

Ma questa previsione ha destato e desta a dir poco forti perplessità negli operatori, anche perché seguita dalla previsione del Consiglio Nazionale Forense di fissare la formazione per l'avvocato-mediatore di sole 15 ore!

Si arriva poi alla "negoziazione assistita" o come molti preferiscono alla "transazione assistita". È solo una questione semantica? Molti sono anche qui gli interrogativi e le perplessità ingenerate da quest'approccio, che non deve comunque portare a disconoscere le utilità ritraibili da questa previsione.

Ben vengano infatti tutte le opportunità che consentono agli strumenti alternativi ai tradizionali metodi di risoluzione delle controversie di avvicinarsi ampliando così la

cultura conciliativa, ma con le dovute competenze e i mutevoli approcci del Legislatore hanno ingenerato in quest'ambito non pochi malumori. Il punto che appare allora centrale è sempre lo stesso: quale ruolo nel nostro impianto legislativo si vuole attribuire agli strumenti alternativi di tipo conciliativo? E che rapporto stabilire per gli stessi con il processo? Ad oggi, con l'attuale "modello", strumenti alternativi di tipo conciliativo e processo intersecano le loro strade più volte, non senza complicazioni.

Altro punto nodale e non secondario è poi l'aspetto legato alla qualità dei procedimenti conciliativi pre-contenziosi. Se ne parla molto ma con pochi concreti risultati. La qualità dipende certamente dalla formazione e capacità del mediatore, ma non solo, e a parte l'introduzione dei "tirocinii" (!), cos'altro è stato previsto a supporto della ricercata qualità? E in questo contesto, come collocare l'innovativa ed ingombrante figura dell'avvocato "mediatore di diritto"?

Al riguardo, poi, il recente D.M. n. 139/2014 di modifica al D.M. n. 180/2010 ha introdotto una norma di notevole impatto. All'art. 6, che introduce l'art. 14 bis, al punto n. 1, è previsto che il mediatore "*...non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti nelle procedure di mediazione dinanzi l'Organismo presso cui è iscritto*".

Questa misura colpisce in misura significativa gli organismi forensi, che accolgono un elevato numero di avvocati-mediatori iscritti, e sembrerebbe in controtendenza rispetto alla previsione dell'avvocato "mediatore di diritto" e a "tutto campo" introdotto della legge n. 98/2013.

Insomma, confusione ce n'è!

Non appare ingiustificato allora, dopo quattro anni di vigenza del D. Lgs. 28/2010, il montato "malumore" presente negli operatori che si sono formati per operare nell'ambito della mediazione civile. Questi sembrano risentire della confusione ingenerata da questo incedere del Legislatore, che ben presta il fianco a letture conservatrici *che vanificano sforzi e tentativi di cambiamento*. Oltre a questo, negli operatori, mediatori e organismi in particolare, è forte la consapevolezza che l'attuale impianto legislativo sottoutilizza lo strumento conciliativo rispetto alle effettive potenzialità, diversamente sfruttabili con una diversa calibrazione e applicazione dei sistemi di ADR.

È di tutta evidenza che alla base di questo approccio c'è una non appropriata conoscenza del mondo conciliativo, che porta ancora a legiferare leggendo gli accadimenti con la lente processuale.

La categoria forense sembra non tener conto delle responsabilità che dovrà comunque assumersi per questi risultati.

Per entrare nel "nuovo mondo" occorre allora comprendere il cambiamento in atto e per far questo ci vuole tempo e coraggio. La formazione, con un suo percorso organico, in questo gioca un ruolo fondamentale.

Negli attuali corsi di studi universitari in ambito giuridico non si rinviene ancora una specifica previsione nella formazione alla gestione dei conflitti. Tale materia, che di certo non è possibile rintracciare nei libri di procedura civile, dovrebbe essere istituita in ogni ateneo. Il conoscere l'approccio conciliativo e consensuale, le dinamiche partecipative, i processi decisionali, l'importanza di un'efficace comunicazione, il saper correttamente applicare le tecniche di mediazione e di negoziazione, non è meno importante, nell'ottica della gestione e contenimento dei conflitti, del conoscere il codice civile, anzi. *Cultura giuridica e cultura conciliativa* non sono due mondi che si ostacolano.

Molte università ultimamente si stanno "attrezzando" in questa direzione, ma mi piace ricordare che questa formazione è stata avviata già da tempo in atenei sensibili e lungimiranti (in particolare Pisa). Il precorso formativo nelle materie giuridiche (contenziose) e quello nelle materie conciliative e consensuali sono difficilmente compatibili; rispondono a culture e approcci diversi alla gestione delle situazioni conflittuali. I conflitti non sono infatti riconducibili solo ad un "cluster di contenzioso standartizzato". Ogni conflitto è differente e ben più complesso, proprio perché risente di sottese componenti relazionali, emotive e comportamentali non "valutabili" nella sola veste contenziosa. Questa invece spesso viene fatta indossare ai conflitti per farne contenziosi da risolvere applicando l'attività giudicante di un terzo.

Se non si parte proprio da questa evidente differente impostazione concettuale del significato di conflitto nel definire lo scenario di operatività della mediazione, non è possibile neanche comprendere il "malumore" che ad oggi accompagna molti operatori del settore, in particolare di quella parte degli operatori del diritto che crede nelle potenzialità di questo istituto e nell'efficacia dei sistemi di ADR.

Appare necessario allora che la categoria forense, maggiormente interessata da questi processi di cambiamento, si renda consapevole e prenda atto della avvenuta presenza e coesistenza al suo interno di professionisti che rispondono a due culture, quella tradizionalmente "contenziosa" e quella di recente introduzione "non contenziosa" interessata alle procedure conciliative, peraltro di tradizione ancor più lontana.

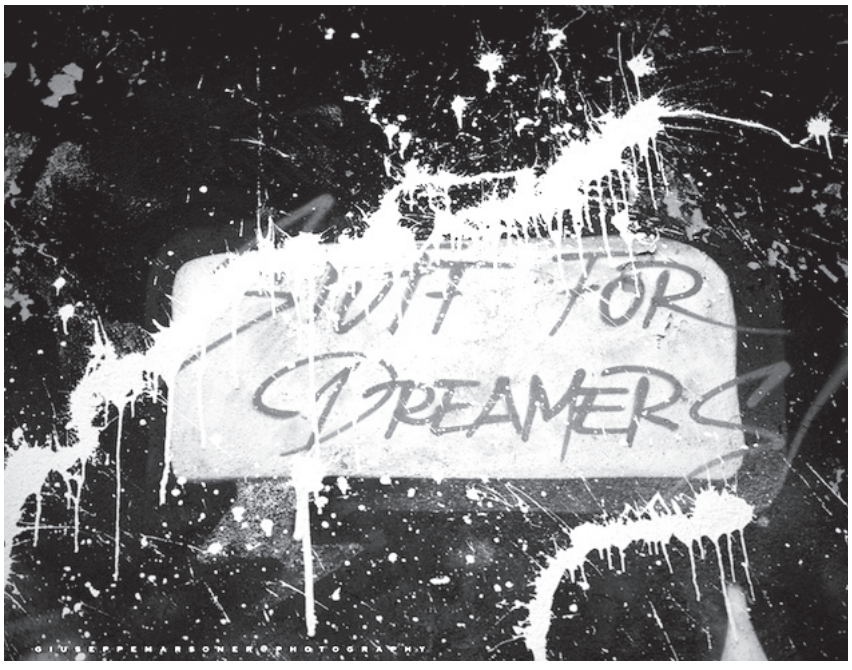
Il riconoscere ed accogliere queste due anime al suo interno è esperienza già nota e conosciuta anche da altre categorie professionali, basti pensare nel settore medico, tra medicina tradizionale e quella non tradizionale. Riconoscere pari dignità a queste due culture, potrebbe essere estremamente utile per sciogliere molti dei nodi ad oggi presenti portando ad una chiarezza operativa e di indirizzo.

Per attivare questo riconoscimento occorre allora partire con progetti che diano impulso ad uno sviluppo della cultura non contenziosa nella gestione e contenimento delle situazioni contenziose, se non prima, almeno nel corso di laurea in giurisprudenza. In quest'ottica ritengo necessario prevedere al termine di un biennio/triennio di formazione base, una successiva specializzazione in uno di questi due settori, in quello "contenzioso" o in quello "conciliativo". Da questa formazione differenziata e specialistica ne possono derivare molti vantaggi per la collettività perché ne conseguiranno atteggiamenti e approcci diversi al conflitto proprio dagli operatori del diritto. L'avvocato formato all'approccio conciliativo potrà promuovere con il suo operato una cultura che "avvicina" le parti in conflitto, potrà favorire un'azione preventiva di alto impatto e valore sociale, promuovere "dall'interno" l'utilizzo dei sistemi di ADR, senza ambiguità di sorta, e molto altro. Ma venendo al procedimento di mediazione, l'avvocato formato all'approccio conciliativo può consentire una positiva evoluzione anche nell'assistenza alla parte, attraverso una partecipazione diversa rispetto a quella che molte volte osserviamo. La preparazione della parte all'incontro e al procedimento sono aspetti fondamentali per la riuscita di una mediazione. Diversamente, se non fosse possibile raggiungere un accordo attraverso questo percorso, per l'eventuale successiva fase contenziosa la parte potrà rivolgersi ad un avvocato con formazione prettamente contenziosa-processuale, proprio perché è un'altra modalità di gestione.

Quanto ho rappresentato in merito alla necessità di ricorrere a specifiche professionalità diversamente formate nella gestione delle situazioni conflittuali potrà destare perplessità, ma altro non è che quello che già accade e con successo già in altri ambiti professionali.

Un simile intervento in seno alla categoria forense consentirebbe di superare e rimuovere quegli ostacoli di "identità" che ad oggi portano molti avvocati a soffrire di "mal di mediazione", e sopratutto consentirebbe non ad una sola Categoria ma all'intero sistema Paese di beneficiare di tali risultati, frutto di una esperienza non equivoca sul campo, a dispetto di quello che invece attualmente avviene.

Ad oggi non sono pochi gli avvocati che, pur se proiettati ed inclini ai sistemi ADR, rimangono imbrigliati nel dilemma conciliativo-processuale. Con l'introduzione dell'istituto della mediazione si è fornita alle Parti anche un'occasione di incontro che spesso è colta per ricercare soluzioni transattive. Le Parti nel procedimento di mediazione, pur partecipando, nel migliore dei casi, al "primo incontro", assistite dai rispettivi legali, molto spesso non si avvalgono delle possibilità offerte da questo istituto che, nel caso di fallimento, condurrà comunque al procedimento giudiziario, terreno dove ad oggi la formazione del legale è prevalente rispetto a quella conciliativa.



Appare allora indispensabile il contributo della categoria forense per dare slancio e qualità agli strumenti del "modello conciliativo", slancio che sarà tanto più rilevante se frutto di un effettivo riconoscimento di pari dignità per queste modalità e per i professionisti, adeguatamente formati, che intendono operare in tale ambito.

Solo attraverso questo *endorcement* la Categoria potrà garantire un "servizio pieno" alla collettività intera.

Giuseppe Marsoner

© riproduzione riservata

La mediazione penale

La mediazione è un procedimento evolutivo volto a risolvere situazioni problematiche attraverso l'ausilio di una figura professionale, terza e imparziale, che aiuta a sciogliere i conflitti di qualsiasi natura con l'obiettivo di ripristinare un rapporto e un dialogo tra le parti. Questa gestione dei conflitti privilegia soluzioni "interne" ovvero provenienti direttamente dalle parti coinvolte nel conflitto. Jaqueline Morineau[1], ideatrice francese del modello di risoluzione dei conflitti in materie umanistiche, definisce la mediazione come una sorta di catarsi. Essa è il luogo in cui le persone interessate al conflitto tirano fuori la propria sofferenza e la superano. È il luogo in cui si «ritrova il presente» e ci si riappropria del legame perduto con l'altro, ma soprattutto con noi stessi[2].

