

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

la **MEDIAZIONE**

Trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti

Lettera al Presidente della Repubblica
Sergio Mattarella**I NUMERI della MEDIAZIONE
CIVILE e COMMERCIALE**

Organismi di mediazione	909*
Enti di formazione	384*
Costo mediazione	3,4%**
Costo giudizio	29,9%**
Numero mediazioni	493.954***
Accordi/procedimenti	11,05%***
Procedimento mediazione con accordo raggiunto	102 gg****
Successo al tavolo	25%****
Mancata partecipazione	55,1%****
Numero mediatori	17.038*****

(*) Ministero della giustizia (al 22.02.2015 al netto degli organismi ed enti cancellati)

(**) Unioncamere (dati al 30.09.2012)

(***) Nostra elaborazione su dati Ministero della giustizia al 31.03.2015

(****) Ministero della giustizia (dati al 31.03.2015)

(*****): Nuovo Registro del Ministero della giustizia (dati al 13.07.2015)

**Innovazione e crescita
nella mediazione familiare**

di Gabriella Vigliar

**La proposta conciliativa
del giudice**

di Giuseppe Buffone

*In questo numero anche***il Punto su la MEDIAZIONE di Giancarlo Triscari**

Il legislatore compie i primi passi per dare attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori

la MEDIAZIONE**& Diritto di famiglia** di M. Maglietta, A.R. Cattò, E. Eboli, G.A.M. La Marca
& Formazione di Maria Martello**& Consenso** di Mario Quinto**& Commenti di giurisprudenza** di Piero Sandulli, Pier Giorgio Avvisati

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.

Per conoscere le nostre convenzioni, vi invitiamo a visitare il sito www.rivistalamediazione.it

EDITORIALE di Marco Ceino

3

la MEDIAZIONE News

Convegni - <i>Promuovere la mediazione negli enti locali</i>	4
Ministero della Giustizia - <i>I risultati della mediazione al 31.12.2014</i>	4
ODCEC di Roma/1	6
ODCEC di Roma/2 - <i>Formazione per i formatori.</i>	6
Salone della Giustizia/1 - <i>I commercialisti gestori della crisi da sovraindebitamento</i>	7
Salone della Giustizia/2 - <i>L'Ambasciatore US J. Phillips: una mediazione win-win-win per attrarre investimenti in Italia</i>	7
Ultim'ora Ministero della Giustizia - <i>Aumentano i procedimenti demandati dal giudice, diminuiscono gli accordi</i>	8

Il Punto su la MEDIAZIONE di Giancarlo Triscari

Il legislatore compie i primi passi per dare attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori	9
--	---

la MEDIAZIONE & Normativa

La proposta conciliativa del giudice di Giuseppe Buffone	14
--	----

la MEDIAZIONE & Diritto di famiglia

Necessità di un nuovo intervento legislativo in materia di separazione, affidamento dei figli e sistemi ADR di Marino Maglietta	21
Il registro della bigenitorialità: un'iniziativa che parte dal basso e che vuole arrivare in alto (<i>introduzione</i>)	23
Il punto di vista di una figli di genitori separati di Anna Rita Cattò	24
La conciliazione dei tempi di vita e di lavoro: le difficoltà dei genitori separati di Emanuela Eboli	27
Il registro alla prova dei fatti di Giusy A.M. La Marca	29

la MEDIAZIONE & Diritto di famiglia

Innovazione e crescita nella mediazione familiare: il "metodo A.E.Me.F." di Gabriella Vigliar	31
---	----

la MEDIAZIONE & Formazione

La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni (parte prima) di Maria Martello	34
--	----

la MEDIAZIONE & Consenso

Le sei fasi della mediazione secondo la consensuologia di Mario Quinto	41
--	----

la MEDIAZIONE & Commenti di giurisprudenza

In tema di mediazione delegata dal giudice di Piero Sandulli	53
Procedimento di mediazione e presenza delle parti di Pier Giorgio Avvisati	56

la MEDIAZIONE & Giurisprudenza

Giurisprudenza	58
----------------	----

la MEDIAZIONE & Libreria

60



Foto di copertina: ANSA (modificata)

DIRETTORE RESPONSABILE

Dott. Marco Ceino
direttore@rivistalamediazione.it

COMITATO SCIENTIFICO

Claudio Berliri, *avvocato*
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

Pier Giorgio Avvisati, Patrizia Bonaca
Giuseppe Buffone, Anna Rita Cattò,
Emanuela Eboli, Giusy A.M. La Marca,
Marino Maglietta, Giuseppe Marsoner,
Maria Martello, Barbara Morici, Mario Quinto, Piero Sandulli, Giancarlo Triscari, Gabriella Vigliar, Marica Villanova

REDAZIONE

Via Dardanelli, 33
00195 Roma

Copyright © 2015

Centro Studi ADR S.r.l.
www.rivistalamediazione.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

la MEDIAZIONE

UN VANTAGGIO SOCIALE E COMPETITIVO

ringrazia gli autori:

Roberto Raffaele Addamo, Marco Amore, Pier Giorgio Avvisati, Andrea Bandini, Gianmario Battaglia, Alessio Bellanza, Massimiliano Bellini, Tania Borrelli, Franco Bufalieri, Maria Cristina Biolchini, Patrizia Bonaca, Alessandro Bruni, Giuseppe Buffone, Alessandra Cagnazzo, Giovanna Capilli, Guido Cardelli, Carlo Carrese, Anna Rita Cattò, Cristina Ceci, Maria Luisa Cenni, Alessandra Ciocchetti, Elisabetta Ciuffa, Raffaele Condemi, Bernardino Cordeschi, Elena Cuppini, Roberto D'Andrea, Giuseppina de Aloe, Monica De Rita, Giuliano Di Stefano, Emanuela Eboli, Francesca Falvo, Ombretta Fuligiani, Gabriele Felici, Giulio Renato Fiorimanti, Andrea Giordano, Ivan Giordano, Andrea Giorgi, Giusy A.M. La Marca, Federica Laurora, Vincenzo Lazzaro, Beatrice Lomaglio, Marino Maglietta, Marco Marianello, Giuseppe Marsoner, Maria Martello, Paola Martinelli, Edoardo Merlino, Laura Merlino, Barbara Morici, Roberto Nicodemi, Salvatore Paolo Nicosia, Anna Nicola, Laura Nicolamaria, Filippo Pagliarulo, Michela Paglione, Emanuela Palamà, Alessandra Passerini, Ilaria Patta, Paolo Pelino, Arianna Perez, Marco Perrini, Fabio Piccinni, Stefania Pieroni, Mario Quinto, Pietro Sandulli, Elisabetta Sanesi, Giorgio Santacroce, Angelo Santi, Fabrizio Scarinci, Michela Sitzia, Luca Tantalo, Giuseppe Tinelli, Tiracorrendo, Antonio Tomai, Francesca Tempesta, Mario Tocci, Giancarlo Triscari, Cesare Vaccà, Gabriella Vigliar, Marica Villanova, Paola Vitali e Eleonora Ziccheddu

e i componenti del comitato scientifico:

Claudio Berliri, Giuseppe Buffone, Monica De Rita, Piero Sandulli, Giuseppe Tinelli e Giancarlo Triscari

per aver determinato il successo della rivista e contribuito con articoli e suggerimenti all'autorevolezza professionale e scientifica

EDITORIALE

Diffondere la cultura della pace a "protezione" delle future generazioni

Lettera al Presidente della Repubblica Sergio Mattarella

La rivista la MEDIAZIONE: un vantaggio sociale e competitivo, trimestrale di cultura della prevenzione e risoluzione dei conflitti, inizia il terzo anno di pubblicazione.

la MEDIAZIONE è nata con il preciso intento di essere un luogo di incontro svolto attraverso il coordinamento di esperienze e di elaborazioni che accademici, giudici, liberi professionisti ed addetti ai lavori propongono pubblicamente.

la MEDIAZIONE ha già ospitato gli scritti autorevoli di oltre ottanta autori ai quali va il mio più vivo ringraziamento: senza di Loro non avremmo avuto la forza di mantenere autonoma e indipendente l'iniziativa. Il coinvolgimento di tante competenze e professionalità è, infatti, condizione indispensabile per promuovere la cultura della conciliazione in ogni ambito ed in ogni riforma.

Proprio a tale riguardo mi rivolgo a Lei, Signor Presidente. Le riforme che si stanno concretizzando nel nostro Paese devono distinguersi per l'attenzione costante alla pacificazione dei rapporti con la convinzione che la mediazione rappresenti un'opportunità e un valore centrale nella società.

La scuola rappresenta il luogo ideale per lo sviluppo e la crescita della cultura della pace intesa come educazione al conflitto; capace, cioè, di un confronto critico, propositivo e creativo. È proprio dai banchi di scuola che bisogna partire per sensibilizzare alla legalità, alla solidarietà, all'interculturalità, alla tolleranza, all'amicizia ed alla risoluzione non violenta dei conflitti. Attraverso la conoscenza di sé e degli altri e la capacità di comunicare e cooperare, si educherà a risolvere pacificamente le liti. Tutto ciò andrà a costituire la migliore "protezione", sollecitata di recente alla Vostra presenza, proprio dai più giovani.

La presenza obbligatoria di corsi di negoziazione, conciliazione e mediazione, nelle facoltà giuridiche e non solo, costituisce il presupposto per formare una classe dirigente capace di valutare l'opportunità di risoluzione stragiudiziale delle controversie come strada alternativa al mero riconoscimento del diritto, soprattutto là dove spesso non coincide con gli interessi delle parti.

La mediazione civile e commerciale, la negoziazione assistita, il trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti dinanzi all'autorità giudiziaria, il recepimento in corso della direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, l'istituzione del registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento e le ulteriori disposizioni dei procedimenti di separazione personale e di divorzio recentemente introdotte meritano l'esigenza di raccogliere e organizzare le disposizioni in materia. Un testo normativo unico sugli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie (le cosiddette ADR), in un quadro di stabilità normativa, ne faciliterebbe l'utilizzo, la diffusione e la comprensione. È auspicabile, inoltre, che con convinzione il servizio pubblico radiotelevisivo contribuisca alla diffusione della portata culturale del processo di pacificazione della nostra Società.

I numeri e i risultati già stanno evidenziando la bontà di provvedimenti intrapresi e sicuramente in tema di mediazione civile e commerciale possiamo rivendicare, nell'ambito dell'Unione Europea, un'esperienza di gran lunga superiore agli altri Paesi, con standard quantitativi e qualitativi che dovrebbero rappresentare le basi di un modello italiano in materia.

Proviamo ad immaginare come avremmo potuto vivere meglio se ci avessero educato ad affrontare, e magari superare, il conflitto (sin dai primi litigi)?

MARCO CEINO

Convegni

Promuovere la mediazione negli enti locali

Il 10 aprile 2015 si è svolto il terzo convegno nazionale "Arbitrato, mediazione civile e negoziazione assistita" organizzato al Museo Nazionale dell'Automobile di Torino dall'Ordine degli Ingegneri della provincia di Torino e dall'organismo Arbimedia.

32 prestigiosi relatori hanno dibattuto sull'utilizzo delle ADR davanti agli oltre 400 partecipanti. Dopo i saluti degli organizzatori e del professore emerito dell'Università di Torino Sergio Chiarloni il nostro direttore responsabile ha illustrato i dati più significativi della mediazione civile e commerciale in Italia. Il sindaco di Torino Piero Fassino ha manifestato l'importanza dell'istituto e quale presidente dell'ANCI si è reso disponibile a promuovere iniziative negli enti locali per la diffusione della mediazione. I temi trattati sono risultati rivolti a favorire una legislazione moderna, chiara ed efficace, capace di garantire la diffusione dell'uso dei sistemi di risoluzione delle controversie e la qualità delle prestazioni professionali rese dagli operatori in favore del cittadino e dell'impresa.

Da marzo 2011 al 31 dicembre 2014 sono state presentate 436.880 istanze di mediazione e 373.129 sono state le procedure concluse di cui 41.593 con l'accordo (pari all'11,15% del totale delle procedure definite. Nella Tab. 1 i risultati sono stati suddivisi in tre periodi: dall'entrata in vigore della condizione di procedibilità alla sentenza della Corte Costituzionale con cui veniva abrogata 2011-2012), il periodo che la condizione di procedibilità non era prevista normativamente (2013) e il terzo periodo da quando si sono avuti gli effetti della reintroduzione della condizione di procedibilità attraverso il decreto del fare (2014).

Dalla tabella possiamo rilevare che la percentuale degli accordi sulle procedure di mediazione definite con il cosiddetto decreto del fare rispetto al decreto legislativo 28/2010 così come era pre-

Ministero della Giustizia

I risultati della mediazione al 31.12.2014: effetti positivi sul processo

I risultati diffusi dal Ministero della giustizia denotano un calo dei procedimenti della giustizia civile nelle materie che ricadono nell'ambito della mediazione obbligatoria. Nel 2013, diversa-

mente, l'effetto della sentenza della Corte costituzionale, che ha abrogato la mediazione quale condizione di procedibilità, ha favorito un aumento delle cause (vedi Grafico 1).

CONFRONTO TRA LE MATERIE CHE RICADONO NELL'AMBITO DELLA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA (8% DEL TOTALE).

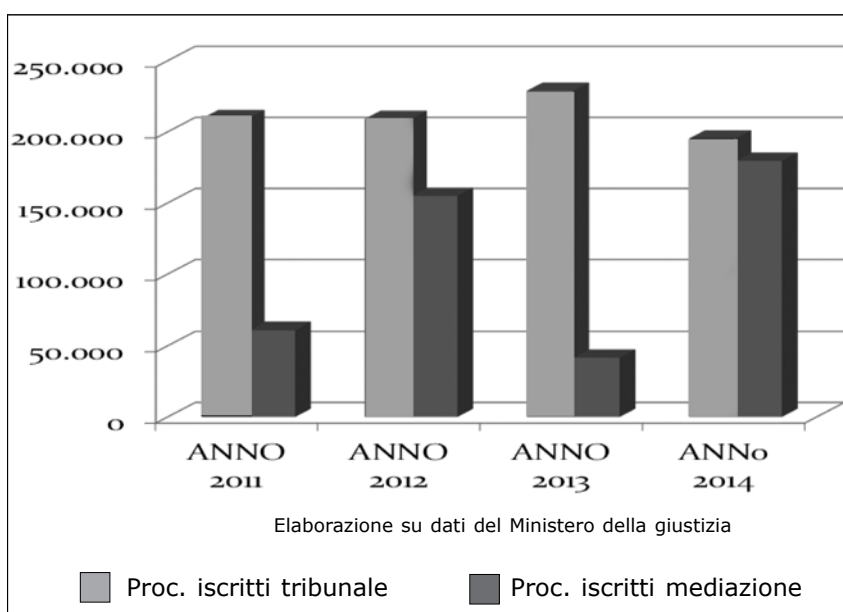


Grafico 1

	Procedure definite	Accordi raggiunti	%
Da marzo 2011 a dicembre 2012 (d.lgs. 28/2010)	192.793	22.846	11,85
2013 (effetti sentenza n. 272/2012 della C.Costituzionale)	24.019	3.300	13,74
2014 (effetti del cosiddetto decreto del fare)	156.317	15.447	9,88
TOTALE	373.129	41.593	11,15

Tab. 1

visto prima della sentenza della Corte Costituzionale è passata dall'11,85% al 9,88%.

L'andamento trimestrale delle istanze presentate è rappresentato nel Grafico 2.

I dati forniti dal Ministero segnalano anche un interessante incremento dei risultati dei procedimenti avuti dalla mediazione demandata dal giudice che passa da un risultato percentuale pari all'1,7 del 2011 al 5,6% del 2014 come da Tab. 2.

Particolarmente interessante è rilevare i risultati suddivisi per tipologia di organismo come da Tab. 3.

Particolarmente interessante è il dato che emerge dalla Tab. 4 in merito alle procedure definite, suddivise per tipologia di organismo, nell'ultimo trimestre del 2014 rispetto al totale anno.

Si nota che le procedure dell'ultimo trimestre rappresentano per gli organismi forensi il 21,59% delle procedure nell'ultimo trimestre contro il 33,40 del totale anno, mentre quelle definite dal sistema camerale passano dall'11,63% del totale anno al 26,44%.

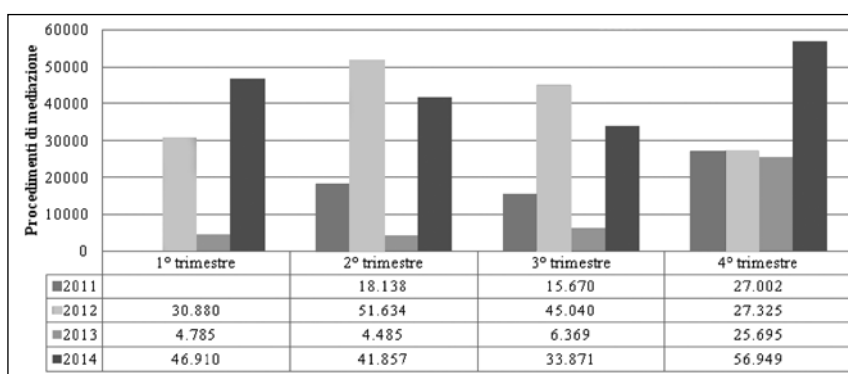


Grafico 2

	2011 %	2012 %	2013 %	2014 %
Demandata dal giudice	1,7	3,3	2,0	5,6
Obbligatoria (condizione di procedibilità)	77,9	84,9	57,5	83,8
Clausole contrattuale	0,5	0,3	1,5	0,6
Volontaria	19,9	11,6	39,0	10,0

Tab. 2

Tipologia Organismo	Organismi al 31.12.2014	Definiti	Definiti per organismo(*)	Accordo raggiunto/sul numero totale delle volte che l'aderente è comparso (%)	Accordi raggiunti/sul numero totale delle volte che si supera il primo incontro (%)
Organismi delle camere di commercio	87	18.185	209	23,3	53,6
Organismi privati	644	84.723	132	27,2	50,6
Ordine avvocati	115	52.211	454	21,0	38,4
Altri ordini professionali	92	1.198	13	38,5	61,8
Totale complessivo	938	156.317	167	24,4	46,8

* nostra elaborazione sui dati del Ministero della giustizia.

Tab. 3

Tipologia Organismo	Definiti al 31.12.2014	%	Definiti IV TRIMESTRE	%
Organismi delle camere di commercio	18.185	11,63	4.950	26,44
Organismi privati	84.723	54,20	9.776	52,22
Ordine avvocati	52.211	33,40	4.042	21,59
Totale complessivo	156.317	100,00	18.719	100,00

Tab. 4

ODCEC di Roma/1 –

Il Consiglio dell'Ordine, nella seduta di lunedì 25 maggio u.s., ha deliberato la costituzione del proprio Organismo di composizione della Crisi da Sovraindebitamento e di liquidazione del patrimonio del debitore, secondo quanto previsto dalla legge n. 3 del 2012.

L'organismo, ai sensi dell'art. 4, comma 2, del Decreto Ministeriale 24 settembre 2014 n. 202, sarà iscritto nella sezione A del Registro ministeriale degli Organismi autorizzati alla gestione della crisi da sovraindebitamento.

ODCEC di Roma/2 – Formazione per i formatori. Contributi per una mediazione unica

Non poteva esserci titolo più adatto per il corso per formatori in mediazione organizzato presso il Centro per la Prevenzione e Risoluzione dei Conflitti (CPRC) dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Roma tramite i docenti dott. Marco Ceino e la Prof. Maria Martello "Essere e Fare il Mediatore", nel senso che per svolgere l'attività di mediatore e per esserne il formatore è necessario incarnare il principio della mediazione, questo in sintesi il messaggio lasciato dal corso.

Lo stesso Ury nel suo ultimo libro "Il negoziato perfetto" mette in evidenza l'importanza di dirsi di sì. Come possiamo dire di sì agli altri se non diciamo prima di sì a noi stessi?

Dopo questa premessa, che cosa vuol dire essere mediatore?

La professione del mediatore non può essere improvvisata, ma scaturisce da un lungo percorso di interrogativi in primis sui propri conflitti e la propria capacità di risolverli. Solo indossando questa visione umana il mediatore potrà tentare di aiutare le parti ad assumersi la responsabilità del loro conflitto. Si potrebbe dire che è

una professione che per attuarla richiede una progressiva conoscenza empirica personale dei propri conflitti.

Ed è in questo passaggio che l'attività del mediatore trova la sua esaltazione e tanto più la capacità del formatore nel far passare questo messaggio: la ricerca di prassi virtuose tramite la diretta esperienza.

Secondo la Prof. Maria Martello, "al mediatore è richiesto di confezionare un vestito su misura per le parti" questo richiede un costante allenamento alla cura della relazione sia con se stessi che verso l'altro.

Di seguito i punti da approfondire e verso i quali è bene che il formatore diriga l'attenzione del mediatore:

- *Neutralità.* Riusciamo veramente ad essere neutrali?
- *Consapevolezza.* Siamo consapevoli delle nostre dinamiche comunicative interne?
- *Attenzione alle scorie del conflitto.* Sappiamo proteggerci dal rischio burnout?
- *Attenzione ai dettagli.* Curiamo i dettagli comunicativi?
- *Coerenza.* Facciamo quello che diciamo?
- *Giusta distanza.* Sappiamo gestire i limiti con le parti?
- *Tanta umanità.* Ci ricordiamo di essere solo e umilmente esseri umani?

Il conflitto fa parte di noi, accettarlo e vederne la potenzialità sono le leve che porteranno il cambiamento in noi stessi e solo dopo ci permetteranno di essere sia dei buoni mediatori che formatori.

Concludo con questa poesia di Evgenij Evtusenko che ci ricorda quanto sia naturale avere conflitti:

*Non capirsi è terribile...
Non capirsi è terribile-
non capirsi è abbracciarsi,
ma benchè sembri strano,
è altrettanto terribile
capirsi totalmente.
in un modo o nell'altro ci feriamo.
Ed io, precocemente illuminato,
la tenera tua anima non voglio
mortificare con l'incomprensione,
né con la comprensione uccidere.*

Patrizia Bonaca

Questo corso mi ha dato l'opportunità di focalizzare la mia attenzione sull'"essere" e "fare il mediatore".

Il contributo della Professoressa Maria Martello, è stato determinante: lei stessa si è messa in gioco in prima persona trasmettendoci un messaggio di grande levatura: non possiamo essere mediatori senza prima aver capito chi siamo, non possiamo mediare i conflitti altrui senza prima essere consapevoli dei conflitti che agiamo noi stessi al nostro interno, rischiando, al contrario, di andare in risonanza con le parti confliggenti e di perdere la neutralità, l'imparzialità, la congruenza, l'autenticità, qualità imprescindibili del mediatore; essere mediatori ci consente di capire la diversità dell'altro, di ascoltare e accettare l'altrui punto di vista. Contestualmente ci consente di avere il coraggio di parlare un linguaggio diverso, a volte anche di difficile comprensione, per chi "per paura" e pregiudizio preferisce rifiutare e mostrare diffidenza verso un messaggio nuovo che per essere accolto imporrebbe di rivedere in profondità il nostro essere noi stessi.

Il coraggio che proviene dall'"essere mediatore" consentirà quell'opera divulgativa indispensabile per gettare il seme di una vera rivoluzione culturale che smuova anche le coscienze più "ostili" ed elevi la mediazione a strumento di prevenzione, gestione e di risoluzione alternativa dei conflitti.

Il percorso che ci porta a essere mediatori e non solo a fare i mediatori travalica le caratteristiche professionalizzanti e i limiti delle nostre diverse competenze legittimando al contempo l'unicità della mediazione indipendentemente dalle tecniche che vengano utilizzate a seconda del contesto operativo.

Barbara Morici

Il Corso di aggiornamento biennale obbligatorio promosso dall'ODCEC di Roma in collaborazione col CPRC, si è rivelato un "Corso Frizzante" e molto piacevole, perché ha permesso il confronto sia personale che professionale tra Esperti della materia. Il dialogo ed il confronto apportano sempre elementi nuovi, sem-

pre un ulteriore arricchimento ed accrescimento, sempre nuovi spunti di riflessione. Sono stati tanti i temi trattati e gli argomenti oggetto di discussione, di osservazione e di analisi, tra questi di fondamentale interesse: la "qualità del Mediatore" intesa sotto l'aspetto dell'Autenticità della Figura dello stesso. La necessità della "Formazione in continuo". La necessità di porre in essere incontri periodici costanti e continuativi nel tempo tra Mediatori e Mediatori, Formatori e Formatori, Mediatori e Formatori, affinché il costante e continuativo confronto,

oltre che essere prezioso apporto di crescita personale e professionale, diventi ottimizzazione del Procedimento di Mediazione e defervescenza del rischio Burn-Out. La necessità (così come ho già riportato in due mie recenti pubblicazioni in materia), sia di costruire un "metodo valido" per poter finalmente giungere alla "Best Practice" della Mediazione Civile e Commerciale, sia di raggiungere il convincimento che la Mediazione Civile e Commerciale rappresenti un "preziosissimo strumento di sviluppo economico, di tutela umana e di unione so-

ciale, sia il convincimento di dover porre in essere una tenace ed instancabile informazione sull'utilità della Mediazione Civile e Commerciale partendo dal basso, partendo dall'uomo della strada, partendo dalle Agenzie di Formazione Primaria (scuola, parrocchie, ecc).

Colgo l'occasione per ringraziare la Cara Prof. Maria Martello ed il Caro Dott. Marco Ceino per il ricco ed innovativo Corso di aggiornamento biennale obbligatorio, il Dott. De Rossi, il Dott. Carbone e lo stesso Dott. Ceino, ottimi padroni di casa.

Marica Villanova

Salone della giustizia/1

I commercialisti gestori della crisi da sovraindebitamento

Il Consiglio nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili presente al 5° Salone della Giustizia per promuovere la cultura della legalità attraverso diverse iniziative tra le quali l'organizzazione del workshop "Il commercialista gestore della crisi da sovraindebitamento tra funzione professionale e funzione sociale".

"Il Consiglio nazionale dei commercialisti e la Fondazione

ADR commercialisti - afferma il consigliere nazionale Felice Russetta - stanno lavorando per dare agli Ordini territoriali le linee guida per costituire gli Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento. Il Consiglio nazionale, infatti, si è già espresso favorevolmente per aderire a questa nuova attività che rappresenta un'opportunità per il giovane commercialista che si affaccia

alla professione, ma anche per i colleghi più navigati. Inoltre, poiché riteniamo che il commercialista abbia anche una funzione sociale, la composizione delle crisi di chi è troppo indebitato è una delle occasioni in cui questa funzione può essere esercitata, dando una seconda opportunità agli imprenditori che non possono essere dichiarati falliti e agli insolventi civili".

Salone della giustizia/2

L'Ambasciatore US John Phillips: una mediazione win-win-win per attrarre investimenti in Italia

L'ambasciatore degli Stati Uniti John Phillips ha partecipato al convegno "Giustizia ed Impresa" al salone della giustizia. "Migliorando il funzionamento della giustizia l'Italia sarà maggiormente in grado di attrarre investimenti" ha detto Phillips, intervenendo, e ancora "parte della mia missione, come quella di qualsiasi ambasciatore, è quella di contribuire a creare opportunità di investimento in Italia per le aziende americane. Incidentalmente è esattamente quello di cui ha bisogno l'Italia. Purtroppo la realtà è che le relazioni commerciali e di investimento tra gli Stati Uniti e l'Italia sono molto al di sotto del proprio potenziale. Infatti, il valore degli investimenti diretti in Italia

è meno della metà degli investimenti degli Stati Uniti in Francia e solo un quarto del valore degli investimenti americani in Germania. In termini di investimenti degli Stati Uniti, l'Italia resta indietro alla Spagna, al Belgio, alla Svezia e alla Norvegia, anche se l'Italia è il terzo Paese più grande della zona euro e la seconda più grande economia manifatturiera europea e il quarto più grande paese esportatore. Perché succede questo? I potenziali investitori americani mi hanno parlato di due questioni chiave: la lentezza della giustizia civile ed in particolare l'impossibilità di ottenere l'esecuzione di un contratto in tempi ragionevoli, e la paura, in qualche caso ingiustificata, della corruzione".

A proposito della giustizia Phillips si è soffermato ad approfondire il tema della mediazione civile e commerciale constatando che anche la recente normativa approvata non ha "realizzato il cambiamento di atteggiamento necessario per impiegare in modo efficace questi meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie. Cambiare non è facile. Non lo è stato negli Stati Uniti e non lo sarà qui." Anche se adesso la situazione è diversa ad esempio "un sondaggio in California ha dimostrato che gli avvocati ritengono di aver fatto risparmiare ai loro clienti il 95% delle spese legali resolvendo le controversie con la mediazione". Ed ancora un altro "sondaggio realizzato a Washington D. C. fra persone che sono arrivate

alla soluzione di un caso attraverso la mediazione ha mostrato che entrambe le parti ed i loro avvocati erano significativamente più soddisfatti del risultato rispetto a quelli che non hanno scelto di risolvere il loro caso in mediazione. Cito queste esperienze per sottolineare che il cambiamento è possibile anche in Italia. I casi pendenti erano un problema enorme in alcuni dei nostri sistemi giudiziari più grandi. Gli avvocati avevano poco interesse con una mediazione una pratica che sembrava garantire loro alte

parcelle e buoni rendimenti. Ma al suo posto è stata creata una nuova infrastruttura legale, basata sulla risoluzione alternativa delle controversie, che ha dimostrato di essere un win-win-win per gli avvocati, i giudici e i clienti. Ed ora è una parte molto importante della soluzione delle controversie legali." John Phillips ha continuato dicendo che "l'ambasciata è a disposizione per condividere le esperienze di successo che abbiamo sperimentato negli Stati Uniti allo scopo di accelerare in manie-

ra significativa il ritmo della risoluzione delle controversie legali". L'Ambasciatore degli Stati Uniti ha concluso con "accelerare i processi giudiziari e razionalizzare l'applicazione e la riscossione delle imposte potrebbe essere il volano della crescita economica in Italia. Queste riforme aumenteranno la fiducia degli investitori e aiuteranno il Paese a massimizzare i suoi punti di forza in senso economico: il talento innovativo, la forza del marchio Made in Italy e la propensione alla genialità".

Ultim'ora Ministero della giustizia

Aumentano i procedimenti demandati dal giudice, diminuiscono gli accordi

I dati del 1° trimestre 2015 confermano il notevole incremento avuto sulle procedure di mediazione iniziate a seguito di un'ordinanza del giudice (v. Tab. 1). In generale i dati del 1° trimestre 2015 hanno registrato un aumento di oltre il cinquanta per cento delle istanze di mediazione presentate agli organismi. In particolare si è avuto un incremento del 73,76 % delle procedure iniziate presso gli organismi forensi (v. Tab. 2).

	I trim. 2013 %	I trim. 2014 %	I trim. 2015 %
Demandata dal giudice	3,8	2,3	9,8
Obbligatoria (condizione di procedibilità)	53,1	83,9	80,1
Clausola contrattuale	0,9	0,8	0,6
Volontaria	42,1	13,0	9,5

Nostra elaborazione su dati del Ministero

Tab. 1

Tipologia Organismo	Definiti I trim. 2014	%	Definiti I trim. 2015	%	Variazione %
Organismi delle camere di commercio	4.040	12,11	5.028	10,00	+ 24,46
Organismi privati	19.032	57,07	27.635	54,98	+ 45,20
Ordine avvocati	9.824	29,46	17.070	33,96	+ 73,76
Altri ordini professionali	453	1,36	428	1,06	(5,52)
Totale complessivo	33.349	100,00	50.261	100,00	+ 50,07

Tab. 2

I dati positivi in termini numerici circa le istanze presentate non hanno avuto uguale riscontro in termini di accordi raggiunti (nel 1° trimestre del 2015 si è riscontrata un'ulteriore diminuzione in termini percentuali). Gli accordi raggiunti nel 1° trimestre 2015 sono pari a 9,61% contro l'11,28 dello stesso trimestre dell'anno precedente (v. Tab. 3).

