

La giustizia consensuale a beneficio anche della sostenibilità

Paola Lucarelli

Abstract: Dalla mediazione dei conflitti come percorso sottovalutato dalla cultura giuridica, si percorre la riflessione che le assegna la portata di giustizia consensuale, in rapporto di contiguità e coesistenza rispetto al processo civile, fonte di consapevolezza nel rapporto conflittuale e di scelta delle soluzioni attraverso il dialogo pacifico. Il punto di svolta della cultura giuridica sul tema si pone oltre la sua stessa essenza, perché la mediazione rende le persone presenti ai loro problemi, producendo la responsabilità della scelta fra autonomia o delega. Il contributo del giudice che accoglie la mediazione nella sua cultura e nella sua pratica genera effetti benefici per le persone, oltre al funzionamento equilibrato, celere ed efficiente della giurisdizione.

1. Giurisdizione e giustizia consensuale nel tempo della complessità: l'equilibrio necessario fra autonomia e tutela eteronoma

Da anni il problema che affligge la giustizia viene affrontato considerando le regole processuali e l'amministrazione del servizio, trascurando l'importanza di occuparsi dei beneficiari. Il funzionamento della macchina processuale è senza dubbio di importanza estrema, ma non è sufficiente – come non lo è mai stato nonostante i numerosi interventi succedutisi nel passato – se, insieme al processo perfetto nelle sue forme, si vuole anche la sua completa utilità, cioè la risposta celere ai cittadini in attesa di giustizia.

Occorre, allora, occuparsi della relazione fra chi offre giustizia e chi la chiede e la riceve, una relazione che non risulta ancora adeguatamente studiata. È probabile che a questa osservazione si replichi che la giustizia è pensata proprio in funzione della sua domanda e della tutela dei diritti, eppure il tempo necessario per ricevere una soluzione è tale da rendere dubitabile che si tratti effettivamente di una risposta. La veduta si allarga, invece, se anziché porsi solo nella prospettiva dei decidenti e del funzionamento delle procedure, si consideri quella dei riceventi, non come meri fruitori, ma come protagonisti responsabili del bene giustizia offerto dalle istituzioni. L'impronta sociologica di un nuovo possibile intervento non è un vezzo e tanto meno una distrazione rispetto al compito principale che consiste nel ritracciare le modalità efficaci per rendere la giustizia sostenibile.

Paola Lucarelli, University of Florence, Italy, paola.lucarelli@unifi.it, 0009-0003-7579-0158

Referee List (DOI 10.36253/fup_referee_list)

FUP Best Practice in Scholarly Publishing (DOI 10.36253/fup_best_practice)

Paola Lucarelli, *La giustizia consensuale a beneficio anche della sostenibilità*, © Author(s), CC BY 4.0, DOI 10.36253/979-12-215-0316-6.12, in Paola Lucarelli (edited by), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, pp. 169-182, 2023, published by Firenze University Press, ISBN 979-12-215-0316-6, DOI 10.36253/979-12-215-0316-6

L'efficienza dell'amministrazione della giustizia e la sua sostenibilità possono essere generate dal diritto del processo solo se contemporaneamente ci si dedica al radicamento di un senso di partecipazione al suo funzionamento nella società e negli stessi beneficiari della giustizia. Allora, tutte le azioni che sono in grado di nutrire e coltivare la fiducia delle persone nel funzionamento della giurisdizione e la partecipazione responsabile affinché questo obiettivo di realizzi, meritano di essere compiute. Fra queste, un indiscutibile potenziale può essere riconosciuto alla pratica di mediazione dei conflitti. Tutt'altro che alternativa, la mediazione riveste un ruolo che è piuttosto di complementarità, coesistenza, rispetto alla giurisdizione: nulla toglie al libero accesso alla giustizia pubblica, molto è in grado di concedere alla libertà di determinare la sorte della lite attraverso il dialogo pacifico assistito da adeguate competenze¹.