La mediazione, concepita nel suo concetto generico, rientra nelle procedure ADR – Alternative Dispute Resolution – ovvero le metodologie alternative per la risoluzione delle dispute. Essa si discosta dalla giustizia ordinaria prediligendo una veloce ed efficace risoluzione dei conflitti attraverso un procedimento riservato e confidenziale. È un percorso per lo più relazionale, uno strumento di "pace sociale" e soprattutto un dispositivo della giustizia riparativa.

La definizione di ADR però, per i giuristi, non è corretta per la mediazione penale in quanto, tecnicamente, il reato non si configurerebbe come un conflitto, anche se da esso può essere originato. Attraverso la mediazione penale il reato viene scandagliato da nuove possibilità di gestione mirate ad affrontare ed estinguere in modo costruttivo il comportamento illecito, considerato come conseguenza di un conflitto interpersonale. Gli strumenti che il mediatore offrirà alle parti saranno fondamentali per superare la situazione di stallo comunicativo e per comprendere le ragioni dell'altro. Si ha dunque una nuova visione della relazione tra autore e vittima del reato: da conflittuale, essa si evolverebbe in consensuale-comparativa[3].

La mediazione penale, come «terza via della giustizia penale[4]», viene considerata una Restorative Justice[5] ovvero quell'approccio al reato diverso dalla giustizia tradizionale in cui la vittima, il reo ed eventuali altre parti coinvolte, seppur con l'aiuto del mediatore, si riappropriano del conflitto e si incontrano di persona per tentare di "sbloccare" la situazione problematica. La Restorative Justice, dunque, si basa sull'aspetto relazionale del conflitto e, di conseguenza, mira alla ricostruzione dei rapporti sociali[6]. Ma quali sono le motivazioni che spinsero gli studiosi ad elaborare questo nuovo modello di giustizia? Principalmente esse furono ideate per due motivi primari: porre rimedio al problema del sovraffollamento carcerario e il sovraccarico di lavoro in tribunale con il conseguente allungamento dei tempi di gestione della causa.

La rivoluzione politico-sociale avvenuta negli ultimi quaranta anni ha visto verificarsi un graduale cambiamento nei confronti del

[1] Jacqueline Morineau ha ideato il metodo di risoluzione del conflitto nel campo umanistico ed è la principale referente a Parigi per la mediazione penale e per la relativa formazione. Nel 1984 ha fondato il CMFM (Centre de Médiation et de Formation à la Médiation) di Parigi di cui ne è direttrice e lavora in stretto contatto con il Tribunale di Parigi. È docente all'Università Bicocca di Milano alla Facoltà di Sociologia.

[2] Morineau J, *Lo spirito della mediazione*, 2ª ed. Franco Angeli, Milano, 2000, pag 22.

*Sociologa e Criminologa. Mediatrice presso l'organismo Ar Net.

[3] Mestitz A (a cura di), *Mediazione Penale: chi, dove, come e quando,* ed. Carocci, Pisa, 2009, pagg. 21-22.

[4] Scivoletto C (a cura di), *Mediazione Penale minorile. Rappresentazioni e pratiche*, ed. Franco Angeli Milano, 2009, pag. 18.

[5] La prima tematizzazione della Restorative Justice si ha nel 1974 ovvero quando si iniziò a prendere coscienza che il sistema di giustizia tradizionale stava attraversando un periodo critico. Dilagò l'idea che la pena, oltre ad essere certa, doveva essere anche utile. Il momento zero della mediazione penale, e il conseguente sviluppo della Restorative Justice, si ebbe con l'esperimento realizzato in Canada dove, a due adolescenti ubriachi, imputati per vandalismo, fu concesso di incontrare le vittime del reato al fine di negoziare un accordo condiviso, per evitare il percorso giudiziario. Christopher Bright. 1997. *Victim Offender Mediation.* Disponibile su http://www.restorativejustice.org/university-classroom/01introduction/tutorial-introduction-to-restorative-justice/processes/vom

[6] Mestitz A (a cura di), *Mediazione Penale: chi, dove, come e quando,* ed. Carocci, 2004, pagg. 20-21.

colpevole di reato: da un'ottica di tipo punitivo o riabilitativo ad una di tipo riparativo. Il modello di giustizia negoziato si sostituisce al modello imposto dal giudice e dunque le parti possono, in modo costruttivo e responsabile, partecipare in prima persona alle gestione e alla soluzione del conflitto stesso. La mediazione penale, ovviamente, non si sostituisce alle sanzioni penali e alla giustizia tradizionale ma di questa ne è supporto e rappresenta un'opportunità di cambiamento per il reo e di comprensione e considerazione della vittima[7]. La Restorative Justice esula dalla conoscenza del diritto e dalle pene attribuibili al reo. Essa, e i suoi operatori, hanno il compito di leggere razionalmente l'evento criminoso cercando di superare la diade giusto sbagliato-buono cattivo, superando «la logica dell'accertamento della verità»[8]. La giustizia ripartiva è fondata sul binomio conflitto – riparazione il cui focus si concentra sull'occuparsi del danno e risolverne le conseguenze.

Il rinnovamento si ha nella nuova concezione del reato stesso e delle conseguenze da esso scaturite, in quanto, attraverso un'attività dialogica, le parti interessate al conflitto destruttureranno i loro ruoli, entrando un po' "nei panni dell'altro" e dunque, pian piano, dissolvendo il conflitto. «Giustizia penale e Giustizia riparativa guardano nella stessa direzione ma vedono le cose con lenti diverse: da una parte il reato, il processo, l'accertamento della verità, l'allocazione della responsabilità, eventualmente la pena, dall'altra il conflitto, l'iter di mediazione, il lavoro di riconciliazione, la riparazione»[9].

La mediazione penale, come strumento di giustizia alternativa e riparativa, dà l'opportunità alla vittima di esprimere il proprio disagio, le proprie emozioni e «vissuti di paura e di rabbia, nell'ambito di un contesto protetto e non colpevolizzante per entrambe le parti»[10,11].

La giustizia ripartiva prevede una cooperazione e un coinvolgimento attivo che permetterà alle parti di ottenere un "arricchimento", emotivo ed esperenziale, che la giustizia tradizionale non potrà mai offrire. La parte lesa potrà comprendere le ragioni che hanno spinto il reo ad agire, conoscere il suo movente e assistere al suo pentimento ottenendo delle scuse. Il reo, invece, potrà tangibilmente costatare quali sono state le conseguenze dirette della sua azione delittuosa e potrà porre riparo agli effetti dannosi provocati dal reato. La riabilitazione della persona attraverso il reinserimento comunitario, attraverso la responsabilizzazione e la rieducazione del reo[12], è il fine ultimo che si pone la mediazione. Infatti, a differenza del sistema di giustizia tradizionale, che punisce il comportamento illecito senza porre attenzione sulla persona, con la mediazione non si corre il rischio di stigmatizzare per tutta la vita il reo, sia esso minore sia adulto.

Il mediatore, lungo il procedimento di mediazione, attraverso le sue competenze e capacità acquisite durante una formazione specifica, dovrà preparare il terreno per far sì che le parti "riparino" autonomamente la frattura conseguente al reato. Uno degli strumenti principali della Restorative Justice è la *restitution* ovvero il risarcimento simbolico. Gli esperti individuano quattro tipi di restituzioni:

1) il risarcimento monetario alla vittima per il reato subito;
2) la restituzione simbolica attraverso dei servizi che il reo dovrà svolgere per la parte lesa;
3) il pagamento di una somma monetaria alla comunità anche attraverso una donazione ad un ente di beneficienza;

---

[7] *Le mediazioni: seminari internazionali di contaminazione tra le pratiche mediative. La mediazione penale minorile negli Stati Uniti. Incontro-laboratorio – scambio di esperienze* con Mark Umbreit. C.Eu.S. Nisida, 14-15 Sett. 2007, pag 4. Disponibile su http://www.giustiziaminorile.it/rsi/studi/minnesota.pdf

[8] Giornale online "L'altro diritto - Centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità". Articolo "La mediazione penale" - Disponibile su http://www.altrodiritto.unifi.it/adirmediazione/penale.htm

[9] *Ibidem.*

[10] *Le mediazioni: seminari internazionali di contaminazione tra le pratiche mediative. La mediazione penale minorile negli Stati Uniti. Incontro-laboratorio – scambio di esperienze* con Mark Umbreit. C.Eu.S. Nisida, 14-15 Sett. 2007, pag 4. Disponibile su http://www.giustiziaminorile.it/rsi/studi/minnesota.pdf

[11] Mark Umbreit, di cui si parla nell'articolo citato, è professore, fondatore e direttore del Center for Restorative Justice & Peacemaking dell'Università del Minnesota. È mediatore, formatore, ricercatore di fama internazionale. È specializzato nel facilitare il dialogo tra i superstiti o le vittime di violenza efferata, in primo luogo di omicidio, e l'autore del reato. Ha lavorato su numerosi casi di estrema gravità e ha effettuato numerosi studi in diversi Paesi sulla giustizia riparativa e la mediazione vittima-reo.

[12] Gli esiti riparativi sono definiti dall'art. 3 della Risoluzione 2002/12 del Consiglio Economico e Sociale delle Nazioni Unite, contenente i "*Principi base sull'uso dei programmi di giustizia riparativa in materia penale*" come "*responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender*." Roberto Flor ed Elena Mattevi (report di) *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa* - Greifswald, Germania, 4-5 maggio 2012. Disponibile su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1341154601giustizia%20riparativa.pdf

4) la restituzione simbolica attraverso servizi comunitari offerti gratuitamente dal reo[13].

La mediazione penale, agendo sul micro conflitto sociale rappresentato dal reato, promuove la riconciliazione tra i soggetti che configgono, reo e vittima, ed è in grado di sanare gli effetti negativi che il conflitto ha causato, nonché rafforza il senso di sicurezza collettiva.

A livello comunitario la mediazione penale è disciplinata dalla Raccomandazione n° (99) 19 sulla mediazione penale, adottata dal Consiglio d'Europa il 15 settembre 1999. Questa seppur in maniera generica, detta i principi chiave del procedimento che i Paesi membri del Consiglio dovrebbero seguire.

L'allegato tecnico di tale Raccomandazione evidenzia uno degli aspetti fondamentali della mediazione penale, in quanto essa deve necessariamente basarsi sulla libera e spontanea partecipazione delle parti (art. 1 Racc.)[14], nonché essere totalmente confidenziale salvo consenso esplicito delle parti (art. 2 Racc.)[15].

Essendo la mediazione un procedimento riservato, il mediatore deve aver cura di svolgere le sedute a *porte chiuse* (art. 29 Racc.)[16]. L'unica eccezione che deroga il principio di riservatezza, riguarda quanto enunciato dall'art. 30 della Raccomandazione, in cui si dice che "*il mediatore dovrebbe trasmettere tutte le informazioni su reati gravi imminenti, che possono venire alla luce nel corso della mediazione, alle autorità competenti o alle persone interessate*[17]*".*

I protagonisti del procedimento hanno massima libertà decisionale poiché la partecipazione alla mediazione è del tutto volontaria. Poiché è indispensabile che le parti diano un consenso consapevole, informato e spontaneo, esse devono ricevere una esaustiva spiegazione del significato del procedimento di mediazione, dei diritti, della natura e delle possibili conseguenze delle loro azioni, senza ovviamente essere indotte a parteciparvi con mezzi subdoli (artt. 10-11-12 Racc.)[18]. Il procedimento non prevede l'obbligatorietà di un'assistenza legale affermando esclusivamente che "*le parti dovrebbero avere il diritto all'assistenza legale"*. Dunque, pare che il legislatore dia alle parti discrezionalità decisionale, mentre, per quanto riguarda i minori, essi hanno diritto di assistenza parentale (art. 8 Racc.)[19].