	I trim. 2014	I trim. 2015	Variazione %
Definiti	33.349	50.261	+ 50,71
Aderente comparso	40,0 %	44,9 %	+ 12,25
Accordo raggiunto*	28,2 %	21,4 %	(24,11)
Accordo su totale procedure definite	11,28 % pari a 3762	9,61% pari a 4.830	(14,80)

*(esito della mediazione con aderente comparso)

Tab. 3

Il legislatore compie i primi passi per dare attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori

Premessa

È stato approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri del 7 maggio u.s. lo schema del decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori).

Lo schema è attualmente all'esame, per i prescritti pareri, delle competenti commissioni della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica; successivamente, anche a seguito di eventuali adeguamenti alle indicazioni provenienti dai suddetti pareri, il testo potrà essere emanato e, dunque, entrerà in vigore nel nostro ordinamento.

Siamo, dunque, ancora in una fase iniziale del processo diretto alla definitiva approvazione del testo; ma il motore è stato azionato ed il percorso è stato già per qualche tratto seguito: rilevo che, secondo la direttiva sopra citata, gli Stati membri devono adottare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative necessari entro il termine del 9 luglio 2015.

Dei successivi passaggi, fino al testo finale del decreto legislativo in esame, se ne darà dunque conto nel corso dei prossimi contributi.

Un passo indietro: la direttiva

Vediamo, in primo luogo, per meglio comprendere l'ambito dell'intervento normativo in esame, quale era lo scopo della direttiva e la precipua finalità che essa tende a realizzare.

Può dirsi, in termini sintetici, che la Direttiva nasce dalla constatazione che la risoluzione alternativa delle controversie (ADR) non si è ancora sviluppata in maniera sufficiente e coerente nell'intero territorio UE, con la conseguenza che la disparità nella copertura, nella qualità e nella conoscenza dell'ADR tra gli Stati membri rappresentano una barriera al mercato interno e sono da annoverare tra le ragioni per cui molti con-

sumatori evitano di effettuare acquisti transfrontalieri, temendo che eventuali controversie con le imprese non possano essere risolte in modo facile, rapido ed economico.

Da segnalare, a tal proposito, che si conferma anche in questo ambito il notevole valore riconosciuto in sede UE agli strumenti di definizione alternativa della controversia, visti come fattori propulsivi e capaci di eliminare le barriere che si profilano, direi naturalmente, quando un consumatore, che voglia procedere ad acquisti transfrontalieri, veda nella complicazione e differenza degli strumenti di risoluzione delle controversie un motivo di remora ad accedere al mercato europeo: la consapevolezza, invece, della esistenza di strumenti alternativi alla decisione giudiziale che possano, in modo più facile e rapido, agevolare la conclusione della controversia è, senza dubbio, un mezzo per il superamento di tale ostacolo.

D'altro lato, l'attenzione è volta al versante delle imprese, le quali, dal loro conto, potrebbero astenersi dal vendere ai consumatori che risiedono in altri Stati membri che non offrono un accesso sufficiente a procedure ADR di qualità elevata. Inoltre, le imprese stabilite in uno Stato membro che non dispone di sufficienti procedure ADR di alta qualità si trovano svantaggiate sul piano della concorrenza rispetto a quelle che hanno accesso a tali procedure e che possono, pertanto, risolvere le controversie con i consumatori in modo più rapido ed economico.

Questa, dunque, è l'analisi di fondo tenuta presente dal legislatore dell'Unione e che è stata alla base dell'adozione dello strumento normativo in esame. Partendo da tali considerazioni, la Direttiva si preoccupa di stabilire requisiti armonizzati di qualità in materia di organismi ADR e di procedure ADR in modo da garantire che, a seguito della relativa attuazione, i consumatori abbiano accesso a meccanismi extragiudiziali di ricorso che siano trasparenti, efficaci, equi e di elevata qualità, a prescindere dal

luogo di residenza all'interno dell'Unione. La stessa prevede un approccio sostanzialmente di armonizzazione minima, lasciando ampi spazi di discrezionalità agli Stati membri nel conservare o introdurre norme che prevedano misure ulteriori rispetto a quanto da essa stabilito, al fine di assicurare un livello superiore di tutela dei consumatori.

Ciò posto, la Direttiva, nell'articolo 1, precisa espressamente che l'obiettivo perseguito è quello di assicurare che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti del professionista dinanzi ad organismi che offrano procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie: dunque, essa richiede che gli Stati membri, come specificamente chiarito nel successivo articolo 2, regolino procedure di risoluzione alternativa delle controversie, nazionali e transfrontaliere, concernenti obbligazioni contrattuali derivanti da contratti di vendita e o di servizi tra professionisti attraverso l'intervento di un organismo ADR.

Preme, quindi, evidenziare che l'attuazione della disciplina in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori si innesta su di un terreno già ampiamente percorso da parte del nostro legislatore interno sul piano delle procedure di risoluzione alternativa delle controversie.

Basti, a tal proposito, citare il decreto legislativo n. 28/2010, come da ultimo modificato dal decreto legge n. 69/2013, che disciplina, per determinate controversie civili e commerciali, l'obbligatorietà del tentativo di mediazione; il decreto legge n. 132/2014, che ha disciplinato la negoziazione assistita, cioè la procedura cogestita dagli avvocati delle parti e volta al raggiungimento di un accordo conciliativo che, evitando il giudizio, consenta di procedere alla formazione di un titolo esecutivo; il decreto legislativo n. 70/2013, relativo al commercio elettronico, che prevede la possibilità di comporre la controversia in via stragiudiziale per via telematica (c.d. ODR, o Online Dispute Resolution) ricorrendo ad organismi di conciliazione inseriti nella rete europea di composizione stragiudiziale delle controversie; il codice delle comunicazioni elettroniche (art. 84 del decreto legislativo n. 259/2003) che prevede che l'autorità garante (AGCOM) possa adottare procedure extragiudiziali per l'esame delle controversie tra i consumatori e le imprese che forniscono reti o servizi di comunicazione elettronica; il d.lgs. n. 385/1993 che, all'art.

128 -bis, prevede che siano definite procedure di risoluzione delle controversie nella materia bancaria e creditizia; il decreto legislativo n. 179/2007, che prevede l'istituzione di una camera di conciliazione ed arbitrato presso la Consob per i procedimenti di conciliazione ed arbitrato promossi per la risoluzione delle controversie insorte tra investitori e gli intermediari; il codice del consumo che all'articolo 141 del decreto legislativo n. 206 del 2005 disciplina le procedure di composizione extragiudiziale per la risoluzione delle controversie in materia di consumo nei rapporti tra consumatori e professionista.

Quest'ultima previsione normativa, dunque, costituisce ora il profilo di maggiore rilievo in sede di predisposizione del testo dello schema di decreto legislativo in esame, in quanto l'attuazione della legge delega ha dovuto necessariamente tenere conto del fatto che l'attuale previsione contenuta nel sopra riportato articolo 141 del Codice del consumo, di fatto non è stato mai attuato e, dunque, è stato correttamente ritenuto la sede naturale nella quale riportare la disciplina in materia di composizione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

È per tale ragione che l'articolo 1 del testo in esame introduce modifiche all'originario articolo 141 ed aggiunge ulteriori articolo (dall'articolo 141 -bis all'articolo 141 -decies), come di qui a poco avrò modo di illustrare sinteticamente.

Le scelte opzionali seguite e non seguite

Prima di passare all'illustrazione dei punti più rilevante della disciplina normativa in esame, segnalo che la Direttiva ha stabilito requisiti minimi di armonizzazione di qualità in materia di organismi e procedure ADR e, dunque, ha un approccio di armonizzazione minima (cfr., articolo 2, paragrafo 3 della Direttiva), prescrivendo diverse scelte opzionali da operare da parte degli stati membri.

In particolare, la Direttiva lasciava agli Stati di la facoltà di scegliere tra le seguenti opzioni:

1. valutare se l'intervento dell'organismo ADR ha il compito di agevolare la risoluzione della controversia ovvero il potere di imporre o proporre una soluzione (articolo 2, paragrafo 1);
2. valutare se considerare procedure ADR, rientranti dunque nell'ambito di applicazione della disciplina, anche le procedure dinanzi agli organismi di risoluzione delle

controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista (articolo 2, paragrafo 2, lett.a);

3. valutare se consentire agli organismi ADR di mantenere ed introdurre norme procedurali che consentano loro di rifiutare di trattare una determinata controversia secondo i motivi specificati nelle lettere a), b), c), d), e), f) di cui all'articolo 5, paragrafo 4.

Rispetto alle suddette possibilità di scelta, preme evidenziare, al fine di comprendere entro quali limiti il legislatore interno ha dovuto operare, che con il decreto legislativo in esame si provvede a recepire la direttiva europea 2013/11/UE in virtù di espressa delega legislativa, contenuta nella legge 7 ottobre 2014, n. 154, Legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre. La quale, se da un lato ha fatto richiamo, con l'articolo 1, ai principi e criteri direttivi già definiti in via generale dagli artt. 31 e 32 della legge n. 234/2012 (recante norme sulla partecipazione dell'Italia alla formazione ed all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione); ha, d'altro lato, previsto all'articolo 8, alcuni più specifici criteri direttivi cui il legislatore delegato ha dovuto fare riferimento.

Queste, in particolare, le specifiche prescrizioni:

"a) esercitare l'opzione di cui all'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della direttiva, secondo cui rientrano tra le procedure di risoluzione alternativa delle controversie (ADR) utili ai fini dell'applicazione della medesima direttiva anche le procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista, già consentite ai sensi dell'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28;

b) prevedere espressamente, ai fini dell'opzione di cui alla lettera a), che in tal caso le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie facciano parte di un organismo collegiale composto da un numero eguale di rappresentanti delle organizzazioni di consumatori e di rappresentanti del professionista e siano nominate a seguito di una procedura trasparente.

Nel testo in esame, dunque, proprio in relazione alle suddette prescrizioni, si sono esercitate positivamente le seguenti opzioni:

- a) viene esercitata l'opzione concernente

la possibilità di considerare procedure ADR, ai sensi della presente Direttiva, le procedure svolte dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono assunte o retribuite esclusivamente dal professionista, a condizione che siano rispettati i requisiti di cui al Capo II, inclusi i requisiti specifici di indipendenza e trasparenza di cui all'articolo 6, paragrafo 3, della Direttiva. Tale opzione, come detto, è oggetto degli specifici principi e criteri direttivi, contenuti all'articolo 8 della Legge 7 ottobre 2014, n. 154. La quale, a ben vedere, nel consentire di ricondurre nell'ambito di applicazione delle previsioni normative introdotte anche le procedure sopra indicate nell'ordinamento interno, ha prescritto espressamente che, in tal caso, l'attività di mediazione deve essere svolta da un collegio composto da un numero eguale di rappresentanti delle organizzazioni dei consumatori e del professionista e che la loro nomina sia compiuta a seguito di procedura trasparente.

Il punto sembra di particolare rilievo, in quanto l'opzione relativa alla configurabilità di procedure ADR gestite da persone retribuite o assunte direttamente dal professionista è stata associata, al fine di dare garanzia dell'imparzialità e dell'assoluta equità delle attività svolte, al necessario svolgimento in sede collegiale con composizione paritaria del numero dei componenti. Si riproduce, dunque, dando piena legittimazione, alle c.d. negoziazioni paritetiche, già incidentalmente considerate dal d.lgs. 28/2010, laddove, all'articolo 2, comma 2, ha espressamente previsto che la disciplina ivi introdotta non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.

La specifica regolamentazione, nel testo in esame, delle negoziazioni paritetiche quali procedure ADR rientranti nell'ambito di applicazione della disciplina in esame, è compiuta dal nuovo testo dell'articolo 141 - *ter*

b) viene esercitata l'opzione concernente la possibilità di prevedere ipotesi in cui gli organismi ADR possano mantenere o introdurre norme procedurali che consentano loro di rifiutare il trattamento di una determinata controversia.

c) non si è, invece, esercitata l'opzione che consente di prevedere organismi ADR che abbiano la facoltà di imporre una soluzione. Pertanto, nel nuovo testo dell'articolo 141, viene previsto al comma 4 che *le disposizioni di cui al presente titolo si applica-*

no alle procedure volontarie di composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione Europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone la soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole (...).

Il contenuto in sintesi

Il testo si compone di 3 articoli.

L'articolo 1 è il più corposo e consistente, in quanto inserisce alla parte V del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, un titolo II *-bis*: "Risoluzione extragiudiziale delle controversie" e, inoltre:

- sostituisce l'art. 141 del decreto legislativo con un nuovo articolo 141 (disposizioni generali: definizioni ed ambito di applicazione);
- introduce gli artt. 141 *-bis*; 141 *-ter*; 141 *-quater*; 141 *-quinqies*; 141 *-sexies*; 141 *-septies*; 141 *-octies*; 141 *-nonies*; 141 *-decies*;
- introduce norme di modifica di diverse previsioni normative contenute nel decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 2006 per il compiuto adeguamento alle prescrizioni contenute nel presente testo di legge.

L'articolo 2 (disposizioni finali) introduce disposizioni relative alla data di entrata in vigore delle previsioni normative contenute e gli obblighi del Ministero dello sviluppo economico.

L'articolo 3 (disposizioni finanziarie) prescrive l'invarianza di spesa.

Il sistema delineato con le previsioni normative in esame è il seguente.

L'ambito di applicazione è segnato dalla nuova previsione contenuta nell'art. 141, comma 4. Si riproduce, in particolare, non solo la generica previsione contenuta al paragrafo 1 dell'articolo 2 della Direttiva, ma si evidenzia l'applicazione, in particolare, agli organismi di mediazione iscritti nella sezione speciale in materia di consumo di cui all'articolo 16 commi 2 e 4 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (recante norme materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali), nonché agli organismi ADR istituiti o iscritti presso gli elenchi delle autorità amministrative indipendenti individuate ai sensi dell'articolo 141 *-octies* quali "autorità competenti", ed infine alle eventuali procedure ADR obbli-

gatorie introdotte dall'Aeegsi (autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico), dalla Banca Italia e Consob, nei rispettivi settori di competenza.

Il comma 5, come già anticipato, estende ulteriormente l'ambito di applicazione della nuova disciplina contenuta nelle norme di recepimento della Direttiva de qua anche alle cd. "negoziazioni paritetiche", in attuazione allo specifico criterio direttivo sancito dall'articolo 8 della Legge di delegazione (Legge n. 154/2014, cd. Legge di delegazione europea 2013 - secondo semestre).

Il comma 6 prevede una clausola di salvezza con riferimento alle disposizioni normative vigenti che prevedono l'obbligatorietà delle procedure ADR: art.5 comma 1 *-bis* del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, in tema di condizione di procedibilità con riferimento alla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; le procedure di conciliazione obbligatorie in materia di comunicazioni elettroniche innanzi ai Comitati Regionali delle Comunicazioni (cd. Corecom), di cui alla legge 31 luglio 1997, n. 249, istitutiva dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (cd. Agcom).

Vigilanza: le autorità competenti

La gestione e la vigilanza degli organismi ADR non è accentrata su di un'unica autorità. Rispetto al modello di accentramento in una unica autorità della vigilanza di questi organismi ADR si è preferito fare riferimento ad un diverso modello che tiene conto della circostanza che già operano nel nostro sistema interno diverse autorità, di volta in volta istituite ai fini della vigilanza in relazione a propri ambiti di competenza secondo le diverse discipline di strumenti di risoluzione alternative delle controversie. Si è quindi voluto rispettare questa ripartizione di competenze interne.

L'art. 141 *-octies*, più precisamente, designa le autorità competenti allo svolgimento delle attività dirette all'iscrizione ed alla vigilanza degli organismi ADR, ciascuna per il rispettivo settore di competenza. In particolare, si segnala l'individuazione del Ministero della Giustizia, con riferimento al registro degli organismi di mediazione relativo alla materia del consumo, di cui all'articolo 16, comma 2, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 e il Ministero dello Sviluppo economico, con riferimento alle negoziazioni paritetiche, di cui all'articolo 141 *-ter*, relative ai settori non regolamentati. Altre autorità competenti sono: Aeegsi (autori-

tà per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico), Banca Italia e Consob. È inoltre fatta salva la possibilità di designare, tra le Autorità amministrative indipendenti, ulteriori autorità competenti per lo svolgimento delle funzioni di cui agli articoli 141-*nonies* e 141-*decies*.

Requisiti degli organismi ADR

L'individuazione dei requisiti degli organismi ADR per l'iscrizione nei registri e negli elenchi vigilati da ciascuna delle autorità competenti è compiuta attribuendo (art. 141 -*decies*) a ciascuna delle suddette autorità il compito di definire il procedimento per l'iscrizione e verifica nel rispetto dei requisiti di stabilità, efficienza, imparzialità, nonché il rispetto del principio di tendenziale non onerosità, per il consumatore, del servizio.

Al fine, poi, di creare una uniformità complessiva di indirizzo nel compimento delle funzioni delle autorità competenti l'art. 141 -*octies* prevede l'istituzione presso il Ministero dello sviluppo economico un tavolo di coordinamento e di indirizzo, composto da un rappresentante per ciascuna autorità competente; al Ministero dello sviluppo economico è attribuito il compito di convocazione e di raccordo.

Il Ministero dello sviluppo economico, inoltre, è designato punto di contatto con la Commissione europea.

Obblighi degli organismi ADR

L'articolo 141 -*quater* introduce specifici obblighi agli organismi ADR relativi prevalentemente alle informazioni da fornire ai consumatori, fra cui: specifica indicazione dello specifico settore di competenza; eventuale soglia di valore di competenza, le lingue secondo cui si svolge la procedura, i costi della procedura, la sua durata media ed i suoi effetti giuridici. La stessa previsione normativa, inoltre, definisce alcune caratteristiche della procedura ADR, quale: l'accessibilità online ed offline; la possibilità di non avvalersi dell'assistenza legale; i costi contenuti – o la gratuità per il consumatore; i tempi contenuti in 90 giorni dalla presentazione del reclamo, salve controversie particolarmente complesse; la possibilità per le parti di ritirarsi dalla procedura.

Le nuove clausole abusive

Per completezza, preme segnalare che nell'articolo 1, comma 9 sono state introdotte nuove fattispecie di clausola abusive rispetto a quelle già contemplate nel testo di

cui al decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206 (codice del consumo).

In particolare, sono previste due nuove fattispecie all'elenco previsto all'art. 33 del Codice: sono infatti inserite le seguenti ulteriori clausole abusive:

v-bis): imporre al consumatore che voglia accedere ad una procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II bis della parte V, di rivolgersi esclusivamente ad un'unica tipologia di organismi ADR o ad un unico organismo ADR;

v-ter): rendere eccessivamente difficile per il consumatore l'esperimento della procedura di risoluzione extragiudiziale delle controversie prevista dal titolo II bis della parte V.

Questo il quadro di insieme della disciplina prevista dallo schema di decreto legislativo in esame. Vedremo se il passaggio alle commissioni parlamentari per il prescritto parere determinerà in qualche modo una rivisitazione di alcuni punti del testo e se, dunque, vi saranno delle modifiche di cui occorrerà tenere conto.

GIANCARLO TRISCARI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

La proposta conciliativa del giudice*

1. Tratti generali dell'istituto

1. Il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, ha introdotto nel codice di procedura civile il nuovo art. 185-bis c.p.c., generalizzando un potere discrezionale del giudice civile che già era disciplinato, quanto al rito lavoro, dall'art. 420 c.p.c. (come modificato dalla legge 4 novembre 2010 n. 183). Come hanno ben messo in evidenza gli interpreti, la norma non fa altro che «generalizzare meglio» un potere del giudice già esistente nell'Ordinamento¹, in alcuni casi, sotto le spoglie del vero e proprio «giudice-mediatore» (figura che, in altri ordinamenti, trova ampio spazio applicativo²). Ai sensi dell'art. 185-bis c.p.c. (Proposta di conciliazione del giudice) – norma che mira, essenzialmente, a ridurre i tempi di definizione della lite³ – «il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice». Si tratta di norma che ha carattere processuale ed è, conseguentemente, applicabile ai procedimenti pendenti⁴. Il Legislatore ha volu-

to espressamente tenere distinte da un lato la proposta «transattiva» e dall'altra quella «conciliativa» (e, infatti, modifica, in questi termini, anche il contenuto dell'art. 420 c.p.c.). La proposta avente natura transattiva è diretta a provocare nelle parti la transazione (art. 1966 c.c.), ovvero il contratto col quale i litiganti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine alla loro lite. La proposta conciliativa, invece, propone la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento di una attività di mediazione mediante un modulo di chiusura del conflitto che può anche prescindere da reciproche concessioni e, soprattutto, può non risolversi in una esternazione negoziale. Valgano gli esempi che seguono. Trib. Fermo, ordinanza 17 ottobre 2013, est. Marziale, propone la soluzione «transattiva della lite» mediante accordo compositivo della controversia con cui si realizzi la «corresponsione, da parte dell'opponente, della somma relativa alla sola sorte capitale con esclusione degli accessori vari; spese compensate». Trib. Milano, ordinanza 27 novembre 2013, est. Vannicelli, propone una «soluzione conciliativa» della lite invitando i litiganti a valutare «la possibilità di rinunciare reciprocamente a qualsiasi pretesa e contro pretesa creditoria» abbandonando il processo, anche eventualmente ex art. 309 c.p.c. In ogni caso, la proposta formulata dal giudice «non può prescindere dal previo contraddittorio tra (e con) le parti, e così dal loro interrogatorio libero, o almeno da un dialogo con esse»⁵. Tuttavia, la proposta non va necessariamente rivolta all'indirizzo delle parti sostanziali: il giudice può formularla anche ai soli Avvocati⁶.

giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative – è norma applicabile ai processi pendenti in applicazione del principio tempus regit actum: infatti, l'art. 77 del decreto legge 69/2013, che introduce la proposta di conciliazione del giudice, non contempla disposizioni transitorie e il suo regime di efficacia temporale discende dalla norma finale, art. 86, per cui il decreto entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione» (Trib. Milano, sez. X civ., ordinanza 4 luglio 2013, est. A. Simonetti).

⁵ CONSOLO, Spiegazioni di diritto processuale civile: Volume II, 2014, 211.

⁶ SAVIO, La nuova mediazione nelle successioni e nelle divisioni, 2014, 85.

¹ AA.VV., *Il processo civile: Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010 – 2013*, 2013, 135.

² V. ad es., il «Guterichter» disciplinato dall'art. 278 del codice di procedura tedesco.

³ Trib. Roma, sez. XIII, ordinanza 23 settembre 2013 (M. Morriconi): L'esistenza di una questione di facile e pronta soluzione di diritto, che legittima l'applicazione dell'art. 185-bis c.p.c., trova il suo fondamento logico nell'evidente dato comune che è meno arduo pervenire ad un accordo conciliativo o transattivo se il quadro normativo dentro il quale si muovono le richieste, le pretese e le articolazioni argomentative delle parti sia fin dall'inizio sufficientemente stabile, chiaro e in quanto tale prevedibile nell'esito applicativo che il Giudice ne dovrà fare.

⁴ «L'art. 185-bis c.p.c. – che prevede il potere del

*Testo della relazione tenuta al Corso «Risoluzione alternativa delle controversie e funzione conciliativa del giudice civile», tenuto presso la Scuola Superiore della Magistratura (Firenze), 13-15 maggio 2015.

È chiaro che, perlomeno in alcune tipologie di procedimenti, la proposta avrà più chances di accoglimento ove rivolta ai litiganti personalmente. È vero che l'art. 185-bis c.p.c. non prevede espressamente che il rifiuto della proposta possa costituire argomento per valutare (negativamente) la condotta della parte; ciò nondimeno, questa precisazione non è, invero, necessaria, potendosi applicare la norma generale di cui all'art. 116 comma II del codice di rito⁷.

Da un punto di vista strutturale, il nuovo articolato normativo ha vocazione generale ed è dunque applicabile in ogni procedimento contenzioso, ad esclusione del giudizio di Cassazione (dove la proposta giudiziale è fisiologicamente incompatibile con il rito di legittimità); è applicabile anche nel processo davanti al giudice di Pace poiché, in questo caso, opera il rinvio di cui all'art. 311 c.p.c. al cospetto di un istituto compatibile (v. infatti, l'art. 320 commi I e II c.c.). L'art. 185-bis c.p.c. è certamente applicabile nel giudizio di appello, trattandosi di norma richiamata dall'art. 359 c.p.c., in quanto compatibile con il giudizio di gravame. La norma è applicabile anche nel procedimento sommario di cognizione (artt. 702-bis e ss c.p.c.) posto che, potendo il giudice procedere nel modo che "ritiene più opportuno" è implicito il potere di definire la lite mediazione conciliazione o transazione. Nel rito del lavoro, l'istituto è riproposto dall'art. 420 c.p.c.

L'art. 185-bis c.p.c. si inserisce nel contesto di un processo governato dal principio di oralità (v. art. 180 c.p.c. per la trattazione): tuttavia, in linea di principio, la proposta del giudice dovrebbe essere verbalizzata anche per la corretta operatività del meccanismo previsto dall'art. 91 comma I c.p.c.

2. Proposta del giudice e diritti non disponibili

La giurisprudenza ha giudicato applicabile l'art. 185-bis c.p.c. anche alle liti familiari⁸, come strumento per potere proporre un assetto compositivo della lite e dunque

per raggiungere un accordo omologabile dal giudice (v. art. 337-octies c.c.). Premesso che l'applicazione diretta della norma discende proprio dall'essere possibile anche una soluzione "conciliativa" e non solo "transattiva", in realtà la configurabilità di proposte del giudice anche nelle liti familiari trae linfa dalla più moderna ermeneutica in materia di negozi cd. diritto familiare. La proposta del giudice, nel procedimento contenzioso di famiglia, mira ad ottenere una "trasformazione" del rito⁹: "trasformare" la separazione giudiziale in separazione consensuale e il divorzio giudiziale in divorzio su ricorso congiunto. Ebbene, nella separazione consensuale, così come nel divorzio congiunto, «si stipula un accordo, di natura sicuramente negoziale che, frequentemente, per i profili patrimoniali, si configura come un vero e proprio contratto. Non rileva che, in sede di divorzio, esso sia recepito, fatto proprio dalla sentenza: all'evidenza, tale pronuncia è necessaria per lo scioglimento del vincolo matrimoniale ma, quanto all'accordo, si tratta di un controllo esterno del giudice, analogo a quello della separazione consensuale»¹⁰. È, allora, semplice intuire come l'istituto della proposta giudiziale sia sicuramente strumento adeguato per consentire ai litiganti (già coniugi o genitori) di pervenire a uno di quei patti di cui si è appena detto. L'applicazione dell'istituto, in particolare dalla Sezione IX civile del Tribunale di Milano, ha condotto a una sperimentazione che vede concludersi con accordo l'80% dei procedimenti ex artt. 316, comma IV c.c. (cd. rito partecipativo, di cui si dirà)¹¹. Si è anche ritenuto che la proposta del giudice possa includere anche delle questioni di lite tra le parti, non oggetto dello specifico processo pendente, ma pur sempre connesse con quest'ultimo, di modo che l'assetto conciliativo vada a comporre il conflitto nel suo complesso non limitandosi a definire la singola controversia (Trib. Milano, sez. IX, 14 novembre 2013, Pres. rel. Dell'Arciprete)¹².

⁷ CARRATTA, MANDRIOLI, *Diritto processuale civile: III. I procedimenti speciali. L'arbitrato, la mediazione e la negoziazione assistita*, 2015, 254.

⁸ Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 26 giugno 2013: l'art. 185-bis c.p.c. – che prevede il potere del giudice di rivolgere alle parti proposte conciliative – pur non espressamente richiamato nel rito famiglia, costituisce l'espressione di un principio generale (e infatti si rinviene anche nell'art. 420 c.p.c.), anche per il fatto di distinguere espressamente tra proposta transattiva e conciliativa e per la difficoltà di ammettere settori o comparti divisi dell'ordinamento in cui il giudice possa o non possa aiutare i litiganti a pervenire ad un assetto condiviso per la soluzione pacifica della causa.

⁹ L'istituto della "trasformazione del rito" giudiziale (di separazione o divorzio) in consensuale/congiunto trova, oggi, ulteriore conferma (e regime) nel DDL approvato definitivamente dalla Camera in data 22 aprile 2015 (Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonché di comunione tra i coniugi; cd. divorzio breve).

¹⁰ Cass. civ., sez. I, sentenza 21 aprile 2015 n. 8096 (Pres. Forte, rel. Dogliotti).

¹¹ V. SERVETTI G., L. Nuovo Rito Partecipativo. Rilevazione statistica 2013 in *Il Caso.it*, 2014, III, 280.

¹² Nel caso di specie, il Collegio ha formulato alle parti la seguente proposta conciliativa: "la ex moglie potrebbe acquistare la quota di casa del marito

3. Proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c. e tentativo di conciliazione ex art. 185 c.p.c. Accordo raggiunto durante l'udienza di conciliazione o in altra udienza. Formalità (supporto analogico)

In linea di principio, la proposta del giudice ha la sua sede naturale nell'udienza ex art. 185 c.p.c. fissata *ad hoc* per sentire le parti ex art. 117 c.p.c. In questo caso, se dopo la proposta del magistrato, le parti raggiungono un accordo, lo stesso va raccolto in separato verbale, ai sensi dell'art. 88 disp. att. c.p.c. *Quid juris* se l'accordo nasce dopo una proposta ex art. 185-bis c.p.c., fuori da una udienza ex art. 185 c.p.c.? Se si tratta di convenzione negoziale, comunque dovrebbe trovare applicazione la regola di cui all'art. 185, comma III, c.p.c., poiché nulla prevede il nuovo istituto¹³. Il modulo "principe" di attuazione dell'art. 185-bis c.p.c., in caso di accoglimento della proposta transattiva del giudice, è, allora, il separato verbale di conciliazione. Là dove, invece, la proposta abbia origine in un rito in cui non applicabile l'art. 88 disp. att. c.p.c. (v. separazione giudiziale) oppure nel caso in cui la proposta stessa sia meramente conciliativa, l'esito processuale sarà eterogeneo in ragione della scelta delle parti e del giudice (es. semplice redazione del verbale di udienza; estinzione del processo ex art. 309 c.p.c.; precisazione delle conclusioni in modo congiunto per provocare una sentenza che recepisca un dato assetto regolamentare voluto dalle parti). Alla luce delle su esposte considerazioni, in linea di principio, l'accordo delle parti che segue alla proposta del giudice, deve essere raccolto in separato verbale, ai sensi dell'art. 88 disp. att. c.p.c. Quest'accordo deve essere sottoscritto su supporto cartaceo. La legge 11 agosto 2014 n. 114, di conversione del decreto Legge 24 giugno 2014 n. 90 (v. artt. 44-52) ha, come noto, previsto che: 1) il verbale d'udienza non sia più sottoscritto dalle persone che, intervenute nel procedimento, rilascino dichiarazioni (art. 126 c.p.c.); 2) il verbale di udienza non sia più sottoscritto dai testimoni che, sentiti dal giudice, rilascino le loro deposizioni (art. 207 c.p.c.). Ciò nondime-

(avendone fatto proposta): euro 160.000,00 (valore della quota da liquidare) da cui detrarre la quota del TFR che le spetta (euro 30.000,00= con residuo da versare di euro 130.000,00. Per l'effetto, l'assegno divorzile verrebbe ridotto ad euro 550,00 mensili). La proposta è stata accolta dalle parti con delle modifiche apportate dalle stesse.