Uscendo dalla logica dell'alternatività fra le due strade, contenziosa e consensuale, che sembra invece condurre ad una rinuncia, si percepisce la ricchezza dei percorsi della giustizia: il diritto e la professione legale che sono al servizio dello svolgimento ordinato delle relazioni sociali, possono realizzare la loro funzione non esclusivamente all'interno delle aule giudiziarie, soprattutto nella fase della prevenzione del contenzioso, nella precoce valutazione delle eventuali fragilità dei clienti, nella gestione delle liti in una modalità che precede e previene la delega giudiziale. Intervenire sulla complementarità e la coesistenza delle due strade, significa, dunque, ampliare la risposta del servizio giustizia a beneficio degli interessati e della società intera. L'enorme varietà del contenzioso, delle ragioni che conducono alla lite, degli interessi, delle interazioni fra le persone, non può che trarre giovamento da un rinnovato concetto di giustizia e da una più moderna concezione della professione legale, entrambi fino a ieri costretti invece nei binomi giustizia/processo e processo/sentenza.

Da non trascurare, inoltre, che il confliggente, destinatario di un'offerta di servizi molteplici per la tutela dei propri diritti e la soddisfazione degli interessi, ma soprattutto co-artefice delle soluzioni, potenzia il suo sentimento di fiducia nell'azione pubblica, nella giurisdizione, perché ne diviene responsabile e abile cooperatore. Questa volta, non perché il suo avvocato – cui delega la soluzione del problema nella causa giudiziaria – è attore nel teatro del processo, ma perché è egli stesso, in quanto titolare dell'interesse, creatore di ciò che è giusto, nel dialogo con l'altro, generativo di soluzioni.

Questo tema è stato oscurato nella sua importanza dalle modalità con le quali ci si è occupati di giustizia consensuale almeno fino alla riforma Cartabia: con una disciplina inefficiente, un sistema di accreditamento e controllo inadeguati, la totale mancanza di investimenti pubblici². Giurisdizione e giustizia con-

¹ L'idea di una giustizia coesistenziale era presente a chi ha informato la prima disciplina organica italiana in materia di mediazione dei conflitti: vedi Porreca 2010; il riferimento si trova già in Cappelletti 1979, 54 sgg.

² Non è un caso che l'unico incentivo all'utilizzo della mediazione nella gestione delle liti, il credito di imposta ai sensi dell'art. 20, comma 1, del D.Lgs. 28/2010, non è mai divenuto effettivo. La disposizione citata prevedeva che «Alle parti che corrispondono l'indennità ai soggetti

sensuale si abbracciano, invece, sostenendosi a vicenda, affinché la prima possa confidare nello sviluppo dell'autodeterminazione delle persone nella gestione e prevenzione dei conflitti, occupandosi delle controversie realmente risolvibili solo con l'intervento del giudice, la seconda possa trarre beneficio dalla giustizia celere, oltre che di qualità, per generare consapevolezza, responsabilità e capacità nella gestione dei conflitti nella stanza dell'autonomia.

Le due dimensioni del diritto e dell'etica, del diritto civico, si incrociano fino a rendere tendenzialmente perfetto il rapporto fra domanda e offerta di giustizia, perché i confliggenti, le imprese e i loro consulenti legali assumono la responsabilità tipica del buon funzionamento, discernono il campo dell'autonomia rispetto a quello della delega, si adoperano nella giustizia consensuale fino a quando diviene inevitabile la delega al giudice.

Fu proprio con Mauro Cappelletti che prese inizio quell'approccio interdisciplinare che sollecitava l'attenzione verso i problemi sociali e politici della giustizia e, dunque, anche verso strumenti e pratiche conciliative che avrebbero potuto contribuire al suo funzionamento e al coinvolgimento dei cittadini nella consapevolezza dei relativi problemi (Cappelletti 1979). La promozione e il sostegno della pratica di mediazione dei conflitti, quale espressione alta della giustizia consensuale, crea autonomia e responsabilità, equilibrio, capacità di scelta delle persone, genera fiducia verso i consulenti, i decidenti, le istituzioni, favorendo, dunque, quel contributo di tutti al funzionamento della giurisdizione che realizza coesione sociale e insieme sostenibilità.

Rendere i confliggenti protagonisti della scelta del percorso da intraprendere per affrontare la controversia significa, infatti, promuovere l'educazione all'autodeterminazione, alla scelta e all'assunzione di responsabilità nella gestione dei conflitti, in modo pacifico e con l'aiuto di un facilitatore esperto. Alla luce di questo obiettivo, si giustifica l'opzione del legislatore di rendere obbligatorio il tentativo di mediazione. Le parti devono provarci: ecco cosa dice la norma contenuta negli articoli 5 e 5-*quater* del D.Lgs. 28/2010³. Le per-

abilitati a svolgere il procedimento di mediazione presso gli organismi è riconosciuto, in caso di successo della mediazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità stessa, fino a concorrenza di euro cinquecento, determinato secondo quanto disposto dai commi 2 e 3. In caso di insuccesso della mediazione, il credito d'imposta è ridotto della metà».

