

ScienzaePace

Rivista del Centro Interdisciplinare Scienze per la Pace

Università di Pisa

ISSN 2039-1749

Osservazioni sulla nuova «mediaconciliazione»

di Pierluigi Consorti

Research Papers

n. 1 – giugno 2011



Osservazioni sulla nuova «mediaconciliazione»

di **Pierluigi Consorti**

ABSTRACT – Il recente Decreto Legislativo n. 28/2010 introduce nel nostro ordinamento strumenti di conciliazione, principalmente con l'obiettivo di arginare la situazione di forte stallo della macchina della giustizia, caratterizzata da un enorme numero di cause che vengono decise in un tempo spesso molto – troppo – lungo. L'analisi del testo normativo si concentra sulle questioni culturali sottostanti a questo tema. La logica con cui si affrontano questo tipo di conflitti infatti è in generale di tipo "vinci-perdi" dove l'altra parte è un nemico da sconfiggere per il quale non si concepisce facilmente l'idea di comporre gli interessi di entrambi nella gestione del conflitto.

1. Lentezza dei processi e forme di conciliazione

In questi ultimi mesi si è parlato molto della «mediazione obbligatoria». L'entrata in vigore, ormai «a tutta forza», del [Decreto Legislativo 28/2010](#) ha acceso speranze antiche, senza calmare tensioni che hanno agitato e continuano ad agitare le acque del mondo della giustizia italiano. La filosofia che supporta quest'ultimo intervento normativo è perseguita con tenacia da molti anni, incontrando tanto forze favorevoli quanto pareri contrari, o comunque molto critici. Non è un mistero ad esempio che il Consiglio nazionale forense abbia osteggiato fino all'ultimo il varo della legge, abbia poco apprezzato che sia stata rinviata una sola parte della disciplina, e sia tuttora impegnato in una fortissima azione lobbistica contraria. Il decreto 28/2010 muove da una motivazione di fondo ben precisa: alleggerire la macchina della giustizia dalla mole di processi che l'appesantisce oltre modo, rendendola di fatto inefficace. Al giugno 2010 risultano pendenti in Italia 5.602.616 cause civili. La durata media di un processo supera tranquillamente i dieci anni, ma con forti disparità: se a Trento bastano 5 anni, a Caltanissetta non ne bastano 22.

Evidentemente, far aspettare per tanti anni significa non rendere giustizia. Le grandi imprese e le società commerciali lo sanno molto bene e da sempre ricorrono a strumenti alternativi di composizione dei loro conflitti. Per questo si affidano al giudizio di arbitri di loro fiducia. Contano in questo modo di poter raggiungere velocemente un giudizio che suppongono, se non giusto, almeno equo; anche perché reso da persone che essi stessi ritengono competenti. Persino nel caso in cui un lodo risultasse sfavorevole, la certezza di aver tuttavia raggiunto un risultato certo ed esigibile compensa la perdita del supposto diritto. Per chi è in affari è meglio perdere presto che vincere tardissimo (e persino mai).

Da questo punto di osservazione, l'esigenza di alleggerire la macchina della giustizia non appare una novità. Molte riforme si sono finora susseguite per ottenere questo scopo: per la verità senza troppo successo. Lasciando da parte l'introduzione dei giudici onorari aggiunti, che sono veri e propri professionisti dell'arretrato, il tentativo organico più evidente di velocizzare il sistema è costituito dall'istituzione del *giudice di pace*. Un soggetto individuato forse con non troppa attenzione. Probabilmente mutuato dai film americani, sebbene abbia una forte tradizione anche in Europa. Si tratta, com'è noto, di un giudice in sostanza onorario, non togato. È richiesta la laurea in giurisprudenza e l'incarico si assume senza concorso. Dal 1995 questo giudice ha progressivamente assunto sulle sue spalle competenze viepiù significative. Ha innanzitutto definitivamente soppiantato la figura del Pretore, assumendone in sostanza il ruolo di giudice del contenzioso civile (ed ora anche penale), ma ha anche assunto una esplicita funzione conciliativa, peraltro risultata scarsamente efficace perché lasciata alla buona volontà delle parti in conflitto. Nell'immaginario collettivo il giudice di pace è percepito in sostanza come il primo gradino della magistratura ordinaria, talvolta senza nemmeno godere dell'aura di sacralità riservata ai magistrati togati.