Il mediatore, in quanto figura professionale terza e imparziale, deve avere alle spalle un bagaglio formativo idoneo e qualificazioni tali da permettere una buona riuscita della procedura di mediazione, nonché possedere buona conoscenza delle culture e delle comunità locali (art. 20-22-23 Racc.)[20]. La loro formazione preparatoria al ruolo, deve "*mirare a garantire un elevato livello di competenza, tenendo conto delle competenze di risoluzione dei conflitti, i requisiti specifici di lavoro con le vittime e autori dei reati e la conoscenza di base del sistema di giustizia penale"* (art. 24 Racc.)[21].

---

[13] *Le mediazioni: seminari internazionali di contaminazione tra le pratiche mediative. La mediazione penale minorile negli Stati Uniti. Incontro-laboratorio – scambio di esperienze* con Mark Umbreit. C.Eu.S. Nisida, 14-15 Sett. 2007, pag 6. Disponibile su http://www.giustiziaminorile.it/rsi/studi/minnesota.pdf

[14] «*Mediation in penal matters should only take place if the parties freely consent. The parties should be able to withdraw such consent at any time during the mediation.*» Art. 1 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[15] «*Discussions in mediation are confidential and may not be used subsequently, except with the agreement of the parties.*» Art. 2 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[16] «*Mediation should be performed in camera.*» Art. 29 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[17] «*Notwithstanding the principle of confidentiality, the mediator should convey any information about imminent serious crimes, which may come to light in the course of mediation, to the appropriate authorities or to the persons concerned.*» Art. 30 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[18] «*Before agreeing to mediation, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the mediation process and the possible consequences of their decision*.» Art. 10 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*Neither the victim nor the offender should be induced by unfair means to accept mediation.*» Art. 11 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; « *Mediation should not proceed if any of the main parties involved is not capable of understanding the meaning of the process*.» Art. 13 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[19] «*Fundamental procedural safeguards should be applied to mediation; in particular, the parties should have the right to legal assistance and, where necessary, to translation/interpretation. Minors should, in addition, have the right to parental assistance*.» Art. 8 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[20] «*Mediation services should have sufficient autonomy in performing their duties. Standards of competence and ethical rules, as well as procedures for the selection, training and assessment of mediators should be developed.*» Art. 20 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*Mediators should be recruited from all sections of society and should generally possess good understanding of local cultures and communities.*» Art. 22 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*Mediators should be able to demonstrate sound judgment and interpersonal skills necessary to mediation.*» Art. 23 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[21] «*Mediators should receive initial training before taking up mediation duties as well as in-service training. Their training should aim at providing for a high level of competence, taking into account conflict resolution skills, the specific requirements of working*

Il mediatore, vista la delicatezza dei casi a lui assegnati in materia penale, deve essere investito di una particolare sensibilità per tutelare la vulnerabilità delle parti e per garantire il riguardo della dignità delle parti e il loro rispetto reciproco.

Lo spazio a disposizione per svolgere gli incontri *"dovrebbe"* essere confortevole e appositamente pensato per far sì che tra le parti si crei un clima il più disteso e sereno possibile. Il setting pensato dal mediatore deve essere tale da non creare ulteriori barriere comunicative (art. 26-27 Racc.)[22].

Prima di incontrare le parti, il mediatore deve conoscere tutti i fatti rilevanti della causa e ricevere, da parte delle autorità competenti di giustizia penale, tutti i documenti necessari alla stessa (art. 25 Racc.)[23].

L'organismo competente che supervisiona i mediatori deve selezionare gli stessi e valutarne la formazione, le competenze e le regole etiche. Essi, nel procedimento "*dovrebbero avere sufficiente autonomia nello svolgimento delle loro mansioni"* (art. 20-21 Racc.)[24].

La Raccomandazione dà la possibilità di avviare il servizio di mediazione penale in tutte le fasi del processo di giustizia penale e "*dovrebbe godere di sufficiente autonomia all'interno del sistema di giustizia penale"* (artt. 3-4-5 Racc.)[25]. La partecipazione ad essa non può essere usata come prova di ammissione di colpa nei successivi procedimenti giudiziari.

Come precisato nella Raccomandazione stessa, "*queste linee guida si applicano a qualsiasi processo con cui la vittima e l'autore del reato, pienamente consapevoli, si incontrano e, liberamente, decidono di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato con l'aiuto del mediatore".*

Il notevole divario tra la giustizia riparativa e il sistema di giustizia tradizionale viene dunque esponenzialmente evidenziato dalle caratteristiche delineate dalla Raccomandazione.

Il sistema della giustizia viene visto sotto una duplice forma: da una parte si ha la giustizia impositiva, che divide e scioglie le parti, e dall'altra parte si ha la giustizia conciliativa che ha la funzione di avvicinare le parti e conservare il rapporto tra esse. Nella prima forma di giustizia il giudice, in qualità di persona *super partes*, decide sulla gestione del caso e sulla pena da assegnare al reo seguendo il presupposto che alla trasgressione debba seguire una punizione commisurata al reato commesso, nella seconda, le parti si riappropriano del conflitto e gestiscono personalmente la situazione, attraverso un soggetto *intra partes* – il mediatore – che, come già pienamente illustrato, aiuta a "riparare" il conflitto.

Nel contesto europeo la mediazione penale ha visto riunirsi la *European Commission for the Efficiency of Justice* del Consiglio d'Europa (CEPEJ) che, il 07/12/2007, emanò a Strasburgo le *Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*[26]. Per un'ottimale applicazione della Raccomandazione (99) 19 del Consiglio d'Europa in tema di mediazione reo/vittima[27] sono state fornite delle linee-guida che

with victims and offenders and basic knowledge of the criminal justice system.» Art. 24 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[22] «*Mediation should be performed in an impartial manner, based on the facts of the case and on the needs and wishes of the parties. The mediator should always respect the dignity of the parties and ensure that the parties act with respect towards each other*.» Art. 26 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*The mediator should be responsible for providing a safe and comfortable environment for the mediation. The mediator should be sensitive to the vulnerability of the parties.*» Art. 27 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[23] «*Before mediation starts, the mediator should be informed of all relevant facts of the case and be provided with the necessary documents by the competent criminal justice authorities.*» Art. 25 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[24] «*Mediation services should have sufficient autonomy in performing their duties. Standards of competence and ethical rules, as well as procedures for the selection, training and assessment of mediators should be developed.*» Art. 20 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*Mediation services should be monitored by a competent body*.» Art. 21 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[25] «*Mediation in penal matters should be a generally available service*.» Art. 3 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*Mediation in penal matters should be available at all stages of the criminal justice process*.» Art. 4 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale; «*Mediation services should be given sufficient autonomy within the criminal justice system.*» Art. 5 Racc. n° (99) 19 sulla mediazione in materia penale.

[26] Ceretti A, Mazzucato C, *Mediazione reo/vittima: le "istruzioni per l'uso" del Consiglio d'Europa. Un commento alle Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation concerning Mediation in Penal Matters*, 2008.

[27] La Risoluzione sullo Sviluppo ed attuazione di interventi di mediazione e giustizia riparativa nell'ambito della giustizia penale (Economic and social Council delle Nazioni Unite n. 1999/26 del 28/07/1999) «invita gli Stati membri a considerare, nell'ambito dei rispettivi sistemi giuridici, lo sviluppo di procedure alternative a procedimenti formali di giustizia penale e a formulare politiche di mediazione e giustizia riparativa, nell'ottica di promuovere una cultura favorevole alla mediazione ed alla giustizia riparativa. Sottolinea l'importanza di garantire appropriata formazione a chi dovrà attuare tali processi». Disponibile su http://www.giustizia.it/

reputano ormai acquisita l'importanza irreversibile della mediazione e del più ampio concetto di Restorative Justice.

Il primo momento di incontro e di scambio sul tema della mediazione penale a livello internazionale si registra con la Conferenza Internazionale, inserita nel progetto "*Restorative Justice in Penal Matters in Europe*" finanziato dalla Commissione Europea, il 04-05 maggio 2012 a Greifswald, Germania.

La conferenza fu presenziata dal Prof. Dr. F. Dunkel[28] dell'Università Ernst-Moritz-Arndt di Greifswald, Department of Criminology e vi intervennero numerose illustri personalità europee dell'ambito legale.

Il meeting aveva lo scopo di permettere un confronto costruttivo sulle strategie, le procedure e gli interventi della giustizia riparativa come supporto o alternativa alla giustizia penale tradizionale. L'osservazione critica degli approcci riparativi dei diversi Paesi europei porta all'elaborazione di «principi e linee-guida sull'uso e sull'implementazione di questo modello di giustizia a favore degli Stati che intendono introdurlo o riformarlo[29]».

In tale sede venne ampliato il concetto di *Restorative Justice* già citato in precedenza.

La Professoressa Christa Pelikan[30] dell'*Institute for Sociology of Law and Criminology* di Vienna ha analizzato il grado di adozione in Europa della Raccomandazione (99) 19 sulla mediazione in materia penale prima citata.

I Paesi pionieri in Europa della mediazione penale, e dunque della giustizia riparativa, furono Austria, Norvegia e Gran Bretagna, ma ebbero un'importanza del tutto marginale. L'Austria e la Norvegia, in particolare, ebbero le primissime esperienze in questo campo a partire dagli anni '80 ma l'utilizzo dell'istituto, come evidenzia la Pelikan, venne adottato a mero scopo di *diversion*[31]. La Raccomandazione invece, chiedeva l'applicazione della mediazione in ogni fase del procedimento. «Al contrario», come afferma la docente, «nei Paesi come la Slovenia, la Polonia, la Bulgaria e l'Albania, la Raccomandazione ha rappresentato uno strumento fondamentale per lo sviluppo dell'istituto» Nel nostro Paese, ancora oggi e nonostante le direttive europee che "raccomandano" l'applicazione della giustizia riparativa, la mediazione reo/vittima resta praticamente ignorata dall'ordinamento giuridico italiano, eccezion fatta per il fugace riferimento di cui all'art. 29 co. 4 delle disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace (d.lgs. 274/2000). Essa marginalmente si è affacciata nel sistema giuridico come una sperimentazione di una piccola nicchia di reati, ovvero quelli contro il minore.

Sul sito web del Ministero della Giustizia si riassume il quadro normativo vigente in Italia riguardo la mediazione penale. Da quanto pubblicato si evince che già dal 1989 il codice di procedura penale prevedeva la possibilità, per il pubblico ministero, solamente per i casi perseguibili a querela, di tentare una conciliazione tra vittima e autore del reato. Nel 2000, in seguito alla riforma processuale, il giudice si sostituisce al pubblico ministero. L'autore del reato che rimediava al danno causato attraverso una forma risarcitoria o "eliminando" l'esito nocivo del reato era premiato dalla legge processuale penale[32].

In alcuni Paesi, come la Francia, la mediazione penale è stata normativamente disciplinata come alternativa al processo. L'esperienza spagnola riguardo la mediazione penale ci invita a guardare ad essa non solo nell'ottica di politica criminale e di "*atenciòn a la vìctima*", ma anche in una prospettiva, ulteriore, di possibile strumento di "controllo sociale"[33].

---

giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previsiousPage=mg_1_12&contentId=SPS31317

[28] Frieder Dünkel è un criminologo e avvocato penalista attualmente impiegato come professore titolare della Cattedra di Criminologia presso la Ernst-Moritz-Arndt-Università di Greifswald. Si è specializzato in criminologia, giustizia minorile e soprattutto nella ricerca empirica nel trattamento reo.