³ L'art. 5 D.Lgs. 28/2010, come riformato, dispone al primo comma: «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo». L'art. 5-*quater* dello stesso decreto: «Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6».

sone devono fare esercizio della loro autonomia, cioè del potere di conoscere i modi e decidere come affrontare la sorte dei problemi che le riguardano. L'obbligatorietà del tentativo non è affatto una contraddizione inaccettabile. L'apparente paradosso fra l'obbligo di tentare la mediazione e la volontarietà, la consensualità che ne caratterizza l'esito, si scioglie infatti completamente se si considera che alla porta della giurisdizione e, dunque, della delega al giudice per la decisione della controversia, si accede – l'accesso è garantito – passando dalla stanza dell'autonomia, assistita da chi protegge da possibili abusi e asimmetrie, facilitata dal professionista imparziale. Le parti del conflitto arrivano dinnanzi al giudice da questo ingresso, non laterale, non secondario, ma principale se si considera la giustizia come una risposta ai reali bisogni delle persone che nella sosta dell'autonomia diventano consapevoli del problema e responsabili della soluzione. Se assistite da professionisti competenti, le persone in conflitto possono, secondo l'ordine logico e cronologico: percepire il senso e forse anche le difficoltà del confronto, comprendere le ragioni del conflitto, acquisire la consapevole visione del problema e degli interessi; collaborare nella individuazione della soluzione.

Come è stato più volte osservato, non sarà la migliore legge possibile del processo civile a risolvere i problemi della giustizia nel nostro come in altri Paesi, ma solo la consapevolezza dell'importanza di scegliere e volere nella relazione conflittuale con l'altro, di ascoltare, di comunicare in una sede dedicata al confronto aperto, costruttivo, con la sapiente preparazione degli avvocati e del mediatore.

Così spiega la scelta del legislatore a proposito della obbligatorietà del *tentativo* di mediazione: richiama e coinvolge le persone ad assumere la responsabilità della loro partecipazione civica alla giustizia, proprio come protagonisti, tutti indistintamente, di uno sviluppo sostenibile.

È indispensabile la precisazione che un nuovo equilibrio fra contenzioso giudiziale e giustizia consensuale non si realizza perché si liberano i tavoli dei decidenti restituendo i problemi ai confliggenti – una visione questa che scredita senza motivo condivisibile la pratica della mediazione – bensì grazie alla matura e coscienziosa autodeterminazione nel governo del conflitto in autonomia. In proposito, sono state eloquenti le considerazioni di Marta Cartabia nelle sue linee guida della riforma:

Reputo che questi strumenti di risoluzione dei conflitti siano dotati di un grande potenziale, in particolare nel nostro ordinamento nelle specifiche condizioni date. È ormai un dato di esperienza consolidato, anche in una prospettiva comparata con altri sistemi giuridici, che le forme alternative di risoluzione dei conflitti producono effetti virtuosi di alleggerimento dell'amministrazione della giustizia. Tuttavia, il loro significato supera questa intuitiva potenzialità. Tutt'altro che alternative, queste forme di risoluzione delle controversie giuridiche rivestono un ruolo che è piuttosto di complementarità rispetto alla giurisdizione, di coesistenza.

2. Il contributo del giudice allo sviluppo sostenibile della giustizia e della società: la mediazione demandata

Con la scelta di rendere partecipi i confliggenti al perseguimento dell'efficienza e della sostenibilità della giustizia, non sarà soltanto garantita la risposta al singolo, ma più in generale saranno costruite le fondamenta della cultura della valutazione attenta e matura del modello di gestione della conflittualità (Otis 2003), nonché di quella proficua partecipazione alle istituzioni e alla gestione del bene comune, sulla via della giustizia consensuale accanto a quella giudiziale. Si realizza, così, quell'effetto benefico di sollecitare dal basso l'autonomia e la coesione, la fiducia e la collaborazione da parte dei cittadini.

Rimane da chiedersi quale sia il vero motivo per il quale la cultura dell'autonomia nella prevenzione e gestione del conflitto fatichi a radicarsi insieme alla pratica e all'etica della mediazione dei conflitti. Forse perché alla domanda 'cosa è la mediazione', che rappresenta il presupposto del discorso tecnico, scientifico, empirico, ovvero il fondamento della costruzione di un'episteme della giustizia consensuale, non si è ancora risposto esaurientemente.