In ogni caso, l'istituzione del giudice di pace si presenta come il primo passo verso una forma di gestione della conflittualità fra privati diversa della sola giustizia contenziosa ordinaria. Non è ancora l'[Alternative Dispute Resolution](#) (ARD) di stampo americano; tuttavia costituisce un tassello significativo del più complesso sistema alternativo o, se non altro, complementare rispetto alle forme di giustizia ordinaria classica. Esistono infatti altre forme di conciliazione, non sempre alternative alla giustizia ordinaria, talvolta complementari o propedeutiche, che in ogni caso hanno un effetto deflativo rispetto alla soluzione giudiziaria. Si tratta, per citare le forme principali, della conciliazione in materia di: controversie agrarie (L. 203/1982); lavoro, relativamente a controversie connesse al rapporto in genere (art. 410 c.p.c.), più precisamente a questioni connesse al sindacato ispettivo (L. 124/2004), oppure demandate al Sindacato in forza dei CCNL; controversie relative alla comunicazione (Comitati Regionali per le Comunicazioni). Ad esse si aggiunge la conciliazione commerciale e societaria avviata nel 2003, che in un certo senso è la diretta progenitrice della mediazione civile introdotta ora con il Decreto Legislativo 28/2010.

2. Resistenze alla mediazione: un deficit culturale

L'insieme di queste forme conciliative intesse una tela di novità non sempre apprezzabile sotto il profilo processuale a causa di un prevalente fattore culturale, che affida la gestione della lite sostanzialmente nelle mani degli avvocati. Questi ultimi sono a loro volta educati e professionalmente formati ad utilizzare strumenti giuridici che lasciano la prassi conciliativa ad un livello

subordinato: qualcosa che vale la pena tentare solo in casi eccezionali (magari se si pensa di perdere la causa). Per questo la legge ha tentato di obbligare alla conciliazione: consapevole del fatto che nessun professionista della lite è in principio disposto ad abbassare le armi, specie se ha ragionevoli motivi per supporre che vincerà. La conciliazione obbligatoria per gli avvocati è stata sempre una sorta di tassa da pagare prima di iniziare il processo vero e proprio. La definizione della lite arriva solo col processo: un rito riservato agli addetti ai lavori, nel quale affrontare ad armi pari l'avversario, davanti ad un giudice che indossa i tuoi stessi abiti liturgici.

Il processo è culturalmente il luogo dove si esercita la difesa, in cui l'altro diventa la "controparte". Uno assume le vesti dell'attore e l'altro del convenuto in un gioco in cui la stessa conoscenza delle regole diventa un'efficace arma per condurre in porto le proprie ragioni. Anzi, le regole del processo finiscono per diventare parte integrante della questione sottoposta all'attenzione del giudice, trasferendo la causa (il conflitto) in uno spazio professionale che è in grado di modificare i contorni della questione, trasformando i fatti in fattispecie. Un gioco difficile da condurre, e per questo riservato ai professionisti del settore.

Per queste ragioni, si può affermare che le difficoltà di decollo effettivo di tutti i tentativi di conciliazione che abbiamo conosciuto, e di quelli principali appena ricordato, sono in moltissimi casi di natura culturale. Non è un caso che il tentativo di conciliazione per le controversie di lavoro non sia più obbligatorio e che la conciliazione penale, quella tributaria, e persino il tentativo obbligatorio che il giudice deve compiere prima di conoscere un caso di separazione coniugale, siano di fatto poco conosciute. Credo si possa dire che ci troviamo di fronte ad un vero e proprio *deficit* culturale.

I diversi e, come abbiamo visto, non pochi tentativi di trasferire l'area della gestione del conflitto dalle aule dei tribunali verso luoghi diversi o, se non altro, introducendo ritualità meno contrapposte e più cooperative, si sono finora scontrati con una resistenza sorda degli «addetti ai lavori», che non si spiega soltanto con le possibili difese corporative degli avvocati. Credo che vi sia una più generale diffidenza popolare verso la stessa possibilità di considerare con favore l'idea che si possa superare il conflitto senza vincere l'altro. Probabilmente, ed in modo volutamente provocatorio, vorrei quasi osservare che le forme di conciliazione effettivamente vincenti – ossia utilizzate davvero – sono quella tributaria ed il patteggiamento penale. Questo accade perché non sono strumenti di mediazione in senso proprio, quanto piuttosto dispositivi che consentono di ottenere una riduzione della pena: aspetto di cui possono giovare soprattutto i colpevoli.