¹³ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile: Volume II*, 2014, 212.

no, in caso di accordo ex artt. 185 c.p.c., 88 disp. att. c.p.c., il supporto analogico si impone¹⁴. Sul tema è già intervenuto il Ministero della Giustizia, con una circolare interpretativa del 27 giugno 2014. Si riporta il testo:

L'art. 45, comma 1, lett. a), d.l. n. 90/2014 opera una modifica dell'art. 126 c.p.c., eliminando la necessità della sottoscrizione del verbale d'udienza da parte dei soggetti intervenuti, prescrivendo che del verbale stesso sia data lettura in udienza, ad opera del cancelliere. La lettera c) dello stesso comma, poi, sopprime, all'art. 207, secondo comma, c.p.c., le parole "che le sottoscrive". In tal modo viene superato il problema di consentire ai soggetti intervenuti, e, in particolare, ai testimoni e alle parti presenti in udienza, che abbiano reso l'interrogatorio, di sottoscrivere il verbale, posto che, come noto, la "Consolle" del magistrato, allo stato attuale, permette la sottoscrizione di atti solo da parte del giudice. Diverso è, invece, il caso del verbale di conciliazione. Rimane, infatti, in vigore l'art. 88 disp. att. c.p.c., a mente del quale "la convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore è raccolta in separato processo verbale, sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere". In tale ipotesi, infatti, la mancanza di sottoscrizione autografa delle parti determinerebbe certamente notevoli difficoltà in sede di trascrizione, sicché è altamente probabile che, in questi casi, il giudice provvederà a stampare su carta il verbale in modo da consentirne alle parti la sottoscrizione.

La circolare ministeriale esclude, dunque, che, con riferimento alle conciliazioni, possa operare una completa dematerializzazione delle attività contrattuali con esonero dei litiganti dalla sottoscrizione. Stesso principio è chiaramente estensibile agli altri accordi sostanziali conclusi "a verbale"¹⁵; i motivi

¹⁴ Sia consentito richiamare: BUFFONE, CONSOLANDI, *Alcuni rilievi in tema di negozio concluso nel procedimento civile telematico*, relazione tenuta in occasione del Corso SSM "I rapporti giuridici "dematerializzati" nell'era telematica" 21 aprile 2014.

¹⁵ Sia consentito richiamare Trib. Milano, sez. IX civ., decreto 6 maggio 2014. L'art. 45 Decreto Legge 24 giugno 2014 n. 90 ha rimosso, dagli artt. 126 e 207 c.p.c., l'obbligo delle parti intervenute nel processo di "sottoscrivere" le loro dichiarazioni raccolte nel verbale di udienza, anche se acquisite in sede di escussione testimoniale. L'esonero della sottoscrizione, tuttavia, non opera là dove si tratti di raccogliere un "accordo" delle parti che abbia natura transattiva (es. nel verbale ex art. 185 c.p.c.: v., correttamente, sul punto, Min. Giustizia, circ. 27 giugno 2014) o conciliativa. In questi casi «il giudice provvederà a stampare su carta il verbale

sottesi a questa scelta, però, non afferiscono *tout court* alle difficoltà riscontrabili in sede esecutiva poiché, in realtà, riguardano la impossibilità, in ipotesi del genere, di ritenere che il patto possa comunque ritenersi valido in assenza di "accordo materiale". Gli artt. 126 e 207 c.p.c., infatti, riguardano "le dichiarazioni di scienza" delle parti intervenute ma non anche gli scambi delle volontà finalizzati a produrre un contratto ("dichiarazioni di volontà"). Valga l'esempio seguente. Nell'ambito di una separazione giudiziale, i coniugi decidono di trasformare il rito pervenendo a una separazione consensuale in cui stabiliscono che il marito si impegna a trasferire alla moglie un immobile di sua proprietà, dietro il versamento di un corrispettivo minimo non corrispondente al valore di mercato. Quest'accordo – che ha natura effettiva di stipula preliminare conclusa nell'ambito di un negozio cd. di diritto familiare – dovrà essere sottoscritto su supporto cartaceo: il PCT non "muta" la natura e la forma dei contratti conclusi nel processo solo perché l'udienza è divenuta "virtuale". Alla luce di quanto sin qui osservato, in caso di "negozio nel processo" (che non è un negozio virtuale) il giudice deve stampare su carta il verbale (separato) in modo da consentirne alle parti la sottoscrizione. Il verbale del processo, in ogni caso, anche se non "separato", se contenente l'accordo, deve comunque essere depositato nel fascicolo del processo su supporto analogico.

4. Astensione e Ricusazione del giudice che propone e proposta cd. predittiva. Immunità giudiziale illimitata

La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice: tuttavia, questa norma desta delle perplessità in molti interpreti. Si osserva, infatti, che questo profilo meriterebbe di essere meglio indagato e forse ripensato ex art. 111 Cost., in tutti quei casi in cui la proposta risulti essere eccessivamente "predittiva", ossia tale da rivelare già un convincimento del giudice circa i torti e le ragioni delle parti, troppo agganciata, cioè, ad una prognosi decisoria, nonché tendenzialmente definitiva e irreversibile¹⁶. Questa impostazione non incontra, però, il favore dell'attuale testo normativo vigente che, sul punto, si limita a precisare, in modo

espresso, che «la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice». I rischi stimati sussistenti dagli interpreti, in merito alla proposta predittiva sono, invero, fugati dal Legislatore in altro modo: è stato introdotto un limite alla formulazione della proposta giudiziale che coincide con "l'esaurimento dell'istruttoria" (artt. 187, 209 c.p.c.). Ciò vuol dire che il giudice "propone" sempre in un momento del processo in cui la piattaforma probatoria non si è consolidata e, dunque, con uno sguardo ai fatti di causa destinato a cambiare in ragione del normale sviluppo della procedura. È bene precisare che il citato limite non va inteso in senso assoluto: dal tenore del verbo utilizzato ("formula") e al lume della precedente versione dell'art. 185-bis c.p.c. (poi modificata in sede di conversione), si tratta solo di una precisazione di "metodo" che esclude il dovere del giudice di impegnarsi in attività propositive con la chiusura del panorama istruttorio. Comunque, i sospetti in merito all'art. 111 Cost. non possono essere condivisi. È bene ricordare, infatti, che nella forza del "giusto processo", il valore che si impone sugli altri è quello della ragionevole durata; principio che *"richiede all'interprete un nuovo approccio interpretativo con la verifica delle soluzioni sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico-sistematica"*¹⁷. Il modello processuale risalente che confinava il giudice ad un mero spettatore attento, con il potere di intervenire solo al momento della decisione, è da ritenersi definitivamente accantonato in favore di una visione diversa e nuova del magistrato che profila un giudice dedito all'utilizzo di tutti i poteri di *governance* giudiziale riconosciuti dalla legge, intervenendo nel processo sin dalla prima udienza: sollevando *motu proprio* le questioni rilevabili d'ufficio al fine di evitare decisioni "a sorpresa"; prescrivendo la mediazione civile al fine di sperimentare un tentativo di risoluzione alternativa della controversia; proponendo alle parti una composizione amichevole "di pronta soluzione". Va a questo punto ulteriormente precisato che l'immunità di cui gode il giudice (immunità rispetto alla ricusazione e all'obbligo di astensione) non è limitata: potrebbe ritenersi che in tanto il giudice possa proporre alle parti una soluzione equa della lite, anche mediante anticipazione del ragionamento decisorio, in quanto ciò avvenga pri-

in modo da consentirne alle parti la sottoscrizione» (v. circolare succitata che offre una metodologia applicabile anche in questo caso).

¹⁶ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile: Volume II*, 2014, 212.

¹⁷ CARLUCCIO, *Il Giusto processo* in "La Corte dei Diritti", Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione 2008.

ma che l'istruttoria sia chiusa (in difetto potendosi ritenere ammissibile una doglianza della parte, ad esempio con lo strumento ricusatorio). Questa tesi non convince. In punto di "opportunità", certamente una proposta a istruttoria definita riduce il "senso" di libertà di adesione dei litiganti e, quindi, rischia di dar luogo ad accordi instabili. Infatti, «stabilire il potere dovere del giudice di formulare alle parti una ipotesi conciliativa o transattiva della controversia, in una fase in cui è già chiusa l'attività istruttoria e non resta che rimettere le parti alla decisione, significherebbe imporre al giudice di anticipare esplicitando il contenuto della ipotesi transattiva/conciliativa la sua probabile decisione finale, senza che agli atti possa sopravvenire alcun nuovo elemento istruttorio utilizzabile per la decisione»¹⁸. Tuttavia, ciò detto in punto di opportunità, nel resto, occorre porsi un quesito: ma il giudice che manifesti il proprio convincimento in corso di processo (fermi gli eventuali profili di rilevanza disciplinare ove sussistenti) è tenuto ad astenersi (ed è quindi ricusabile)? È opportuno ricordare, al riguardo, che questa conclusione non è affatto pacifica. Al contrario, ampia giurisprudenza è di contrario avviso. Secondo un indirizzo pretorile non isolato, le ipotesi di ricusazione previste dal combinato disposto di cui agli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile sono di stretta interpretazione e dunque nel processo civile gli unici motivi di ricusazione relativi all'attività giurisdizionale del magistrato sono quelli di cui all'articolo 51 c.p.c., che non contempla l'indebita manifestazione del convincimento del giudice, prevista, invece, dall'articolo 37 lettera B. del nuovo codice di procedura penale¹⁹. Forse, allora, l'art. 185-bis c.p.c. dovrebbe essere interpretato in armonia con l'indirizzo appena esposto: la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice non perché, in assenza di questa norma nell'art. 185-bis c.p.c., il magistrato potrebbe essere ricusato, ma perché, a chiarimento della previsione generale ex artt. 51, 52 c.p.c., il nuovo articolo precisa che la manifestazione anticipata del convincimento del giudice non costituisce motivo di astensione obbligatoria. Questa conclusione, peraltro, si armonizza con i principi espressi al riguardo dalla Suprema Corte. Sulla scorta dell'orientamento penale di legittimità formatosi al riguardo, il carattere

indebito della manifestazione del convincimento del giudice richiede che l'esternazione venga espressa senza alcuna necessità funzionale e al di fuori di ogni collegamento con l'esercizio delle funzioni esercitate nella specifica fase procedimentale (così, fra le tante, Cassazione 17868/2009). Lo stesso giudice delle leggi- Corte Costituzionale ordinanza 24/1996 - ha qualificato come indebito il convincimento espresso prima e fuori delle sedi deputate alla sua formazione ed esternazione quello cioè che, lungi dall'isciversi coerentemente nella sequenza di atti e di cognizioni incidentali che fanno il processo, costituisce anticipazione non dovuta della valutazione sul merito della *regiudicanda*. Pertanto, il giudice che, nell'esercizio del potere di formulare una proposta conciliativa, anticipi il proprio "attuale" convincimento, non esprime alcun pensiero indebito ma, anzi, esercita una facoltà che la Legge gli attribuisce. In questo senso, il secondo periodo dell'art. 185-bis c.p.c., va letto in modo "autonomo" rispetto alla previsione del primo periodo: la proposta di conciliazione non può (MAI) costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice anche se fatta dopo che l'istruttoria è esaurita. Questa impostazione interpretativa ha già trovato consenso in giurisprudenza: ad esempio, in un caso, il giudice ha finanche rimesso la causa in istruttoria con ordinanza contenente una proposta ex art. 185-bis c.p.c.²⁰, precisando, peraltro, in quel caso, che la proposta del magistrato non equivale necessariamente ad anticipare il pensiero e il convincimento del giudice essendo mossa da interessi generali (che afferiscono alla definizione della lite).

5. La proposta conciliativa del giudice nel cd. «rito partecipativo» introdotto dalla Sezione IX civile del Tribunale di Milano

La sezione IX civile del Tribunale di Milano ha costruito, attorno alla proposta conciliativa, un procedimento in materia di figli nati fuori dal matrimonio (cd. «rito partecipativo»). La scansione procedimentale, nei suoi tratti essenziali, è semplice. Il genitore interessato ad ottenere una regolamentazione giudiziale dell'esercizio della responsabilità genitoriale, deposita ricorso ex art. 316, comma IV, c.c. Il Presidente del Collegio (sono presenti 3 collegi per la trattazione dei processi), letto il ricorso, nomina il giudice relatore (togato) al quale rimette la responsabilità del fascicolo e, quindi, la supervisione ed il monitoraggio dell'intero

¹⁸ Trib. Milano, sez. X civ., ordinanza 4 luglio 2013 (Est. Amina Simonetti).

¹⁹ Trib. Varese, Sez. II civ., ordinanza 18 gennaio 2012 (Pres. Est. M. Santangelo).

²⁰ Trib. Fermo, 21 novembre 2013, est. C. Marziali.

sviluppo biologico della procedura, con l'ovvio doveroso compito di riferire al Collegio. Il Presidente, designato il giudice relatore, seleziona i ricorsi giudicati idonei ad una preliminare fase di tipo conciliativo (cd. I filtro), escludendo, dunque, dal rito partecipativo, le procedure in cui emergenti: situazioni patologiche; condizioni di violenza; limitazioni alla responsabilità genitoriale (es. affidamento all'Ente terzo); situazioni di particolare e comprovata urgenza. In questi casi, a seguito della presentazione del ricorso, il Presidente fissa direttamente udienza dinanzi al Collegio, ex art. 737 c.p.c. Per le procedure giudicate potenzialmente conciliabili (totalmente o parzialmente), il Presidente del Collegio assegna un termine al ricorrente per la notifica del ricorso (termine massimo di 30 giorni) ed assegna al resistente un termine (di pari quantità) per la costituzione in giudizio, riservando alla scadenza dell'ultimo termine, ogni ulteriore decisione. Scaduti i termini per le difese, il fascicolo è trasmesso all'attenzione del giudice relatore, per verificare la persistenza delle condizioni sulla base delle quali è apparso utile e opportuno il tentativo di conciliazione (cd. II filtro). Il giudice relatore riferisce in Camera di Consiglio al Collegio che, se non più attuale l'opportunità conciliativa, fissa direttamente udienza dinanzi a sé, ex art. 737 c.p.c., non procedendo sulla scia del rito partecipativo. In caso di giudizio favorevole alla persistenza del rito partecipativo, pur dopo la costituzione del resistente, il Collegio delega la trattazione del procedimento al giudice onorario: un Avvocato familiarista con specializzazione in materia di mediazione e conciliazione, con il fine di proporre una soluzione conciliativa, informare le parti della possibilità di un percorso di mediazione familiare, svolgere una audizione dei genitori sui fatti di causa. Terminata la fase di mediazione – in cui genitori, avvocati e giudice partecipano alla costruzione di regole condivise per la famiglia disgregata – il giudice onorario rimette gli atti al Collegio che: se è stato raggiunto un accordo, lo recepisce dove non sussistano elementi ostativi oppure, se non è stato raggiunto l'accordo, avvia la fase giudiziale. Il rito partecipativo consente una accelerazione dei tempi di trattazione del processo poiché, dal deposito del ricorso, la prima udienza viene fissata, in genere, entro 90 giorni. Peraltro, il giudice, nel rito partecipativo, collabora con gli avvocati delle parti che, in questa fase, non sono visti come meri titolari dell'interesse parziale oggetto del processo ma come «garanti del citta-

dino per l'effettività della tutela dei diritti» (art. 2, comma II, legge 31 dicembre 2012 n. 247). L'elemento centrale della fase partecipativa è la proposta conciliativa: il giudice, infatti, esaurita l'audizione delle parti (l'udienza dura, in media, 1 ora) formula (in forma scritta, a verbale) una proposta conciliativa ex art. 185-bis c.p.c. Il Tribunale di Milano ha reso note e pubbliche le statistiche in merito all'esito dei procedimenti passati attraverso il setaccio del rito partecipativo²¹: nell'80% dei casi, il procedimento è stato interamente definito per conciliazione; nel 9% dei casi, il procedimento è stato solo parzialmente conciliato; solo nell'11% dei casi, il procedimento è proseguito nella fase giudiziale, in difetto di conciliazione anche solo parziale. I punti «forti» del rito partecipativo sono senz'altro: da un lato, la professionalità del giudice delegato (formato appositamente per la gestione dell'udienza) e dall'altro l'utilizzo della proposta conciliativa. In questo caso, l'utilizzo di questo strumento è accompagnato da alcune connotazioni tipiche.

1) L'ascolto empatico delle parti: i litiganti vengono ascoltati con molta attenzione (e dedicando loro molto tempo) e avvertono, dunque, successivamente, la proposta del giudice come un suggerimento fondato sull'esatta conoscenza dei fatti di causa e, soprattutto, sulle loro dichiarazioni.

2) La redazione a verbale della proposta con inclusione di tutti gli aspetti principali del contendere: la proposta è formulata al fine di definire interamente la lite mediante composizione del conflitto (piuttosto che del solo processo); pertanto, può includere elementi non introdotti in lite dalle parti o soluzioni da loro non considerate (ad es. la madre chiede un mantenimento mensile in moneta per il figlio; il padre propone un assegno *una tantum*; il giudice propone un mantenimento in natura mediante messa a disposizione di un immobile a titolo di comodato).

3) La non coincidenza tra giudice che media e giudice che decide. Il giudice che formula la proposta (il giudice onorario) non compone, poi, il Collegio (formato solo da togati) che eventualmente definirà il procedimento. Il fatto che a formulare la proposta sia un magistrato che poi non definisce la lite, mette gli Avvocati in una condizione di maggiore libertà nel valutare le proposizioni e i suggerimenti giudiziali. Con questa scelta, la Sezione IX ha adottato un model-

²¹ V. SERVETTI G., Il Nuovo Rito Partecipativo. Rilevazione statistica 2013 in *Il Caso.it*, 2014, III, 280.

lo analogo a quello introdotto nel codice di procedura tedesco²².

6. Mediazione prescritta dal giudice e proposta conciliativa

Nelle prassi degli uffici giudiziari si sono verificate delle combinazioni genetiche tra istituto della proposta giudiziale e mediazione ex officio (art. 5 comma II dlgs. 28 del 2010). Si registrano, in tal senso, due "metodologie di intervento". 1) **Proposta con riserva di mediazione**. Il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e rinvia il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti; si riserva, in quella udienza, di prescrivere il procedimento di mediazione ex officio (in questi termini: Trib. Milano, sez. Impresa, 27 novembre 2013, est. Vannicel-

li; Trib. Roma, sez. XIII, ordinanza 23 settembre 2013, est. M. Moriconi). 2) **Proposta con mediazione**. Il giudice formula la proposta transattiva/conciliativa e prescrive il procedimento di mediazione, rinviando il processo ad un'altra udienza, per sentire le parti (in questi termini: Trib. Milano, sez. Impresa, 11 novembre 2013, est. E. Riva Crugnola)²³. I provvedimenti del giudice assunti ex artt. 5 comma II dlgs 28/2010 e 185-bis c.p.c. non sono impugnabili; rispetto agli stessi, tuttavia, deve ritenersi ammissibile lo *jus poenitendi* di cui all'art. 177 c.p.c. Sono, cioè, provvedimenti modificabili e revocabili.

GIUSEPPE BUFFONE

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Copyright: Giuseppe Marsoner

²²Il codice di procedura tedesco (art. 278) disciplina la figura del GUTRICHTER, termine che potrebbe essere tradotto come: "giudice-conciliatore", "giudice mediatore". Nel corso del procedimento civile, per risolvere la controversia in modo amichevole, il Tribunale può raccogliere il consenso delle parti per una udienza di conciliazione, che viene delegata ad un "giudice conciliatore", il quale non è autorizzato ad assumere alcuna decisione. Il giudice conciliatore è un magistrato togato dell'ufficio che ha delle specifiche competenze tecniche in materia di mediazione (frutto di corsi di specializzazione e formazione dedicati) e aiuta le parti a trovare da sole, sotto la loro responsabilità, una soluzione ragionevole della lite, mediante accordo. È un giudice neutrale che non può decidere la causa e non può offrire consulenza legale sul caso sottoposto: può solo fare da mediatore e gestire l'udienza di

conciliazione, dove devono essere presenti gli Avvocati, ha un fascicolo contenzioso in meno (che non gli viene assegnato). Se le parti raggiungono un accordo, il giudice conciliatore lo mette a verbale e definisce il procedimento.

²³Trib. Milano, Sez. Specializzata in materia di Impresa (B), ordinanza 11 novembre 2013 (est. E. Riva Crugnola): la legge 9 agosto 2013 n. 98 (modificando il d.lgs. 28/2010), ha previsto la possibilità per il giudice di disporre l'esperimento del procedimento di mediazione (cd. mediazione ex officio). Nel caso in cui il giudicante formuli alle parti una proposta conciliativa ed emerga la possibilità che la stessa trovi il consenso delle stesse, è indubbiamente opportuno che il Tribunale si avvalga del citato istituto disponendo d'ufficio che i litiganti diano inizio ai lavori di mediazione.

Necessità di un nuovo intervento legislativo in materia di separazione, affidamento dei figli e sistemi ADR

A partire dalla legge 219/2012 sulla filiazione naturale, attraverso il Dlgs 154/2013 e il DL 132/2014 è stata compiuta una serie di interventi sul diritto di famiglia ai quali non ha potuto dare contributo la componente sociale più direttamente interessata alla problematica, ovvero le associazioni di famiglie separate, a differenza di quanto era sempre avvenuto fino alla scorsa Legislatura inclusa. I provvedimenti sono stati elaborati con una consultazione ristretta alle componenti professionali. Questa autoreferenzialità del sistema legale ha provocato un forte malcontento, sia perché il più importante intervento legislativo in materia – la legge 54/2006 sull'affidamento condiviso – è stata elaborata proprio dalle associazioni, sia perché le medesime da tempo stavano segnalando la mancata applicazione della riforma e chiedendo nuove norme che la rafforzassero. Viceversa, a ciò si sono aggiunti interventi del Dlgs 154/2013 che vanno nella direzione esattamente opposta – ovvero tendono a consolidare la prassi legislativa – e ciò attraverso una tecnica legislativa viziata da evidenti incongruenze e non sostenibili criticità, come può facilmente vedersi. Appare, dunque, non più rinviabile per Parlamento e Governo il momento di dare ascolto a istanze la cui legittimità è difficilmente contestabile. Anche perché a livello popolare l'insoddisfazione, sempre più profonda, sta cominciando a manifestarsi per altre vie – come il Registro della Bigenitorialità – che potrebbero dirsi di democrazia diretta e che sono destinate a mettere in serio imbarazzo le istituzioni se la loro sordità dovesse persistere.

Entrando nel merito di un intervento che ci si augura imminente – se non immediato, come vedremo poter essere – una prima esigenza da soddisfare appare sicuramente quella di modificare il metodo, riallargando le porte della consultazione.

D'altra parte, dovranno essere affrontati ed eliminati gli scompensi introdotti sia dalla falsa applicazione dell'affidamento condiviso che dai successivi interventi sulla materia.

In estrema sintesi, nominare sistematicamente un genitore collocatario riconoscendo all'altro un "diritto di visita", così come assegnare solo al collocatario i compiti di cura dei figli lasciando all'altro solo l'obbligo di for-

nire denaro, costituisce l'esatto opposto dei principi della bigenitorialità. Sul punto si sono avute anche recenti interrogazioni al Senato e alla Camera (on. Binetti), la cui risposta non può lasciare soddisfatti. Non ha senso riconoscere per legge al minore il *diritto* a un rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori e a ricevere le cure di entrambi (bigenitorialità) e poi stabilire regole monogenitoriali sostenendo che è ciò che meglio realizza il suo *interesse*. Non è plausibile che si tuteli un interesse privando di un diritto.

Non meno contestabile appare il decreto legislativo 154/2013 nella parte in cui interviene sulle norme in materia di affidamento dei figli, *a partire dal fatto stesso, in sé, dell'avverle trattate, in evidente eccesso di delega e quindi in violazione dell'art. 76 della Costituzione*. In aggiunta, buona parte delle modifiche introdotte peccano per logica e coerenza. Si rammenta, limitandosi alle principali:

- *l'obbligo di fissare una "residenza abituale"* in regime di affidamento a entrambi i genitori, concetto metagiuridico e non logico, visto che la "consuetudine" non può riferirsi al futuro, ma attiene al passato;
- *l'ascolto del minore che diventa facoltativo*, contro le disposizioni UE;
- *l'assegnazione contraddittoria della casa familiare* che privilegia l'interesse dei figli all'art. 337 sexies c.c. e quello del coniuge debole all'art. 6 della Legge 898/1970, lasciata sopravvivere;
- il permanere di disposizioni, come la precedente, che fanno riferimento ai "coniugi", discriminando quindi i tipi di filiazione, in violazione della legge 219/2012;
- *la cancellazione delle norme sui cambiamenti di residenza*, per cui adesso un genitore può scomparire avendo come solo obbligo quello di informare dopo 30 giorni dove è finito. E via dicendo.

E si è fin qui taciuto sul DL 132 /2014 sulla negoziazione assistita, per il quale si segnalano altre inaccettabili sviste:

- la violazione dell'obbligo di ascoltare il minore, non previsto in alcuna parte e comunque inibito dal codice di comportamento degli avvocati;
- la *violazione dell'unicità dello status di figlio* essendo la negoziazione assistita riservata alle coppie coniugate.

Una annotazione a parte merita la mediazione familiare, che tutti dicono di voler promuovere, ma che è tuttora sostanzialmente e incomprensibilmente rimessa alla buona volontà delle parti. Si sono – giustamente – incentivati o addirittura creati vari sistemi ADR per ridurre il carico dei tribunali, accelerare i tempi del processo e comunque contenere la conflittualità, ma ci è dimenticati di includere tra questi la mediazione familiare: lo strumento che per tali fini è il più utilizzato in tutto il resto del mondo. Se tradizionalmente i vertici dell'avvocatura si sono mostrati ostili alla mediazione, la situazione sta velocemente cambiando, soprattutto a livello di base, da quando si è compreso che la gestione dei conflitti familiari deve passare – anche stragiudizialmente – nelle mani dei legali, cosa che avviene già sia con la negoziazione assistita che con la pratica collaborativa, che si avvale delle tecniche della comunicazione e della mediazione. Pertanto, per incentivare adeguatamente la mediazione familiare un *passaggio preliminare informativo obbligatorio per le coppie in disaccordo* appare indispensabile. Tanto più che i relativi corsi di formazione sono ormai frequentati prevalentemente da giovani avvocati. D'altra parte, se il problema, l'obiezione opposta a questa richiesta di sanare i guasti presenti nel diritto di famiglia dovesse essere che in questo momento ci sono altre priorità, che ci si deve occupare di garantire efficienza al processo civile, la replica non mancherebbe e potrebbe svilupparsi come segue, sulla base della stessa relazione dell'On. Vazio che ne è stato incaricato.

1. Proprio basandosi sul criterio dell'efficienza, questa si raggiunge rendendo il processo veloce e comprensibile. Rendere il processo comprensibile se, da una parte, significa "superare quell'insieme di tecnicità progressive che rendono faticosa la sentenza", dall'altra significa anche effettuare quel passaggio necessario dall'operatore del diritto al suo fruitore, operazione che la delega correttamente compie. Si legge, infatti, che il concetto di comprensibilità deve essere connesso con quello di eticità, poiché "la comprensibilità del processo da parte di chiunque è costretto ad utilizzarlo è condizione essenziale della sua eticità. Le parti debbono sapere chi, almeno in astratto e con una sensata prognosi, vincerà o perderà".
2. Ma allora, se alle parti devono essere date queste garanzie, queste possibilità di previsione, il provvedimento del giudice dovrà essere il più possibile aderente alle disposizioni di legge, il che rende indispensabile da subito anche un riesame di aspetti del diritto sostanziale, di quel-

le prassi giurisprudenziali che hanno dato luogo al maggior numero di pesanti contestazioni; assieme a quelle recenti disposizioni che hanno già manifestato evidenti e preoccupanti criticità.

3. Si ricordano in concreto, quindi, quali disfunzioni da eliminare:
 - l'introduzione arbitraria del genitore collocatario percettore di assegno e incaricato in solitudine – con tutti i relativi vantaggi e svantaggi – di provvedere ai bisogni dei figli, sistematicamente eletto all'interno dei provvedimenti del giudice;
 - il mantenimento del concetto di "residenza privilegiata", presso la quale il "genitore non collocatario" esercita il "diritto di visita";
 - l'assenza di verifica in sede di omologa di separazioni consensuali che entrambi i genitori abbiano assunto compiti diretti di cura, comprensivi della parte economica. In altre parole alla partecipazione agli oneri di cura e mantenimento dei figli deve essere tolta la possibilità di un adempimento limitato al versamento di un assegno – al quale deve essere lasciata una funzione meramente perequativa, *secondo la legge in vigore* – dovendosi invece, salvo giustificate eccezioni – provvedere in forma diretta e per capitoli di spesa.
4. D'altra parte, per quanto attiene alla mediazione familiare – come sopra accennato – la delega al governo insiste nel sottolineare la necessità di un abbattimento del contenzioso e di un processo veloce, concetti che ovviamente viaggiano di pari passo. Basterebbe quindi introdurre l'obbligo di un passaggio preliminare informativo sulle sue potenzialità, prima di rivolgersi al giudice, come condizione di procedibilità. Visto che il decreto legge governativo si preoccupa di promuovere in altri ambiti l'istituto dell'arbitrato e il tentativo di conciliazione, perché dimenticarsi ancora una volta della mediazione familiare?

Concludendo, se il legislatore ha a cuore, come afferma, i diritti della persona e vuole rafforzare le garanzie, e al tempo stesso abbattere o quantomeno contenere il contenzioso non potrà limitarsi ad operare un cambiamento solamente organizzativo, ma dovrà estendere le tutele quanto meno all'osservanza delle conquiste del 2006, nel senso sopra indicato, e alla promozione della mediazione familiare.

MARINO MAGLIETTA
PRES. ASS. NAZ. CRESCERE INSIEME

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Il Registro della Bigenitorialità: una iniziativa che parte dal basso ma vuole arrivare in alto

Presentiamo in questo numero un nuovo strumento che un numero velocemente crescente di amministrazioni comunali sta mettendo a disposizione delle famiglie separate: il *Registro del Doppio Domicilio*, o meglio, come è stato poi più correttamente denominato, *della Bigenitorialità*.

Quale ne sia il senso e gli scopi può essere facilmente ricavato da quanto riporta la delibera stessa che lo ha istituito, nel Comune di Parma. Abbiamo, tuttavia, ritenuto che sarebbe stato riduttivo e poco fedele al suo spirito non evidenziare la ben ampia portata di questa iniziativa, rispetto ad un semplice atto amministrativo. Di ciò danno testimonianza i contributi che gli affianchiamo, che da zone d'Italia diverse mettono in luce aspetti complementari e tutti ugualmente validi: come il Registro tocchi la sensibilità dei figli di genitori separati, come con esso ci si avvii a dare risposta alle esigenze delle madri separate e quale sia stata la prima accoglienza al Registro nelle prassi attuative e nella valutazione degli addetti ai lavori.

Ciò che ci sentiamo di ritenere comune a questi diversi approcci è l'invito alle forze politiche a prendere in seria considerazione la sollecitazione che la volontà popolare rivolge ad esse a realizzare compiutamente la riforma del 2006. I minori sentono parlare continuamente del loro interesse dalle istituzioni, ma preferirebbero sicuramente che queste si preoccupassero anzitutto di rispettare i loro diritti.

la MEDIAZIONE

Il registro della bigenitorialità: il punto di vista di una figlia di genitori separati

Mi sono trovata già da tempo coinvolta nelle problematiche delle crisi familiari. Come figlia di genitori separati ho da sempre avuto una particolare sensibilità verso questi temi. D'altra parte, come avvocato e mediatrice familiare ho anche acquisito le competenze necessarie per affrontarli con la dovuta competenza. L'obiettivo primario che mi sono prefissa è stato quello di mettere la mia esperienza personale a disposizione di chi oggi si trova nella stessa mia condizione di allora, ma in età minore e non ha quindi la consapevolezza di ciò che avverrà nella sua crescita a seconda che per lui vengano assunte decisioni di un tipo o di un altro. Ho, quindi, aderito assai volentieri all'associazione "Figli per i figli", che ha esattamente questi scopi ed è costituita da figli di genitori separati oramai in età adulta. Si sostiene sempre di legiferare, emanare sentenze ed effettuare scelte mettendo al primo posto l'interesse dei figli. Ma perché non viene chiesto loro cosa vogliono?