Se il punto di vista per la scoperta dell'essenza della mediazione è – come è stato per lungo tempo – quello del processo civile, allora non può che prevalere l'accezione negativa: la mediazione non è giurisdizione, non è giustizia, non è tutela, non è. Se, invece, l'intento definitorio abbandona la sede del processo e si colloca dentro la pratica della mediazione, senza condizionamenti e preconcetti, allora l'accezione diviene positiva: è incontro, dialogo, ascolto, presenza, sentimento, emozione, comunicazione, trasformazione, pace, in taluni casi accordo.

Il primo punto di vista è quello della negazione, dei limiti, delle interpretazioni orientate al giudizio e anche alle regole processuali; il secondo è quello che riconosce l'autonomia e il valore dell'assistenza legale anche nella giustizia consensuale, la ricerca di un pensiero consono alla realtà di questa pratica⁴. Offrire alle persone una via perché siano protagoniste consapevoli, responsabili, impegnate e presenti nelle relazioni sociali di ogni tipo e pure nella crisi e nei conflitti, accompagnate e protette dai loro consulenti, può assumere la portata di un cambiamento possibile, *rectius* doveroso, anche nella cultura giuridica.

Se questa viene considerata la base epistemologica della mediazione dei conflitti, il passo è breve verso il riconoscimento che tutto è mediabile, mentre l'eccezione è la delega al giudice della decisione secondo il diritto su chi ha torto e chi ha ragione nei casi in cui le parti del conflitto non possono fare a meno della giustizia giudiziale⁵.

⁴ I pilastri filosofici della mediazione si rinvengono, allora, altrove: non nella filosofia dell'*homo homini lupus*, ma in quella della persona che è in relazione con l'altro. Per tutti, cfr. Così (2007).

⁵ Già nel 2012, sottolineava la superiorità della mediazione rispetto alla tutela dei diritti nel processo Luiso (2012): «anche illustri esponenti dell'avvocatura affermano che la funzione dell'avvocato è quella di tutelare i diritti del proprio assistito anziché, come sarebbe corretto, i suoi bisogni ed i suoi interessi – magari, ma non necessariamente, attraverso la tutela dei suoi diritti – non c'è da stupirsi che la mediazione sia stata accolta con sospetto, e che quindi sia necessaria una paziente opera di chiarimento per spiegare che la risoluzione negoziale delle controversie, quando è possibile, non è un ripiego ma riesce ad attingere un risultato qualitativamente superiore rispetto a quello che si ottiene attraverso una qualsiasi decisione eteronoma».

Impostato in tal modo il senso della mediazione del conflitto, questa non può più essere configurata come alternativa, poiché non si tratta di una via che sostituisce quella giurisdizionale; né sembra adatto a rappresentarla il concetto della mera complementarità, se con questo si vuole intendere che la mediazione si aggiunge al processo civile completandolo, integrandolo; forse più vicino a quanto sopra descritto potrebbe risultare il riferimento al principio di sussidiarietà, purché sia considerata questa in senso orizzontale e riferita all'azione pubblica ausiliaria dell'agire privato nella giustizia del dialogo nel caso in cui questo non raggiunga l'obiettivo sperato della soluzione consensuale.

È un pensiero scientifico ormai di natura transdisciplinare quello che si sta sviluppando a proposito della sollecitazione a considerare la complessità del nostro tempo come contiguità, coesistenza e non separazione delle componenti della vita; questo pensiero è ciò che risulta più congruente e appropriato rispetto alla pratica della mediazione⁶. Che non sia vista la mediazione solo dalla sede altrà e con il paradigma culturale previsto per altro, ma che sia compresa e collocata nella dimensione più appropriata del tutto, cioè quella della scelta umana della via di composizione del conflitto, di cui va considerato, dall'alto di una visione incondizionata, l'impatto per il ben-essere delle persone che confliggono.

La mediazione, quindi, come forma di governo responsabile del conflitto, assistito dall'esperto imparziale e dagli avvocati, è una strada ampia tanto quanto la disponibilità dei diritti⁷. L'idea che solo qualcosa sia mediabile e non tutti i conflitti, per cui si deve operare una selezione di casi o di condizioni, è una costruzione del giurista non doverosa e neppure indispensabile. Non v'è dubbio che in alcuni casi e in presenza di certe condizioni, l'incontro in mediazione possa produrre un risultato più soddisfacente che in altri; come è altrettanto possibile che la pratica del dialogo in mediazione sia talmente efficace da predisporre le persone a generare fra loro una nuova relazione diversa da quella conflittuale ritenendo perfino superfluo un accordo risolutivo della precedente.