Per capire meglio quello che intendo dire basta pensare al vocabolario giudiziario: si parla di «lite», di «avversario», di «difensore», di cause «vinte» e «perse». L'idea culturale del conflitto, che caratterizza la mentalità comune, non si addice alle prassi di mediazione. Capita a noi quello che si racconta in una storiella ebraica. Due persone in lite decidono di rivolgersi ad un giudice saggio.

Si presentano davanti a lui ed il primo racconta la propria versione dei fatti. Il giudice ascolta attentamente, fa qualche domanda ed alla fine afferma: «Tu hai ragione!». Allora interviene l'altro. Anch'egli racconta la propria versione dei fatti. Il giudice ascolta con la stessa attenzione; fa qualche domanda ed alla fine esclama: «Hai ragione!». A quel punto uno degli astanti interviene: «Eccellenza – grida – non è possibile che abbiano ragione entrambi!». Il giudice lo guarda, assente col capo e solennemente conferma «Hai ragione anche tu!». Ecco, noi siamo i protagonisti di questa storia. Siamo la persona che grida: «Non è possibile che abbiano ragione entrambi!». Se uno ha ragione, l'altro *deve* avere torto. Un giudice davvero saggio deve poter esprimere una sentenza inequivocabile, altrimenti che giudice è?

3. Mediaconciliazione: «soddisfatti o rimborsati»?

La nostra mentalità culturale, ed in modo particolare quella dei giuristi, non è avveza alla mediazione. Al massimo può concepire una transazione, un compromesso, ma difficilmente ammette che possano esserci soluzioni cooperative di un conflitto. La questione è davvero ricca di suggestioni se pensiamo, ad esempio, alle implicazioni di carattere neurologico che sostengono l'agire umano. Ormai conosciamo molto di più «come funzioniamo» e siamo in grado di avvertire le connessioni che legano le nostre azioni, il nostro modo di essere – in una parola, il nostro comportamento – a modelli che le neuroscienze sono in grado di spiegare, se non meglio, almeno quanto le scienze cognitive. Sotto questo profilo credo si debba ancora lavorare per comprendere che il successo delle forme di gestione conciliativa dei conflitti non si misurerà tanto sulla loro capacità deflativa del contenzioso, quanto sulla efficacia di queste pratiche in termini di intelligenza emozionale. Insomma, nella capacità di ammettere per dirla col Manzoni che «il torto e la ragione non si tagliano mai col coltello» (cfr. Picozza, 2011: 9); nella fiducia di credere che i conflitti possano essere gestiti ed infine trasformati, e non solo risolti in termini di vittoria di una parte contro l'altra.

Tuttavia, gli argomenti comunemente utilizzati per supportare i modelli conciliativi in genere, e l'attuale «mediaconciliazione» in particolare, non riguardano tanto questi aspetti culturali di fondo. Non insistono sulla necessità – o possibilità – di cambiare punto di vista. Si basano piuttosto sul fallimento della giustizia ordinaria. Così i motivi vincenti attraverso i quali pubblicizzare la novità «mediaconciliativa» ne magnificano le doti di velocità ed economicità: con una formula che ricorda molto da vicino lo *slogan* «soddisfatti o rimborsati». L'Unione Nazionale dei Consumatori, ad esempio, spiega che

«La conciliazione è una procedura alternativa alla giustizia ordinaria per risolvere controversie tra due parti. La procedura di conciliazione è più rapida di una causa e può consentire di contenere i costi. Alcune

procedure, infatti, sono completamente gratuite mentre altre hanno dei costi che sono contenuti e predeterminati. Le parti che partecipano all'incontro di conciliazione non sono obbligate a trovare un accordo. Se il tentativo di conciliazione fallisce si potrà adire le vie legali» ([Unione Nazionale Consumatori, 2011](#): 2).