Proprio per rimediare a questa evidente contraddizione accolsi molto volentieri nel 2011 l'invito della Commissione Giustizia del Senato per essere sentita in merito alle modifiche alla legge 54/2006 che si stavano discutendo, proprio allo scopo di portare in Parlamento la testimonianza dei più direttamente interessati.

Ciò che dissi esattamente è riportato nel sito del Senato sotto XVI Legislatura, ddl 957 e abbinate, audizioni. In poche parole, lamentai che il diritto dei minori alla bigenitorialità sia stato del tutto ignorato dalla prassi giurisprudenziale, che lo si sia fatto scavalcando un *diritto* soggettivo e indisponibile appartenente ai figli in nome di un loro *interesse* valutato arbitrariamente da terzi, che l'equilibrio nelle responsabilità, negli impegni e nei compiti di cura dei genitori, previsto dall'affidamento condiviso, sia stato disinvoltamente scavalcato inventando la nuova figura giuridica di fantasia del "genitore collocatario", che in questo modo si sia, in sostanza, rifiutato il modello bigenitoriale per mantenere quello monogenitoriale e che con pertinacia degna di miglior causa non si

sia voluto in alcun modo incentivare quello che in ogni parte del mondo è lo strumento principe per il contenimento del contenzioso, ovvero la mediazione familiare.

La chiusura anticipata della Legislatura ha vanificato la gran mole di lavoro già svolta, che andava nella direzione auspicata. Ciò che è avvenuto dopo è storia recente e ben nota. Ci sono stati una serie di interventi sul diritto di famiglia e in particolare sulle regole della rottura del legame di coppia in presenza di figli, dal decreto legislativo 154/2013 al decreto legge 132/2014 e altri si sono appena conclusi o sono tuttora in corso.

Cosa è sopravvissuto del messaggio della precedente legislatura? Nulla. Anzi, sorvolando in questa sede sui contenuti, quanto meno è sicuramente deprecabile il cambiamento di metodo, ovvero l'autoreferenzialità con cui le istituzioni hanno proceduto, operando nelle chiuse stanze e interagendo solo con il sistema legale. In altre parole, si sono ancora fatte audizioni, ma escludendo sistematicamente ogni contatto con i destinatari delle riforme, ovvero i rappresentanti delle famiglie separate. Una scelta che è costata carissima in termini di numerose e grossolane "sviste" che affliggono i recenti testi per la mancanza del necessario filtro e delle verifiche offerte dal confronto con soggetti e ottiche diverse, e che sta anche incrementando la mancanza di stima nei confronti delle istituzioni.

Sulla base del numero delle famiglie separate e considerando anche l'intorno degli ascendenti si valuta sono circa 8 milioni le persone coinvolte nei processi di separazione, l'80% delle quali avrebbe gradito l'attuazione di un vero affidamento condiviso, secondo valutazioni a suo tempo fatte dall'Università di Roma La Sapienza. È, dunque, tutt'altro che trascurabile il profondo malcontento di questi cittadini che si vedono oggetto di decisioni, anziché soggetto di diritti, che pure si sono faticosamente conquistati attraverso le leggi dello stato. Un stato la cui Costituzione prevede la separazione dei poteri e che vede invece

oggi il potere giudiziario invadere il campo di quello legislativo, il quale a sua volta procede evitando di raccogliere gli umori e le aspirazioni popolari e farsene portavoce. Nessuno sembra voler dare peso a questo diffuso malessere e al contributo che dà alla crescita dell'antipolitica, alimentando sia l'astensione che la confluenza verso formazioni, che, sia pure con motivazioni diverse, sono comunque ribelli. Ci si limita a fornire spiegazioni superficiali e banali, come la litigiosità interna ai partiti, come se i cittadini dovessero per forza continuare a scegliere solo tra le pietanze tradizionali offerte loro, come se avessero un necessario attaccamento a dei colori, recuperabile con il semplice ritorno alla coesione, anziché avere un *proprio* pensiero e *propri* obiettivi. Così nessuno sembra dare importanza al fatto che il consenso, un tempo distribuito in Italia in modo estremamente stabile, è adesso quanto mai volatile e pronto a spostarsi in massa in tempi brevissimi. Si danza sul Titanic.

In questo contesto e con queste premesse giunge l'idea e la proposta dell'associazione Crescere Insieme, alla quale essenzialmente si deve la riforma del 2006, di creare un registro della bigenitorialità, che attraverso la doppia domiciliatura dei figli di genitori separati non si limiti a portare contributo al contenimento dei conflitti, ma soprattutto rappresenti un segnale forte di quella giustizia dal basso che intende scuotere le istituzioni e sollecitarle – se non “obbligarle” – ad adeguarsi a una volontà popolare chiaramente espressa.

Sono emiliana ed è stato perciò con viva soddisfazione che ho constatato che un comune della mia regione è stato il primo a raccogliere l'invito e a provvedere: Parma. Una delibera approvata all'unanimità, a dimostrazione della trasversalità delle buone idee. Talmente buone da essere immediatamente raccolte da altri comuni, amministrati da forze di varie aree politiche. San Lazzaro di Savena, Zola Predosa, Casalecchio, Cervia, Cesena, Forlì, Bologna, per limitarmi all'Emilia-Romagna, hanno già preso in considerazione il progetto o lo hanno già realizzato.

Ma le istituzioni – o meglio quella parte di esse che ha reso necessaria un'attesa di 12 anni per far passare l'affidamento condiviso, per poi pugnalarlo nell'applicazione – come stanno reagendo? Può darne un'idea il parere espresso dal Garante dell'Infanzia per l'Emilia-Romagna, interrogato in proposito dal Comune di Forlì, qui riportato insieme alla replica del presidente dell'associazione

Crescere Insieme. Scarsa comprensione del senso della proposta, scarso approfondimento anche tecnico, evidente ostilità.

Cosa si potrebbe opporre a questa riduttiva lettura, a questo desiderio di conservazione? Forse il messaggio di uno dei più efficaci comunicatori dei nostri tempi, presente in tutti i momenti e gli eventi di grande rilevanza sociale: Andrea Bocelli, che è voluto intervenire con un suo spot (*link*) a sostegno del registro e di ciò che rappresenta.

ANNA RITA CATTÒ

Avvocato e mediatrice familiare

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Al Presidente dell'Associazione Nazionale “Crescere insieme”,
Prof. Marino Maglietta
marino.maglietta@gmail.com

Oggetto: Registro della bigenitorialità
(fasc. 65/2015)

Gentile Prof. Maglietta,

mi sono dovuto occupare molto recentemente della questione relativa all'istituzione da parte di alcuni Comuni della regione dei cosiddetti “Registri della bigenitorialità”.

A tal proposito, ho ritenuto di esprimere il parere che Le allego.

Le ricambio i saluti.

Il Garante
Luigi Fadiga

Bologna, 12 maggio 2015

Il Garante per l'infanzia e l'adolescenza

Viste

le richieste di parere presentate dai Responsabili e dai Coordinatori di alcuni Centri per le Famiglie dell'Emilia-Romagna in ordine all'istituzione da parte di alcuni Comuni del territorio di "Registri della bigenitorialità";

Vista la documentazione prodotta ed assunte informazioni al riguardo;

Premesso che

- Il concetto di bigenitorialità è stato rafforzato dalla riforma del 2006, in attuazione del principio già da tempo affermato negli ordinamenti europei e nella stessa Convenzione delle N.U. sui diritti del fanciullo del 1989, che è legge per l'Italia. Tale norma (L. 54/2006) prevede che i figli siano affidati prioritariamente ad entrambi i genitori e, soltanto se l'affidamento condiviso sia di pregiudizio all'interesse del minore, ad uno solo di essi; il diritto del minore a mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori è ora disciplinato dal nuovo art. 337-ter del Codice civile, inserito dal D.Lgs 28 dicembre 2014, n. 154, in armonia con l'art. 9 comma 3 della citata Convenzione. Esso prevede inoltre - e pone sullo stesso piano
- il diritto del minore di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Per realizzare tale finalità, il giudice deve fare esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale del minore, secondo il criterio dell'art. 3 e del successivo art. 9, comma 3 della Convenzione stessa in base al quale: Gli Stati parti rispettano il diritto del fanciullo separato da entrambi i genitori o da uno di essi di intrattenere regolarmente rapporti personali e contatti diretti con entrambi i genitori, a meno che ciò non sia contrario all'interesse preminente del fanciullo [...];
- nella seduta dell'11 marzo scorso il Senato ha approvato all'unanimità il ddl n. 1209 recante "Modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184, sul diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affidamento familiare", che indirettamente riconferma il principio dell'obbligo di rispettare e preservare la continuità delle positive relazioni socio-affettive del minore;

Rilevato che

- Sono certamente negativi gli effetti derivanti dalla negazione della figura di un genitore in vantaggio dell'altro e che tuttavia, a opinione di questo Garante, i Registri della bigenitorialità" presentano il rischio di essere strumentali ai diritti dei genitori piuttosto che al preminente interesse dei minori coinvolti per i quali non cambierebbe il contenuto della decisione del giudice;
- Una tale ottica presenta inoltre il rischio di contribuire ad aumentare il livello di conflittualità tra i genitori con ricadute negative sul minore stesso, che si vedrebbe così coinvolto in ulteriori dinamiche oppostive;
- Criticabile sembra infine il fatto che alcuni dei Registri già istituiti prevedano che l'iscrizione possa essere richiesta anche da un solo genitore senza il consenso dell'altro e che la cancellazione possa avvenire solo su richiesta del primo, e che in taluni casi sia prevista la possibilità di comunicare i dati del registro anche a soggetti non pubblici quali gli Ordini professionali,

Ritenuto che

L'argomento è certamente complesso e molti altri sono gli aspetti che andrebbero approfonditi, avendo però sempre ben chiaro che rientra esclusivamente nella competenza della magistratura stabilire le misure che assicurano l'esercizio condiviso delle responsabilità genitoriali prediligendo sempre, in sede di giudizio, l'interesse e la protezione del minore rispetto alle esigenze degli adulti,

P.Q.M.

Visti gli artt. 2 e 3 della legge regionale 17 febbraio 2005, n. 9 e s.m.i.;
Visto l'art 9 dalla Convenzione delle N.U. sui diritti del fanciullo;

Decide di rispondere come in motivazione al quesito postogli.

Il Garante

Luigi Fadiga

Bologna, 14 maggio 2015

La conciliazione dei tempi di vita e di lavoro: le difficoltà dei genitori separati e l'Istituto del Registro del doppio domicilio

È in Toscana che viene fondata l'associazione nazionale che penserà e realizzerà la riforma dell'affidamento condiviso – Crescere Insieme – ed è in Toscana che si nuclea l'idea originaria che porterà al cosiddetto Registro della bigenitorialità. Lo spunto iniziale è fornito infatti da una illuminata sentenza del tribunale di Firenze (est. Paparo), che nel 2012 stabilisce la doppia domiciliatio- ne di un ragazzino figlio di genitori separati residenti in comuni diversi, per consentirgli di fruire dei centri estivi organizzati dall'uno e dall'altro comune. Visto che il legame tra quella novità legislativa e il registro è strettissimo, chi scrive ritiene che difficilmente la circostanza possa essere casuale.

Chi scrive, in effetti, lavora da tempo nel campo del disagio familiare sia come psicologa e mediatrice familiare che come persona impegnata socialmente (presidente della Commissione per le Pari Opportunità di Campi Bisenzio). Ho avuto anche l'opportunità di essere audita nel 2011 dalla Commissione Giustizia del Senato quale rappresentante dell'associazione Laddes Family FVG (Libera associazione donne separate e divorziate Family del Friuli-Venezia Giulia), in merito alle modifiche alla legge 54/2006 che si stavano discutendo, nell'ottica di creare le condizioni più adeguate per un'effettiva bigenitorialità. In quella sede il mio ruolo era (e resta oggi) quello di mostrare che ai fini della salute del bambino non ha senso pensare a un "interesse del minore" astrattamente considerato, ma occorre calare i provvedimenti che si intende prendere, le regole che si intendono dare, all'interno del contesto delle problematiche dell'intero gruppo familiare, per quanto scisso al livello degli adulti. La bigenitorialità, in altre parole, va intesa come quella condizione che preserva la stabilità dei rapporti del bambino con i suoi genitori, a prescindere dalla loro separazione e deve essere costruita come diritto primario del figlio a crescere sia con le cure della ma-

dre che con quelle del padre. Dissi allora, e continuo a pensare ancor oggi, che occorre rifiutare, in quanto espressione di una non corretta genitorialità, la delega esclusiva dei compiti di cura ad uno solo dei genitori. Ciò che serve, invece, è la responsabilità e l'impegno di entrambi nel provvedere alla cura, educazione e istruzione dei loro figli. La grande conquista, al femminile, della riforma del 2006 era stata quella di spezzare la tradizionale, obsoleta e anacronistica divisione dei ruoli fra il padre e la madre, richiamando gli uomini a un equivalente impegno nella vita familiare. Era, dunque, una protesta contro un'applicazione della legge 54/2006 che tende a consolidare un sistema sociale in cui alle donne viene attribuito il principale onere dell'allevamento dei figli, privandole di effettive pari opportunità. Era – e resta valida – la richiesta esplicita di applicare l'affidamento condiviso disponendo una frequentazione e un'assunzione di compiti di cura effettivamente equilibrate, tali che "i figli possano sentirsi a casa propria sia dalla madre che dal padre, e quindi un doppio domicilio". Parole alle quali oggi il registro sembra voler dare la risposta adeguata, quella invocata e a lungo inutilmente attesa.

Non si può, dunque, dare del registro una lettura meramente amministrativa, riducendone la funzione a quella di un veicolo informativo in più. A tale scopo, difatti, per quanto riguarda le scuole potrebbe bastare l'osservanza della circolare Moratti del 2005, che obbligava gli istituti a inviare ogni comunicazione riguardante gli allievi ad entrambi i genitori, anche se non affidarli entrambi. Tanto meno è accettabile la lettura polemica di qualcuno che – probabilmente spinto da motivi ideologici, la nostalgia per il vecchio affidamento esclusivo – si è sbilanciato a ipotizzare un aumento della conflittualità a causa del registro. Come se, a prescindere dal diritto-dovere alla partecipazione alla vita dei figli, fosse politicamen-

te e legalmente corretto prevenire discussioni con lo strumento dell'emarginazione. Il suo significato è ben altro, come attesta il sostegno ricevuto in molti ambiti della mia regione da membri delle Commissioni Pari Opportunità. Il registro, infatti, tende a realizzare antichi messaggi e richieste popolari, in linea con la *Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna*, fatta a New York, il 18.12.1979, che prevede una suddivisione di responsabilità tra uomini, donne nella consapevolezza che il ruolo tradizionale dell'uomo nella famiglia e nella società deve evolversi insieme a quello della donna se si vuole effettivamente addivenire ad una reale parità tra di essi. In questo senso all'articolo 16 si chiede che gli Stati prendano tutte le misure adeguate per eliminare la discriminazione nei confronti della donna in tutte le questioni derivanti dal matrimonio e nei rapporti familiari e, in particolare, assicurando condizione di parità con gli uomini e gli stessi diritti e le stesse responsabilità come genitori, indipendentemente dalla situazione matrimoniale, nelle questioni che si riferiscono ai figli.

Pertanto, il registro coglie in pieno il messaggio della bigenitorialità anche sotto il profilo di una organizzazione della famiglia separata che eviti alle donne separate di dover scendere a compromessi per conciliare gli obblighi familiari con quelli lavorativi, trovandosi a dover affrontare i medesimi problemi senza poter contare su una presenza fattiva dell'ex partner, che, se vuole, con facilità può defilarsi da ogni sorta di responsabilità genitoriale, visto il tipo di applicazione che i tribunali riservano all'affidamento condiviso. Notoriamente, la giurisprudenza continua a delegare a un solo genitore (ossia in netta prevalenza alle madri) il peso della cura dei figli, facendone il "genitore prevalente", o "collocatario" e conservando ai padri il "diritto di visita", il tempo ricreativo, negando nei fatti quella parità di diritti-doveri che l'affido condiviso comporterebbe, ma che viene stabilito dai tribunali in modo solo formale e apparente. Così, focalizzando l'attenzione anche solo sul significato minimo del registro, troppo spesso ancora la madre resta l'unico genitore tenuto a rispondere alle richieste che pongono scuola e vita dei figli: a lei e solo a lei arrivano tutte le comunicazioni, le convocazioni, e anche eventuali solleciti di pagamenti non effettuati.

È stato, quindi, con viva soddisfazione e pieno convincimento che ho colto la possibilità di proporre il registro alla Commissione

che presiedo a Campi Bisenzio, ottenendo adesione trasversale e unanime. In definitiva, la valenza principale delle mozioni che in tanti comuni d'Italia vengono sempre più spesso presentate è sostanzialmente quella di ribadire concetti fondamentali per uno stato civile, ovvero l'importanza di creare effettive pari opportunità a favore delle lavoratrici e/o delle donne occupate e in cerca di occupazione, con riferimento alla conciliazione vita - lavoro, favorendo un riequilibrio degli obblighi di cura e delle responsabilità genitoriali che rappresenti un sostegno reale alle coppie separate e ai loro figli, una realtà importante della società odierna, che esprime un disagio sociale sempre più diffuso.

Resta il fatto che il nostro codice civile già prevede per i genitori pari responsabilità e obblighi nella cura dei figli, in accordo con quanto stabilito dall'art. 30 della Costituzione. Sarebbe, dunque, essenzialmente compito del Parlamento porre rimedio a ciò che la prassi giurisprudenziale disattende. Esistono già anche in questa legislatura proposte di legge – come la 1495 – che sostengono efficacemente questi principi. Non si può che auspicare che vengano rapidamente calendarizzate. È un peccato che l'attesa sia divenuta già così lunga. Ma esiste anche una giustizia dal basso, un modo più diretto di fare politica. Ecco perché, nel nostro piccolo ambito amministrativo, ci stiamo impegnando per porre un primo tassello a favore dei diritti indisponibili dei figli di genitori separati.

EMANUELA EBOLI

Psicologa e mediatrice familiare

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Il Registro della Bigenitorialità alla prova dei fatti

Del registro della bigenitorialità, istituito in numerosi comuni italiani, si parla ormai da diverso tempo, ma a mio parere troppo sottovoce, per il forte messaggio sociale e politico che contiene, tanto che si può dire che al momento solo un piccola parte di addetti ai lavori ne ha avuto notizia. È questo, fortunatamente, il mio caso, essendo impegnata da anni nel lavoro con famiglie, adolescenti e coppie – in particolare attualmente nel Veneto, in servizi pubblici quali il consultorio familiare e la tutela dei minori – come psicologa e psicoterapeuta, e occupandomi anche, a titolo personale, di violenza sulle donne presso un centro antiviolenza, una tematica che emerge con particolare frequenza nella rottura del legame di coppia e che giustamente è da qualche tempo oggetto di attenzione anche da parte del legislatore quando si preparano interventi nell'ambito del diritto di famiglia.

Da qui il mio interesse per gli aspetti legislativi che si traducono in specifici momenti del quotidiano di molte famiglie che hanno la necessità di modificare la loro struttura e le loro interazioni, e che sono interessate a farlo nella maniera meno conflittuale possibile, con le inevitabili difficoltà che ciò comporta, anche nei casi più favorevoli.

Per questi motivi ho seguito sempre con viva attenzione l'applicazione dell'istituto dell'affidamento condiviso, introdotto dalla L. 54/2006, in quanto nel farsi portatore, per la prima volta, del fondamentale diritto del minore alla bigenitorialità non ha dimenticato di inserirlo in un contesto di equilibrata attribuzione di diritti e doveri all'interno della famiglia separata; di quelle "pari opportunità", cioè, che sono il migliore antidoto verso la principale fonte di litigiosità degli adulti che è la discriminazione, e al tempo stesso garantiscono al minore una consuetudine di vita arricchita dei contributi educativi e affettivi di entrambi. In tal modo veniva sancito legislativamente quanto, per unanime riconoscimento, è condizione indispensabile per il benessere e la crescita armoniosa di un minore, cioè lo sviluppo della propria persona all'interno di relazioni equilibrate con i propri genitori.

Se questa è la filosofia, se questa è la ragion d'essere della riforma del 2006, non può non riconoscersi di notevole rilevanza pratica la suaccennata iniziativa, che si sta diffondendo a livello nazionale, sull'istituzione nei Comuni di un registro per il doppio domicilio dei minori. Sostanzialmente, si tratta di una proposta avviata dall'Associazione Crescere Insieme sulla base di una sentenza del Tribunale di Firenze, alla quale stanno dando attuazione al momento diversi Comuni italiani, anche autonomamente. Di notevole c'è che questa iniziativa va a tradurre nel quotidiano quel diritto del minore ad avere genitori partecipi e responsabili, coinvolti operativamente nelle attività che costituiscono ed organizzano la sua vita. Parliamo cioè di quello che diventa il riscontro pratico di una Legge e, soprattutto, di un diritto nella gestione familiare; importante tanto più nelle situazioni in cui si riscontra conflittualità, proprio perché viene in aiuto nel contenere ed attenuare motivi di disaccordo inerenti, in una parola, la responsabilità genitoriale.

Sono già numerosi, dunque, i Comuni che in diverse regioni italiane hanno approvato o stanno considerando la possibilità di introdurre il registro del doppio domicilio, in una sorta di diffusione dettata da una progressiva comprensione della validità dei risvolti pratici dell'iniziativa. Così, per esempio, nel Triveneto Verona, Trento, Bolzano e Muggia (TS) hanno già portato l'ipotesi del registro a stadi assai avanzati di realizzazione, in misura varia, imitati da una quantità di altri piccoli centri. A Verona, in particolare, l'iniziativa del comune, da diverso tempo compiutamente realizzata, è stata sostenuta anche da organizzazioni sindacali come la UILFPL (Federazione Poteri Locali), la cui commissione pari opportunità ha deciso di condividere e promuovere il progetto.

Chiaramente, vista la nascita non uniforme della proposta del registro presso le diverse amministrazioni, ognuna di queste sta cercando di dare un proprio contributo all'applicazione pratica, ovvero alla regolamentazione tecnica dello stesso, rimanendo tuttavia su linee similari.

Sotto il profilo operativo, infatti, i dirigenti di settore dei servizi al cittadino, quindi dell'anagrafe, in cui è già attivo il registro forniscono spunti pratici di riflessione per migliorarne e massimizzarne l'utilizzo.

In pratica, nel registro della bigenitorialità vengono annotati i due domicili di cui fruisce il minore figlio di genitori separati, in riferimento alle residenze degli stessi. Da ciò consegue la comunicazione del doppio domicilio agli Enti che hanno relazione con il minore, al fine di garantire pari opportunità di partecipazione e pari responsabilità per i genitori dello stesso, con rilevanti differenze anche sotto il profilo amministrativo, garantendo in tal modo al minore anche più ampie possibilità di fruire di servizi territoriali scolastici, extrascolastici e sanitari legati al domicilio, con l'effetto di un'integrazione relativa allo svolgimento di ogni attività che lo riguarda in entrambi i suoi ambienti di vita, e introducendo così nella non felice esperienza della separazione quanto meno un positivo elemento di ampliamento di orizzonti e di risorse.

Tecnicamente, il regolamento di attuazione del registro nella versione "veneta", va a regolare nello specifico i requisiti per l'iscrizione, le modalità di richiesta, cancellazione e modifica, nonché quelle di comunicazione sia ai genitori che ad enti terzi, anche impegnando il comune che lo adotta a svolgere un'opera di informazione, promozione e sensibilizzazione al tema in tutto il territorio circostante e interagente.

Sulla comunicazione si svolge l'attuale dibattito tecnico in alcuni Comuni in cui è in discussione l'approvazione; infatti, se da un punto di vista concettuale e culturale il registro è trasversalmente accolto ed approvato, da un punto di vista tecnico può sorgere la necessità di studiare le migliori soluzioni per risolvere obiezioni possibili o anche semplicemente difficoltà organizzative legate al maggior lavoro degli uffici, per quanto leggero. Naturalmente tutto ciò non sta scoraggiando le amministrazioni interessate, trattandosi evidentemente della fase di rodaggio di qualsiasi nuova iniziativa, che a regime troverà sicuramente le proprie buone prassi. Per dare un esempio del tipo di questioni prospettate, si è discusso sulla legittimità della previsione che un solo genitore possa decidere l'iscrizione e poi darne notizia all'altro. In effetti, tuttavia, il problema appare inconsistente, visto che si tratta di uno strumento che traduce un diritto del quale è titolare il minore e non i genitori, per cui non solo non neces-

sita che la richiesta sia congiunta, ma sarebbe addirittura giustificato che l'iniziativa fosse presa da un terzo qualsiasi, sol che interessato al rispetto di questo diritto. Parallelamente appare legittima ed essenziale la comunicazione ad istituti scolastici e sanitari, come già avviene per minori figli di coppie unite, per ovvie ragioni di condivisione della responsabilità verso il minore. Ne segue, dunque, che quanto ha suscitato dubbi dovrebbe piuttosto incoraggiare e rafforzare le ragioni che sottendono la positività di talune amministrazioni virtuose, in quanto esse si trasformano così in potenziali garanti del diritto del minore alla bigenitorialità in senso reale, pratico e quotidiano.

Certo è che ragionando in questo senso non si può non immaginare l'importanza che rivestirebbe un coinvolgimento dell'Autorità Giudiziaria in modo diretto; così come non si può non auspicare ciò che renderebbe effettivamente forte uno strumento come quello del registro, che porta con sé ottime potenzialità, ove se ne lasciasse esprimere il pieno senso culturale e applicativo del diritto nascente dall'istituto dell'affido condiviso; cioè a dire, ove una regolamentazione del genere non fosse lasciata alla sola buona volontà di amministrazioni che, per quanto ben disposte, trovano comprensibili limiti nella mancanza di una specifica previsione in tal senso, a livello sia di tempi che di organico. Sarebbe quindi di grande giovamento una legge di istituzione del registro, anche solo a livello regionale.

Appare, comunque, auspicabile che le amministrazioni attualmente impegnate ad istituire il registro, proseguano in ciò e riescano a mettere a punto una sua sempre migliore prassi applicativa, non tralasciando di coinvolgere altri Comuni contigui, al fine di creare una disciplina omogenea e progressivamente sempre più diffusa.

GIUSY A. M. LA MARCA
Psicologa psicoterapeuta

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Innovazione e crescita nella mediazione familiare: il "metodo A.E.Me.F."

In questi ultimi anni in Europa e soprattutto in Italia è emerso, in modo preponderante, un problema sociale di grande rilevanza, costituito dalla crescita esponenziale del numero delle separazioni e dei divorzi che ha portato con sé la necessità e l'urgenza di promuovere il cambiamento della cultura della separazione, dando particolare visibilità al ruolo che, in questo ambito, può svolgere la mediazione familiare.

La Mediazione familiare, come noto, consiste nell'intervento di un terzo neutrale che aiuta la coppia in crisi a ristabilire, tra i partner, la "comunicazione" tra loro interrotta, al fine di consentire agli stessi di pervenire ad una separazione che sia congiuntamente concordata.

È però indispensabile, innanzitutto, chiarire l'attività che è chiamato a svolgere questo professionista che ha un compito così delicato e fondamentale nel sostenere la coppia, per trovare un accordo di reciproca e autentica utilità nell'interesse prioritario dei minori. La mediazione familiare è uno strumento di tutela dei figli nel conflitto genitoriale. La mediazione familiare, intesa come approccio alternativo al conflitto di coppia e tra i componenti di un nucleo familiare, nasce da una esigenza comune in tutti gli Stati europei, cioè quella di tutelare le relazioni familiari tenendo in prevalente considerazione il diritto imprescindibile del minore ad una «Bigenitorialità condivisa».

Non è un caso che, quando si è incominciato a parlare di Mediazione familiare in Europa, prese corpo la convinzione che, per svolgere questa professione, fosse assolutamente indispensabile un iter formativo esclusivo adeguato, fondato prevalentemente sulla psicologia della coppia ma anche su sufficienti cognizioni giuridiche, relative al diritto di famiglia (Carta Europea 1992).

Inoltre, si rendeva necessario che questa nuova figura di professionista avesse sviluppato esperienze di vita e di coppia, oltre a una spiccata sensibilità verso gli altri. Tutte cose che si acquisiscono attraverso una spe-

cifica formazione ed anche attraverso l'esperienza nel corso della propria esistenza.

La formazione è stata quindi, nel tempo, una fonte di arricchimento che ha permesso lo sviluppo della Mediazione familiare nella sua dimensione multidisciplinare così come sempre auspicato dalla Comunità Europea.

A Jacqueline Morineau va riconosciuto infatti il merito di avere, con grande passione e rigore scientifico, affrontato per prima, in Europa, il tema della Mediazione familiare e della necessaria esclusiva formazione didattica.

Analizzando, infatti, il significato profondo di questa specifica attività, la Morineau ha dimostrato, senza possibilità di fraintendimenti, che lo «spirito» della sua ricerca travalica i tradizionali confini delle divisioni disciplinari ed ha avviato, in Francia, iniziative associative che con il sostegno governativo hanno portato ad esperienze concrete di supporto funzionale per le coppie in crisi.

È pertanto ampiamente condivisibile quanto afferma il dott. Haller, docente di psicologia sociale all'Università cattolica di Milano, "Chi ha esercitato a lungo un'altra professione e non ha una formazione specifica nel campo della mediazione familiare «inquina» tale campo".

In Italia nacquero esperienze analoghe per accompagnare i coniugi separati nella loro evoluzione, sia dal punto di vista psicologico che legale.

Così, negli anni '80 si è formata l'Associazione dei Separati e Divorziati: l'Associazione partì dall'osservazione che nella separazione è inevitabile l'irrompere di componenti emotive, per gestire le quali non è sufficiente il lavoro del legale ma diviene indispensabile una collaborazione con lo psicologo, al fine di ottenere una visione globale dei problemi dei separandi e accompagnarli nella soluzione dei problemi legali ed emotivi.

Nel 1995 fu creato per l'A.S.DI. un corso di Mediazione Relazionale con approccio bilaterale (psicologico e legale) in grado di garantire un'assistenza completa, affinché il

trauma della separazione potesse essere doloroso ma non distruttivo e in grado di tenere conto dell'interesse dei figli.

L'A.E.Me.F. (Associazione Europea Mediatori Familiari), costituita nel 2003, sulla base delle esperienze e conoscenze dei suoi fondatori in ambito psicologico e legale, è stata la prima associazione di formazione che ha inteso diffondere la Mediazione Familiare in modo realmente innovativo, adoperandosi per far sì che quest'ultima si distinguesse come sistema realmente alternativo alla lite giudiziaria quale soluzione dei conflitti nel contesto familiare, attraverso l'acquisizione da parte dei genitori di una genitorialità condivisa e responsabile, e ponendo sempre al centro della sua attività la salvaguardia ed il benessere dei figli.

Nel 2006, l'anno in cui viene promulgata la legge sull'Affido condiviso, l'A.E.Me.F. infatti elabora un metodo pluralistico integrato originale, efficace e rapido che mira a sostenere gli ex partner nella creazione di un accordo di separazione libero, volontario e intimamente sentito, nel rispetto e per la piena tutela dei soggetti deboli (figli).

Uno strumento d'intervento funzionale denominato "metodo A.E.Me.F." agile, versatile e completo integra aspetti teorici e strumenti operativi da varie scuole di pensiero e contenuti e metodi efficaci dagli altri modelli. La metodologia viene adeguata alla coppia, scegliendo fra tutti gli strumenti e riferimenti disponibili.