[29] Flor R, Mattevi E (report di) *Giustizia riparativa e mediazione in materie penali in Europa* - Greifswald, Germania, 4-5 maggio 2012. Disponibile su http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1341154601giustizia%20riparativa.pdf

[30] Christa Pelikan un ricercatore senior presso l'Istituto di Sociologia del Diritto e Criminologia di Vienna, è membro del Consiglio Giustizia Riparativa online, membro del Consiglio Forum Europeo per *Victim Offender Mediation* e membro del Consiglio Il Forum europeo per la giustizia riparatoria. È Presidente del Comitato di esperti Mediazione in materia penale del Consiglio d'Europa.

[31] Dal sito del Ministero di Giustizia si evince che per *diversion* si intende una «definizione alternativa extragiudiziaria di possibili processi penali. L'Istituto della *diversion* prevede la rinuncia al procedimento penale e come conseguenza la non annotazione nel certificato penale del delitto commesso».

[32] Ministero della Giustizia, *Studio "Mediazione e giustizia riparatoria nel sistema penale italiano" (2000)*. Disponibile su http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.wp?previsiousPage=mg_1_12&contentId=SPS31410#Toc21

[33] Palermo G, *Prospettive socio-giuridiche della mediazione penale in Italia - Analisi comparativa con la Spagna*, ed. Labrys, 2008.

In Italia si è vista, negli ultimi anni, l'azione e l'incremento della mediazione penale in ambito minorile attraverso una serie di sperimentazioni condotte nell'ultimo decennio[34]. Le attività pioneristiche della mediazione penale, avviate intorno agli anni '90, trascuravano i bisogni primari delle vittime quali ottenere spiegazioni ed esprimere le proprie emozioni, concentrandosi principalmente sul minore accusato di reato, e non veniva offerta al reo l'opportunità di riparare al danno provocato ed esprimere direttamente alla vittima i sentimenti di rimorso e le scuse[35].

Il mediatore, nel procedimento minorile, deve avere ancor più particolare cura di preservare e proteggere i soggetti coinvolti considerata l'asimmetria delle parti. In base all'art. 10 del D.P.R. 448/88, la vittima non può costituirsi parte civile, dunque, l'unico scopo di avviare il procedimento è di esprimere l'esperienza vissuta rispetto all'offesa subìta, di uscire da un ruolo passivo dando voce e visibilità alla propria identità personale.

Gli obiettivi della mediazione penale in ambito minorile riguardano principalmente il ruolo educativo che si vuole dare al minore. Si vuole stimolarlo al confronto con l'altro, la vittima, e mettendolo di fronte alle conseguenze derivanti dalle proprie azioni. Il reo deve familiarizzare con il concetto di rispetto e bisogni reciproci. La protezione particolare di cui beneficia la mediazione penale minorile fa sì che emergano, grazie alla riservatezza dell'incontro e la separazione dal procedimento penale, i più profondi e intimi contenuti emotivi collegati all'evento delittuoso.

In Italia, a distanza di venti anni da quando la mediazione penale è stata introdotta nel sistema penale italiano, sembra si sia arenata ad un livello sperimentale. Progetti di ricerca nell'ambito minorile sono stati condotti dalla Mestitz[36] per approfondire le conoscenze sulle modalità di applicazione della mediazione penale in Italia e sul grado di adozione della Victim-Offender Mediation con i minorenni in Europa. Nel nostro Paese ancora manca una vera e propria cultura della mediazione, per cui, tranne che per la mediazione civile, nessun'altra tipologia di essa è davvero decollata.

La strada per giungere alla prassi della mediazione penale, dunque, sarà decisamente lunga e tortuosa ma la passione che spinge i mediatori ad aiutare l'altro, a superare le proprie paure e debolezze con l'obiettivo di ritrovare la perduta serenità, ad incontrarlo senza giudicare, ad agevolare la riconciliazione tra le parti e a riattivare il flusso di fiducia nel futuro, sono un motore più forte di qualunque ostacolo.

Elisabetta Sanesi

© riproduzione riservata

[34] Il primo ufficio italiano per la mediazione nacque a Torino nel 1995 e, successivamente, simili strutture furono create a Bari, Trento, Catanzaro, Roma, Milano, Sassari, Cagliari e Foggia.

[35] Mestitz A (a cura di), *Mediazione Penale: chi, dove, come e quando,* ed. Carocci, 2004, pag. 47.

[36] Anna Mestitz è dirigente di ricerca presso l'ISRSG-CNR (Istituto di Ricerca sui Sistemi Giudiziari del Consiglio Nazionale delle Ricerche) con sede a Bologna. Ha promosso e coordinato la ricerca sulla mediazione penale in 15 Paesi europei.

Normativa 1

Decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132
Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile. (14G00147)
(GU n.212 del 12-9-2014)

Vigente al: 13-9-2014

CAPO I

Eliminazione dell'arretrao e trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 77 e 87 della Costituzione;

Ritenuta la straordinaria necessità ed urgenza di emanare disposizioni in materia di degiurisdizionalizzazione e adottare altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile, nonché misure urgenti per la tutela del credito e la semplificazione e accelerazione del processo di esecuzione forzata;

Considerata la finalità di assicurare una maggiore funzionalità ed efficienza della giustizia civile mediante le predette urgenti misure;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 29 agosto 2014;

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri e del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze;

Emana
il seguente decreto-legge:

ART. 1 - Trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria

1. Nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado d'appello pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, che non hanno ad oggetto diritti indisponibili e che non vertono in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale, nelle quali la causa non è stata assunta in decisione, le parti, con istanza congiunta, possono richiedere di promuovere un procedimento arbitrale a norma delle disposizioni contenute nel titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile.

2. Il giudice, rilevata la sussistenza delle condizioni di cui al comma 1, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute, dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale. Gli arbitri sono individuati, concordemente dalle parti o dal presidente del Consiglio dell'ordine, tra gli avvocati iscritti da almeno tre anni all'albo dell'ordine circondariale che non hanno avuto condanne disciplinari definitive e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso.

3. Il procedimento prosegue davanti agli arbitri. Restano fermi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda giudiziale e il lodo ha gli stessi effetti della sentenza.

4. Quando la trasmissione a norma del comma 2 è disposta in grado d'appello e il procedimento arbitrale non si conclude con la pronuncia del lodo entro centoventi giorni dall'accettazione della nomina del collegio arbitrale, il processo deve essere riassunto entro il termine perentorio dei successivi sessanta giorni. Quando il processo è riassunto il lodo non può essere più pronunciato. Se nessuna delle parti procede alla riassunzione nel termine, il procedimento si estingue e si applica l'articolo 338 del codice di procedura civile. Quando, a norma dell'articolo 830 del codice di procedura civile, è stata dichiarata la nullità del lodo pronunciato entro il termine di centoventi giorni di cui al primo periodo o, in ogni caso, entro la scadenza di quello per la riassunzione, il processo deve essere riassunto entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

5. Nei casi di cui ai commi 1, 2, 3 e 4, con decreto regolamentare del Ministro della giustizia possono essere stabilite riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri. Nei medesimi casi non si applica l'articolo 814, primo comma, secondo periodo, del codice di procedura civile.

CAPO II

Procedura di negoziazione assistita da un avvocato

ART. 2 - Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato

1. La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato è un accordo mediante il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati iscritti all'albo anche ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96.

2. La convenzione di negoziazione deve precisare:

a) il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese;

b) l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili.

3. La convenzione è conclusa per un periodo di tempo determinato dalle parti, fermo restando il termine di cui al comma 2, lettera a).

4. La convenzione di negoziazione è redatta, a pena di nullità, in forma scritta.

5. La convenzione è conclusa con l'assistenza di un avvocato.

6. Gli avvocati certificano l'autografia delle sottoscrizioni apposte alla convenzione sotto la propria responsabilità professionale.

7. È dovere deontologico degli avvocati informare il cliente all'atto del conferimento dell'incarico della possibilità di ricorrere alla convenzione di negoziazione assistita.

ART. 3 - Improcedibilità

1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti deve, tramite il suo avvocato, invitare l'altra parte a stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Allo stesso modo deve procedere, fuori dei casi previsti dal periodo precedente e dall'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, chi intende proporre in giudizio una domanda di pagamento a qualsiasi titolo di somme non eccedenti cinquantamila euro. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice quando rileva che la negoziazione assistita è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 2 comma 3. Allo stesso modo provvede quando la negoziazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la comunicazione dell'invito. Il presente comma non si applica alle controversie concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori.

2. Quando l'esperimento del procedimento di ne-

goziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se l'invito non è seguito da adesione o è seguito da rifiuto entro trenta giorni dalla sua ricezione ovvero quando è decorso il periodo di tempo di cui all'articolo 2, comma 2, lettera a).

3. La disposizione di cui al comma 1 non si applica:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione;

b) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile;

c) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

d) nei procedimenti in camera di consiglio;

e) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

4. L'esperimento del procedimento di negoziazione assistita nei casi di cui al comma 1 non preclude la concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

5. Restano ferme le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati.

6. Quando il procedimento di negoziazione assistita è condizione di procedibilità della domanda, all'avvocato non è dovuto compenso dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'articolo 76 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 e successive modificazioni. A tale fine la parte è tenuta a depositare all'avvocato apposita dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal medesimo avvocato, nonché a produrre, se l'avvocato lo richiede, la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

7. La disposizione di cui al comma 1 non si applica quando la parte può stare in giudizio personalmente.

8. Le disposizioni di cui al presente articolo acquistano efficacia decorsi novanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Art. 4 - Non accettazione dell'invito e mancato accordo

1. L'invito a stipulare la convenzione deve indicare l'oggetto della controversia e contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro trenta giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio e di quanto previsto dagli articoli 96 e 642, primo comma, del codice di procedura civile.

2. La certificazione dell'autografia della firma apposta all'invito avviene ad opera dell'avvocato che formula l'invito.

3. La dichiarazione di mancato accordo è certificata dagli avvocati designati.

Art. 5 - Esecutività dell'accordo raggiunto a seguito della convenzione e trascrizione

1. L'accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

2. Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

3. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 del codice civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale di accordo deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

4. Costituisce illecito deontologico per l'avvocato impugnare un accordo alla cui redazione ha partecipato.

Art. 6 - Convenzione di negoziazione assistita da un avvocato per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

1. La convenzione di negoziazione assistita da un avvocato può essere conclusa tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

3. L'accordo raggiunto a seguito della convenzione produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'avvocato della parte è obbligato a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, all'ufficiale dello stato civile del Comune in cui il matrimonio fu iscritto o trascritto, copia, autenticata dallo stesso, dell'accordo munito delle certificazioni di cui all'articolo 5.

4. All'avvocato che viola l'obbligo di cui al comma 3, secondo periodo, è applicata la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 50.000. Alla irrogazione della sanzione di cui al periodo che precede è competente il Comune in cui devono essere eseguite le annotazioni previste dall'articolo 69 del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396.

5. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 49, comma 1, dopo la lettera g), è aggiunta la seguente lettera:« g-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di cessazione degli effetti civili del matrimonio e di scioglimento del matrimonio;»;

b) all'articolo 63, comma 1, dopo la lettera g), è aggiunta la seguente lettera:« g-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.»;

c) all'articolo 69, comma 1, dopo la lettera d), è aggiunta la seguente lettera:« d-bis) gli accordi raggiunti a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato conclusi tra coniugi al fine di raggiungere una soluzione consensuale di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio;».