Come si vede il suggerimento palese è «provare per credere»: se non sarai soddisfatto potrai sempre percorrere la vecchia strada. Lunga, costosa; eppure in grado di garantirti di restare in lite con l'altro fino alla resa finale dei conti. Paradossalmente prevale l'idea che il conflitto può essere qualcosa di sopportabile, senza controindicazioni dolorose. E, infatti, è esperienza comune quella di riuscire a convivere a lungo con un condomino insopportabile, pure standoci in causa per anni; o quella di mantenere una parvenza di normalità col proprio ex marito, anche durante la causa più aspra. In fondo, basta non salutarsi.

Prima di approfondire quest'ultimo punto, vorrei ribadire ancora una volta che la sfida che abbiamo di fronte in ordine all'applicazione del Decreto Legislativo 28/2010 è sostanzialmente di natura culturale, prima ancora – o per lo meno al tempo stesso – che giuridica. Certamente, navighiamo in un mare di ambiguità, in quanto parliamo di una «mediazione obbligatoria» e sappiamo con certezza che il legislatore ha voluto affrontare in questo modo l'intasamento dei tribunali piuttosto che promuovere un modello culturale di gestione dei conflitti. Tuttavia il dado è tratto. La necessità di ricorrere obbligatoriamente alla mediazione prima di adire, in senso stretto e tradizionale, le «vie legali» costringe ad una modifica di costumi consolidati nel tempo, eppure destinati a cambiare le nostre abitudini. Se finora sapevamo che per risolvere una controversia bisognava «andare dall'avvocato», ora dovremo imparare ad andare dal mediatore. Un cambiamento pratico che produrrà formidabili conseguenze culturali. Gli avvocati lo sanno bene e anche per questo resistono strenuamente.

4. Un mediatore di nuovo tipo

Entrando ora maggiormente nel merito della nuova normativa, possiamo osservare in via preliminare che viene mandata in soffitta l'espressione *conciliazione*, sostituita dal termine *mediazione*. Dal punto di vista tecnico i conti non tornano del tutto, poiché tale qualifica è stata finora riservata solo al «mediatore d'affari» (art. 1754 c.c.), ossia ad un professionista che si muove fuori dall'ambito della gestione delle controversie. Si tratta di qualcuno che ha il compito di avvicinare le parti interessate a concludere un affare, per cui cerca di mettere in luce i rispettivi vantaggi affinché l'operazione possa andare in porto. Vantaggi che riguardano ovviamente anche il mediatore che, in questo modo, realizza il proprio utile.

In termini meno tecnici, eppure molto popolari, la figura del mediatore è oggi anche riferita ai professionisti che si occupano di conflitti relazionali ([Nicosia, 2011](#)), ovvero di conflitti sociali, interculturali, scolastici o familiari. In alcuni casi queste figure sono state espressamente contemplate dal legislatore regionale. In altri casi trovano riscontro pure in ambito giuridico statale, come accade per la mediazione penale minorile o quella familiare ([L. 54/2006](#)). In queste situazioni il mediatore ha più decisamente a che fare con un conflitto, che è chiamato a gestire secondo regole deontologiche riferibili a ciascuna specializzazione. Si tenga presente che in questi casi il termine «mediatore» non indica soltanto *il* mediatore, ma più precisamente una funzione: dato che può essere riferito anche ad un gruppo di persone fisiche che svolgano, anche collegialmente, l'attività di mediazione.

A questo proposito vorrei chiarire qualche elemento di carattere generale, che potrà aiutare a cogliere meglio alcuni aspetti innovativi della normativa appena entrata in vigore. È importante fare un passo indietro e precisare ancora una volta che, diversamente da quanto spesso si immagina, il conflitto non costituisce necessariamente un elemento patologico della relazione personale e/o sociale. Se riusciamo a comprendere che si tratta di un aspetto fisiologico, *naturale*, possiamo capire che davanti ad un conflitto non è opportuno porsi in un atteggiamento ostile. Piuttosto che cercare strategie per vincere, è meglio studiare i modi per convincere. In molte occasioni facciamo esperienza dell'atteggiamento distruttivo che ci pervade quando siamo in una situazione conflittuale: distruggere l'altro, negare ogni sua ragione – persino al di là di ogni ragionevolezza – appare il modo migliore per vincere. Quando viviamo un conflitto l'ultima cosa che ci sembra ragionevole è cooperare con l'altro, proprio perché è un nostro avversario.