Il metodo seguito ha tra i suoi capisaldi la ristrutturazione della comunicazione.

È un intervento equilibrato e sinergico tra aspetti specifici della Mediazione Familiare e l'aspetto legale, non tralasciando l'eventuale ricostruzione della coppia. Lavora sul processo del conflitto più che sui contenuti del conflitto stesso: i litigi sono il sintomo delle difficoltà, dei disagi della coppia e non la causa di separazione; ha nelle abilità e nelle competenze del Mediatore familiare uno dei suoi maggiori punti di forza.

Il Mediatore familiare è infatti inizialmente preparato sulla relazione di aiuto e successivamente, proseguendo nel percorso di formazione della mediazione familiare, acquisisce anche una sufficiente preparazione sul diritto di famiglia; ciò gli consente di risolvere il conflitto dei mediati attraverso un adeguato riconoscimento e comprensione reciproca da parte di questi ultimi delle cause che avevano determinato la crisi.

È evidente che questo aspetto è di grande rilievo sociale in quanto molte coppie, senza la mediazione familiare, non avrebbero avuto

la possibilità di riscoprire la validità del loro legame.

Se le coppie avessero intrapreso una strada esclusivamente giudiziale: avvocati e giudici non avrebbero avuto né il tempo ma soprattutto la competenza per affrontare adeguatamente i veri motivi di natura psicologica alla base della loro crisi.

Naturalmente al Mediatore familiare è richiesto, contestualmente allo specifico corso di formazione, di seguire un percorso personale anche alla scoperta della propria coppia interna.

È obbligatoria inoltre la supervisione, per la verifica della correttezza del processo seguito e per limitare il rischio di stress e burn out, ed è previsto l'aggiornamento secondo i recenti dettami di cui alla Legge n.4 del gennaio 2013.

Il metodo, dall'approccio sistemico-relazionale, assimila il concetto che la coppia rappresenta un sistema. In qualunque sistema sussistono delle relazioni che, a contatto con il mondo esterno, subiscono modifiche, pertanto *sanando il conflitto, si sana il sistema*.

Prende spunto ed applica i concetti psicoanalitici di Proiezione. Introiezione, Transfert e Contro-transfert.

Della Psicodinamica il metodo utilizza strumenti centrali per far comprendere ai mediati in maniera chiara e tempestiva quali sono i « vizi » delle loro problematiche relazionali. Come ad esempio l'individuazione del Tema Relazionale Conflittuale Centrale (CCRT), od anche dello stile collusivo, aspetto fondamentale per far comprendere ai partner come si sono scelti in base alle loro conflittualità interiori e alle carenze inconsce irrisolte.

Il modello AEMeF fa riferimento poi al ciclo di contatto della Gestalt per suddividere tutto il percorso in quattro fasi distinte e che portano in evidenza altrettanti temi significativi di ogni singola fase:

- Pre-contatto: *"non ci amiamo più"* = cosa ci sta accadendo?
- Avvio del contatto: *"separarsi insieme"* = perché ci siamo scelti? Cosa volevamo?
- Contatto pieno: *"non più coppia ma genitori"* = c'eravamo tanto amati.
- Post-contatto: *"la relazione è cambiata"* = una nuova progettualità.

Le fasi sono fra loro strettamente collegate e propedeutiche. Per poter passare alla fase successiva, è necessario aver pienamente ed efficacemente realizzato la precedente.

Naturalmente ogni coppia ha i suoi tempi

e non tutti i partner arrivano velocemente e senza intoppi a passare da una fase all'altra: sarà compito del Mediatore familiare riportare i mediati con direttività empatica a riconsiderare consapevolmente tutti gli aspetti positivi del lavoro che è stato svolto fino al momento.

Grande spazio durante il Master di formazione A.E.Me.F. viene dato alla parte esperienziale: gli aspiranti mediatori sono messi in grado, attraverso "*sedute di mediazione simulate*" riferendosi a casi realmente accaduti, di acquisire e via via affinare una serie di abilità e competenze indispensabili per affrontare in maniera adeguata un lavoro molto delicato e impegnativo.

Tra le abilità e le competenze del Mediatore familiare debbono spiccare: la capacità di accettazione incondizionata, l'essere considerati una base sicura per entrambi i partner, l'empatia, la congruenza, la neutralità, l'equidistanza, l'equivocanza ed usare sempre una direttività empatica.

Oltre a queste è importante che il professionista sia in grado di mantenere costantemente attiva la relazione con i tre soggetti coinvolti (lui, lei, la coppia), di mettere in atto la decisionalità e la progettualità da parte dei partner, di dare informazioni corrette e puntuali sugli aspetti giuridici ed infine di addestrare i mediati a descrivere ciò che sentono in prima persona e in modo diretto. L'accordo scritto raggiunto attraverso la mediazione sarà, infatti, valutato dall'avvocato ed eventualmente inserito nelle pratiche della separazione per attestare la consapevole, autonoma decisione dei coniugi.

La mediazione familiare è complementare alla consulenza legale, non la sostituisce.

È essenziale che gli operatori del diritto ne percepiscano l'importanza in termini di alleanza professionale, con competenze diverse e finalità congiunte.

In buona sostanza l'obiettivo della formazione è addestrare professionisti ben preparati e motivati per un lavoro di alto spessore sociale, che siano in grado di attivare la cooperazione nel gestire il ruolo genitoriale attenuando, e se possibile risolvendo, i conflitti che la separazione porta con sé.

La Mediazione familiare è indirizzata a coppie in via di separazione ma anche separate da tempo che desiderano ricercare elementi di accordo che tengano conto delle aspettative di ogni componente della famiglia divisa, e particolarmente dei figli, la cui tutela rappresenta elemento centrale e qualificante.

In particolare, l'obiettivo è di garantire ai figli una continuità affettiva e una stabilità

nelle relazioni parentali mantenendo e sviluppando rapporti con entrambi i genitori e le rispettive famiglie di origine. Tutto ciò è possibile se ciascuno dei genitori riesce a rendersi conto che pur terminando di essere coppia coniugale potrà continuare a svolgere, ed in maniera più consapevole, la sua funzione genitoriale.

La Mediazione familiare infine è una professione carica di creatività, di fantasia ed innovazione sociale perché consente di ridefinire le regole di convivenza, nel rispetto reciproco, e di trasformare il conflitto in azione costruttiva. Il modello consente al mediatore di seguire la coppia prima, durante e dopo la separazione, consentendole di consapevolizzare la propria storia di provenienza, di elaborarla, ed aprirsi alla possibilità di scrivere una nuova storia.

GABRIELLA VIGLIAR

Presidente AEMeF

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Copyright Giuseppe Marsoner

La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni (parte prima)

La mediazione umanistica e la mediazione filosofica

1. La mediazione umanistica

Le mie ricerche sulla definizione di un modello di mediazione dalle caratteristiche filosofico umanistiche derivano dalla convinzione che questo sia il solo modello in grado di dare risposte qualificate ai problemi della persona che confligge. Ho, infatti, ripetutamente sperimentato quanto questa impostazione consenta di essere efficaci ogniqualvolta in una lite la componente umana sia minore rispetto a quella 'commerciale', e diviene indispensabile allorché il peso delle due componenti sia invertito.

Ma non è la sola dimensione che rileva nella scelta di questo modello di comportamento: Martha Nussbaum, ben nota studiosa statunitense dei processi di formazione, opportunamente sottolinea che la dimensione umanistica è determinante affinché la stessa democrazia si realizzi e non sia destinata a soccombere.

Il modello di mediazione, che ne assume i principi, si colloca quindi nella logica dello sviluppo della qualità del vivere civile e dell'evoluzione del concetto stesso di giustizia.

Questo modo di vedere si radica profondamente nella nostra cultura e nella tradizione classica. È vicino a quei modelli stranieri che, sopravvivendo a quelli pragmatici, stanno prevalendo nei Paesi ove la cultura della mediazione ha radici più profonde che in Italia.

Mi riferisco ai modelli che hanno in comune l'attenzione al raggiungimento della soddisfazione reciproca dei contendenti del tipo cosiddetto win-win, che sono in grado di ripristinare il dialogo interrotto dalla controversia, che sono riposti sull'ascolto empatico, sulla libertà di parola e di espressione dei sentimenti e delle emozioni positive e negative, nel rispetto reciproco delle parti in lite. Tutti seguono analoghe modalità, ma prendono le mosse da differenti premesse.

In particolare, il modello di mediazione umanistica proposto da Jacqueline Morineau muove dal dramma della vita relazionale

umana, utilizzando la simbologia dei miti dell'antichità classica.

Singolare è il modo in cui è stato ideato e realizzato questo modello dalla Morineau. Fu pensato sulla scorta di un'intuizione nata e sostenuta solo dalla volontà di rendersi utile a favore di giovani delinquenti vittime di forti disagi sociali, dapprima in Inghilterra ove la Morineau viveva dopo il suo matrimonio, e successivamente in Francia ove era rientrata ed aveva ricevuto verso la fine del 1983 dal guardasigilli Robert Badinter l'incarico di organizzare per la prima volta un servizio di mediazione.

Secondo quanto lei stessa racconta, aveva agito senza specifiche competenze; si potrebbe dire da autodidatta.

Certamente un'autodidatta molto creativa che aveva fatto leva sulle competenze acquisite come archeologa ed esperta di numismatica del British Museum, decisamente un campo di ricerca ed applicazioni lontanissimo dalla mediazione. Eppure proprio la sua formazione con l'attitudine alla ricerca e alla decifrazione, le era servita su di un altro piano per approfondire la ricerca e la decodificazione di quanto era all'origine dei comportamenti dei ragazzi difficili. Le vicende assai tristi della sua vita l'avevano pian piano condotta ad occuparsi a tempo pieno della mediazione, connotandola in senso umanistico.

Con fine intuizione ha elaborato un modello sulla scorta delle parti che compongono la struttura della tragedia greca: la mediazione di un conflitto, infatti, reca in sé le medesime caratteristiche di una tragedia greca:

- la teoria (θεωρέω, guardo, osservo) o esposizione dei fatti;
- la krisis (κρίσις) o il confronto che attiva le emozioni;
- la catarsi (καθαρσις, purificazione) che porta ciascuno a compiere il passo necessario a superare il conflitto.

Sulla base di questa interessante analo-

gia, che si è mostrata nel tempo assai feconda di positivi sviluppi applicativi, la Morineau ha costruito il modello umanistico ispirato ai miti della classicità che descrivono il dramma della condizione umana, orientato all'aiuto della persona in conflitto, lacerata fra sé ed il rapporto con i propri atti.

Al mediatore è, così, attribuito il compito assegnato nelle tragedie greche al coro: egli assume il ruolo di specchio, di ascoltatore empatico, non giudicante le posizioni manifestate dai contendenti, nella consapevolezza che le cose non sono come sembrano ed il linguaggio verbale quasi mai riproduce fedelmente il modo di sentire dei contendenti: le manifestazioni aggressive delle persone, infatti, sovente nascondono la loro fragilità, le loro paure.

Frequentemente l'aggressore è anche vittima delle situazioni che ha dovuto subire senza avere strumenti adeguati per governare loro e sé stesso. Il compito del mediatore è quello di facilitare il superamento del conflitto, favorendo nei contendenti la capacità di giungere ad un vero e proprio rovesciamento del modo di considerare gli aspetti del problema che hanno determinato il sorgere della controversia, sino alla conclusione dell'iter che vede riconosciute le ragioni delle parti contendenti, favorendo nelle stesse una nuova consapevolezza di sé, senza vincitori né vinti, ma rinnovando buone relazioni interpersonali adeguate alla costruzione di un tessuto sociale più sano.

Sarebbe riduttivo far riferimento alla sola ispirazione della classicità, greca, pur ricca di stimoli, per riflettere sulla condizione tragica dei conflitti umani. La riparazione mediatica ha per la Mourinau soprattutto una radice spirituale che la porta a vedere nel Cristo il mediatore perfetto.

Nella mediazione l'aprirsi alla dimensione dello spirito insegna a superare la dimensione fattuale ed emozionale del conflitto per dare valore alla dimensione profonda dell'essere. Per condurre i litiganti su questo cammino i mediatori hanno bisogno di imparare ad uscire da sé stessi, diventare trasparenti, specchio limpido, per poter ricevere l'immagine dell'altro, della sua sofferenza.

«Non è forse questo che il Cristo ha fatto per noi? [...] L'umile mediatore umano non fa propria la sofferenza dei median- ti, lui non è altro che il traghettatore, colui che riceve e che riflette per condurre il mediate verso la sua verità, per accedere alla sua dimensione più elevata, quella dello spirito dove può salvarsi». È una giustizia 'altra' che, come nella mediazione, accoglie

il dolore ed, invece di condannare, perdona lasciando alla persona la responsabilità di confrontarsi con sé stessa per decidere come riparare al male commesso.

L'autrice ha scoperto che anche il dolore, frutto della conoscenza del bene e del male, ha un senso. Anche per lei la vita è un cammino verso un Dio non facilmente raggiungibile, una strada in salita densa di ostacoli, che mettono alla prova, muovono ed impegnano le energie in una lotta a volte impari.

Lotta di cui sfuggono spesso necessità e significato.

È la ricerca di senso di quello che accade che richiede l'analisi dei fatti che ci riguardano e della loro successione temporale, secondo il termine greco *akolouthia* (ακολουθία, sequenza). Comprendere il significato degli accadimenti dà fiducia nella vita e, quindi, speranza che quello che avviene non accade per caso. Non si è affidati al baratro del nulla e del non senso. Questo riconcilia con la vita.

Similmente dà fiducia nella giustizia, attraverso il cammino della mediazione, tanto il riconoscimento del dolore della vittima, ma anche quello del reo che, pur dovendo riparare al male commesso, potrà essere protagonista del suo ravvedimento e ricomporre in sé stesso il senso di riconciliazione che lo aprirà anche alla fiducia nella giustizia, invece di muovere a vendette e ritorsioni, non appena si presentino le occasioni favorevoli.

Gli studi di Joseph Folger sono volti proprio ad approfondire la mediazione trasformativa, così chiamata in quanto volta a trasformare l'interazione conflittuale e distruttiva dei contendenti in collaborativa e costruttiva. I riferimenti teorici sono da ritrovare soprattutto nella psicologia umanistica che attribuisce notevole importanza alla facilitazione del ripristino del dialogo fra le parti, all'ascolto empatico, alla non direttività, assegnando una ruolo preponderante di protagonismo e, quindi, di responsabilità decisionale ai contendenti che, tra l'altro, possono in qualsiasi momento interrompere la seduta.

Altrettanto attiva è la conduzione del mediatore, il quale ha il compito di cogliere tutte le situazioni utili per promuovere il cambiamento dei rispettivi punti di vista delle parti in contesa, quasi sempre fondati su assunti pregiudiziali; i suoi interventi facilitano il passaggio dal non ascolto all'ascolto dell'altro, intravedendo qualche spiraglio verso una possibile soluzione del problema.

Questo modello considera importanti e positivi anche minimi spostamenti verso il

cambiamento. Centrale è il significato della trasformazione del conflitto: se il processo di mediazione potenzialmente trasforma le interazioni, ciò conduce ad un mutamento della forma mentis delle persone coinvolte.

Importanti effetti dinamici sono:

- l'empowerment, o ristabilimento negli individui della percezione del proprio valore, della forza e della capacità di prendere decisioni e quindi di gestire i problemi della vita;
- il riconoscimento che vuol dire conferma, comprensione o empatia nei confronti dell'altro e del suo punto di vista.

Fondamentale è il raggiungimento della consapevolezza della propria forza, che tranquillizza il contendente ed apre al riconoscimento dell'altro, che non è più considerato esclusivamente nei suoi aspetti negativi, ma valutato anche in quelli positivi.

Si trasforma così la qualità dell'interazione da circolo vizioso che determina solo scontro, a dinamica virtuosa che apre al confronto.

Il ruolo del mediatore è, quindi, quello di cogliere e valorizzare tutti gli elementi utili per favorire la trasformazione della qualità interattiva fra i contendenti.

Mentre negli Stati Uniti vanno perdendo credibilità i modelli pragmatici, questa impostazione sta progressivamente affermandosi, e di conseguenza, si sta modificando l'elenco di abilità e competenze richieste al mediatore nei test di qualificazione e certificazione, che includono ora un numero crescente di tecniche di intervento e di comportamenti specifici sempre più in armonia con l'approccio trasformativo del conflitto.

Merita richiamare l'approccio 'sistemico trasformativo' di Giovanni Scotto che propone tre linee evolutive nella pratica dei mediatori: "una maggiore consapevolezza dei diversi contesti che determinano il significato e le dinamiche dei conflitti; un approfondimento della natura riflessiva del lavoro di mediazione; una interpretazione del lavoro mediatico come co-costruzione di mappe cognitive del conflitto e della sua trasformazione costruttiva". Sottolinea infatti che "ogni persona costruisce delle rappresentazioni della realtà sociale all'interno della quale vive e agisce: per usare un'immagine, gli individui disegnano mappe sulla base delle quali agiscono e prendono decisioni. Naturalmente, la percezione della realtà è questione soggettiva, ed è per questo che in generale le singole mappe della realtà sociale sono diverse da persona a persona. Nel processo di mediazione, le parti

hanno la possibilità di esplicitare a se stesse e alla controparte le mappe cognitive da loro costruite durante il conflitto e che ne influenzano le scelte e le strategie. Anche il mediatore agisce sulla base di specifiche mappe cognitive, in particolare relative a schemi interpretativi e categorizzazioni del conflitto, e agli strumenti di intervento a sua disposizione relativi alle situazioni contingenti".

Altro interessante modello di mediazione elaborato in ambito statunitense è quello proposto da Gary Friedman e collaboratori, che assegna un apprezzabile ruolo di protagonismo ai configgenti, ma sottolineando che il governo della procedura di mediazione deve sempre, autorevolmente, rimanere nelle mani del mediatore. Questi ne assume la responsabilità con chiarezza e lucidità, con minore rischio di interferenze nella tipologia degli accordi, che rimangono invece di esclusiva pertinenza delle parti.

Friedman ha ben chiaro che la mediazione ha buone prospettive di riuscita solo se si stabilisce fra i contendenti una reciproca comprensione dei veri bisogni che stanno alla base della controversia, con una reale condivisione delle scelte da effettuare durante lo svolgimento della mediazione, perché è solo questa la strada che dischiude l'opportunità di stipulare accordi duraturi. Anzi, la verifica della comprensione accompagna dall'inizio alla fine il procedimento.

Premessa è che proprio coloro che hanno creato il problema e che lo vivono siano meglio di altri in condizione di trovare la soluzione più saggia. Come sottolinea lo stesso Friedman «è il passare insieme attraverso il conflitto che rappresenta un fine in sé, ed è fondamentale per gli obiettivi che stanno alla base del metodo».

Per questo ogni momento dell'incontro richiede la presenza di tutti: il mediatore, le parti in contesa, i loro avvocati. Non sono, invece, previste – in questo caso – sessioni separate delle parti con il mediatore, nella convinzione che ciò eviti il rischio che il mediatore possa assumere il ruolo non corretto di unico depositario delle informazioni ricevute da ciascuna parte, situazione che potrebbe indurlo ad utilizzarle per esercitare pressioni o manipolare le decisioni dei contendenti, derogando ai suoi compiti.

Il ruolo del mediatore è infatti solo ed unicamente quello di aiutare le parti dall'inizio alla fine del procedimento a comprendere quello che realmente è in gioco, ad essere protagoniste del procedimento stesso, ad adottare insieme le opportune scelte man mano che la comprensione del proble-

ma evolva, a comprendere cosa si vuole e perché lo si vuole, sapendo che esiste sempre una dimensione emozionale del conflitto e che essa non è in gioco solo per le parti, ma riguarda anche il mediatore e gli stessi professionisti coinvolti.

Diversamente, io ritengo invece validi gli incontri preliminari delle singole parti con il mediatore, in base alla constatazione che è compito della mediazione far evolvere la percezione individuale del conflitto, che a volte riguarda più sé stessi, dentro, che l'altro, fuori: per questa ragione si rende necessario, anche nel corso del procedimento di mediazione, sospendere la riunione collegiale e procedere con incontri riservati, che comunque vengono condotti secondo le regole della seduta congiunta.

L'operatività del metodo di Friedman si basa su quattro principi fondamentali:

- il potere della comprensione anziché la coercizione o la persuasione;
- la responsabilità, affidata alle parti, del «se e come» risolvere la controversia;
- il maggior vantaggio per le parti se esse lavorano insieme ed insieme adottano le decisioni;
- la maggior efficacia della risoluzione dei conflitti se si fa emergere ciò che si cela dietro il livello in cui le parti vivono il problema.

Cinque sono le fasi della mediazione previste da questo modello:

- 1) la contrattazione in cui il mediatore illustra il metodo ed approfondisce con le parti le loro reali motivazioni; in questa fase i contendenti dopo una prima analisi della situazione che li riguarda sono posti in condizione di decidere se aderire o meno al metodo proposto;
- 2) la definizione del problema, che può richiedere tempi anche piuttosto lunghi per raggiungere la chiarezza circa l'individuazione delle caratteristiche specifiche;
- 3) lavorare nel conflitto, che impegna il mediatore con l'unica funzione di sostegno alle parti e consente di portare alla luce con il confronto costante ciò che si cela dietro il livello in cui le parti vivono il problema;
- 4) lo sviluppo e la valutazione delle opzioni, passaggio particolarmente delicato per la cura di tutti gli aspetti legali a tutela delle parti contendenti, altro momento in cui la presenza collaborativa degli avvocati risulta particolarmente utile;
- 5) il raggiungimento dell'accordo.

Tutto, quindi, alla luce del sole, senza nulla di estorto o fatto passare nel silenzio.

Alcune caratteristiche di questo metodo sono senz'altro da condividere: l'importanza, innanzitutto, assegnata alla cura dell'informazione relativa ai diritti, per cui è ritenuto necessario il coinvolgimento collaborativo degli avvocati quali consulenti in grado di informare opportunamente i propri assistiti.

Anche il mio modello si basa sulla valorizzazione del ruolo degli avvocati che, come già si è rilevato, possono rappresentare una risorsa preziosa nel definire con competenza gli aspetti di diritto delle vicende che contrappongono i clienti, a condizione che si tratti di professionisti con familiarità con la mediazione e l'affrontino, quindi, con spirito totalmente diverso rispetto ad un procedimento giudiziale.

Quando non sono presenti i legali, io sono solita chiedere alle parti di consultarli, nella consapevolezza che, muovendo dalla chiara conoscenza dei termini oggettivi del problema, meglio e prima si pervenga a decisioni che tengano conto anche degli aspetti soggettivi: non solo, quindi, con il 'cuore aperto', ma anche con gli occhi aperti!

Viceversa, la carenza di conoscenze 'tecniche' può lasciare il dubbio che quanto concordato possa non essere davvero la formula vincente per entrambi: retropensieri che certamente non facilitano il percorso né favoriscono gli accordi che, invece, molto spesso risultano, se correttamente presi, più vantaggiosi di quelli che ognuno unilateralmente e nei solo termini del diritto, potrebbe auspicare.

2. La mediazione filosofica

La mediazione che definisco filosofica, oltre ai tratti sino ad ora esposti, si caratterizza per ulteriori profili non considerati da altri modelli.

La struttura personale del mediatore, il suo modo di essere persona, la sua maturità, le peculiarità caratteriali, la visione degli accadimenti umani, i concetti ed i preconcetti in merito al confliggere e al conflitto sono infatti, secondo la mia visione, le condizioni implicite che rendono efficace ed incisiva la mediazione.

Questa visione trova linfa non solo nei temi dell'esistenzialismo – ed il pensiero non può che correre a Jean-Paul Sartre e a Martin Heidegger – ma anche nelle riflessioni e nelle indicazioni offerte da filosofi quali Martin Buber ed Immanuel Lévinas. Poggia la sua forza sul pensiero di Michel Foucault che, occupandosi di relazione fra verità e soggetto, rileva come sia fondamentale la cura di sé stessi in accordo con la filosofia stoica, ed in particolare Seneca e Marco Aurelio. Famosa

in proposito la sua osservazione: «Ci diamo tanto da fare per avere una lampada fatta da un bravo designer e poi non ci preoccupiamo di noi stessi», da cui traspare l'importanza dell'estetica della vita.

La cura di sé stesso può salvare l'uomo in tempi in cui viene meno il riferimento, quale utile sostegno, alle leggi generali. Estetica come cura di sé stessi.

L'espressione 'abbi cura di te stesso' ha molteplici sfumature di significato, ma è la via per pervenire alla verità della conoscenza. Come il tafano di Socrate che pungola continuamente il cavallo tormentandolo, la cura quale vigilanza critica diventa il pensiero che 'pungola' incessantemente la coscienza dell'uomo provocando in lui quella agitazione, quel movimento, quella tensione che lo portano a costruire la propria identità in chiave etica, e di agire eticamente nel mondo così come in ogni relazione.

Ma c'è anche il 'curati da te stesso' di Epitteto, che interpretava la filosofia come una vera e propria cura (ιατρειον, ambulatorio). L'espressione è riferita alla necessità di vigilare sulla propria modalità di agire in rettitudine verso gli altri, con chiarezza comunicativa, osservando la parrésia (παρρησία, dovere morale di dire la verità).

La franchezza verbale insieme alla apertura di cuore e alla generosità di pensiero, rendono il soggetto autonomo e realmente in comunione con l'universo. Purché si resti in guardia dalle giustificazioni assolutorie ed auto consolatorie, dalle mistificazioni, dalle verità artificiali costruite, da facili alibi sempre in agguato.

La cura di sé, come ben colto da Foucault, comporta un modo di rapportarsi a sé, agli altri, al mondo; uno sguardo che abolisce la tensione verso l'esterno per volgersi all'interno, ovvero dal mondo verso sé stessi, controllando quanto accade nel pensiero; pratiche e tecniche quali la meditazione, l'esame di coscienza, la verifica delle rappresentazioni mentali, mediante le quali ci si fa carico di sé e sanare le dissonanze tra sé e le proprie azioni per percorrere la via della coerenza tra il proprio dire, fare ed essere.

Sono queste qualità da coltivare in sé stessi, secondo un'arte dell'esistenza per divenire ciò che ciascuno è: un uomo. La nostra identità ed il nostro agire sono il risultato di come ci costruiamo, vale a dire il soggetto etico cui pensiamo, vivendo anche la vecchiaia come l'approdo di una lunga pratica di sé, l'epoca di una vera e propria padronanza di sé stessi, immune dalle inutili preoccupazioni o dai falsi problemi che

incontriamo nel corso dell'esistenza, realizzando la capacità di pervenire alle condizioni soggettive di accesso alla verità, invece che affidarsi – come teme Foucault – alle cure della psicanalisi o a «presunti maestri di spiritualità».

Fondamentale è anche il riferimento al pensiero di Salvatore Natoli sui temi del dolore e della felicità, che si intrecciano con la ricerca del senso della vita. Il dolore è esperienza ineluttabile per tutti gli uomini, si potrebbe dire anticipazione della morte. Il dolore è la cifra della nostra finitezza come condizione umana. È la conseguenza della perdita della salute, della serenità, delle persone care, ci dà il senso della precarietà del nostro stare al mondo. Il dolore fisico o morale limita e separa: ci sentiamo limitati dal fatto di non poter agire liberamente, ma ci sentiamo anche separati dagli altri. Nel dolore sperimentiamo una condizione di isolamento.

Il dolore non è condivisibile con l'altro. L'altro può starci accanto, ma non può sostituirsi in nessun caso a noi, al nostro sentire. Il dolore non è esperienza trasmissibile.

Ognuno è solo con il suo dolore, fisico o morale che sia, lo deve fronteggiare da solo. Potrà esserci, forse, della compassione (da cum-patire), ma nulla più. Ognuno deve trovare in sé la forza per reagire alla sua sofferenza. Questa forza è in ogni uomo. È data dalla sua vitalità. L'uomo nasce orientato alla felicità della vita, è nato per vivere e per essere felice, nonostante la realtà del dolore. Nascere è soprattutto un venire al mondo, quindi con un'apertura di fondo alla vita, considerando la stessa come *zoè* (ζωή), piuttosto che come *bios* (βίος). Gli esseri viventi, uomini, animali, piante, in quanto individui (*bios*) sono mortali, ma la Vita, vale a dire la Natura (*zoè*) si rigenera in continuazione.

Muiono gli individui, ma la loro specie prosegue attraverso nuove nascite. La Vita ha in sé il carattere dell'immortalità. La mia vita di singolo ha un inizio e una fine, ma dopo di me e prima di me la vita prosegue imperturbabile. La vita è felicità, in essa noi stessi siamo felicità, tanto è vero che ne siamo continuamente alla ricerca e la riconosciamo negli attimi che ci capita di viverla. Felicità di vivere eticamente e nella coscienza del limite. Che vuol dire non pretendere di essere onnipotenti. Accettare il limite senza temerlo, governare sé stessi, indagando le nostre zone di luce e di ombra, coltivando il nostro carattere, sapendosi «tenere in pugno». Il limite, quindi,

inteso non come barriera invalicabile, ma quale resistenza da oltrepassare, che diviene fulcro di leva e nuova spinta per l'incontro con l'altro.

Noi siamo nati per essere felici: la felicità coincide con la vita che risorge dopo ogni dolore. Nel corso della vita l'uomo sperimenta attimi di felicità, brevissimi ma forieri del riconoscimento di quella felicità primaria che ha contraddistinto il nostro venire al mondo. L'uomo vive per essere felice, e lo è nell'armonia. Armonia con la vita con quello che la vita mostra, valorizzando la vita in tutti i suoi aspetti, sapendo apprendere da essa, sperimentando una fiducia non ingenua. Avendo apertura verso l'inatteso, sapendo guardare con meraviglia il mondo, superando la presunzione dell'ovvio. È apertura al cambiamento ed assunzione di un atteggiamento flessibile di fronte alle cose. Chi è felice sa lasciar essere le cose, sa lasciarsi penetrare dalle cose, senza resistenze preventive, perché la rigidità è di chi ha paura, o si lascia condizionare dal pregiudizio.

Chi ha cura di sé sa accogliere le possibilità che la vita offre. Sa ascoltare per essere pronto ad accogliere il dono che viene dall'inatteso.

L'arte del ben governarsi è la capacità di cogliere il senso della propria vita facendo, per così dire, il calibro di questi momenti di felicità inconfrontabili e discontinui, ma disseminati nel continuum della vita. Sono punte di felicità che siamo in grado di riconoscere se siamo davvero in ascolto di quello che accade. Imparare a chiedersi «perché mi succede questa o quella cosa?» diviene quindi segno di ricerca per migliorare la propria vita a vantaggio nostro ed altrui.

La ricerca del senso del vivere è continua, ed attraverso questa modalità siamo in grado di scoprire quel filo di Arianna che collegando i vari accadimenti, felici e dolorosi, del nostro cammino porta, prima o poi, a comprenderne il disegno, la trama che lo sostiene. Impresa non facile, ma che vale comunque la pena di affrontare se vogliamo vivere agendo da protagonisti, invece di subire gli eventi adattandoci al grigiore della sola sopravvivenza.

Essenziale, ai fini del modello filosofico della mediazione è anche il pensiero di Martin Heidegger, che pone il tema ontologico dell'uomo quale essere progettuale, attivo, non semplice presenza.

L'uomo può conquistarsi o perdersi. Il poter essere apre alla progettualità, come superamento, come capacità di andare 'oltre'.

La natura costitutiva dell'uomo è progetto e le cose del mondo, compresi quindi i conflitti e i contenziosi, sono strumenti per l'uomo. Essere nel mondo significa prendersene cura. Essere con gli altri si esprime nell'aver cura degli altri. Ma questa cura può seguire due diverse direzioni: sottrarre gli altri dalle loro cure, come un semplice essere insieme, che di fatto impedisce, però, agli altri di porre in atto la loro possibilità di essere, oppure aiutare gli altri ad acquistare la libertà di dedicarsi alla propria cura quale autentico co-esistere.