Art. 7 - Conciliazione avente per oggetto diritti del prestatore di lavoro

1. All'articolo 2113 del codice civile, al quarto comma, dopo le parole "del codice di procedura civile" sono aggiunte le seguenti: «o conclusa a seguito di una procedura di negoziazione assistita da un avvocato».

Art. 8 - Interruzione della prescrizione e della decadenza

1. Dal momento della comunicazione dell'invito a

concludere una convenzione di negoziazione assistita ovvero della sottoscrizione della convenzione si producono sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale. Dalla stessa data è impedita, per una sola volta, la decadenza, ma se l'invito è rifiutato o non è accettato nel termine di cui all'articolo 4, comma 1, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal rifiuto, dalla mancata accettazione nel termine ovvero dalla dichiarazione di mancato accordo certificata dagli avvocati.

Art. 9 - Obblighi dei difensori e tutela della riservatezza

1. I difensori non possono essere nominati arbitri ai sensi dell'articolo 810 del codice di procedura civile nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse.

2. È fatto obbligo agli avvocati e alle parti di comportarsi con lealtà e di tenere riservate le informazioni ricevute. Le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso del procedimento non possono essere utilizzate nel giudizio avente in tutto o in parte il medesimo oggetto.

3. I difensori delle parti e coloro che partecipano al procedimento non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite.

4. A tutti coloro che partecipano al procedimento si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del medesimo codice di procedura penale in quanto applicabili.

Art. 10 - Antiriciclaggio

1. All'articolo 12, comma 2, del decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, dopo le parole: «compresa la consulenza sull'eventualità di intentare o evitare un procedimento,» sono inserite le seguenti: «anche tramite una convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ai sensi di legge,».

Art. 11 - Raccolta dei dati

1. I difensori che sottoscrivono l'accordo raggiunto dalle parti a seguito della convenzione sono tenuti a trasmetterne copia al Consiglio dell'ordine circondariale del luogo ove l'accordo è stato raggiunto, ovvero al Consiglio dell'ordine presso cui è iscritto uno degli avvocati.

2. Con cadenza annuale il Consiglio nazionale forense provvede al monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita e ne trasmette i dati al Ministero della giustizia.

Capo III
Ulteriori disposizioni per la semplificazione dei procedimenti di separazione personale e di divorzio

Art. 12 - Separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile.

1. I coniugi possono concludere, innanzi all'ufficiale dello stato civile del comune di residenza di uno di loro o del comune presso cui è iscritto o trascritto l'atto di matrimonio, un accordo di separazione personale ovvero, nei casi di cui all'articolo 3, primo comma, numero 2), lettera b), della legge 10 dicembre 1970, n. 898, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

2. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano in presenza di figli minori, di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave ovvero economicamente non autosufficienti.

3. L'ufficiale dello stato civile riceve da ciascuna delle parti personalmente la dichiarazione che esse vogliono separarsi ovvero far cessare gli effetti civili del matrimonio o ottenerne lo scioglimento secondo condizioni tra di esse concordate. Allo stesso modo si procede per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. L'accordo non può contenere patti di trasferimento patrimoniale. L'atto contenente l'accordo è compilato e sottoscritto immediatamente dopo il ricevimento delle dichiarazioni di cui al presente comma. L'accordo tiene luogo dei provvedimenti giudiziali che definiscono, nei casi di cui al comma 1, i procedimenti di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento del matrimonio e di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio.

4. All'articolo 3, al secondo capoverso della lettera b) del numero 2 del primo comma della legge 1° dicembre 1970, n. 898, dopo le parole «trasformato in consensuale» sono aggiunte le seguenti: «, ovvero dalla data certificata nell'accordo di separazione raggiunto a seguito di convenzione di negoziazione assistita da un avvocato ovvero dalla data dell'atto contenente l'accordo di separazione concluso innanzi all'ufficiale dello stato civile.».

5. Al decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 49, comma 1, dopo la lettera g-bis), è aggiunta la seguente lettera:« g-ter) gli accordi di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;»;

b) all'articolo 63, comma 1, dopo la lettera g), è aggiunta la seguente lettera:« g-ter) gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio;»;

c) all'articolo 69, comma 1, dopo la lettera d-bis), è aggiunta la seguente lettera:« d-ter) gli accordi di separazione personale, di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio ricevuti dall'ufficiale dello stato civile;».

6. Alla Tabella D), allegata alla legge 8 giugno 1962, n. 604, dopo il punto 11 delle norme speciali inserire il seguente punto: «11-bis) Il diritto fisso da esigere da parte dei comuni all'atto della conclusione dell'accordo di separazione personale, ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, nonché di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, ricevuto dall'ufficiale di stato civile del comune non può essere stabilito in misura superiore all'imposta fissa di bollo prevista per le pubblicazioni di matrimonio dall'articolo 4 della tabella allegato A) al decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 642».

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano a decorrere dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

Capo IV
Altre misure per la funzionalità del processo civile di cognizione

Art. 13 - Modifiche al regime della compensazione delle spese

Art. 14 - Passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione

Art. 15 - Dichiarazioni rese al difensore

Art. 16 - Modifiche alla legge 7 ottobre 1969, n. 742 e riduzione delle ferie dei magistrati e degli avvocati e procuratori dello Stato.

Capo V
Altre disposizioni per la tutela del credito nonché per la semplificazione e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata e delle procedure concorsuali

Art. 17 - Misure per il contrasto del ritardo nei pagamenti

Art. 18 - Iscrizione a ruolo del processo esecutivo per espropriazione

Art. 19 - Misure per l'efficienza e la semplificazione del processo esecutivo

Art. 20 - Monitoraggio delle procedure esecutive individuali e concorsuali e deposito della nota di iscrizione a ruolo con modalità telematiche.

Capo VI
Misure per il miglioramento dell'organizzazione giudiziaria

Art. 21 - Disposizioni in tema di tramutamenti successivi dei magistrati

Capo VII
Disposizioni finali

Art. 22 - Disposizioni finanziarie

Art. 23 - Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sarà presentato alle Camere per la conversione in legge.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Dato a Roma, addì 12 settembre 2014

NAPOLITANO

Renzi, Presidente del Consiglio dei ministri

Orlando, Ministro della giustizia

Padoan, Ministro dell'economia e delle finanze

Visto, il Guardasigilli: Orlando

Normativa 2

Decreto 4 agosto 2014, n. 139

Regolamento recante modifica al decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione nonché sull'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'articolo 16 del decreto legislativo n. 28 del 2010. (14G00150) (GU n.221 del 23-9-2014)

Vigente al: 24-9-2014

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

di concerto con

IL MINISTRO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

Visto l'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali;

Visto l'articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, recante attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69;

Visto il decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98;

Visto il decreto ministeriale 18 ottobre 2010, n. 180 e successive modificazioni e integrazioni;

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla Sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del 6 febbraio 2014;

Visto l'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400;

Vista la nota del 4 luglio 2014 con la quale lo schema di regolamento è stato comunicato al Presidente del Consiglio dei ministri;

ADOTTA
il seguente regolamento:

Art. 1 - Disposizione generale

1. Le disposizioni del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, richiamate nei successivi articoli, sono modificate o integrate secondo quanto disposto negli articoli seguenti.

Art. 2 - Modifiche all'articolo 4

1. All'articolo 4, comma 2, lettera a) del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, le parole: «quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata», sono sostituite dalle parole: «10.000,00 euro».

Art. 3 - Modifiche all'articolo 8

1. All'articolo 8 del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente comma: «5. L'organismo iscritto è obbligato a comunicare al Ministero della giustizia, alla fine di ogni trimestre, non oltre l'ultimo giorno del mese successivo alla scadenza del trimestre stesso, i dati statistici relativi alla attività di mediazione svolta.».

Art. 4 - Modifiche all'articolo 10

1. All'articolo 10, comma 1, del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Nel caso di cui all'articolo 8 comma 5, il responsabile dispone la sospensione per un periodo di dodici mesi dell'organismo che non ha comunicato i dati; ne dispone la cancellazione dal registro se l'organismo non provvede ad inviare i dati, inclusi quelli storici dei dodici mesi precedenti, entro i tre mesi successivi.».

Art. 5 - Modifiche all'articolo 11

1. All'articolo 11, comma 1, primo periodo, del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, la parola «annualmente» è sostituita dalle parole «ogni sei mesi».

Art. 6 - Integrazioni

1. Dopo l'articolo 14 del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, è inserito il seguente: «Articolo 14-bis (Incompatibilità e conflitti di interesse). - 1. Il mediatore non può essere parte ovvero rappresentare o in ogni modo assistere parti in procedure di mediazione dinanzi all'organismo presso cui è iscritto o relativamente al quale è socio

o riveste una carica a qualsiasi titolo; il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitino la professione negli stessi locali.

2. Non può assumere la funzione di mediatore colui il quale ha in corso ovvero ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti, o quando una delle parti è assistita o è stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che ha esercitato la professione negli stessi locali; in ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'articolo 815, primo comma, numeri da 2 a 6, del codice di procedura civile.

3. Chi ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti se non sono decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento. Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali.».

Art. 7 - Modifiche all'articolo 16

1. All'articolo 16, comma 2, del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo le parole «da ciascuna parte» sono aggiunte le parole «per lo svolgimento del primo incontro»;

b) dopo le parole «euro 40,00» sono aggiunte le parole «per le liti di valore fino a 250.000,00 euro e di euro 80,00 per quelle di valore superiore, oltre alle spese vive documentate;

c) dopo il primo periodo è aggiunto il seguente: «l'importo è dovuto anche in caso di mancato accordo».

2. All'articolo 16, comma 4, lettera d) del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, le parole «di cui all'articolo 5, comma 1,» sono sostituite dalle parole «di cui all'articolo 5, comma 1-bis e comma 2,».

Art. 8 - Modifiche all'articolo 18

1. All'articolo 18, comma 2, lettera a) del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, le parole «quello la cui sottoscrizione è necessaria alla costituzione di una società a responsabilità limitata», sono sostituite dalle parole: «10.000,00 euro».

Art. 9 - Disposizioni finali e transitorie

1. Gli organismi di mediazione che alla data di entrata in vigore del presente decreto non sono in possesso di tutti i requisiti di cui all'articolo 4, comma 2, lettera a) del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, devono provvedere alla integrazione entro il termine di centoventi giorni dalla data di entrata in vigore del presente regolamento, pena la cancellazione della iscrizione. Entro il medesimo termine, pena la cancellazione della iscrizione, devono provvedere alla integrazione dei requisiti di cui all'articolo 18, comma 2 lettera a) del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, gli organismi di formazione che alla data di entrata in vigore del presente decreto non ne sono già in possesso.

2. I mediatori che alla data di entrata in vigore del presente regolamento non hanno completato l'aggiornamento professionale in forma di tirocinio assistito di cui all'articolo 4, comma 3, lettera b) del decreto del Ministro della giustizia 18 ottobre 2010, n. 180, e successive integrazioni e modificazioni, devono provvedervi entro il termine di un anno dalla entrata in vigore del presente regolamento.

3. La tabella con la specifica degli oneri informativi di cui al Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 14 novembre 2012, n. 252, è allegata al presente regolamento.

Art. 10 - Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarlo e di farlo osservare.

Roma, 4 agosto 2014

Il Ministro della giustizia
Orlando

Giurisprudenza 1

Il Giudice

sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 23.7.2014;

OSSERVA

Parte attrice ha avanzato domanda di risarcimento danni (per € 30.000) nei confronti dell'Università degli Studi di Palermo lamentando una negligenza ed un'imperizia professionale di personale sanitario dell'Università in questione, personale che, nel rimuovere un catetere venoso precedentemente applicato nella mano destra, avrebbe compiuto un'errata manovra causando la rottura dell'agocannula all'interno della vena, con conseguente necessità di intervento chirurgico di asportazione del tratto venoso trombizzato.