Vorrei raccontare un'altra storia che mette in luce gli aspetti potenzialmente positivi di un conflitto gestito con buone tecniche di mediazione, tratto da un libro di Mark Juergensmeyer (1984) che applica il metodo gandhiano sulla soluzione dei conflitti. Si tratta di una storia comune, che in termini giuridici chiameremmo «apposizione di termini». Due case hanno in comune un cortile che le divide, la proprietà è divisa nettamente sulle carte catastali, ma di fatto manca una linea di confine evidente. I proprietari sanno che essa corre a partire da un albero e lungo una certa direttrice individuata da un'antenna su una collina. Tuttavia questa incertezza provoca liti continue. Uno accusa l'altro che i nipoti giocano a pallone nella sua parte, o che l'automobile è stata parcheggiata in un punto sbagliato. Che quella certa pianta, che sarebbe stata piantata appositamente lungo il confine, in realtà è un po' oltre: non basta spostarla, bisognerebbe tagliarla. Liti a non finire, minacce di ricorrere alle forze dell'ordine, e così via. L'unica soluzione sembra quella di andare dall'avvocato, e poi dal giudice, affinché si stabilisca chi ha ragione e chi ha torto.

Un giorno invece arriva da quelle parti un bravo mediatore. Gli raccontano i loro problemi inveendo l'uno contro l'altro per via del pallone, dell'automobile parcheggiata, della pianta sbagliata. Il mediatore si interessa della cosa e comincia a parlare con loro. Propone qualche domanda e capisce che le ragioni del conflitto sono molto più profonde. La definizione dei diritti connessi alla proprietà copre solo un mucchio di antiche e più profonde rivalità che contrassegnano la storia delle due famiglie. Cose mai dette che si rifanno a certe maldicenze di paese. Tutto sembra aver origine dalla presunta «scarsa moralità» di una delle figlie di A. Il mediatore capisce così che i vicini hanno interessi comuni, che però non si sono mai comunicati. Entrambi vorrebbero solo vivere più serenamente. Che il problema vero non è il pallone, ma il rumore che in certe ore del pomeriggio impedisce di riposare. E che basterebbe spostare un po' l'automobile per ricavare lo spazio sufficiente per parcheggiare una seconda vettura. Anche la pianta in fondo non sta male, solo andrebbe potata più frequentemente.

Quest'ultimo esempio ci permette di entrare nel merito della filosofia che sottende il Decreto Legislativo 28/2010 che, come detto, introduce una nuova figura di mediatore. Si tratta precisamente di un professionista «dotato di terzietà» - elemento centrale ma non sufficientemente definito dalla legge - che può iscriversi in organismi di mediazione accreditati presso il Ministero della Giustizia per svolgere tentativi di mediazione finalizzati ad assistere due o più soggetti, sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa. Il mediatore deve aver svolto una specifica attività formativa di almeno 50 ore - nonché aver superato una successiva valutazione - erogata da soggetti anch'essi accreditati *ad hoc* presso il Ministero della Giustizia.

Da questo punto di vista si tratta di una figura di mediatore che si aggiunge a quelle già esistenti senza sostituirle, sebbene sia probabilmente destinata ad assorbire, se non altro, i mediatori civili e commerciali che già operano ai sensi della normativa del 2003 negli Organismi di mediazione già esistenti presso le Camere di commercio.

Il maggiore elemento di novità della «mediaconciliazione» rispetto alle ordinarie procedure di mediazione è rappresentato dal fatto che il mediatore non solo aiuta le parti a trovare un accordo amichevole (fin qui, appunto, nulla di nuovo), ma può formulare una sua proposta di mediazione. Può cioè intervenire nella lite valutandola e offrendo un'ipotesi di soluzione (che in alcuni casi ricorda molto da vicino una decisione). Si tratta di qualcosa che i mediatori professionisti attuali non farebbero mai. La loro deontologia impone di stimolare le parti a trovare un accordo. Devono far emergere le loro ragioni e i loro interessi veri, mantenendo però un'assoluta terzietà. Il mediatore può ovviamente farsi un'idea della questione, ma non deve comunicarla alle parti né spingerle verso la direzione che a suo avviso sarebbe migliore. Proprio

l'assenza di un'autorità valutativa distingue il mediatore dal giudice: le parti sanno che non verranno giudicate dal mediatore, ma solo aiutate a farsi un'idea migliore delle cose e a raggiungere un accordo consensuale.