La relazionalità interpersonale pone però problemi molteplici, come bene Sartre sottolinea, problemi relativi alla intesa quale difficoltà ad accogliere l'altro e, contemporaneamente, impossibilità di vivere senza l'altro. L'uomo non può fare a meno della relazione: con gli altri e con sé stesso ma, prima o poi, la relazione porta alla frizione e al conflitto, perché si scontrano interessi e vedute differenti, spesso antitetici. È questo che determina la difficoltà della coesistenza. Tuttavia il conflitto, come esito della relazione, è ineludibile quanto più essa è profonda. Per questa ragione è imprescindibile imparare a confrontarsi con il conflitto.

L'influsso di Martin Buber è ben radicato nella prospettiva della mediazione filosofica: nell'opera di formazione giunge prezioso il tema della relazione Io-Tu, superando ogni visione individualistica, in un rapporto che apre all'altro, che si colloca in una logica di reciprocità. È proprio quel Tu che innesca il motore della relazione Io-Tu, che è legame immediato, un autentico incontro.

Non meno rilevante è il pensiero di Emmanuel Lévinas in tema di alterità e di responsabilità che ogni uomo ha verso l'altro: l'altro è assolutamente irriducibile a me, non è riconducibile a un tu e neppure riducibile ad un puro oggetto. L'altro è assolutamente altro da me. Il suo volto, che mi si presenta, è la manifestazione di una diversità rispetto all'essere: non un essere altrimenti, ma un altrimenti che essere.

In altri termini, non è né un essere-tu, che sarebbe simile in qualche modo a me, né un essere-oggetto, ma un essere-soggetto ontologicamente altro da me; un concetto di diversità ontologica spinto all'estremo. D'altra parte, nella concezione ebraica ciascuno ha il compito di realizzare sé stesso quale individuo, con un suo destino differente da quello di ciascun altro.

Ciascuno, pertanto, è ontologicamente «altro». Ma questa alterità non esime da responsabilità: anche se non vi è apertura

intenzionale all'altro, ciascuno incontra nel volto dell'altro una traccia dell'infinito che gli si manifesta e lo richiama alla dimensione etica della vita cui l'uomo non può sottrarsi. Una sorta di responsabilità ante litteram, dalla quale a nessuno è dato di sfuggire.

Il modello di mediazione che ne risulta non può che dare fondamentale importanza al corretto utilizzo degli strumenti della relazione interpersonale costruttiva, il cui fulcro è dato dalla formazione dell'intelligenza emotiva del mediatore, che deve acquisire modalità particolari di interazione con le parti in contesa: non usuali, nel senso che non sono le modalità che normalmente si usano nella relazione.

Chi si dedica alla mediazione deve aver nella sua vita incontrato il suo colombre, vale a dire i nodi problematici della relazione ed essersi con essi misurato, imparando a riconoscere prima di tutto in sé stesso le reazioni e le modalità più vantaggiose per mantenere una qualità di vita relazionale soddisfacente. Per il mediatore è soprattutto importante essere consapevole delle circostanze che conferiscono significato al cosa fare: questo è ciò che rende autentica la persona e, quindi, autorevole la sua figura professionale, degna di fiducia in quanto tiene in mano la situazione.

In questo senso l'impegno della formazione deve andare molto oltre l'apprendimento di tecniche comunicative di vario genere, non può limitarsi alla sola acquisizione di conoscenze giuridiche e sociopsicologiche, che pure presentano innegabile utilità durante gli incontri, ma mai assumono centrale rilevanza: si tratta di strumenti utili soltanto se sono posti al servizio della dimensione più profonda che, attraverso di loro, si esprime rendendole non formule di stile ma potenti input che raggiungono la parte più profonda dei conflitti.

La cura del proprio ben-essere è anche un preciso dovere del mediatore, mi riferisco al concetto di ben-essere, come star bene interiore, quale testimonianza di un modo di essere autentico, non un apparire, che sarebbe ingannevole, non un dover essere, causa di comportamenti omologanti, ma un essere autenticamente sé stessi.

Per il suo operare il mediatore ha assoluto bisogno di essere interiormente liberato dalle scorie relazionali cumulate nelle diverse situazioni quotidiane che ostacolano la sua piena disponibilità all'accoglienza ed alla gestione dei conflitti altrui.

Eppure raro è che un corso fornisca ai

mediatori strumenti per contenere il rischio della sindrome da burnout, vale a dire l'esito patologico che colpisce le persone che esercitano professioni d'aiuto, gravate da un duplice stress: il loro e quello delle persone aiutate. Ove non opportunamente attrezzati, questi soggetti sviluppano un processo di logoramento e di depressione imputabile alla incapacità di sostenere e scaricare lo stress accumulato facendosi carico, in misura incontrollata, dei problemi altrui, sì da non riuscire più a distinguere fra la propria vita e la loro. Oppure ergono delle difese che si trasformano in chiusure, in freddezze, in troppa distanza, in mancanza di empatia.

Assai più del giudice e dell'arbitro, infatti, il mediatore sviluppa con le parti rapporti personali, apprendendo, specie negli incontri separati con ognuna di esse, eventi, aspettative, interessi: la professionalità del mediatore deve consentire di fare tesoro delle informazioni confidenziali senza che venga meno quella distanza che scandisce il confine del suo coinvolgimento personale.

Quando questi delicati aspetti sono ignorati dall'offerta formativa per mediatori professionali gli aspiranti a questo ruolo sono purtroppo gettati nell'arena privi delle competenze necessarie per essere d'aiuto agli altri ed, al contempo, non danneggiare sé stessi.

MARIA MARTELLO

© RIPRODUZIONE RISERVATA

La "CONSENSUOLOGIA" indica le sei fasi della mediazione e non solo (parte terza)

Introduzione

Oggetto di riflessione e obiettivo del terzo ed ultimo articolo è quello che io credo sia lo scopo ultimo del prendere decisioni individuali o di gruppo, del negoziare e del far conciliare ossia ricercare la convivenza pacifica, proficua e felice. Tre qualificazioni che si rafforzano l'un l'altra.

Lo strumento logico per raggiungere tale risultato è il consenso efficiente ed efficace (EeE) di natura sociale, economica e politica. Questo è infatti il tipo di accordo che ha le maggiori probabilità di essere eseguito spontaneamente a patto che contenga due presupposti.

Il primo presupposto è dato dal rapporto che deve esistere, a nostro avviso, tra negoziazione dei contratti (sottocategoria della consensuologia) e diritto dei contratti: materie distinte e parallele poiché la prima si interessa di creare il consenso efficiente ed efficace e il secondo si interessa di trovare un rimedio quando il consenso fosse nato o entrato in una fase patologica.

Con il termine *efficiente* intendiamo, come già detto, un consenso costruito in modo tale da "arricchire" le parti e la collettività utilizzando in modo sinergico le risorse e gli interessi compatibili secondo criteri di *economicità*, minimizzando gli sprechi più di quanto possa fare qualsiasi altro sistema di tipo distributivo quale la sentenza (basato solo sulla attribuzione di un risarcimento del danno).

Con il termine *efficace* intendiamo la concreta capacità di tale accordo di raggiungere i risultati sperati come diretta conseguenza della strategia adoperata e come verificato con il metodo sperimentale. Quindi non solo un accordo formalmente valido ma soprattutto sostanzialmente vantaggioso.

Il secondo presupposto che distingue la cultura giuridica da quella consensuologica è dato dalla ricerca dei motivi e non delle col-

pe. Ricercare le sole responsabilità ridurrebbe la discussione ad un misero "tira e molla" di tipo transattivo, come del resto prevede il codice civile italiano.

Invece nella mediazione la funzione principale del mediatore terzo imparziale è quella di ricercare i *veri* motivi che hanno determinato il conflitto per trasformarli in opportunità onde far recuperare la relazione e risolvere il problema *senza* che tale indagine si trasformi in attribuzione di responsabilità.

Infatti tale attribuzione non recupera la relazione e non risolve il problema ma semmai li consacra e li acuisce: prova ne sia che la sentenza può *al massimo* determinare il risarcimento del danno (metodo *alternativo alla restituito in pristinum*) utilizzando strumenti impoverenti (a livello individuale e sociale) quale è, per definizione, la lotta tra diritti contrapposti.

Un esempio concreto della differenza del metodo processuale da quello conciliativo è dato dalla gestione dell'inadempimento per mancanza di fondi: nel primo la sentenza di condanna (indipendentemente dai motivi che hanno causato l'inadempimento) accerta il mancato pagamento, monetizza l'entità del risarcimento e determina l'espropriazione per il soddisfacimento del creditore (indipendentemente dal valore del bene espropriato e somma da realizzare).

Nella conciliazione il terzo imparziale, se il problema è costituito dalla mancanza di danaro, elimina il danaro e cerca ad esempio di utilizzare il baratto ossia uno scambio di beni o servizi tra creditore e debitore che siano reciprocamente interessanti per entrambi.

La grande difficoltà di questo secondo metodo è dato dalla ricerca e dalla individuazione dei beni o servizi sottostanti che possano essere effettivamente "arricchenti": a paragone, espropriare è molto più facile ma anche molto più dannoso a livello individuale e sociale.

Non si dimentichi che proprio questo tradizionale modo di ragionare squisitamente distributivo e speculativo ha determinato a fine 2006, stante la *attuale* globalizzazione dei mercati, la bolla speculativa immobiliare negli USA, l'insolvenza dei mutuatari *surprime* (i mutui ad altissimi tassi concesso a persone con precedenti di insolvenza), la crisi mondiale ancor in atto.

*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.

Il c.d. "effetto farfalla" non consente più oggi metodi di rimedi distruttivi *ex post* di stampo tradizionale e invoca metodi costruttivi *ex ante* per gestire gli eventuali disostamenti dalle previsioni contrattuali.

Se tale impostazione di pensiero è corretta, fatalmente l'incarico fiduciario all'avvocato oggi si sdoppia in "due" mandati:

- Uno senza rappresentanza *ad negotia* per la fase di mediazione conciliativa,
- L'altro con rappresentanza *ad lites* per la eventuale successiva fase processuale.

A ben vedere, stante la *attuale* funzione e cultura dell'avvocato in Italia, mi pare che tali mandati siano incompatibili tra loro:

- il primo ha intenti collaborativi, creativi, integrativi e sostanziali per evitare che si arrivi al processo per a) trovare una soluzione condivisa arricchente e b) per recuperare la relazione,
- il secondo ha fini contenziosi, formali, distributivi e strettamente procedurali che vede il tentativo di conciliazione come un inutile intralcio alla mitica ricerca del "chi abbia ragione e chi torto".

Tale dissonanza cognitiva in astratto oggi è aggravata dal fatto di essere stati gli avvocati qualificati per legge mediatori di diritto senza aver fatto corsi di formazione su negoziazione prima e mediazione poi: riconoscimento questo che lascia perplessi e che conferma il nostro timore su quanta poca importanza venga ancora data in Italia alla cultura negoziale e conciliativa a cominciare dalle stesse facoltà universitarie di diritto.

Al di là degli aspetti culturali, logica vorrebbe almeno che a ricevere i due *distinti* mandati siano due *distinti* avvocati e che questi debbano possedere *distinte* specializzazioni. Per motivi pratici per il momento tali specializzazioni potrebbero essere ottenibili anche dallo stesso avvocato in modo che possa esercitare in generale l'una o l'altra *professione* di negoziatore e di difensore ma non entrambe per lo stesso cliente.

In Inghilterra esistono due tipi formalmente separati di professionisti legali che statisticamente sono in rapporto di dieci (contrattualisti) a uno (processualisti) a conferma che il mercato richieda più accordi che non litigi...almeno in quel paese.

Sulla stessa linea di pensiero, a livello internazionale, è l'atteggiamento *separatista* se si ipotizzasse tale doppio incarico allo stesso terzo imparziale che verrebbe ad agire prima da conciliatore e poi da arbitro (c.d. MED-ARB). Tale procedura ormai è stata abbandonata poiché da tale duplice "cappello" deriverebbe una doppia incompatibilità:

- Nella prima fase (MED) le parti si sentirebbero bloccate durante gli incontri singoli (*caucus*) nel rivelare i fatti a sé stesse pregiudizievoli (che sono alla base del vero conflitto) nel timore che possano essere riutilizzati dallo stesso terzo imparziale nella eventuale successiva fase ARB. Come si potrebbe costruire un dialogo tra muti?
- Qualora si arrivasse a questa seconda fase ARB, in caso di fallimento della prima, il terzo potrebbe rischiare la ricusazione poiché, quando agiva da conciliatore, è normale che abbia dato consigli o indicazioni facendo capire come la pensi prima di emettere il lodo. Come potrebbe il terzo facilitare l'accordo delle parti rimanendo egli stesso muto?

Ciò premesso, in questo articolo intendiamo esaminare le sei fasi della conciliazione derivanti dai sei pilastri della costruzione del consenso EeE e dalle sei fasi del metodo scientifico (consensuologia) per offrire una guida pratica a tutti i partecipanti seduti intorno al tavolo su quali comportamenti *costruttivi* tenere a dimostrazione che "accordarsi è cosa diversa da litigare".

Parallelamente cercheremo attraverso tale esapartizione di evidenziare anche come i comportamenti di tipo processuale siano incompatibili con la creazione del consenso efficiente ed efficace (EeE).

Come al solito, effettuiamo questa ricerca *solo* dal punto di vista consensuologico lasciando ad altri tutti gli altri profili. Ricordiamo che la consensuologia è la disciplina che, applicando il metodo scientifico, studia le teorie e le tecniche che facilitano la creazione del consenso efficiente ed efficace (EeE) in molte situazioni:

- con sé stesso in caso di conflitti interni (come prendere decisioni strategiche attraverso la negoziazione tra i due emisferi del proprio cervello),
- all'interno di un gruppo o di una assemblea poiché il voto a maggioranza consacra il dissenso interno e frustra la minoranza generando risentimento o rassegnazione,
- con un interlocutore con il quale si abbia delle divergenze di opinione sia per creare un nuovo rapporto (come negoziare un contratto) sia per estinguere consensualmente un rapporto deterioratosi,
- tra due parti in conflitto quale terzo imparziale (come far negoziare e far conciliare) per dirimere un conflitto senza litigare.

Ricordiamo infine che abbiamo notato una esaltante coincidenza tra le sei fasi del

metodo scientifico e i sei pilastri della costruzione del consenso efficiente ed efficace (EeE) di cui abbiamo già fatto qualche cenno in precedenza.

In questa terza "puntata" concludiamo mostrando, sinteticamente, un'altra coincidenza: i sei pilastri del consenso sono utili anche per illustrare le sei fasi di qualsiasi procedura di conciliazione e per redigere qualsiasi contratto come vedremo a proposito della sesta fase.

Avverto altresì che, fermo restando il numero delle sei fasi, l'ordine delle stesse può essere modificato o ripetuto secondo le circostanze: tipica è la varietà della quarta fase dedicata agli incontri singoli (*caucus*) che possono essere o numerosissimi, di pochi minuti ognuno, oppure uno per parte, di lunga durata: l'importante è che esista una certa simmetria nel trattare ciascuna parte onde non insospettire l'altra. Spesso infatti abbiamo sentito parlare di timori di corruzione verso il terzo imparziale mentre "l'altro" è chiuso con il conciliatore: il terzo non è corruttibile per la ovvia considerazione che non dispone di alcun potere decisionale che rimane esclusivamente in capo a entrambe le parti.

L'incontro preliminare

La recente introduzione del c.d. "incontro preliminare" appare motivato più da aspetti formali che non da reali intenti operativi se *veramente* i parlamentari volevano che lo spirito del procedimento di conciliazione fosse quello di creare un consenso efficiente ed efficace (EeE) talmente arricchente per la parti che esse non si sarebbero sentite più motivate a ricercare chi di loro avesse torto o ragione.

In primo luogo c'è da riflettere sul fatto che si tratti di un mera informativa sulla funzione e sullo scopo della procedura in generale senza entrare nel merito della questione in esame. Tutto ciò ci pare offensivo verso le parti e verso i loro avvocati che dovrebbero essere ben informati (i secondi anche nella loro veste di mediatori di ufficio) sulla funzione della ricerca dell'accordo EeE e ci pare anche incongruente con la filosofia dell'intervento del terzo imparziale che può adoperare gli incontri singoli per trovare gli interessi confluenti idonei ad "allargare al torto".

Tale filosofia implica ovviamente sforzo e cooperazione da parte di tutti. Viceversa pensiamo che la attuale impostazione dell'incontro preliminare riduca la intera procedura di mediazione a una sorta di "condizione potestativa pura". All'università ci dissero che non si poteva scrivere in un contratto una clausola del tipo "adempirò se vorrò".

Viceversa tutti dovrebbero collaborare per far affiorare le risorse compatibili e gli interessi confluenti che per definizione sono sottostanti e nascosti come i famosi 9/10 della parte sommersa dell'*iceberg*. Come può ammettersi l'idea che una parte si rifiuti anticipatamente di provare a fare questa esplorazione? Mi pare che tutto il senso della mediazione finalizzata alla conciliazione possa essere in questo modo vanificato.

Questa visione puramente astratta del diritto italiano ricorda la questione della doppia firma (approvazione in forma specifica) per validare le clausole vessatorie che è una modalità mai riscontrabile in altro sistema giuridico: si presume che gli italiani leggano la prima volta distrattamente e la seconda attentamente!

La mediazione o è obbligatoria o non lo è: questa forma tutta italiana di obbligatorietà attenuata è un ibrido politico che non soddisfa nessuno e che non risponde a nessun criterio scientifico per ricercare l'accordo EeE.

Infatti è capitato che durante l'incontro preliminare in alcuni organismi/enti si siano messi a litigare parte e proprio avvocato, parti tra loro ed avvocati tra loro solo quando sono state illustrate le possibilità creative ottenibili dagli incontri singoli (*caucus*) e quindi il reale "pericolo" di non arrivare al processo...

Già in molti convegni abbiamo proposto di tornare all'antico e di affiancare alla mediazione prevista dalla attuale normativa italiana una procedura libera (mediazione irrituale) che sia capace per efficienza ed efficacia di conquistare terreno nella soluzione consensuale dei conflitti.

L'incontro preliminare (antipretestuosità) anche nel processo civile? L'esempio degli ospedali

Motivi di equilibrio procedurale imporrebbero allora l'incontro preliminare anche nel processo civile per verificare la *litigabilità* della controversia in quanto caratterizzata da *reale incertezza giuridica* e non da motivi pretestuosi o strumentali.

L'idea è questa: rendere edotti clienti e avvocati in un incontro preliminare che la loro questione è retta dalla allegata giurisprudenza costante.

A tale informativa le parti possono prendere due decisioni:

- Aderire alla giurisprudenza consolidata, evitare il processo e costruire un accordo con l'assistenza del loro avvocati applicando gli stessi criteri di tale giurisprudenza di riferimento.
- Non aderire e avviare un processo civile

la cui sentenza potrà avere due esiti: se la sentenza applica un principio nuovo rispetto alla giurisprudenza consolidata si seguono le regole normali sulla soccombenza. Se la sentenza applica gli stessi principi illustrati alle parti nell'incontro preliminare, la parte che ha avviato il processo verrebbe condannata ad una pena pecuniaria a titolo di ingombro inutile del traffico giudiziario. Anche l'avvocato verrebbe penalizzato secondo un sistema analogo alla patente a punti. Facciamo notare che abbiamo presentato una proposta simile al ministro della Giustizia Roberto Castelli nel 2001.

Il vero problema della giustizia è infatti l'uso strumentale parafinanziario del tribunale per dilazionare i pagamenti dovuti tenuto conto della differenza tra interessi legali e interessi bancari. Tutto questo non ha evidentemente nulla di giuridico.

Il grande quesito è se l'economia e la società italiana possano ancora permettersi l'art. 24 della costituzione ossia l'accesso alla giustizia incondizionato anche a fronte di un ricorso chiaramente non in situazioni di incertezza giuridica aggravata dalla crescente lentezza che, come in un circolo vizioso, alimenta ulteriormente l'abuso del diritto ad agire in giudizio.

Ovviamente per motivi di opportunità evitiamo di parlare della applicazione dell'art. 96 cpc. Sulla lite temeraria.

Come già detto, il servizio pubblico dei tribunali dovrebbe prendere esempio da quello offerto dagli ospedali che non è certamente meno rilevante per i cittadini. L'accesso in ospedale non è aperto a tutti proprio per consentire il servizio a coloro che ne hanno effettivamente bisogno e non agli *speculatori*: non si ricovera chi può essere curato a casa! È il pronto soccorso che decide in ragione della gravità del paziente chi debba essere ricoverato e chi no (v. i quattro codici colore del *triage*).

L'idea quindi di mettere dei filtri di accesso alla giustizia togata non appare così peregrina: al limite si potrebbero creare delle nuove competenze per i giudici di pace anche in tema di verifica della *litigabilità*.

La fase virtuale della preparazione

Sulla base di quanto vissuto in venti anni di pratica nella mediazione di parte e nella conciliazione come terzo imparziale, questo è in assoluto il *comportamento* più manchevole nella prassi italiana su come si fa a costruire il consenso EeE. La istituzionalizzazione del c.d. *incontro preliminare gratuito* è stato percepito quasi come una autorizzazione a non prepararsi.

Prepararsi alla pace implica concepirla come risultato e come metodo usando *mezzi pacifici*. Imporre la pace con la forza o con la violenza o con un titolo esecutivo significa fare battaglia (come di recente abbiamo ossessivamente ascoltato in una rivista sui gradini della Corte di Cassazione...). Prepararsi significa trovare e usare mezzi non contenziosi: in breve la preparazione alla procedura di conciliazione è radicalmente diversa dalla preparazione alla procedura davanti ad un tribunale.

Ciò vale sia nel caso di una seduta negoziale per aprire un rapporto d'affari nuovo sia in quella conciliativa dove l'intento è quello di chiudere consensualmente un rapporto di affari vecchio e ormai deteriorato.

Tangenzialmente cercheremo di dimostrare che gli stessi criteri possono applicarsi sia al processo decisionale individuale (come se fosse una negoziazione tra i due emisferi del cervello destro (quello emotivo) e sinistro (quello razionale) sia quando si partecipa ad una assemblea di gruppo per prendere una decisione collegiale senza ricorrere alla c.d. "tirannia della maggioranza".

Il consenso EeE deve tendere a soddisfare tutti se si vuole che tutti poi eseguano spontaneamente più di quanto possa fare qualsiasi imposizione legale o illegale che sia. La soddisfazione è insita nell'arricchimento reciproco e nello spontaneismo individuale nell'eseguire l'accordo.

In particolare nelle assemblee, la prassi del voto a maggioranza per definizione scontenta la minoranza e trasforma la decisione in uno scontro di forza dei numeri che mal si concilia con i sei pilastri del consenso illustrati in questi tre articoli.

C'è l'abitudine in Italia di prepararsi alla seduta di conciliazione come se ci si preparasse in vista di una udienza processuale in cui l'approccio è di regola distributivo: così si preparano prove per dimostrare i fatti, si cerca di incastrare l'interlocutore con le armi della persuasione, si tenta di costringere l'altro a fare prestazioni sgradite con minacce e con clausole molto stringenti...

Anche i parlamentari ci mettono del loro con la legge da loro partorita: il decr. 28/2010 contribuisce a confondere i comportamenti operativi da tenere quando afferma che nell'atto di richiesta devono essere inserite le "ragioni delle pretese" ossia i diritti invocati.

Nella conciliazione non si possono avanzare pretese perché queste appartengono alla struttura contenziosa in quanto il giudice non può andare *ultra petita partium*.

Di converso pensare in modo creativo ed andare al di là delle richieste delle parti è,

per così dire, la funzione principale del bravo mediatore.

Per aiutare le parti a trovare una soluzione condivisa egli deve *inventare* accordi che vadano al di là della immaginazione delle parti e dei loro avvocati combinando ad incastro le informazioni ricevute nei *caucus* che possano riguardare anche semplici doglianze, sofferenze, frustrazioni. La differenza sembra sottile ma è essenziale.

Questo concetto ricorda un altro equivoco di fondo: la richiesta della *difesa tecnica obbligatoria*. Tale richiesta era incongruente con la natura consensuale della procedura di conciliazione per tre ragioni: non c'è nulla da difendere visto che non c'è nessuno che attacca, non sono in ballo diritti ma interessi e bisogni, la cultura giuridica equivale almeno quella economica e quella sociale.

Di nuovo i sei pilastri della costruzione del consenso EeE possono servire da guida nel effettuare ricerche per la preparazione più su ciò che unisce che non su ciò che divide. Ecco un rapido quadro riepilogativo.

RELAZIONE TRA LE PARTI

Quanto sono stati amichevoli e frequenti i rapporti? Perché? Hanno mai cercato una soluzione condivisa o si sono sempre e solo attaccati? Quali sono state le vere preoccupazioni di ognuno? Qual'è da uno a dieci il grado di fiducia nell'interlocutore? Perché? Cosa pensano reciprocamente delle proposte dell'altro? ci sono state proposte costruttive?

COMPRESIONE DEI RISPETTIVI PUNTI DI VISTA

Quanto è stata attiva, pacata ed efficiente la comunicazione tra le parti oppure è nato un muro invalicabile? Ognuna delle parti ha capito esattamente le doglianze dell'altra? Per quale ragione non l'ha considerata? Il rifiuto è dovuto a motivi di principio, a impossibilità propria, a insofferenza altrui?

NUMERO DI IPOTESI DECISIONALI SUL TAPPETO

È sorto un braccio di ferro per cui ogni parte ha cercato di imporre la propria soluzione all'altra oppure le parti sono state capaci di inventare una ampia gamma di soluzioni accettabili per entrambe tra cui scegliere la più "arricchente" per tutti?

GRADO DI SODDISFAZIONE DEI BISOGNI DI TUTTE LE PARTI

La questione ha riguardato solo lo scontro su chi abbia ragione e chi torto oppure le parti hanno cercato insieme la soluzione più ragionevole al problema comune?

CRITERI OGGETTIVI ADOTTATI

È stato possibile utilizzare criteri oggettivi comuni ad entrambe le parti, alla collettività, al parere di diversi esperti ecc?

REALIZZAZIONE DELLE ASPETTATIVE DELLE PARTI NEL TESTO E NELLA ESECUZIONE

L'accordo finale è stato rispettato ed ha realizzato ciò che in concreto le parti si aspettavano?

LE STRATEGIE DELLE SEI FASI QUI PROPOSTE

I sei pilastri della costruzione del consenso ci aiutano a organizzare e strutturare il lavoro al tavolo negoziale e ad evitare la foga della discussione che spesso degenera nella reciproche accuse di responsabilità anziché nella ricerca dei reciproci vantaggi di un possibile accordo. Inoltre i sei pilastri possono risultare utili nel prendere decisioni strategiche unipersonali e assembleari. Propongo due nuovi modi di concepire tali decisioni:

- Le nostre decisioni interiori sono in realtà il frutto della "negoziante" che ciascuno di noi fa fare all'emisfero destro (emotivo-sentimentale) e a quello sinistro (razionale-calcolatore): es. meglio vantaggi piccoli e immediati oppure grandi dopo diverso tempo (es. uovo oggi o gallina domani)?
- Le decisioni assembleari o di gruppo che normalmente sono prese con il voto a maggioranza sono per molti versi il contrario del consenso EeE. Per quale ragione la opinione della maggioranza dovrebbe essere più saggia di quella della minoranza? Le grandi *votazioni* – come vediamo nelle elezioni politiche – portano più alle coalizioni per vincere che non a dei comitati di studio per soddisfare le esigenze più percepite degli elettori. Insistiamo molto sulla idea che la motivazione, come nelle sentenze, dovrebbe far parte del testo di tutti i progetti di legge e che essa dovrebbe essere verificata periodicamente onde controllare se i mezzi legislativi hanno raggiunto gli obiettivi socioeconomici prefissati. I risultati dovrebbero avere dei riflessi sui parlamentari che hanno voluto la legge dando loro un voto che abbia poi delle ripercussioni sulle successive elezioni.

Purtroppo spesso negoziazione e conciliazione nonché decisioni individuali e collettive sono prese in modo molto istintivo ed emotivo: questo comportamento deve restare fuori dal tavolo negoziale poiché la conciliazione è perseguibile utilizzando ciò che accomuna e non ciò che divide. Per questo la cultura contenziosa è l'opposto di quella consensuale (o consensuologica se si vede la costruzione del consenso EeE applicando il metodo scientifico).

Ecco dunque le *strategie* che sottendono alle sei fasi qui suggerite:

La *prima fase* basata sul pilastro RELAZIONE mira soprattutto a creare FIDUCIA verso il consenso quale metodo di arricchimento reciproco: ogni motivo di potenziale sfiducia va affrontato per il suo merito specifico evitando le generalizzazioni e i sospetti. Le clausole penali, le garanzie bancarie e oggi il pubblico discredito via *internet* sono un sostegno naturale al rispetto del consenso e del sistema contrattuale in generale.

Il rovescio di tale medaglia è che si dovrà prestare maggiore attenzione al reciproco vantaggio nello scambio delle prestazioni contrattuali onde massimizzare le probabilità di esecuzione spontanea. Il contratto EeE (efficiente ed efficace) è quello che le parti *vogliono* eseguire non quello che sono *obbligate* e costrette ad eseguire.

Es. Se esiste il dubbio che l'altro possa non mantenere gli impegni si possono negoziare anche clausole di sostituzione dell'inadempiente giustificate da penali o garanzie bancarie ad hoc.

La *seconda fase* basata sul pilastro COMUNICAZIONE mira soprattutto alla COMPrensione ed alla ASSERTIVITÀ verso il consenso frutto di comportamenti né aggressivi né remissivi ma semplicemente strutturati per risolvere i problemi e per recuperare la relazione. D'altro canto comprendere non significa condividere ma non si può condividere o dissentire *consapevolmente* senza aver compreso. Se si ha paura di rivelare fatti a sé stessi pregiudizievoli, si può sempre ricorrere ai *caucus*.

Il mediatore dovrà essere molto attento a mostrare di aver capito (ripetendo) e facendo domande (soprattutto di precisione) e chiedendo spiegazioni.

Es. Se una delle parti *"attacca"* l'altra anziché controbattere ed avviare una fase di contraddittorio, chiederà spiegazioni di questa sua *opinione* e come tale *posizione* possa essere utilizzata per trovare un accordo EeE. Non si possono costruire ponti alzando muri.

La *terza fase* basata sul pilastro PLURIPOTESI mira soprattutto alla scelta della migliore OPZIONE o ALTERNATIVA tra i vari tipi di soluzioni condivisibili. Solo chi esercita un POTERE prevaricatore adotta la strategia *"prendere o lasciare"*. In altri termini le parti e i loro consulenti negoziatori dovranno sforzarsi di trovare il maggior numero di soluzioni condivise possibile e tra queste scegliere quella che massimizza il profitto per entrambe. Una sorta di ottimo paretiano del consenso.

Es. Se una parte attacca l'altra, questa

dovrebbe trasformarlo in un comune attacco al problema; anziché restringere le opzioni a due e poi forzare la mano per "vincere", è vantaggioso per tutti aumentarne il numero.

La *quarta fase* basata sul pilastro BISOGNI (veri non pretestuosi) mira soprattutto a trasformare la gestione del conflitto da attribuzione di responsabilità a GESTIONE DEL RISCHIO e SODDISFAZIONE DEI VERI BISOGNI RECIPROCI. Il criterio guida sarà che il rischio e il costo devono incombere sul miglior sopportatore per motivi di giustizia e di coesione sociale poiché trattare in modo eguale persone economicamente e socialmente molto diverse è una ingiustizia per definizione.