Costituendosi, l'Università convenuta ha dedotto l'inesistenza di alcun comportamento colposo del suo personale sanitario e parasanitario, che si sarebbe scrupolosamente attenuto, nel praticare la terapia infusionale oggetto del giudizio, a quella che è la tecnica generalmente seguita in casi analoghi.

In fase istruttoria è stata disposta CTU. Nell'elaborato depositato dal consulente d'ufficio si legge che "*è da censurare il mancato riconoscimento della rottura dell'agocannula, da cui è derivato il realizzarsi di una tromboflebite che ha costretto l'attrice, dopo circa un mese, a far rientro presso il pronto soccorso ed essere sottoposta alla rimozione chirurgica del corpo estraneo. Sulla base di quanto riferito è evidente la sussistenza del nesso di causalità materiale tra l'evento dannoso occorso in occasione del trattamento sanitario presso il Policlinico universitario di Palermo (frammento di catetere venoso erroneamente lasciato in vena) in data 12.09.1998 e le lesioni accertate nei giorni seguenti (algia e gonfiore a causa dell'infiammazione instauratasi)… La condotta del sanitario che ha rimosso A.V.P.* (accertamento venoso periferico) *appare censurabile per non avere appurato la integrità dell'AVP all'atto della rimozione. Il tempestivo riconoscimento della rottura del catetere avrebbe infatti permesso di attivare la*

procedura di rimozione chirurgica nell'immediatezza, impedendo di fatto l'oltremodo perdurare della sintomatologia algico disfunzionale a carico dell'arto destro sino al 29.10.2008, in occasione del secondo accesso al Pronto soccorso allorquando venne rimosso chirurgicamente il corpo estraneo".

Il CTU ha poi accertato la sussistenza di un'inabilità temporanea assoluta di giorni 20 e di un'inabilità temporanea assoluta di altri giorni 20, nonché (in considerazione di un esito cicatriziale chirurgico in prossimità del polso destro di circa 3 cm di lunghezza e di una sintomatologia algica) di un danno biologico del 2%.

Ed a conclusioni sostanzialmente identiche era già arrivato altro consulente d'ufficio nel giudizio in passato instaurato dall'attrice per gli stessi fatti nei confronti di altro ente convenuto e conclusosi con sentenza di questa Sezione del 27.4.2007 dichiarativa del difetto di legittimazione passiva di tale convenuto.

Orbene, ciò premesso, si ritiene adesso opportuno formulare alle parti, *ex* art. 185 *bis* c.p.c. e con effetti *ex* art. 91 c.p.c., la seguente proposta conciliativa:

art. 1) pagamento ad opera di parte attrice in favore di parte convenuta della somma di € 7.032,60 (somma calcolata tenendo conto di quanto accertato dal CTU, dei valori risultanti dalle tabelle del Tribunale di Milano sulla liquidazione del danno non patrimoniale, nonché della rivalutazione monetaria e degli interessi);

art. 2) rinunzia ad opera delle parti a tutte le domande, eccezioni e difese di cui al presente giudizio;

art. 3) pagamento ad opera di parte convenuta in favore di parte attrice della somma di € 1.620,43 a titolo di spese di lite.

L'accettazione della detta proposta conciliativa comporterebbe per parte attrice il vantaggio di conseguire integralmente quanto riconosciuto dal CTU (sebbene ciò non corrisponda a quanto dalla stessa parte attrice richiesto) e di ottenere il rimborso delle spese di lite fino ad oggi sostenute e comporterebbe, altresì, per parte convenuta, il vantaggio di non corrispondere somme ulteriori rispetto a quelle oggetto dell'accertamento del CTU e di bloccare ad oggi (escludendo quindi le spese per la fase decisoria del presente processo e le spese per eventuali gradi successivi del giudizio) le spese di lite da pagare in favore di parte attrice.

Va quindi fissata apposita udienza al fine di verificare la posizione delle parti sulla detta proposta conciliativa.

Comunque, in caso di mancata accettazione della proposta in questione, questo giudice disporrà la mediazione *ex officio iudicis*.

Sul punto è bene ricordare che, al di là dei casi di mediazione obbligatoria *ex lege*, la legge 98/13 ha pure stabilito che il giudice può – anche in grado di appello e valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti – disporre l'esperimento del procedimento di mediazione a pena di improcedibilità della domanda. La legge 98/13 attribuisce quindi al giudice il potere di imporre alle parti di intraprendere un procedimento di mediazione nel corso del processo (in passato, invece, il giudice poteva solo invitarle a svolgere un tentativo stragiudiziale di mediazione, attendendo l'eventuale risposta positiva delle parti), in tal modo creando una nuova condizione di procedibilità (sopravvenuta) per ordine del giudice. Si tratta di una norma che rimette al giudice l'effettività di tale canale di accesso alla mediazione (che opera non quale filtro preventivo alle liti, ma successivo e non per questo meno utile ed efficace) e può operare in ogni lite, purché abbia ad oggetto diritti disponibili;

Peraltro, la mediazione *ex officio iudicis* può essere disposta anche per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge 98/13 (e ciò in forza del principio per cui *tempus regit actum* ed in quanto il nuovo comma 2 dell'art. 5 del d.lgs. 28/10 attribuisce un nuovo potere discrezionale al magistrato che va considerato come una nuova facoltà processuale e quindi applicabile dal momento dell'entrata in vigore della norma a tutti i procedimenti, compresi quelli pendenti) nonché pure per le materie diverse da quelle assoggettare a mediazione obbligatoria *ex lege* in base al comma 1 *bis* dell'art. 5 del d.lgs. 28/10 (il che sembra del tutto evidente se si considera che per le materie di cui al citato comma 1 *bis* è già prevista una forma di mediazione obbligatoria ed a nulla varrebbe la mediazione *ex officio iudicis*).

Con particolare riferimento ai giudizi pendenti, va poi osservato che nelle materie già selezionate dal Legislatore per la mediazione obbligatoria *ex lege* (come la responsabilità medico-sanitaria rivendicata nel presente giudizio) può ritenersi sussistente una "presunzione semplice" di opportunità, avendo già la normativa formulato *ex ante* una prognosi favorevole quanto all'efficacia del procedimento di mediazione.

A ciò si aggiunga che la mediazione *ex officio iudicis* può poi essere disposta anche se una delle parti del processo è una Amministrazione Pubblica. Nelle fonti normative non si rinvengono, infatti, disposizioni che escludono le pubbliche amministrazioni dall'ambito di applicazione della disciplina introdotta. Pertanto, la normativa in materia di mediazione in ambito civile e commerciale trova applicazione anche in riferimento al settore pubblico, come pure si legge nella circolare del Dipartimento della funzione pubblica n. 9/2012.

È bene adesso svolgere qualche considerazione in relazione alle conseguenze derivanti dalla mancata attivazione ad opera delle parti della mediazione prescritta dal giudice. La soluzione preferibile è quella che ritiene necessaria l'emissione di una sentenza di improcedibilità della domanda, restando però da chiarire se tale tipo di decisione sia da ritenere non adottabile ogniqualvolta venga instaurato il procedimento di mediazione disposto dal giudice o se occorra qualcosa di più per ritenere adempiuto l'ordine giudiziale.

Secondo Trib. Firenze, sez. II civile, 19.3.2014 le condizioni verificatesi le quali può ritenersi correttamente eseguito l'ordine del giudice e può quindi considerarsi formata la condizione di procedibilità sono: 1) che vi sia stata la presenza personale delle parti; 2) che le parti abbiano effettuato un tentativo di mediazione vero e proprio (ed anche per Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 17.3.2014 occorre la comparizione personale delle parti).

Nel suo articolato e ben strutturato ragionamento il giudice fiorentino (ord. 19.3.2014) parte dalla considerazione per cui l'art. 5 e l'art. 8 del d.lgs. 28/10 sono formulati in modo ambiguo, posto che nell'art. 8 sembra che il primo incontro sia destinato solo alle informazioni date dal mediatore ed a verificare la volontà di iniziare la mediazione (l'art. 8 prevede, infatti, che "*durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento*"). Tuttavia, nell'art. 5, comma 5 *bis*, si parla

di "*primo incontro concluso senza l'accordo*''. Sembra dunque che il primo incontro non sia una fase estranea alla mediazione vera e propria. Non avrebbe molto senso, secondo il Tribunale di Firenze, parlare di 'mancato accordo' se il primo incontro fosse destinato non a ricercare l'accordo tra le parti rispetto alla lite, ma solo la volontà di iniziare la mediazione vera e propria. Ciò a prescindere dalle difficoltà di individuare con precisione *scientifica* il confine tra la fase c.d. preliminare e la mediazione vera e propria (difficoltà ben nota a chi ha pratica della mediazione), data la non felice formulazione della norma.

Pertanto, il Tribunale di Firenze ha ritenuto necessario, al fine di spiegare la detta ambiguità interpretativa, ricostruire la regola avendo presente lo scopo della disciplina, anche alla luce del contesto europeo in cui si inserisce (direttiva 2008/52/CE).

Sei sono gli argomenti che hanno portato il Tribunale di Firenze a ritenere necessaria, per la formazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale dopo la mediazione *ex officio iudicis*, la presenza effettiva delle parti nel procedimento di mediazione e l'effettivo avvio di un sostanziale tentativo di mediazione:

1) i difensori, definiti mediatori di diritto dalla stessa legge, hanno sicuramente già conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità. Se così non fosse non si vede come potrebbero fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3, del d.lgs 28/2010, senza contare che obblighi informativi in tal senso si desumono già sul piano deontologico (art. 40 codice deontologico). Non avrebbe dunque senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore solo in vista di un'informativa;

2) la natura della mediazione esige che siano presenti di persona anche le parti: l'istituto mira a riattivare la comunicazione tra i litiganti al fine di renderli in grado di verificare la possibilità di una soluzione concordata del conflitto: questo implica necessariamente che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore. L'assenza delle parti, rappresentate dai soli difensori, dà vita ad altro sistema di soluzione dei conflitti, che può avere la sua utilità, ma non può considerarsi mediazione. D'altronde, questa conclusione emerge anche dall'interpretazione letterale: l'art. 5, comma 1 *bis* e l'art. 8 prevedono che le parti *esperiscano* il (o *partecipino* al) procedimento mediativo con l'assistenza degli avvocati, e questo implica la presenza degli assistiti;

3) ritenere che la condizione di procedibilità sia assolta dopo un primo incontro in cui il mediatore si limiti a chiarire alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione vuol dire in realtà ridurre ad un'inaccettabile dimensione notarile il ruolo del giudice, quello del mediatore e quello dei difensori. Non avrebbe ragion d'essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere. La dilazione si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata un'effettiva *chance* di raggiungimento dell'accordo alle parti. Pertanto occorre che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all'accesso alla giurisdizione;

4) l'informazione sulle finalità della mediazione e le modalità di svolgimento ben possono in realtà essere rapidamente assicurate in altro modo: 1. Dall'informativa che i difensori hanno l'obbligo di fornire *ex* art. 4 cit., come si è detto; 2. dalla possibilità di sessioni informative presso luoghi adeguati (v. direttiva europea) e, per quanto concerne il Tribunale di Firenze, presso l'URP (v. articolo 11 del protocollo Progetto Nausicaa2) e da ultimo, sempre nell'ambito di tale Progetto, presso l'ufficio di orientamento gestito dal Laboratorio *Unaltromodo* dell'Università di Firenze;

5) l'ipotesi che la condizione si verifichi con il solo incontro tra gli avvocati e il mediatore per le informazioni appare particolarmente irrazionale nella mediazione disposta dal giudice: in tal caso, infatti, si presuppone che il giudice abbia già svolto la valutazione di 'mediabilità' del conflitto (come prevede l'art. 5 cit.: che impone al giudice di valutare *''la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti''*), e che tale valutazione si sia svolta nel colloquio processuale con i difensori. Questo presuppone anche un'adeguata informazione ai clienti da parte dei difensori; inoltre, in caso di lacuna al riguardo, lo stesso giudice, qualora verifichi la mancata allegazione del documento informativo, deve a sua volta informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Come si vede, dunque, sono previsti plurimi livelli informativi e non è pensabile che il processo venga momentaneamente interrotto per un'ulteriore informazione anziché per un serio tentativo di risolvere il conflitto;

6) l'art. 5 della direttiva europea 2008/52/CE distingue le ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione rispetto all'invito (sempre da parte del giudice) per una semplice sessione informativa: un ulteriore motivo per ritenere che nella mediazione disposta dal giudice viene chiesto alle parti (e ai difensori) di esperire la mediazione e cioè *l'attività svolta dal terzo imparziale finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole* (secondo la definizione data dall'art. 1 del d.lgs. n. 28/2010) e non di acquisire una mera informazione e di rendere al mediatore una dichiarazione sulla volontà o meno di iniziare la procedura mediativa.