Invece, l'esigenza di deflazionare il ricorso al processo ha condotto il legislatore ad una scelta criticabile dal punto di vista del mediatore professionista, benché comprensibile in una logica di economia processuale. Ovviamente il mediatore non è costretto a prendere parte. Come si è detto, *può* e non *deve* formulare una proposta. Da un certo punto di vista nessun mediatore professionista si sognerebbe mai di cambiare pelle e diventare un giudice che valuta i fatti e propone una soluzione. Certo è che, se volesse, potrebbe farlo. E qualora lo faccia, se le parti – legittimamente – non accettano la soluzione proposta, sanno di poter subire conseguenze processuali significative, specie sul lato economico. Tant'è vero che la legge precisa che il mediatore deve metterle al corrente delle potenziali conseguenze negative della loro mancata accettazione della proposta.

5. Una «cultura cooperativa» dei diritti

Come si vede, la volontà di deflazionare il processo si scontra qui con un rilevante fattore di carattere culturale che riguarda esattamente la deontologia professionale del mediatore di conflitti, se non altro per come lo abbiamo pensato finora. In definitiva il punto forte e, al tempo stesso, debole del decreto in esame è tutto nella sua complementarietà col processo. In termini generali si pone nei confronti della parti in conflitto, finora abituate a porsi davanti ad una lite in modo contrapposto e secondo la logica vinci/perdi, fondata sulle buone ragioni che sostanziano i diritti degli uni contro i doveri degli altri, proponendo loro un nuovo «obbligo» giuridico: cercare l'accordo. Quasi fosse possibile obbligare qualcuno che non vuole cooperare a sedersi accanto al suo avversario per trovare un'intesa, come si fa tra amici che hanno già deciso di trovare una comune soluzione ad un problema comune, venendosi reciprocamente incontro.

Siamo capaci di ragionare dei nostri diritti mettendoli a disposizione all'interno di una relazione cooperativa? Le obiezioni degli avvocati in questo senso sono per la verità ragionevoli: come ho già osservato, difficilmente i torti e le ragioni si dividono in parti assolutamente opposte. Non c'è dubbio che su materie che costituiscono una gran parte della litigiosità giudiziaria si passa all'improvviso da strumenti giudiziali, in bilico fra accusa e difesa, a strumenti mediativi; dall'affidarsi a professionisti giuridicamente preparati a professionisti preparati in altri campi e che perseguono altri obiettivi. Il mediatore non difende il cliente, ma cerca di mettere insieme interessi – non solo apparentemente, ma spesso anche effettivamente – contrapposti.

La sfida è aperta. Basta aver chiaro che non giochiamo solo una partita contro l'inefficacia della giustizia, ma una sfida più ampia e profonda, di tipo culturale, che riguarda la dimensione stessa della conflittualità e il nostro modo di relazionarci ad essa. Non più far valere i nostri diritti e le nostre ragioni *contro* quelle degli altri, ma metterle *in relazione* con quelle degli altri. La logica del diritto leso andrà quindi temperata con la ricerca dell'interesse perseguito. Quest'ultima, per volontà della legge, prevale sulla prima. Questa mi pare essere, in definitiva, la principale novità culturale del decreto legislativo 28/2010.

6. La pratica del mediatore, tra diritti, ragioni e interessi delle parti

Come accennato, il decreto legislativo distingue all'articolo 1 due categorie di mediazione. La prima è definita facilitativa e riguarda l'attività svolta da un terzo imparziale, finalizzata ad assistere due o più soggetti per la *composizione* di una controversia in base ai reali *interessi* delle parti. La seconda è definita aggiudicativa e riguarda l'attività svolta da un terzo imparziale, finalizzata ad assistere due o più soggetti nella formulazione di una *proposta* per la risoluzione della controversia, in base ad una valutazione del mediatore delle *ragioni* delle parti. Nel primo caso il mediatore deve aiutare le parti a comporre la controversia aiutandole ad identificare i loro interessi reali; nel secondo caso invece formula una proposta basandosi sulla valutazione delle ragioni delle parti.