Il secondo criterio guida è far emergere i veri bisogni: questo è il compito più complesso per il conciliatore che, a tal fine, dovrà gestire i *caucus* in tre modi contemporaneamente: come un poliziotto poiché dovrà condurre degli interrogatori, come un sacerdote poiché dovrà recepire le confessioni (senza imporre penitenze) e come una ostetrica che dovrà far partorire una soluzione che le parti non sapevano di avere in grembo.

Es. Rubare una mela al mercato non è la stessa cosa a seconda che il ladro sia affamato o sazio. Non avere i soldi per pagare un prezzo dovuto potrebbe significare, ad esempio, trovare metodi soddisfattori per il creditore diversi dal danaro...si ricordi l'affitto della casa di Napoli tra una locatrice appassionata di sci e un conduttore proprietario di una casa in montagna.

Per favorire il consenso bisogna offrire buoni "motivi" per accordarsi contrariamente alla loro irrilevanza data dal diritto dei contratti.

La *quinta fase* basata sul pilastro VALORI mira soprattutto a ripristinare COERENZA reciproca tra gli impegni delle due parti e COERENZA tra l'affidamento della intera collettività sulla realizzazione degli scopi del contratto,

Qui il discorso dovrebbe essere molto lungo: scopo del contratto nella prassi internazionale è un concetto solo vagamente assimilabile a quello di causa del contratto secondo il sistema italiano che la definisce come funzione economico sociale dello stesso. La differenza che da noi è nella opinione delle parti mentre nel *common law* lo scopo è un fatto oggettivo e verificabile empiricamente.

Es. L'accordo deve basarsi su principi o criteri condivisi da tutti per cui la soluzione concordata deve apparire logica con i criteri oggettivi esplicitati nelle premesse soggettive e oggettive del contratto.

La *sesta fase* basata sul pilastro ASPET-TATIVE mira soprattutto a trasformare il tradizionale approccio competitivo delle parti al tavolo negoziale in uno cooperativo capace di generare arricchimento reciproco per parti e collettività.

Es. L'accordo di lavoro tra impiegato e impresa oggi non può più basarsi sulla rivendicazione salariale sullo stipendio ma sulla motivazione specifica (premi di produttività) e la esistenza della impresa è un fatto che interessa tutti, imprenditori, dipendenti e rispettive famiglie, subfornitori, indotto...

In materia di lavoro la coerente collaborazione reciprocamente premiante tra impresa e lavoratori è la applicazione più evidente di questo concetto. Si pensi che la Toyota ha abolito da tempo lo stipendio fisso sostituendolo con un sistema altamente premiante della produttività: così i dipendenti hanno raddoppiato gli *introiti* e contemporaneamente l'impresa ha raddoppiato gli utili oltre a essere diventato il primo fabbricante al mondo e leader della c.d. qualità totale.

Ecco una breve descrizione delle sei fasi della ricerca dell'accordo EeE secondo i sei pilastri della consensuologia.

1. La prima fase, esplicativa, è basata sulla relazione: l'introduzione del mediatore

Una volta che tutti i presenti abbiano espresso la volontà di cominciare la vera procedura di mediazione, nella prima fase della seduta si ha una sorta di monologo del conciliatore al fine di ripristinare una buona relazione e un clima di fiducia reciproca.

Quindi il mediatore chiarisce, adattando il suo discorso al merito del caso in esame, i ruoli delle parti e dei consulenti negoziatori ossia la differenza tra l'approccio distributivo tipico del processo (il risarcimento è la somma di danaro che si sposta da una parte all'altra) e quello cooperativo tipico della mediazione (entrambe le parti si arricchiscono di più di qualsiasi risarcimento per la sola parte vincente: il mitico "allargamento della torta"), tra contraddittorio e consenso, tra allontanarsi ed avvicinarsi, tra cercare il colpevole e cercare la soluzione...

Per dirla in breve al mediatore spetta il metodo, alle parti il merito, agli avvocati la forma (tenuto conto delle garanzie che dovrebbero esser chiamati a dare per rendere l'accordo finale equiparabile ad una sentenza esecutiva).

Lunghhezza e approfondimento di tale discorso introduttivo sono in ragione della familiarità con il procedimento di mediazione

che hanno le parti e i consulenti negoziatori. Se l'intera seduta dovesse durare una giornata è ragionevole immaginare che questa prima fase duri circa una mezz'ora anche per lasciare spazio alle domande delle parti e degli avvocati.

Il mediatore dovrà insistere sul fatto che l'obiettivo di tutti non è stabilire chi abbia torto e chi ragione ma è trovare una soluzione creativa vantaggiosa per tutti anche scollegata dalle ragioni del contendere.

Egli dovrà anche evidenziare che non è sufficiente che si raggiunga un accordo *qualsiasi* purché formalmente valido ma un accordo efficiente ed efficace in modo che sia stabile e affidabile per entrambe le parti. Come si sa, l'accordo iniquo genera vendetta e l'accordo transattivo genera ripensamento.

Comportamenti operativi: ecco una lista pratica in 12 punti di quello che deve dire il mediatore:

1. presentare sé stesso, la propria preparazione ed esperienza in NEG-MED
2. fare i complimenti per la scelta operata e per la fiducia conferita
3. invitare le parti a non vedere la mediazione come una pratica burocratica
4. spiegare di essere solo un facilitatore della soddisfazione dei bisogni ed interessi e non un valutatore di diritti
5. affermare di essere indipendente, imparziale e neutrale
6. ricordare che si potranno alternare riunioni comuni...
7. ...con incontri singoli
8. impegnarsi alla riservatezza assoluta
9. ridare indicazioni logistiche, tempistiche, procedurali ed invitare ad evitare le opinioni soggettive
10. impedire le interruzioni, gli attacchi personali, l'esaltazione di sé e la denigrazione dell'altro
11. rimanere disponibile a qualsiasi domanda
12. cominciare subito con ascoltare la parte richiedente.

Tutto sommato avere torto o avere ragione ha una importanza decisamente inferiore rispetto ad una udienza (v. parte prima) poiché la soluzione condivisa dovrebbe riuscire ad offrire vantaggi superiori alla miglior sentenza favorevole (mai sicura in anticipo).

2. La seconda fase, liberatoria, è basata sulla comprensione reciproca. Lo scambio di doglianze e di informazioni

Chiamiamo la seconda fase "liberatoria" in quanto, in ossequio al secondo pilastro della consensuologia ossia la comprensione, da un lato le parti hanno la possibilità in tale

fase di poter esporre le proprie percezioni, le proprie sofferenze scaturite dai fatti e, dall'altro, i consulenti quella di esprimere i propri pareri.

L'ordine espositivo non è tassativo: in genere comincia la parte istante presenta le proprie doglianze e poi fa lo stesso l'altra parte. Il mediatore dovrebbe evitare di suscitare sospetti di parzialità distribuendo in modo asimmetrico la durata degli interventi.

Dopo le parti intervengono i rispettivi avvocati per presentare i profili formali della situazione e le loro previsioni sulle possibili conseguenze giuridiche qualora si arrivasse al processo.

Sul fatto che possa presentarsi il solo avvocato munito di delega ormai è certo che non sia possibile essendo la mediazione una procedura che riguarda essenzialmente i bisogni delle parti.

Sulla questione dell'utilizzo di documenti o di testimoni riconoscendo di essere estremisti del consenso esprimiamo un parere drasticamente negativo. Se le parti non riescono a mettersi d'accordo nemmeno su come si siano svolti i fatti, quante probabilità vi sono che possano accordarsi su una soluzione condivisa del problema creatosi?

Spesso viceversa le parti sono soddisfatte per il solo fatto di essere ascoltate (dopo anni?) e di poter sfogare la propria sofferenza magari soltanto negli incontri singoli.

Comunque le argomentazioni legali possono contribuire a creare l'accordo EeE (oltre alla loro naturale funzione di giustificare l'accordo formalmente valido) poiché possono essere utili alle parti per ascoltare il proprio consulente-negoziatore sulle probabilità di successo in tribunale e per sentire da lui proposte ragionevoli.

Ma nello stesso tempo possono essere dannose perché possono creare illusioni irrealistiche e scatenare emotivamente la parte "danneggiata" (proposte estreme).

Ecco ulteriori comportamenti operativi.

La "shadenfreude" (la soddisfazione di provocare sofferenza per pareggiare i conti) è sempre in agguato qualora il mediatore perdesse il controllo sul metodo. Di conseguenza da una parte è bene far sfogare la rabbia ma dall'altra è male offrire giustificazioni all'odio ed al rancore.

La prova che ancora le parti non siano pronte a negoziare tra loro è significativamente dimostrato dal fatto che esse si rivolgano solo al conciliatore (negoziazione verticale): il segnale del superamento degli ostacoli al dialogo diretto è dato proprio dalla "negoziazione orizzontale" nel quale i consigli del mediatore sono stati presi in

considerazione e operativamente applicati attraverso una negoziazione costruttiva.

Ripetiamo l'importanza di evitare accenni sulla responsabilità che sposterebbero gli sforzi delle parti e dei loro consulenti dalla ricerca della soluzione alla ricerca del colpevole.

Un bravo mediatore, a conferma della sua preparazione interdisciplinare, deve essere sensibile a tutti i messaggi inviati dalle parti oltre quelli inviati con le parole: anzi spesso i messaggi del corpo e quelli paraverbali sono molto più utili di un lungo discorso basato su rancore e sofismi.

Spesso è capitato di osservare la contraddittorietà tra i messaggi verbali e quelli non verbali o del corpo (i primi possono essere menzogne, i secondi no poiché sono incontrollabili).

3. La terza fase, chiarificatrice, è basata sulla pluripotesi. Riepilogo e ricerca della soluzione condivisa

Chiarita la percezione delle parti relativamente al problema, il mediatore fa un riepilogo cercando di trovare l'accordo sui punti di disaccordo e di trasformare le emozioni negative in conseguenze operativamente costruttive.

Egli comincia quest'opera di ricostruzione facendo richieste di chiarimenti di tipo generale e presentabili alla presenza di tutti. Ci riferiamo ad abilità non comuni di sintetizzare e di oggettivizzare le posizioni di parte per favorire il dialogo diretto ed il confronto tra le due verità. Tale confronto offre al mediatore una aggiunta di informazioni-risposta alle proprie domande dirette ed aperte che il mediatore dovrà recepire con la dovuta professionalità evitando valutazioni implicite o involontarie: ormai famoso è l'episodio della risata di un magistrato in pensione di fronte ad una proposta creativa fuori dagli schemi processuali di mero stampo monetario.

La conseguenza immediata del suo comportamento fu la richiesta della sua sostituzione che fu attuata dall'organismo.

A proposito di comportamenti operativi, il mediatore quindi dovrà ripetere per mostrare di aver compreso, parafrasare per interpretare in modo oggettivo, riassumere per cogliere i punti essenziali, espandere per rendere espliciti i messaggi impliciti... senza effettuare commenti per mostrare equidistanza ed equivocanza.

Così si dovrebbe arrivare ad avere una versione comune dei fatti, a chiarire le motivazioni retrostanti, ad evidenziare la frequente non intenzionalità dei danni, a condividere che esiste un problema comune onde

passare dall'esame del passato alla strutturazione del futuro.

Chiarito che esistono problemi da risolvere, si fissa l'agenda dei lavori e si concorda l'ordine degli stessi cominciando da quelli più controversi, più difficili, più urgenti, più generali, più importanti...

La sedute plurime di *brainstroming* sono sempre utili in quanto consistono nell'inventare il maggior numero di soluzioni creative indipendentemente dalla loro realizzabilità pratica: esse servono soprattutto a separare il momento della invenzione da quello della decisione.

Ciò che maggiormente frena i decisori infatti sono i rischi della irrealizzabilità e della stupidità di cui possa essere tacciata la proposta in quanto innovativa: "ma non si è mai fatto così!".

Chi non ricorda di aver avuto una idea brillante e di non aver avuto il coraggio di presentarla mentre un'altra persona, poco più tardi, ha ricevuto molti applausi per aver presentato la stessa idea?

Ci rendiamo conto di essere molto distanti dal pensiero giuridico che comunque ribadiamo essere solo un modo di vedere le cose che deve convivere con almeno altri sei modi di vedere le stesse cose per i due fatti assolutamente nuovi della globalizzazione e di *internet*.

4. La quarta fase, esplorativa, è basata sui bisogni. I caucus

Dal punto di vista della consensuologia la quarta fase è di gran lunga la più importante poiché è dedicata alla serie degli incontri singoli con ciascuna parte e, nell'ambito della stessa parte, con il solo cliente o con il solo avvocato o con entrambi.

Lo scopo evidente per il mediatore è conoscere i bisogni latenti e non riferibili in presenza dell'altra parte.

Essi hanno anche un valore emblematico poiché sono l'elemento che più differenzia le procedure consensuali da quelle contenziose: infatti essi sarebbero impensabili in un processo o in un arbitrato poiché violerebbero nel modo più radicale il sacro principio del contraddittorio.

Essi inoltre sono la chiave per entrare nei criteri oggettivi (fase 5) e per creare gli impegni attraenti/soddisfacenti (fase 6) attraverso le ragioni sottostanti, come appena detto, non riferibili in presenza della parte interlocutrice (v. locazione casa a via Caracciolo).

Per dirla in termini più accademici essi sono essenziali per passare da ciò che le parti vogliono a ciò di cui le parti hanno bi-

sogno con buona pace delle pretese processuali e del mitico incontro di volontà del negozio giuridico.

A seconda della frequenza prevista i *caucus* possono essere tenuti in un'unica sala dove rimane fermo il mediatore oppure in due sale attigue dove rimangono ferme le parti ed allora è il mediatore che si muove tra due sale (*shuttle diplomacy*).

Ecco i suggerimenti relativi ai comportamenti operativi più consigliati.

Spesso si hanno più gruppi di *caucus* (intervallati da riunioni comuni) in cui le parti non devono sentirsi preoccupate di dire ciò che vogliono (es. richieste esagerate o oltre il diritto), di sentire ciò che non vogliono (es. soluzioni preconfezionate del mediatore), di svelare fatti pregiudizievoli (es. "sentenze" di condanna del mediatore).

I caucus possono essere strutturati fondamentalmente in tre modi: con la parte ed il suo consulente (di norma qualora ci sia sintonia tra cliente e consulente), con la sola parte (se essa teme il consulente oppure non voglia fargli sapere talune informazioni), con il solo consulente (il parere tecnico può essere pregiudizievole agli interessi del cliente: insistere per il processo e fare ostruzionismo nella mediazione).

Sempre in tema di comportamenti operativi una buona lista di tali barriere alla ricerca del consenso EeE è data dai sei pilastri visti al contrario nelle c.d. "distorsioni cognitive":

1. Cattiva relazione: svalutazione reattiva. Quando le parti sono in cattivi rapporti tendono ad incolparsi reciprocamente e a disistimare qualsiasi atto o dichiarazione compiuti dall'altro per il solo fatto di essere tale.
2. Cattiva comunicazione: percezione selettiva. Le parti anziché cercare di comprendere reciprocamente prestano attenzione solo alle parole dell'altro che possano essere utili alla propria vittoria e a provocare il discredito di chi le ha pronunciate.
3. Cattiva creatività: imposizione subdola. Anziché cercare di trovare una soluzione vantaggiosa per tutti si tenta di imporre la propria soluzione di tipo autoritario.
4. Cattiva economicità: avversione alla perdita. In genere si ha più paura di perdere qualcosa di valore x che già si ha che non di guadagnare qualcosa di pari valore che non si ha. La strada sicura del metodo transattivo "pochi maledetti e subito" è preferita a quella più rischiosa della soluzione creativa.
5. Cattivi criteri: questioni di principio. Stru-

mentalizzare i principi significa spesso che nella sostanza si vuole nascondere qualcosa sotto il mantello della forma.

6. **Cattive aspettative:** previsioni irrealistiche. Avere comportamenti strategici significa anche essere realisti ed esaminare i problemi da molti punti di vista (io sostengo almeno sei...).

I caucus servono a vari scopi correlati:

- dividere fisicamente i contendenti quando la tensione sale
- far finire comportamenti inconcludenti o autoreferenziali
- riequilibrare la facilità di espressione se una parte è timida o sospettosa
- ricevere informazioni confidenziali e pregiudizievoli quali semplici presupposti
- comprendere (senza condividere) bisogni inespressi o inesprimibili
- verificare i consequenziali interessi economici
- ipotizzare soluzioni o almeno parti di esse
- esplorare nuove strategie
- chiedere se esistano altri interlocutori interessati.

Errori comuni del mediatore durante i caucus possono essere il fatto di pensare al posto delle parti, usare stereotipi e pregiudizi, precorrere il ragionamento delle parti, percepire selettivamente, immedesimarsi nel più debole, sentire il bisogno di riequilibrare le forze in campo, sopravvalutare i bisogni di una parte, lasciarsi coinvolgere emotivamente, ostentare dirigismo, bloccare qualsiasi emozione o tensione, imporre l'ordine, indicare un binario prefissato.

5. La quinta fase, pianificatrice, è basata sui valori oggettivi. La ricerca dei criteri dell'accordo

Questo è il momento per capire se la negoziazione "triangolare" sta andando verso la conciliazione: se è così le parti stanno passando dai criteri e valori contrapposti a quelli condivisi e quindi si chiariscono i singoli punti della questione, si restringono le ipotesi, si guarda avanti, si soddisfano bisogni ed interessi, si passa dal "voler far pagare cara" al "porre fine ad un problema".

Le parti ed i loro consulenti-negoziatori ora comunicano tra loro in modo costruttivo e valutano i comportamenti passati non più colpe ma come problemi da risolvere, si prendono il potere e la responsabilità di decidere sui fatti propri, ammettono che nessuno è esente da colpe, confidano nelle indicazioni del mediatore sul metodo per decidere sul merito.

Questa fase costituisce il momento della

verità in cui si passa dalla "difesa" della posizione soggettiva all'uso di criteri oggettivi ed indiscutibili.

6. La sesta fase, attuativa, è basata sulle aspettative. La redazione dell'accordo

Ormai la seduta negoziale (diretta o facilitata da un terzo) ha individuato la strada da percorrere in comune verso la destinazione condivisa del consenso EeE. Si è arrivati alla stesura del testo contrattuale che conclude la negoziazione ed apre la esecuzione determinando in che modo lo scambio delle prestazioni costituisca un vantaggio diretto per entrambe le parti ed uno indiretto per la collettività.

Nella formalizzazione scritta dell'accordo e quindi del contratto il comportamento operativo degli avvocati è decisivo nel velocizzare l'attimo positivo. Purtroppo nelle università italiane, a differenza dei paesi di *common law*, non si tengono corsi di redazione contrattuale: questa è una materia che anch'essa dovrebbe essere affrontata con metodo scientifico sulla base dei sei pilastri del consenso.

In primo luogo Il metodo scientifico infatti è utile per verificare se la esecuzione del contratto risponda costantemente alle aspettative delle parti qualora dovessero mutare: in altri termini va sperimentalmente verificato e misurato se l'attuazione del contratto sia ancora di utilità per le parti o non si abbia un caso di *frustration* ossia di inutilità sopravvenuta del contratto.

In secondo luogo ancora una volta nella stesura dell'accordo sono sempre utili i sei pilastri del consenso. Anni fa è stato interessante partecipare ad un corso di *Drafting* per avvocati tenuto a Londra che illustrò una prassi in sei parti del testo contrattuale ormai standard nel commercio internazionale.

Prima parte (relazione): parti e poteri. Qui si indicano tutti i dati di riferimento delle parti e, qualora di tratti di persone giuridiche, le procure con i poteri conferiti.

Seconda parte (comprensione): definizioni. Qui si elencano come in un glossario le parole tecniche usate nel testo contrattuale con l'avvertenza che quando nel testo vengono usate tali parole si userà la maiuscola mentre con la minuscola si userà la stessa parola con un significato generico e non con quello tecnico previsto dalle definizioni.

Terza parte (creatività): premesse soggettive e oggettive. Le premesse soggettive sono le qualità personali per cui ciascuna parte ha preferito quello specifico interlocutore ed le ragioni per cui ha scartato altri.

Le premesse oggettive indicano quale sia lo scopo del contratto nel senso che le obbligazioni reciproche diventano lo strumento per raggiungere tale scopo essenziale. Esso serve da bussola in caso di cambiamento delle condizioni di mercato o del panorama legislativo.

In termini molto approssimativi (v. supra) si tratta della causa del contratto intesa quale funzione economica sociale dello stesso.

Quarta parte (interessi): impegni delle parti. Nel redigere le obbligazioni delle parti si cerca di pianificare e parificare il rischio e la cura in capo alle parti stesse.

Si tratta del concetto di stato avanzamento lavori nel senso che la durata del contratto viene suddivisa in molti sub-periodi in cui fare il punto della situazione per saldare il già compiuto e collaudato.

Quinta parte (criteri): modalità esecutive e clausole penali. Rispetto alle nostre abitudini le modalità redazionali sono più dettagliate in modo da lasciare meno margini interpretativi. Il rovescio della medaglia è dato proprio dal dover prevedere tutto e dal non lasciare spazio e modalità alternative. In altri termini se è previsto il bonifico bancario non si può pagare con un assegno circolare.

Conclusioni: cultura specifica e applicazione costante nella vita quotidiana

In conclusione, il diritto e la consensualologia sono dunque materie parallele, diverse tra loro ma di reciproco supporto. Il primo serve *solo* a creare il consenso formalmente valido, la seconda serve a creare *solo* il consenso efficiente ed efficace: tale tipo di consenso *composito* è oggi lo strumento principale per una convivenza più pacifica, più proficua e più felice nella vita di tutti i giorni.

Il pensiero dicotomico che riduce la vita ad una polarizzazione continua di opinioni o, per dirla con Roger Fisher, di "posizioni" (bianco-nero, giusto-sbagliato, buono-cattivo, positivo-negativo) è la fonte di qualsiasi lite, lotta e battaglia che sistematicamente nascondono sotto profili ideologici interessi concreti.

Mi permetto di essere drasticamente chiaro al riguardo: le liti, le lotte e le battaglie non esistono in natura. Queste nascono esclusivamente dal significato pregiudizialmente "negativo" che uno dà al comportamento dell'altro: questo *pregiudizio* genera in un circolo perverso la voglia di "pareggiare i conti".

Provocare sofferenza nell'altro per fargli capire quale è stata la propria sofferenza è un comportamento chefu definito da Gandhi: "occhio per occhio e diventeremo tutti e due ciechi". Al posto della vendetta personale si

sostituisce così quella di Stato per altro non molto organizzata.

Godere e provare soddisfazione dal fatto di provocare sofferenza è definito anche dai psicologi tedeschi con il termine *shadenfreude* che ha una forte connotazione negativa e antisociale.

Ormai nel mondo sono sorti molti movimenti di pensiero su una giustizia che prescindendo dalla lite, dall'approccio competitivo, dalla retribuzione della sofferenza con la sofferenza, dall'impoverimento per tutte le parti e per la collettività, dalla esasperazione del rancore reciproco.

Desideriamo ricordarne due: la giustizia riparativa e il diritto collaborativo con entrambi i quali la consensualologia ha molti punti di contatto ideologico.

La prima sostituisce l'idea tradizionale di giustizia "remunerativa" per cui il colpevole deve essere condannato a risarcire il danno in civile o a essere recluso in carcere in penale con quella di giustizia "riparativa" in base alla quale *tutti* danneggiato o vittima, danneggiante o reo con i rispettivi avvocati e collettività civile ricercano *consensualmente* di trovare un modo efficace per riparare all'illecito commesso ed ai bisogni scaturiti. Il rapporto quindi non è più solo con lo Stato ma con il danneggiato o con la vittima. Tali concetti hanno trovato particolare applicazione in ambito penale.

Il diritto collaborativo si basa sull'idea che tutti, parti e rispettivi avvocati, sottoscrivono uno spontaneo accordo di collaborazione "*consensuale*" in cui si impegnano a collaborare per risolvere i problemi della relazione e a comportarsi sempre in modo consensuale anche quando dovessero accordarsi per porre fine alla relazione stessa. Gli avvocati rinunziano preventivamente al mandato *ad lites* poiché estraneo al diritto collaborativo. Tali concetti hanno trovato particolare applicazione nell'ambito delle relazioni familiari.

Resta il fatto che in ogni cultura e in ogni popolo il migliore strumento di convincimento sia l'esempio: la persona più insopportabile è quella che "predica bene e razzola male". La cultura del consenso EeE si basa sulla coerenza.

Come i politici non possono essere corrotti e insieme imporre nuove tasse oppure proclamare la democrazia e la libertà e nel contempo concordare coalizioni di voto così la giustizia non può limitarsi agli aspetti formali ma deve trovare il modo di arrivare a creare giustizia sociale e rimediare alle disuguaglianze economiche.

Ecco un esempio di incoerenza generalizzata.

Come sta scritto nella Dichiarazione di Indipendenza degli Stati Uniti del 4 luglio 1776, gli americani considerano diritti inalienabili la vita, la libertà e la ricerca della felicità dimenticando:

- lo sterminio dei nativi pellerossa (per cui sono ancora in corso i risarcimenti per i territori usurpati con le armi da fuoco contro gli archi e le frecce),
- il commercio e lo sfruttamento degli schiavi negri africani (la questione della *apartheid* sembra ancora oggi molto viva a seguito della uccisione di diversi neri da parte di agenti della polizia),
- l'arrivismo facile della finanza creativa (essa ha determinato la crisi di mutui *subprime* che ha avuto effetti disastrosi sul mondo intero).

Oggi non è più come ieri e veramente siamo tutti soggetti all'“effetto farfalla” per la globalizzazione dei mercati e per la comunicazione in tempo reale. Tutti siamo chiamati a dimostrare coerenza tra ciò che diciamo e ciò che facciamo.

È necessario quindi che il metodo scientifico sia sempre utilizzato per dimostrare come tale coerenza non sia solo una opinione soggettiva ed apodittica ma che venga anche dimostrata, verificata e misurata.

I conflitti saranno sempre più numerosi e più atipici tanto che il pensare di poterli gestire secondo schemi di pensiero tradizionali di stampo litigioso sarà presto impossibile e la conseguenza sarà la esclusione dal *mercato* di chi blocca il giro d'affari.

Tanto più che i confronti ossia i conflitti si presentano sempre più frequenti in ogni ambito della vita quotidiana poiché *internet* e la globalizzazione educano ciascuno di noi a principi che sono al di fuori degli schemi tradizionali. Ad esempio, il computer facilita il confronto dell'educazione dei genitori con le regole di altri gruppi e le derive autoritarie non sono più neanche pensabili e così in ogni altro settore della vita quotidiana familiare e professionale.

Dimenticavamo che purtroppo siamo un popolo di furbi e la consensuologia richiede assertività: quale Italia lasceremo in eredità ai nostri figli e ai nostri nipoti dal punto di vista sociale, economico e politico?

Per questo non possiamo finire se non con tre citazioni: la prima è di Einstein, la seconda è un detto popolare giapponese, la terza è nostra.

NON SI POSSONO RISOLVERE I PROBLEMI CON GLI STESSI SCHEMI DI PENSIERO CHE LI HANNO GENERATI.

GLI INNOVATORI HANNO TUTTI CONTRO:
I CONSERVATORI PER DEFINIZIONE,
GLI ALTRI INNOVATORI PER L'ARRIVO DI UN
NUOVO CONCORRENTE,
I POTENTI PER DOVER CONFERMARE LA
LORO POSIZIONE DI FORZA
E GLI OZIOSI PER DOVER COMINCIARE A
FARE QUALCOSA.

IN UN VIAGGIO PER ARRIVARE A DESTINAZIONE SI DEVONO VERIFICARE
LE POSSIBILITÀ DI SPESA,
I MEZZI DI TRASPORTO,
IL PERCORSO PIÙ ADATTO
ED ATTUARLO NEI TEMPI PREVISTI
ALTRIMENTI È UNA ILLUSIONE.

MARIO QUINTO

© RIPRODUZIONE RISERVATA



Copyright © Giuseppe Marsoner

In tema di mediazione delegata dal giudice

Posizione del problema

La sentenza emessa dal Tribunale di Vasto, il 9 marzo 2015, offre lo spunto per operare alcune riflessioni in merito all'istituto della mediazione delegata dal giudice, recentemente inserita nella normativa processualistica dall'articolo 5, comma 2, del decreto legislativo n. 28 del 2010.

In base a tale istituto processuale il giudice *"anche in sede di giudizio d'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 d'appello"*; chiarisce, inoltre, il secondo comma, dell'art. 5, in esame, che *"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"*.

Inoltre il secondo comma dell'articolo 5, del decreto legislativo n. 28 del 2010, prescrive che *"il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6 (vale a dire dopo tre mesi) 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"*.

Al riguardo è opportuno sottolineare che il comma in parola è stato modificato, a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 272, del 6 dicembre 2012¹, dal dettato dell'articolo 84, lettera c), del decreto legge n. 69, del 21 giugno 2013, convertito, con modificazioni, nella legge n. 98, del 9 agosto 2013². Si consente, dunque, al giudice, in corso di causa, anche in fase di appello, di far ricorso al procedimento di mediazione, se il giudice stesso ne ravvisa le circostanze, delegando all'Organismo di mediazione il potere di conciliare, potere che è comunque, proprio del giudice, così come si legge nel dettato degli articoli 185, 185 bis, 322 e 350 del codice di rito civile. Tale potere di delega all'Organismo di mediazione è stato individuato dal legislatore, al fine di evitare di appesantire, ulteriormente, il ruolo del giudice altrimenti chiamato a disperdere le proprie energie nel tentativo di guidare le parti nella procedura di conciliazione.

Nel caso di specie, il giudice del Tribunale di Vasto si è avvalso del, sopra ricordato, potere di delegare l'esperimento della procedura di mediazione, avendo riscontrato che ne ricorrevano i presupposti, ad un organismo di mediazione, individuato, nel caso in esame, in quello istituito dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Vasto.

La decisione resa dal Tribunale di Vasto

La sentenza resa dal Tribunale di Vasto ha preso le mosse dalla circostanza che il procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione, alla quale le parti si erano rese disponibili nel corso del giudizio, non solo non ha sortito l'effetto sperato, ma non ha potuto svolgersi, poiché una delle due parti (la convenuta, sia in giudizio, che nel procedimento di mediazione) all'atto del primo incontro, al quale non è comparsa personalmente, ma solo attraverso il proprio legale, non ha prestato il consenso all'avvio della procedura conciliativa, costringendo il mediatore, incaricato, a chiudere la stessa al momento del primo incontro. In base a questa, preliminare, circostanza il giudice del Tribunale di Vasto, ritenendo non realizzata la condizione di procedibilità dell'azione, a causa della mancata presenza personale delle parti nel procedimento di mediazione, ha dichiarato improcedibile il giudizio, compensando le spese dello stesso. A tale decisione il giudice perviene dopo aver compiuto una ampia ed approfondita analisi sulla natura della mediazione, sul ruolo dei difensori nel procedimento di mediazione, finalizzato alla conciliazione, nonché sui compiti del mediatore (*rectius*: conciliatore) affinché possa essere ottenuto il buon esito della procedura conciliativa. Afferma, infatti, il Tribunale civile di Vasto che *"la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti le parti di persona. L'istituto, infatti, 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 – a detta del giudice abruzzese – *"che sia possibile una interazione immediata tra le parti di fronte al mediatore"*. Chiarisce il suo pensiero il magistrato di Vasto affermando, al fine di rafforzare il concetto precedente, che nella mediazione è fondamentale *"la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo dei rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto"*.

¹ In *Foro It.*, 2013 I, c. 1091, con nota di D. Dalfino.

² In vigore dal 21 aprile 2013.

In base al sopra ricordato contatto il mediatore è chiamato a comprendere *"quali siano i bisogni, gli interessi i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte)"*. Ad ulteriore sottolineatura di questo concetto il giudice di Vasto enfatizza il ritrovato ruolo delle parti artefici dirette di un percorso di conciliazione ricoperto da questa ritrovata cultura della pacificazione che, a differenza di quella del processo, non estromette le parti sostanziali, ma anzi ne ricopre ed enfatizza il valore.