Alla luce delle considerazioni che precedono il giudice fiorentino ha considerato quale criterio fondamentale la ragion d'essere della mediazione, che ruota attorno all'esigenza di tentare realmente di pervenire ad una soluzione non giudiziale della controversia, ed ha affermato la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall'art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata.

Un'altra strada interpretativa è quella seguita (allo stato) dal Tribunale di Milano (strada, però, inaugurata prima della presa di posizione di Firenze): la condizione di procedibilità è soddisfatta anche quando sia tenuto solo il primo incontro di mediazione senza accordo (l'incontro di cui all'art. 8 comma I d.lgs. 28/2010). Le differenze non sono di scarsa rilevanza. Nel primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti ed i loro avvocati ad esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento. Si tratta, dunque, secondo il Tribunale di Milano, dell'incontro dedicato alla cd. valutazione di mediabilità e, cioè, dell'anticamera del procedimento mediativo.

Secondo il primo indirizzo illustrato (Tribunale di Firenze), per soddisfare la condizione di procedibilità questo primo incontro non basta: occorre dare effettivamente inizio alla procedura. Per il secondo indirizzo segnalato (Tribunale di Milano) questa prima relazione al tavolo di mediazione è già sufficiente.

La lettura che conferisce maggiore razionalità all'istituto è certamente quella fiorentina e ciò almeno per quanto riguarda l'effettivo tentativo di me-

diazione, considerato che è invece difficile sostenere che le parti debbano essere personalmente presenti, essendo loro diritto conferire eventualmente una procura di carattere sostanziale ad un altro soggetto (che può pure essere l'avvocato difensore).

Sussiste, però, un nodo interpretativo da risolvere. Il Legislatore ha espressamente regolato il regime giuridico sotteso alla condizione di procedibilità e previsto, all'art. 5 comma 2 *bis*, che «quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata *se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo*». La disposizione, dunque, sembra richiamare espressamente "il primo incontro" di cui all'art. 8 comma I cit.

Il giudice non potrebbe quindi esigere, al fine di ritenere correttamente formata la condizione di procedibilità, che le mediazione sia stata tentata anche oltre il primo incontro.

Tuttavia, egli può comunque richiedere che in questo primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettivo.

Certo, è vero che può sembrare che in questo primo incontro il mediatore potrebbe non avere neppure la possibilità di tentare un accordo se le parti non vogliono che ciò accada. Infatti, secondo quanto previsto dall'art. 8 del nuovo d.lgs. 28/10, "*durante il primo incontro il mediatore chiarisce alle parti la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione. Il mediatore, sempre nello stesso primo incontro, invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione e, nel caso positivo, procede con lo svolgimento*".

Una prima lettura delle disposizioni normative pare giustificare un'interpretazione per cui se le parti e i loro avvocati non vogliono effettuare un vero tentativo di conciliazione (magari per non pagare il compenso all'organismo di mediazione) ben possono esprimere in questa prima parte del primo incontro, di natura preliminare, la loro volontà contraria all'inizio di una mediazione e il tuto finisce lì. La disposizione normativa in questione, così interpretata, sarebbe molto discutibile in quanto rischierebbe di rendere la mediazione di fatto facoltativa. Il mediatore potrebbe pure pensare, alla luce di tale disposizione normativa, di non potere neppure tentare di verificare se effettivamente le posizioni delle parti sono inconciliabili. Se, infatti, in quest'ultimo caso si può parlare di un fallimento della mediazione, nel caso teoricamente consentito dal legislatore di manifestazione (anche ad opera di una sola delle parti) della sua volontà contraria alla mediazione vi sarebbe un aborto legale della mediazione. Peraltro, se si ritiene che ogni parte può impedire fin dall'inizio l'effettivo svolgimento del procedimento di mediazione, ognuno dei partecipanti sarebbe titolare di un diritto potestativo alla chiusura del procedimento e gli altri sarebbero tutti in una posizione di soggezione. Ed è da credere che tale diritto potestativo verrebbe spesso esercitato se si considera che, come accennato, è stato aggiunto il comma 5 *ter* dell'art. 17 del d.lgs. 28/10, secondo cui nel caso di mancato accordo all'esito del primo incontro nessun compenso è dovuto per l'organismo di mediazione.

Tuttavia, una corretta interpretazione (in linea con la *ratio* della direttiva europea – ed è noto che gli operatori nazionali sono tenuti, secondo la Corte di giustizia UE, a tentare un'interpretazione delle disposizioni nazionali conforme alle norme europee – che mira ad agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario) è quella che ritiene che il mediatore, nell'invitare le parti e i loro procuratori a esprimersi sulla "possibilità" di iniziare la procedura di mediazione, deve verificare se vi siano i presupposti per poter procedere nell'effettivo svolgimento della mediazione (il cui procedimento comunque già inizia con il deposito dell'istanza di mediazione). Tali presupposti sono, ad esempio, l'esistenza di una delibera che autorizza l'amministratore di condominio a stare in mediazione (così come previsto dalla legge 220/12) o l'esistenza di un'autorizzazione del giudice tutelare se a partecipare alla mediazione deve anche essere un minore ovvero la presenza di tutti i litisconsorti necessari. Il mediatore non dovrebbe chiedere, come invece ritenuto da molti, se le parti vogliono andare avanti. Egli non deve verificare la "volontà" delle parti e dei procuratori, ma li invita ad esprimersi sulla "*possibilità*" di iniziare la procedura di mediazione. E nel punto in cui la norma dice che "*nel caso positivo, procede con lo svolgimento*" essa non va intesa nel senso che se gli avvocati dicono che c'è tale possibilità si va avanti, mentre se dicono che non sussiste questa possibilità non si procede oltre. È il mediatore che, tenuto conto di quello che dicono le parti e gli avvocati, valuta se sussiste questa possibilità (nella norma, infatti, non si legge "*nel caso di risposta positiva*", ma "*nel caso positivo*"). Si comprende, quindi, il motivo per cui il comma 5 *ter* dell'art. 17 del d.lgs. 28/10 contempla (come il comma 2 *bis* dell'art. 5) la possibilità di un accordo tra le parti in sede di primo incontro (prevedendo che in caso di mancato incontro non è dovuto compenso all'organismo).

In conclusione, in caso di mancata accettazione della proposta conciliativa formulata dal giudice, verrà disposta la mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, condizione che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sarà effettuato dalle parti in modo effettivo.

Né rileva che la mediazione sia già stata tentata in via preventiva, in forza del d.lgs. 28/2010 nella versione antecedente la declaratoria di illegittimità costituzionale da parte della Consulta, in quanto parte convenuta non si è presentata in quella procedura (mentre dovrà presentarsi nella futura, eventuale mediazione *ex officio iudicis*) e poiché, dopo l'espletamento della CTU, vi sono ora maggiori possibilità di addivenire ad una soluzione transattiva basata sulle risultanze dell'accertamento peritale.

P.Q.M.

formula alle parti la proposta conciliativa indicata in parte motiva;

fissa per la verifica della posizione delle parti sulla detta proposta conciliativa l'udienza del giorno 29.9.2014, ore 12.00, riservandosi di disporre nell'indicata udienza, in caso di mancata accettazione della proposta conciliativa, l'esperimento del procedimento di mediazione *ex officio iudicis* quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, che si riterrà formata soltanto se nel primo incontro il tentativo di mediazione sia stato effettuato dalle parti in modo effettivo.

Si comunichi.
Palermo, 16.7.2014

Il Giudice
Michele Ruvolo

Giurisprudenza 2

TRIBUNALE ORDINARIO di RIMINI
sezione CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Dario Bernardi visto l'art. 281-*sexies* c.p.c. ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. … promossa da: …

… OPPONENTE

contro

… OPPOSTA

CONCLUSIONI

L'opposta ha concluso come da verbale d'udienza di precisazione delle conclusioni.; per l'opponente valgono le conclusioni dell'atto introduttivo

MOTIVI DELLA DECISIONE

Promossa da … opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. … (con il quale il Tribunale di Rimini gli ingiungeva il pagamento, in favore di … della somma di €…, oltre interessi e spese della fase monitoria), concessa la provvisoria esecutività dello stesso, la causa veniva mandata in mediazione ex art 5, 2° comma D.Lgs 28/2010, con termine di 15 giorni per la presentazione della relativa domanda.

Nessuna delle parti provvedeva ad instaurare, nel termine assegnato il procedimento di mediazione.

L'opponente non si presentava alla successiva udienza, nella quale venivano precisate le conclusioni.

L'opposizione è improcedibile.

Ai sensi del novellato 2° comma dell'art. 5 l. med. "*Fermo quanto previsto dal comma l-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di' quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione*".

La domanda che diviene improcedibile è, nel giudizio che si instaura in seguito all'opposizione a decreto ingiuntivo, la domanda formulata con l'atto di citazione in opposizione (ed eventualmente con la comparsa di risposta o con comparse di terzi), che è l'atto che ha dato origine al procedimento di opposizione, nel quale l'opponente ha la veste processuale di attore (ciò che significa essenzialmente che l'onere di impedire che il decreto divenga definitivo è messo all'iniziativa processuale dell'ingiunto: senza opposizione il decreto diviene definitivo; se il processo si estingue il decreto diviene definitivo).

Questo importa, in ossequio ai principi processuali propri di tale procedimento speciale (ai quali, è bene ricordarlo, la normativa in tema di mediazione non deroga espressamente), che all'estinzione (o, come nel caso di specie, all'improcedibilità) del procedimento di opposizione consegua il consolidarsi degli effetti del decreto ingiuntivo (art. 653 c.p.c.; conforme Trib. Busto Arsizio 15.6.2012).

Ritenere, al contrario, che la mancata instaurazione del procedimento di mediazione conduca alla revoca del decreto ingiuntivo importerebbe un risultato "eccentrico" rispetto alle regole processuali proprie del rito, in quanto si porrebbe in capo all'ingiungente opposto l'onere di coltivare il giudizio di opposizione per garantirsi la salvaguardia del decreto opposto, in contrasto con l'impostazione inequivoca del giudizio di opposizione come giudizio eventuale rimesso alla libera scelta dell'ingiunto.