Come si nota facilmente, in entrambi i casi è assente una valutazione sostanzialmente giuridica che tenga conto dei *diritti* delle parti. Il punto di riferimento va dagli *interessi* alle *ragioni*. Le norme non consentono di definire con chiarezza i margini di confine delle due realtà. Sembra che proprio il mediatore possa valutare autonomamente se si trova davanti ad una situazione in cui gli interessi prevalgono sui diritti, e quindi lasciare alle parti la volontà di arrivare ad un accordo, oppure le ragioni prevalgano sugli interessi, e quindi definire egli stesso una proposta di accordo che, per quanto detto, le parti sono fortemente indirizzate ad accettare.

In quest'ultimo caso il mediatore indossa un abito molto simile alla toga del giudice. La legge parla di *ragioni* e non di diritti, ma nella sostanza sembra riferirsi a questi ultimi ed invita il mediatore a ragionare come un giudice. In effetti, se le parti non accettano la proposta ed il successivo processo termina sostanzialmente così come il mediatore aveva proposto, anche il vincitore della causa si troverà nella infelice situazione di dover pagare spese processuali così ingenti che lo indurranno in futuro ad accettare le proposte del mediatore.

7. Il procedimento della mediazione in atto

È bene ricordare che il decreto legislativo all'articolo 5 obbliga di ricorrere alla mediazione. L'esperimento del tentativo di mediazione costituisce, infatti, condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Qualora il giudice rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi, ossia a conclusione della durata massima della mediazione stessa. Qualora egli rilevi che il tentativo di mediazione non risulta esperito, assegna alle parti il termine di 15 giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di 4 mesi. L'obbligo della mediazione non è previsto solo in pochi casi: nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile; nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile; nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; nei procedimenti in camera di consiglio; nell'azione civile esercitata nel processo penale.

Molte altre questioni meritano di essere affrontate, nel momento in cui si entra nel dettaglio del procedimento di mediazione. Mi limito in questa sede ad una selezione degli aspetti che, a mio avviso, meritano di essere messi in risalto nella nuova «logica culturale» che ho cercato di evidenziare. A partire dai quattro principi fondamentali, evincibili dall'art. 3 del decreto, che governano la mediazione: l'autonomia regolamentare, la riservatezza, l'imparzialità del mediatore, l'informalità degli atti del procedimento.

In relazione al primo punto, ogni Organismo di mediazione deve dotarsi di una propria disciplina regolamentare che costituisce il punto di riferimento centrale dei profili procedurali della mediazione che viene svolta presso quell'ente. Come le parti hanno piena libertà di scelta dell'Organismo di mediazione (per la verità la scelta spetta alla parte che per prima incardina la mediazione presso un certo Organismo), questo ha piena libertà di determinarne le modalità, costituendo il regolamento espressione dell'autonomia privata che dovrebbe governare il raggiungimento del consenso. In relazione al secondo e quarto punto, emerge la diversità della procedura di mediazione rispetto al processo. Da un lato si assicura che nessuna dichiarazione o informazione data dalle parti nel procedimento di mediazione sarà utilizzata nel processo e che nessuna dichiarazione o informazione data da una parte solo al mediatore può essere rivelata alla controparte. Dall'altro

lato si precisa che la procedura si svolge con assoluta libertà di forme, quasi segnando una sorta di legge di contrappasso rispetto alla procedura processuale. Dell'imparzialità del mediatore si è già fatto cenno.