Pertanto, *"non è pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che nel processo consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali"*.

Il giudice di Vasto a conclusione del suo ragionamento sostiene che *"la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile"*.

In base a tali considerazioni il giudice abruzzese è giunto alla conclusione che *"sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010, sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo articolo 8) all'incontro con il mediatore"*. Chiarisce, inoltre, la sentenza del Tribunale di Vasto, che è compito del mediatore la verifica dell'osservanza delle condizioni per il regolare espletamento della procedura. Invero, afferma la decisione annotata, che grava sul conciliatore *"l'onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti"* anche attraverso la predisposizione di un rinvio del primo incontro, ovvero *"sollecitando il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione"*. Tale onere – afferma, inoltre, il Tribunale di Vasto – grava anche sulla parte che ha interesse a coltivare la procedura di mediazione e vuole evitare la declaratoria di improcedibilità. Quest'ultima dovrà *"partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti"*. È inoltre, facoltà della parte ed obbligo del mediatore la circostanza di far valorizzare *"la concreta impossibilità di procedere all'esperimento del tentativo di mediazione"* a causa del rifiuto della parte convocata in mediazione di intervenire personalmente agli incontri. Conclude, infatti, la sentenza in esame che *"solo una volta accertato che la procedura non si è potuta svolgere*

per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata". In tutte le altre circostanze la domanda successivamente proposta (anche nei casi di mediazione delegata) si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile a causa della mancata piena osservanza delle disposizioni normative che impongono il preventivo *"corretto"* esperimento del tentativo di mediazione, alla presenza fisica delle parti, non essendo sufficiente per il corretto esperimento della procedura la sola presenza dei difensori.

3. Analisi critica della decisione

Pur valutando positivamente il tentativo di dare sostanza al procedimento di mediazione delegata, operato dalla sentenza del Tribunale di Vasto, tuttavia, le conclusioni cui perviene il giudice abruzzese destano non poche perplessità. Assai correttamente il giudicante pone in rilievo il ruolo del procedimento di mediazione finalizzato alla mediazione e ne coglie la sua essenza finalizzata al recupero dei rapporti tra le parti contendenti, al fine di consentire loro la costruzione di una soluzione autodeterminata della vertenza, la quale, concludendosi senza vinti, né vincitori, possa essere di soddisfazione per entrambe.

Acutamente coglie l'essenza di detta procedura, mirante a ricostruire un rapporto di reciproca fiducia tra le parti, circostanza questa che potrà ottenersi più facilmente se (attraverso la loro presenza fisica innanzi al mediatore) le parti riprendano a dialogare tra loro. Malgrado ciò la soluzione adottata dal Tribunale di Vasto non può condividersi in quanto, in ogni caso, la conciliazione deve essere sempre valutata quale opportunità per la tutela dei diritti, non come un obbligo cui le parti vanno costrette. Al riguardo deve essere considerato che il potere del giudice di delegare l'espletamento della procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione, quando egli ravvisa la sussistenza delle condizioni per esperire detta procedura, concorre, dopo l'entrata in vigore della legge n. 98 del 9 agosto 2013, con il potere allo stesso giudicante attribuito di operare, a norma dell'art. 185 bis del codice di rito civile, la propria proposta di conciliazione³. Dunque, in tema di conciliazione il giudice, oltre al potere, originariamente conferitogli dagli articoli 185 e 117 cpc, nonché, per il giudizio di gravame, dall'articolo 350, terzo comma

³ 185-bis (Proposta di conciliazione del giudice). Il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.

cpc, ha aggiunto altre due opzioni: a) quella di delegare la procedura di conciliazione ad un organismo di mediazione; b) quella di formulare alle parti la sua proposta "valutativa" della questione dedotta in giudizio. La scelta per l'una o per l'altra opzione operata insindacabilmente dal giudice, quando reputi che il giudizio, affidato alle sue cure, lo consenta, non può però essere punitiva per le parti; invero, mentre la via tracciata dall'articolo 185 bis cpc non comporta alcuna sanzione incidente sul processo – è sintomatico che nel testo dell'art. 185 bis cpc non sia stata richiamata la previsione, relativa al rito del lavoro, contenuta nel primo comma dell'art. 420 cpc per cui *"il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"*⁴ – invece, la scelta di delegare la procedura ad un organismo di mediazione, nel modificato testo del secondo comma dell'art. 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, costituisce, dopo la modifica del 2013, condizione di procedibilità.

Tuttavia, per quello che si è, in precedenza, considerato non possono essere ammesse letture interpretative della norma tese a rendere più gravosa detta condizione, ritenendola realizzata solo se il procedimento di mediazione ha visto la "presenza fisica" delle parti, non ritenendosi sufficiente la delega conferita con la procura che consente al legale di esprimere la libera volontà del suo assistito, in base alla previsione espressa contenuta in tale delega⁵.

Questo concetto, è da ritenere ancor più rilevante dopo l'avvento della nuova legge professionale, n. 247 del 2012⁶ e del succes-

sivo codice deontologico forense approvato dal Consiglio nazionale il 31 gennaio 2014, che, in particolare con l'articolo 27, ha chiarito gli obblighi di informazione del cliente, cui è tenuto l'avvocato, e costruisce un rapporto di immedesimazione tra i due soggetti (cliente ed avvocato) basato anche sulla Carta costituzionale, poiché il professionista integra l'anello necessario per l'esercizio della tutela, funzione questa che si può estendersi anche alla procedura di mediazione, finalizzata alla conciliazione. Il passo che certamente non può essere condiviso della sentenza annotata è quello nel quale si afferma che *"la mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile"* sia perché appare in evidente contraddizione con quanto si precisa, poco più avanti, ad opera della medesima decisione stigmatizzando il comportamento della parte *"che non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire"*. Sia perché appare ingiustamente ed immotivatamente restrittiva dei compiti dell'avvocato, al quale, attraverso il conferimento della procura da parte del cliente, può essere anche attribuito il potere di transigere la lite, in base a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 84 c.p.c.⁷

4. Considerazioni conclusive

In conclusione, pur traendosi un positivo segnale dalla pronuncia del Tribunale di Vasto, che dimostra di credere nella concreta possibilità per il procedimento di mediazione di contribuire, utilmente, alla realizzazione del sistema della tutela delle situazioni giuridiche protette; tuttavia, non appare possibile condividere le conclusioni cui il giudice abruzzese perviene. Invero, non è da forzature del sistema, ma dalla convinzione, cui debbono pervenire avvocati e magistrati, circa l'utilità, ai fini della tutela delle situazioni giuridiche protette, dei sistemi alternativi al processo, che può accrescersi l'efficacia del sistema giustizia nel quale, talvolta, la soluzione alternativa è quella che meglio soddisfa le esigenze delle parti, in tempi più brevi e con costi calmierati, come si rileva anche dalla lettura della legge n. 162, del 2014.

PIERO SANDULLI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

⁴ Deve essere ricordato come nel passaggio dal decreto legge n. 69 del 2013 alla legge di conversione del 9 agosto 2013, n. 98 il testo originario: *"Il giudice alla prima udienza ovvero fino a quando è esaurita l'istruzione, deve comunicare alle parti una proposta transattiva o conciliativa. Il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa del giudice, senza giustificato motivo, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini del giudizio"* è stato modificato divenendo quello, molto differente nella portata, oggi contenuto nella prima parte dell'art. 185 bis del codice di rito civile che afferma *"il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valor della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa"*. Come si vede l'obbligo del giudice di formulare una proposta transattiva e conciliativa si stempera nell'"ove possibile" ed i casi in cui ciò deve avvenire sono notevolmente limitati dal testo della legge di conversione, in vigore dal 21 agosto 2013. Sul punto vedi anche Tribunale di Milano 3 luglio 2013, in *Corriere del merito* 2013, p. 941.

⁵ Cfr. Cass. sentenza n. 20.236 del 2009; e Cass. n. 2572, del 2011.

⁶ Vedi, sul punto, A. Costagliola-L. Laperuta, *La riforma forense*, Rimini 2013, p. 93.

⁷ Vedi, al riguardo, il commento all'art. 84 del codice di rito civile di M. Di Marzio, in *Commentario al codice di procedura civile*, a cura di P. Cendon, Milano 2012, vol. II, p. 274.

Procedimento di mediazione e presenza delle parti

Sono stati emessi recentemente alcuni interessanti provvedimenti (Trib. Vasto 9/3/2015; Trib. Taranto 16/4/2015; Trib. Pavia 9/3/2015) che, nel solco di una giurisprudenza ormai consolidata (v. pure Trib. Palermo 16/6/2014; Trib. Roma 30/6/2014; Trib. Firenze 26/11/2014) ritengono che il tentativo di mediazione non possa ritenersi utilmente esperito con la partecipazione dei soli difensori all'incontro preliminare informativo, risultando invece necessaria la partecipazione delle parti, personalmente o a mezzo di procuratori speciali muniti del potere di conciliare.

Il tema merita sicuramente un approfondimento, giacché sembra corretto ritenere che un semplice incontro preliminare tra i difensori delle parti non possa realizzare l'effettivo svolgimento del prescritto tentativo.

Al primo incontro l'attività di mediazione deve essere concretamente espletata e allora, essendo i difensori, quali mediatori di diritto, già edotti in ordine alle caratteristiche della procedura di mediazione ed alle finalità di essa, non si vede come possa prescindere dalla presenza delle parti personalmente (o a mezzo di procuratori speciali) per un tentativo effettivo di una composizione conciliativa della controversia.

In buona sostanza la volontà di proseguire il corso della procedura di mediazione, successivamente al primo incontro preliminare, non può che essere espressa dai soggetti titolari del diritto, così come sancito espressamente dall'art. 5 comma 1-bis D.Lgs. 28/2010 secondo il quale "chi intende esercitare in giudizio un'azione in materia di ... è tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ...".

Del resto, anche l'art. 8 1° comma prevede che "al primo incontro e agli incontri successivi fino al termine della procedura le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato".

Se il passaggio dinanzi al mediatore dovesse, infatti, intendersi come mero snodo burocratico, non si comprende come possa riattivarsi quel canale comunicativo interrotto in vista di una possibile soluzione concordata del conflitto, guidando un ne-

cessario percorso consensuale dopo la sua attivazione.

Senza un contatto diretto tra il mediatore e le parti, risulterebbe oltremodo arduo disvelare tutto quell'humus di emozioni, bisogni, interessi, imprescindibile per un lavoro proficuo con l'obiettivo di raggiungere un accordo il cui iter non può che essere agito dai veri protagonisti del percorso.

Il tentativo deve essere realmente svolto, a prescindere dalla mera informazione che risulta già compiuta dai legali e, nella mediazione delegata, dal magistrato che, nel momento in cui invita le parti a rivolgersi al mediatore, ha già fatto una valutazione sulla mediabilità della controversia.

Addirittura c'è chi (ord. Trib. Pavia 18/5/2015) ritiene di fissare una sorta di decalogo del comportamento da assumere in mediazione⁸.

⁸ "Tribunale di Pavia Sezione III Civile Dott. Giorgio Marzocchi Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo promosso da , con l'Avv.....Attrice - opponente Contro , con l'avv.Convenuta - opposta Il giudice istruttore del Tribunale di Pavia, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 13.05.2015, sulla provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto osserva L'opposizione della signora appare fondata su un principio di prova scritta, ovvero sulla documentazione medico sanitaria relativa al suo pregresso stato di salute psichica, stato che appare tale da poter incidere, in astratto, sulla sua capacità di intendere e volere al momento della stipula del contratto di fideiussione omnibus con la banca opposta e, conseguentemente, sulla validità ed efficacia del contratto inter partes; D'altro canto, dalla documentazione allegata dalla banca opposta, in particolare dal doc. 4 del fascicolo ricostruito della banca opposta (contratto notarile di apertura di conto corrente con garanzia ipotecaria del 24.09.2009 inter partes), si rileva che una pattuizione prevede che sul credito della banca possa essere applicato nel calcolo degli interessi passivi il sistema anatocistico degli interessi composti, vietato dalla legge (artt. 1283, 1284, 1346, 1815 e 1832 c.c.) L'applicazione del detto sistema, determina un possibile vizio di nullità parziale del contratto, rilevabile d'ufficio (ex multisCass. sent. n. 9169 del 7.05.2015, Cass. S.U. sent. n. 21095/2004; n. 23974/2010; n. 19882/2005) e una possibile conseguente diminuzione dell' ammontare del credito. Visto che il rilievo d'ufficio del possibile errato calcolo degli interessi, per la valutazione della sua fondatezza, necessita di un accertamento più approfondito di quanto possa essere effettuato nella presente fase preliminare, di mera valutazione della provvisoria esecuzione del

Il Giudicante, nell'alveo già considerato, puntualizza che "il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato con il presente provvedimento" e che "la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti".

Sostiene, poi, che il d.lgs. 28/2010 "fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione".

decreto; Ciò premesso, rigetta l'istanza di provvisoria esecuzione del decreto. Sulle istanze di ammissione dei mezzi istruttori così provvede: ammette la prova testimoniale proposta dall'opponente con i testi indicati. Non ammette i capitoli di prova A.1.10 e A.1.11 in quanto valutativi. Riservata l'ammissione di CTU medica e di eventuale CTU contabile econometrica. Ritenuto peraltro opportuno disporre l'esperimento del procedimento di mediazione in vista di una possibile conciliazione della lite che possa eventualmente coinvolgere anche gli altri condebitori i quali, diversamente dalla sig.ra ... , non hanno proposto opposizione al decreto; Viste le modifiche introdotte dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98 e, in particolare, l'art. 5, co. 2, D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28; Dispone l'esperimento del procedimento di mediazione, ponendo l'onere dell'avvio della procedura di mediazione a carico della Banca opposta e avvisando entrambe le parti che, per l'effetto, l'esperimento del tentativo di mediazione – presenti le parti o i loro procuratori speciali e i loro difensori – sarà condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che, considerato che il giudizio sulla mediabilità della controversia è già dato con il presente provvedimento, la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli legali delle parti; Giova rilevare che l'art. 5 del D.Lgs. 28/2010 sia al comma 1 che al comma 2 fa riferimento esclusivo alla funzione di assistenza del difensore, senza alcun riferimento alla funzione di rappresentanza, presupponendo con questo la necessaria dualità dei soggetti che compongono la parte in un procedimento di mediazione. In mancanza di tale dualità possono derivare conseguenze sia sul regolamento delle spese del giudizio fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale; Visti gli artt. 8, co. 4-bis, D.Lgs. 28/2010, 91 e 96 cpc; Invita il mediatore a verbalizzare le eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare; Invita mediatore e parti a valutare, già in sede di mediazione e per economicità processuale, l'opportunità di svolgere una consulenza tecnica econometrica; Assegna alla parte opposta il termine di quindici giorni dalla comunicazione dell'ordinanza per la presentazione della domanda di mediazione, da depositarsi presso un organismo di mediazione regolarmente iscritto nel registro ministeriale che svolga le funzioni nel circondario del Tribunale di Pavia, ex art. 4, co. 1, D. Lgs. Cit. Fissa nuova udienza in data 19.10.2015, ore 10,30 per la verifica dell'esito della procedura di mediazione e per l'eventuale prosieguo del giudizio con l'esame di tre testimoni di parte opponente; Manda alla cancelleria per le comunicazioni alle parti costituite. Pavia, 18.05.2015 Dott. Giorgio Marzocchi"

Ma va oltre, prevedendo che, in difetto, "possono derivare conseguenze fino ad influire sulla stessa procedibilità della domanda giudiziale".

Addirittura, il Giudice invita il mediatore "a verbalizzare eventuali assenze ingiustificate e quale, tra le parti presenti, dichiara di non voler proseguire nella mediazione oltre l'incontro preliminare", il che pone però innegabili problemi con il vigente principio di riservatezza.

Il Tribunale di Napoli, poi (sentenza 3/6/2015) ritiene che qualora manchi l'istanza di mediazione dopo l'invio nella procedura delegata, la parte sollecitata vada condannata alle spese, ferma restando la improcedibilità della domanda.

Ecco quindi che la sanzione di improcedibilità sopravvenuta del giudizio si inserisce in un contesto nel quale non può ritenersi appagante una risposta del sistema alla domanda di giustizia in termini di mero smaltimento del conflitto.

Non tutte le liti debbono trovare una risposta solo in sede giudiziaria, perché l'ordinamento, lungi dal favorire una fuga dalla giurisdizione, deve consentire ulteriori possibilità, senza che esse debbano essere considerate di serie inferiore, essendovi vari livelli di tutela delle situazioni litigiose dei cittadini che meritano sicuramente tutte una risposta di giustizia, ma in sedi differenti e sulla base della singola controversia e dei vari strumenti offerti dal sistema, anche ma non esclusivamente in sede giudiziaria.

Tra questi assumono rilievo vieppiù crescente oltre alla mediazione delegata, anche la proposta conciliativa giudiziale (art. 185 c.p.c.), che attribuisce un ruolo centrale al giudice e sulla quale sarà utile ritornare in una prossima occasione.

PIER GIORGIO AVVISATI

© RIPRODUZIONE RISERVATA

Giurisprudenza

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME
DEL POPOLO ITALIANO

Vasto, 09.03.2015
RG. n. 1221/12

IL TRIBUNALE DI VASTO

in composizione monocratica, nella persona del dott. Fabrizio Pasquale, alla pubblica udienza del 09.03.2015, al termine della discussione orale disposta ai sensi dell'art. 281 sexies c.p.c., ha pronunciato la seguente

SENTENZA

dando lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, nel procedimento civile iscritto al n. 1221/12 del Ruolo Generale Affari Civili, avente ad oggetto: VENDITA DI COSE MOBILI e promosso da La Nuova O.C.M. s.n.c., in persona del legale rappresentante pro tempore, nei confronti di Rei Residence s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, entrambi rappresentati e difesi come in atti.

LETTI

gli atti e la documentazione di causa; ASCOLTATE le conclusioni rassegnate dai difensori delle parti; PREMESSO IN FATTO CHE 1. La Nuova O.C.M. s.n.c., assumendo di avere stipulato con la società convenuta un contratto di fornitura e posa in opera di serramenti in alluminio per un fabbricato in corso di costruzione di proprietà della Rei Residence s.r.l. per un corrispettivo di € 140.000,00, ha convenuto in giudizio, innanzi a questo Tribunale, la società committente per ivi sentirla condannare al versamento della somma di € 96.221,35, a titolo di saldo asseveratamente dovuto per tutte le forniture pattuite ed eseguite, ma non ancora pagate dalla convenuta. 2. La Rei Residence s.r.l., costituitasi in giudizio, si è opposta all'accoglimento della domanda, sull'assunto che la fornitura dei materiali non sarebbe stata ultimata e che i manufatti consegnati presenterebbero vizi e difetti; ha, pertanto, concluso per il rigetto della domanda, a motivo della sua infondatezza, chiedendo in via riconvenzionale la condanna di controparte al pagamento della somma di € 163.250,35 a titolo di risarcimento danni. 3. In corso di causa, il giudice istruttore, ritenuto che il comportamento delle parti (resi disponibili alla individuazione di una soluzione conciliativa della controversia) suggeriva il ricorso a soluzioni amichevoli della lite, disponeva – ai sensi dell'art. 5, secondo comma, del D. Lgs. n. 28/10 – l'esperimento del procedimento di mediazione, il quale veniva dichiarato chiuso dal mediatore per mancata prestazione del consenso da parte della società convenuta.

RITENUTO IN DIRITTO CHE

1. Lo scrutinio nel merito delle rispettive domande delle parti deve essere anticipato dalla trattazione di una questione pregiudiziale, relativa alla procedibilità della domanda, che assume carattere dirimente. Da quanto risulta dal verbale del procedimento di mediazione n. 25/14, instaurato innanzi

all'organismo di mediazione istituito presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Vasto, in sede di primo incontro svoltosi davanti al mediatore, le parti non sono comparse personalmente e la procedura si è chiusa poiché la società convenuta non ha prestato il proprio consenso al relativo espletamento. Orbene, a tal proposito, è appena il caso di evidenziare che le disposizioni di cui all'art. 8 del D.Lgs. n. 28/2010 (come modificato dalla legge n. 98/2013), lette alla luce del contesto europeo nel quale si collocano (cfr. in particolare, direttiva comunitaria 2008/52/CE) impongono di ritenere che l'ordine del giudice è da ritenersi osservato soltanto in caso di presenza della parte (o di un di lei delegato), accompagnata dal difensore e non anche in caso di comparsa del solo difensore, anche quale delegato della parte. Molteplici sono le argomentazioni che consentono di giungere a tale conclusione. a) Innanzitutto, la natura della mediazione di per sé richiede che all'incontro con il mediatore siano presenti (anche e soprattutto) le parti di persona. L'istituto, infatti, 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. Nella mediazione è fondamentale, infatti, la percezione delle emozioni nei conflitti e lo sviluppo di rapporti empatici ed è, pertanto, indispensabile un contatto diretto tra il mediatore e le persone parti del conflitto. Il mediatore deve comprendere quali siano i bisogni, gli interessi, i sentimenti dei soggetti coinvolti e questi sono profili che le parti possono e debbono mostrare con immediatezza, senza il filtro dei difensori (che comunque assistono la parte). D'altronde, il principale significato della mediazione è proprio il riconoscimento della capacità delle persone di diventare autrici del percorso di soluzione dei conflitti che le coinvolgono e la restituzione della parola alle parti per una nuova centratura della giustizia, rispetto ad una cultura che le considera capaci e, magari a fini protettivi, le pone ai margini. Non è, dunque, pensabile applicare analogicamente alla mediazione le norme che, 'nel processo', consentono alla parte di farsi rappresentare dal difensore o le norme sulla rappresentanza negli atti negoziali. La mediazione può dar luogo ad un negozio o ad una transazione, ma l'attività che porta all'accordo ha natura personalissima e non è delegabile. b) In secondo luogo, i difensori (definiti mediatori di diritto dalla stessa legge) sono senza dubbio già a conoscenza della natura della mediazione e delle sue finalità (come, peraltro, si desume dal fatto che essi, prima della causa, devono fornire al cliente l'informazione prescritta dall'art. 4, comma 3 del D. Lgs n. 28/2010), di talché non avrebbe senso imporre l'incontro tra i soli difensori e il mediatore in vista di una inutile informativa. 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. 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"). 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.

2. Alla luce delle considerazioni che precedono, il giudice ritiene che, sia per la mediazione obbligatoria da svolgersi prima del giudizio ex art. 5, comma 1 bis, D. Lgs. n. 28/2010, sia per la mediazione demandata dal giudice, ex art. 5, comma 2, è necessario – ai fini del rispetto della condizione di procedibilità della domanda – che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori, come previsto dal successivo art. 8) all'incontro con il mediatore. Graverà su quest'ultimo, in qualità di soggetto istituzionalmente preposto ad esercitare funzioni di verifica e di garanzia della puntuale osservanza delle condizioni di regolare espletamento della procedura, l'onere di adottare ogni opportuno provvedimento finalizzato ad assicurare la presenza personale delle parti, ad esempio disponendo – se necessario – un rinvio del primo incontro, sollecitando anche informalmente il difensore della parte assente a stimolarne la comparizione, ovvero dando atto a verbale che, nonostante le iniziative adottate, la parte a ciò invitata non ha inteso partecipare personalmente agli incontri, né si è determinata a nominare un suo delegato (diverso dal difensore), per il caso di assoluto impedimento a comparire. La parte che avrà interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda avrà l'onere di partecipare personalmente a tutti gli incontri di mediazione, chiedendo al mediatore di attivarsi al fine di procurare l'incontro personale tra i litiganti; potrà, altresì, pretendere che nel verbale d'incontro il mediatore dia atto della concreta impossibilità di procedere all'espletamento del tentativo di mediazione, a causa del rifiuto della controparte di presenziare personalmente agli incontri. Solo una volta acclarato che la procedura non si è potuta svolgere per indisponibilità della parte che ha ricevuto l'invito a presentarsi in mediazione, la condizione di procedibilità può considerarsi avverata, essendo in questo caso impensabile che il convenuto possa, con la propria colpevole o volontaria inerzia, addirittura beneficiare delle conseguenze favorevoli di una declaratoria di improcedibilità della domanda, che paralizzerebbe la disamina nel merito delle pretese avanzate contro di sé. Negli altri casi e, segnatamente, quando è la stessa parte che ha agito (o che intende agire) in giudizio a non presentarsi personalmente in una procedura di mediazione da lei stessa attivata (anche su ordine del giudice), la domanda si espone al rischio di essere dichiarata improcedibile, per incompiuta osservanza delle disposizioni normative che impongono il previo corretto esperimento del procedimento di mediazione.

3. Nel caso in esame, nella procedura di mediazione demandata dal giudice non sono comparse personalmente né la parte attrice, né la parte convenuta, mentre in loro rappresentanza sono intervenuti soltanto i difensori, i quali non hanno, peraltro, esposto al mediatore alcun giustificato motivo dell'assenza dei rispettivi assistiti. Il mediatore ha dichiarato chiuso il procedimento, senza dare atto a verbale delle ragioni della assenza delle parti e delle eventuali iniziative adottate al fine di procurare la comparizione personale delle stesse. La procedura non si è, pertanto, svolta correttamente, in particolar modo a causa della ingiustificata assenza della parte che ha presentato (su disposizione del giudice) la domanda di mediazione, vale a dire del legale rappresentante della società attrice La Nuova O.C.M. s.n.c., che aveva interesse contrario alla declaratoria di improcedibilità della domanda giudiziale. Occorre, pertanto, rilevare d'ufficio il mancato avveramento della condizione di procedibilità, ai sensi dell'art. 5, comma 2, D. Lgs. n. 28/10 e assumere le conseguenziali determinazioni decisorie. A tal riguardo, secondo questo giudicante, non vi è altra possibilità se non quella di dichiarare l'improcedibilità della domanda attorea. Non è praticabile, per converso, l'alternativa soluzione di assegnare alle parti un nuovo termine per la reiterazione della procedura di mediazione, essendo questa già stata definita. La norma dell'art. 5, comma 1-bis, D. Lgs. n. 28/10, che impone al giudice l'obbligo di assegnare alle parti il termine per la presentazione della domanda di mediazione e di fissare la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6, si applica soltanto al caso in cui la mediazione è già iniziata ma non si è ancora conclusa e al caso in cui essa non è stata affatto esperita, ma non anche alla diversa ipotesi (come quella in esame) in cui la mediazione è stata tempestivamente introdotta e definita, ma in violazione delle prescrizioni che regolano il suo corretto espletamento.

4. Quanto al regime delle spese processuali, l'assoluta novità della questione, l'assenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità sul punto e la natura meramente processuale delle ragioni di reiezione della domanda, costituiscono eccezionali motivi che giustificano l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti. Per Questi Motivi Il Tribunale di Vasto, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando sulla domanda promossa da La Nuova O.C.M. s.n.c., in persona del legale rappresentante per tempo, nei confronti di Rei Residence s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, disattesa ogni diversa richiesta, eccezione o conclusione, così provvede: DICHIARA improcedibile la domanda di cui in epigrafe;

DICHIARA

interamente compensate tra le parti le spese di lite; il Giudice Istruttore MANDA alla Cancelleria per gli adempimenti di competenza;

DISPONE

che la presente sentenza sia allegata al verbale di udienza. Così deciso in Vasto, il 09.03.2015.

IL GIUDICE dott. Fabrizio Pasquale.

la MEDIAZIONE & Libreria

MAURO JULINI. **Conflitti, negoziati e negoziatori.** youcanprint, 2015.

ISBN: 9788891190093, pagg. 152, € 10,00.



Cercare di contribuire all'incontro e all'affermazione del "paradigma culturale" delle modalità di gestione pacifica dei conflitti significa anche operare per la legittimazione degli strumenti extragiudiziali delle controversie anche per come si sono formati nella storia.

Per fare questo si è proceduto ad analizzare lo svolgimento di attività strutturate ed articolate di facilitazione del dialogo e delle decisioni comuni come oggetto di analisi ma, al tempo stesso, come punto d'osservazione di accadimenti ed avvenimenti storici.

Questo testo - aggiornato e ampliato rispetto all'edizione del 2012 - è un tentativo di avviare la sistematizzazione di una ricognizione storica di metodi, approcci, modalità di affrontare e di cercare di comporre conflitti e controversie prima che un'analisi di una panopia di strumenti di cui l'uomo, anche in tempi diversi, si è avvalso anche quando si trattava di consentire il confronto fra ideologie, religioni e sistemi.

MAURO JULINI. **Il paradigma culturale della mediazione.** youcanprint, 2015.

ISBN: 9788891182043, pagg. 66, € 5,00.

Prefazioni di Marco Marinaro, Marino Maglietta, Massimiliano Anzivino, Fausta Anita Mancini, Francesca Genzano.



Nel contesto di tendenze globali relative alle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie la mediazione è contestualizzata e rivalorizzata dal legislatore comunitario con l'auspicio di un nuovo e diverso equilibrio tra quei procedimenti ed il processo. Il suo paradigma culturale, come insieme di principi e convinzioni organizzate in un sistema coerente con le sue unicità e specificità, la rende al tempo stesso uno strumento di gestione non avversariale dei conflitti, un'opzione responsabilizzante per i singoli, un procedimento che si prende cura anche delle relazioni ed uno strumento capace di immettere pragmatismo nella società, in generale, e nel sistema della gestione dei conflitti, in particolare.

Ecco allora l'analisi che cerca di dimostrare: la necessità di un grande sforzo culturale che, prendendo le mosse dai tanti interventi formativi già presenti nelle scuole, prova ad affiancarli per tentare di dare agli stessi: organicità, sistematicità e capillarità; le proposte di attività divulgative che ruotino intorno ad un progetto, inteso come una "infrastruttura organizzativa di servizio" al servizio di una rete di cittadine, cittadini, mediatori, professionisti, formatori, dirigenti scolastici, insegnanti, personale non docente, studentesse e studenti.

Fino alla proposta di una rete, come risorsa organizzativa civica e capitale umano di una iniziativa divulgativa che, come in un sogno, prova ad immaginare che si possa davvero concorrere a disseminare una sensibilità, oggi, per raccogliere dei comportamenti non conflittuali domani.

MODULO
ORDINE

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 (cartaceo) - € 40,00 (online Iva 22% compresa)☐ 5 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 300,00 (cartaceo) - € 180,00 (online Iva 22% compresa)☐ 10 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 500,00 (cartaceo) - € 330,00 (online Iva 22% compresa)☐ 100 Abbonamenti annuali (4 numeri) € 2000,00 (solo online Iva 22% compresa)☐ ACQUISTO DI SINGOLI NUMERI ARRETRATI

N. Anno..... € 20,00 (cartaceo, spedizione inclusa) - € 12,00 (online Iva 22% compresa)

Modalità di pagamento:☐ Bonifico bancario. IBAN IT45N0200805133000400565301☐ Assegno Bancario (allegato) ☐ Assegno circolare (allegato)

N. del di € Banca

Intestazione: Centro Studi ADR S.r.l.

Come sottoscrivere l'abbonamento:

► Inviare questo modulo (o fotocopia) in busta chiusa a: Centro Studi ADR S.r.l., Via Dardanelli 33, 00195 Roma

► per e-mail: abbonamenti@rivistalamediazione.it

► dal sito internet **www.rivistalamediazione.it** compilando il modulo online► per conoscere le nostre convenzioni, vi invitiamo a visitare il sito **www.rivistalamediazione.it**

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)

La Rivista *la* MEDIAZIONE garantisce la riservatezza dei dati da Lei comunicati e La informa che potrà richiedere la loro cancellazione o rettifica scrivendo a: Centro Studi ADR S.r.l. - Via Dardanelli, 33 - 00195 Roma.

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.