Sul piano degli effetti concreti ciò condurrebbe ad un risultato opposto rispetto a quello – deflattivo per il sistema giudiziario – che l'istituto della mediazione si propone di raggiungere, imponendo ad una parte (l'opposto) che già è munita di un titolo (il decreto ingiuntivo) che si consolida in caso di estinzione del giudizio (di opposizione) e che può dirsi non interessata alla prosecuzione della lite, di attivarsi anche laddove l'altra parte (l'opponente), non si dimostri più interessata all'esito della stessa (e ciò, come sovente avviene in caso di opposizioni dilatorie, in seguito all'emissione dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c.); dunque, in presenza di una situazione di accomodamento di entrambe le parti sul contenuto del decreto ingiuntivo opposto, verrebbe onerato l'opposto di proseguire il giudizio al fine di esperire il (a questo punto davvero inutile) procedimento di mediazione; peraltro, la parte opposta che dovesse avere sostenuto spese vive nell'ambito di tale subprocedimento, non essendoci più ostacoli di procedibilità sino alla decisione definitiva del merito, difficilmente sarebbe indotta all'abbandono della lite, anche in presenza di un atteggiamento di sostanziale abbandono da parte dell'opponente; ciò importerebbe la permanenza di una causa sul ruolo invece che l'eliminazione della stessa; ancora, in caso di inosservanza dell'onere di procedere a mediazione, in seguito alla revoca del decreto opposto ed in seguito all'eventuale fallimento del tentativo di mediazione successivamente esperito, la causa di merito verrebbe puntualmente riproposta, con l'effetto pratico che tale interpretazione condurrebbe (come detto sempre in ipotesi di fallimento della mediazione) alla permanenza della lite sul ruolo del giudice invece che alla formazione del giudicato sul rapporto oggetto del decreto ingiuntivo.

Deve quindi ribadirsi che il mancato esperimento della mediazione, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, non importa revoca del decreto stesso.

Nulla sulle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale, visto l'art. 281-sexies c.p.c., definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, nel procedimento R.G.N. tra … e …

così dispone:

1. dichiara l'opposizione improcedibile;
2. nulla sulle spese.

Rimini, …

Il Giudice
dott. Dario Bernardi

La negoziazione assistita (D.L. 132/2014)

Appunti sintetici per conoscere meglio il nuovo istituto

(a cura di ROBERTO NICODEMI)

FASI: 1) INVITO - 2) CONVENZIONE - 3) ACCORDO

1) INVITO: atto inviato alla controparte per stipulare una convenzione di negoziazione assistita. Deve indicare: a) oggetto della controversia e b) contenere l'avvertimento che la mancata risposta all'invito entro 30 giorni dalla ricezione o il suo rifiuto può essere valutato dal giudice ai fini delle spese del giudizio come previsto dagli artt. 96 e 642 c.p.c.

2) CONVENZIONE: è l'accordo con il quale le parti convengono di cooperare in buona fede e con lealtà per risolvere in via amichevole la controversia, con l'assistenza degli avvocati. Deve essere redatta a pena di nullità in forma scritta. Nella convenzione deve essere indicato: a) il termine concordato dalle parti per l'espletamento della procedura, non inferiore a 30 giorni e b) l'oggetto della controversia (solo su diritti disponibili).

3) ACCORDO: atto con il quale le parti risolvono bonariamente la questione controversa. Deve essere sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono. Vale come titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati certificano l'autografia delle firme e verificano che l'accordo non violi le norme imperative e dell'ordine pubblico. Se ha ad oggetto un atto previsto dall'art. 2643 c.c. per procedere alla trascrizione bisogna far autenticare la sottoscrizione del processo verbale di accordo da un pubblico ufficiale.

ENTRATA IN VIGORE
Dal 13 settembre 2014, e sarà condizione di procedibilità nelle materie obbligatorie dopo 90 giorni dalla entrata in vigore della legge di conversione (presuntivamente da fine gennaio 2015).

MATERIE OBBLIGATORIE
1) Controversie in materia di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti.
2) Domande di pagamento di somme non eccedenti i 50.000-cinquantamila euro (salvi i casi previsti dall'art. 5 comma 1-bis del D.Lgs. 28/2010 – Mediazione obbligatoria – e le controversie di cui al punto 1).

MATERIE NELLE QUALI NON SI APPLICA
1) Procedimenti di ingiunzione, inclusa l'opposizione.
2) Procedimenti di consulenza tecnica preventiva (696 bis c.p.c.).
3) Procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata.
4) Nei procedimenti in camera di consiglio.
5) Nell'azione civile esercitata nel processo penale.
6) Quando la parte può stare in giudizio personalmente (vedi cause fino a 1.100 euro o materie previste dalla normativa vigente).
7) Nelle controversie concernenti obbligazioni contrattuali tra professionisti e consumatori.

MATERIE NELLE QUALI SI APPLICA
A) Per le soluzioni consensuali di separazione personale, di cessazione degli effetti civili del matrimonio o di scioglimento del matrimonio nei casi di cui all'art. 3 L. 898 del 1970 (e successive modificazioni), di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio. Purché non ci siano:
    1) figli minori;
    2) figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap;
    3) figli maggiorenni economicamente non autosufficienti. L'avvocato è obbligato a trasmettere, entro 10 giorni, all'ufficiale dello stato civile copia dell'accordo munito delle certificazioni previste all'art. 5 del presente decreto (nel caso di violazione è prevista una sanzione di 50.000 euro).
B) Per le conciliazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro.

IMPROCEDIBILITÀ
Deve essere eccepita dal convenuto o d'ufficio non oltre la prima udienza.

Situazioni processuali possibili
A) N.A. IN CORSO: il Giudice fissa la successiva udienza allo scadere dei termini indicati nella convenzione.
B) N.A. NON ESPERITA: il Giudice assegna alle parti un termine di 15 giorni per comunicare l'invito.
C) N.A. CONCLUSA: il Giudice prende atto che all'invito non è seguita l'adesione o è seguito da rifiuto entro 30 giorni dalla ricezione o è trascorso il termine indicato nella convenzione.

PRESCRIZIONE E DECADENZA
La data di ricezione della comunicazione dell'invito a concludere una convenzione di N.A. ovvero la data della convenzione di N.A. vale ai fini della interruzione dei termini di prescrizione e decadenza.

OBBLIGO PER L'AVVOCATO DI INFORMARE IL CLIENTE DELLA POSSIBILITÀ DI RICORRERE ALLA CONVENZIONE DI N.A.
L'avvocato, al momento del conferimento dell'incarico, deve informare l'assistito della possibilità di seguire la procedura della N.A.. In difetto commetterà una violazione di natura deontologica (conviene modificare le attuali procure).

RAPPORTO TRA N.A. E PROCEDIMENTI OBBLIGATORI DI CONCILIAZIONE E MEDIAZIONE
La procedura di N.A. non è alternativa ai procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione.

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO
Nei casi in cui è obbligatoria ai fini della procedibilità la N.A., la parte assistita può chiedere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato fornendo al professionista i relativi documenti.

PROVVEDIMENTI URGENTI E CAUTELARI E TRASCRIZIONE DOMANDA GIUDIZIALE
È sempre possibile trascrivere la domanda giudiziale ed ottenere provvedimenti urgenti e cautelari anche quando il procedimento di N.A. è obbligatorio ai fini della procedibilità.

DICHIARAZIONE DI MANCATO ACCORDO
Gli avvocati designati certificano la dichiarazione di mancato accordo.

N.A. ED ARBITRATO
I difensori che hanno assistito le parti non possono essere nominati arbitri, ai sensi dell'art. 810 c.p.c., nelle controversie aventi il medesimo oggetto o connesse.

OBBLIGO COMUNICAZIONE ACCORDO AL C.O.A.
I difensori che sottoscrivono l'accordo devono trasmetterlo, in copia, al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso cui sono iscritti o nel cui circondario è stato redatto.

ONERI A CARICO DEL C.N.F.
Il Consiglio Nazionale Forense provvede al monitoraggio delle procedure di N.A. e ne trasmette i dati al Ministero della Giustizia.

Roma 25 settembre 2014

Appunti sintetici sulla negoziazione assistita
a cura di Roberto Nicodemi
(Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma e Coordinatore del Progetto di Mediazione)

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

M O D U L O
ABBONAMENTO

la MEDIAZIONE

M O D U L O
ABBONAMENTO

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

M O D U L O A B B O N A M E N T O

Il/la sottoscritto/a

Nome ..... Cognome .....

Professione ..... Ditta/Ente/Organismo .....

Via .....

Cap ..... Città ..... Prov. .....

Telefono/cellulare ..... Fax .....

e-mail .....

C.F. ..... P.IVA .....

desidera sottoscrivere l'abbonamento alla rivista

la **MEDIAZIONE: UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO**

☐ 1 Abbonamento annuale (4 numeri) € 80,00

☐ 5 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 300,00

☐ 10 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 500,00

☐ ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. ..... Anno..... € 25,00 (spese di spedizione incluse)

Modalità di pagamento:

☐ Versamento sul c/c postale n. 1011481825 (allegare la ricevuta)

☐ Bonifico bancario. IBAN IT35Q0760103000001011481825 (allegare la ricevuta)

☐ Assegno Bancario (allegato) ☐ Assegno circolare (allegato)

N. ..... del ..... di € ..... Banca .....

Intestazione: LOMBARDO EDITORE sas

Come sottoscrivere l'abbonamento:

- Inviare questo modulo (o fotocopia) in busta chiusa a Lombardo Editore - Ufficio Abbonamenti - Via Centrale, 89 - 06016 San Giustino Pg
- per e-mail: abbonamenti@rivistalamediazione.it
- dal sito internet **www.rivistalamediazione.it** compilando il modulo online

In caso di disdetta dell'abbonamento, verrà rimborsata la differenza dei numeri non spediti; in caso contrario, verrà automaticamente rinnovato per l'anno successivo.

INFORMATIVA SUL TRATTAMENTO DEI DATI PERSONALI (D.LGS. 196/2003 - ART. 13)
Lombardo Editore garantisce la riservatezza dei dati da Lei comunicati e La informa che potrà richiedere la loro cancellazione o rettifica scrivendo a: Lombardo Editore, Ufficio Dati, via Centrale 89, 06016 San Giustino Pg.
I Suoi dati saranno utilizzati per scopi amministrativi e logistici relativi alla sottoscrizione dell'abbonamento nonché per informarLa di ulteriori iniziative editoriali, culturali, di ricerca, eventi e manifestazioni.

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la MEDIAZIONE

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

***la* MEDIAZIONE, la prima rivista di cultura della risoluzione e prevenzione dei conflitti, è uno strumento di consultazione unico nel suo genere per autorevolezza, contenuti, approccio scientifico.**

L'AUTOREVOLEZZA

la MEDIAZIONE nasce con l'intento di assolvere un duplice compito di ricerca e di incontro, dove liberi professionisti, accademici, ed addetti ai lavori propongono pubblicamente le proprie opinioni, esperienze ed elaborazioni.

I CONTENUTI

Ogni tre mesi, sulle pagine della nuova rivista troveranno ampio spazio: dibattiti, commenti e contributi sui temi di attualità nel settore; approfondite analisi sulle modalità di risoluzione dei conflitti; studi comparati sull'evoluzione della mediazione nei diversi ordinamenti, con particolare riferimento all'Unione Europea; informazioni su quanto viene prodotto all'estero, in sedi accademiche e professionali, che riguardano la pacificazione dei rapporti in ogni suo aspetto.

L'APPROCCIO SCIENTIFICO

su *la* MEDIAZIONE lo studio della materia viene svolto sia da un punto di vista giuridico-economico e di mercato che delle tecniche di comunicazione e di negoziazione. Un esclusivo taglio interdisciplinare che offre nuovi elementi di informazione e di documentazione ed apre quindi nuove frontiere di pensiero e di manovra.

***la* MEDIAZIONE si rivolge a chi vede nella pacificazione dei rapporti un vantaggio sociale e competitivo e il mondo in cui si muove il proprio business.**