Prima di concludere questa panoramica generale, mi sembra utile accennare ad un ultimo aspetto di cui né il decreto legislativo n. 28/2010, né il Decreto Ministeriale n. 180/2010 si occupano. Vale a dire la possibilità di contemplare un procedimento «contumaciale», ossia senza la partecipazione attiva di tutte le parti. Il problema si pone qui, a differenza che nel processo, perché la logica dell'accordo impone un incontro di volontà strutturalmente impossibile qualora una delle parti sia assente. Logica vorrebbe che il mediatore chiudesse il procedimento qualora verificasse la mancata cooperazione bilaterale. Nessuna norma impone però una tale conclusione ed anzi diverse altre lasciano ipotizzare il contrario. Ad esempio, l'articolo 11 comma 1, non vincola la possibile proposta del mediatore alla presenza delle parti e l'art. 8, ultimo comma, consente al giudice del successivo processo di desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione alla mediazione (salvo il giustificato motivo). Anzi, l'articolo 7 comma 2 lett. a) del D.M. citato precisa che il regolamento dell'Organismo di mediazione può discrezionalmente prevedere che la proposta sia formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti. Da ultimo, la lettura congiunta degli articoli 8 e 11 del Decreto lascia capire che la nomina del mediatore e la fissazione dell'incontro precedono e quindi prescindono dall'invito di presentarsi formulato all'altra parte. Per il Ministero, in base alla Circolare 4 aprile 2011, ciò significa che il mediatore deve comunque svolgere la mediazione, anche se si presenta una sola parte, ritenendo illegittime le previsioni regolamentari predisposte da alcuni Organismi, che consentivano di chiudere il procedimento senza tenere l'incontro pure nei casi previsti al primo comma dell'art. 5.

Ne risulta in conclusione che il mediatore deve comunque svolgere la sua attività, anche senza disporre della «materia prima» della mediazione, che nella logica conciliativa è costituita dalle parti, mentre in quella giuridico-transattiva è costituita dall'oggetto della controversia. Pertanto, se il mediatore è tenuto a non chiudere la procedura nemmeno quando si presenta una sola parte, l'ago della bilancia si sposta sulla sua «capacità decisionale» di valutare l'oggetto stesso della questione, in un certo senso dando per scontato che la parte assente non ha interesse a svolgere la procedura. Ne deriva che, anche in simili casi, egli possa formulare una proposta. Dirò di più: non solo in assenza di una parte, ma persino di entrambe, se ad esempio è la parte che ha avviato la procedura che smette di parteciparvi.

L'auspicio è che tale interpretazione normativa sia meglio ponderata nel futuro prossimo. È evidente che senza la collaborazione attiva di entrambe le parti non potrà veder la luce nessun vero accordo conciliativo. Insistere sulla mediazione aggiudicativa significa prendere decisamente la strada giuridico-

processuale della mediaconciliazione. Forzare il mediatore a decidere anche in casi simili ha ragion d'essere solo per conseguire gli obiettivi deflattivi che ho più volte richiamato, ma un mediatore che scegliesse di formulare proposte di accordo in contumacia, anticipando in un certo senso il giudizio ordinario, non farebbe certamente un buon servizio alla cultura della gestione cooperativa del conflitto.

In questo senso, le indicazioni ministeriali non aiutano. Tuttavia credo necessario insistere in sede formativa affinché ciascun mediatore maturi una autentica sensibilità conciliativa, e quindi sia *naturaliter* portato a chiudere il procedimento se constatata la mancata partecipazione. Anche per questo, e non a caso, va sempre segnalato che il mediatore non è (nel senso che non deve necessariamente essere) un avvocato, né tanto meno un giudice, e comunque non dovrebbe indossare la toga processuale né assimilarne il relativo *habitus*. Il suo mestiere non è quello di decidere chi ha torto e chi ha ragione, ma quello di mettere le persone in grado di riconoscere i loro interessi, senza fissarsi sui contrapposti diritti. Così potranno giungere ad una soluzione soddisfacente, e soddisfacente al massimo, per entrambi. Ed è questa la vera novità.

Riferimenti bibliografici

Juergensmeyer, M., *Gandhi's Way: A Handbook of Conflict Resolution*, University of California Press, Los Angeles, 1984

Nicosia, P., «Media-conciliazione. Appunti sul decreto legislativo 28/2010», *Scienza&Pace*, febbraio 2011.

Picozza, E., «Neuroscienze, scienze della natura e scienze sociali», in Picozza, E., Capraro, L., Cuzzocrea, V., Terracina, D., *Neurodiritto. Una introduzione*, Giappichelli, Torino, 2011.

Unione Nazionale dei Consumatori, *La Conciliazione*, Comitato regionale lombardo e provinciale di Milano, 20 marzo 2011.