Così, la scelta del legislatore delle materie per le quali si configura il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale è stata ben poco razionale, sia nel 2010 che con la riforma nel 2021. Non v'è ragionevolezza, infatti, nella prima previsione dell'obbligatorietà del tentativo solo per alcuni contratti, locazione, bancario, assicurativo, finanziario, e non per altri. Così come appare insensata la successiva scelta con riferimento solo ad alcuni contratti commerciali di durata e non ad altri. Si consideri, inoltre, l'estensione dell'obbligo del previo tentativo alle controversie in materia di società di persone, lasciando incomprensibilmente escluse le altre forme societarie.

⁶ «Come il disegno delle due mani di Escher», osserva M. Ceruti a proposito della complessità dei sistemi «le parti sono intrecciate insieme, come nelle relazioni interpersonali, come fra i neuroni del cervello (...). Eppure la scuola ci insegna a separare, a studiare gli oggetti separatamente». Cfr. Ceruti (2018).

⁷ Proprio la disponibilità dei diritti delimita l'ambito di applicazione del D.Lgs. 28/2010, art. 2, primo comma: «Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto».

Il timore che la mediazione dei conflitti lasci privo di tutela il titolare del diritto: questo è il motivo della parziale estensione della condizione di procedibilità. Un motivo non condivisibile, anzi inadeguato rispetto al significato, la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione che è dialogo, in materia di diritti disponibili, che non pregiudica affatto l'accesso alla giustizia giudiziale, soprattutto assistito obbligatoriamente dagli avvocati delle parti confliggenti. Il legislatore, con questi l'interprete, riduttivo vede, invece, la mediazione come un pericolo, perché il suo punto di vista è il processo, sede esclusiva delle tutele: ciò che si realizza fuori dal processo non essendo garanzia di tutela, di giustizia, deve essere limitato. Il legislatore della riforma, insieme a quello del 2010, dimostra di non possedere una visione adeguata alla realtà che ha disciplinato, al nostro tempo della complessità. Non ha ancora accolto la cultura già evoluta della giustizia consensuale, dell'autodeterminazione, della partecipazione responsabile e consapevole delle persone al governo dei conflitti, del progresso professionale giuridico che stenta ad affermarsi ma è già nei binari dell'innovazione culturale⁸.

Il problema appena delineato è facilmente spiegabile considerando che nelle aule della maggior parte delle università si continua ad insegnare solo il diritto processuale; che ai laureati praticanti avvocati si insegna solo a difendere il cliente nel processo; che alcuni avvocati, sempre meno peraltro, e alcuni magistrati usano ancora parole di impoverimento della pratica di mediazione, mettendola in angolo, relegandola al livello inferiore, asserendo di 'non crederci', che 'non può funzionare', che 'va prevista solo per controversie di modico valore', che 'per tali materie, assolutamente no'. Ma la mediazione dei conflitti non è una religione, non è un credo, se 'non funziona' è perché non si è fatto ciò che serve per farla funzionare, non si è praticata ancora abbastanza. Se è legittimo, anche se criticabile, non voler contribuire a determinare il radicamento completo della cultura della mediazione, se dunque non la si vuole far funzionare, allora occorre essere consapevoli che si mettono in angolo le persone, le attività produttive, gli investimenti.

Occorre ancora formare il giurista che non conosce le potenzialità e il valore della pratica della mediazione, ovvero di una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro. Occorre accompagnare il giurista verso un altro modo di assistere il suo cliente e di fare giustizia, affinché non rimanga concentrato solo sul ruolo di avversario e di decisore esclusivo della sorte delle controversie per applicazione di una norma giuridica; perché il giurista non dimentichi che i conflitti appartengono prima di tutto alle persone, che a queste – in una società evoluta e civile – occorre offrire

⁸ Nonostante che l'allora Ministra Prof. Marta Cartabia avesse precisato, nelle linee guida già citate, che «Il tempo che stiamo attraversando offre una occasione importante per coltivare e diffondere una nuova cultura giuridica, aperta a una pluralità di vie della giustizia, da svilupparsi anche attraverso adeguati strumenti di formazione rivolti oltre che al mediatore, anche al difensore e al giudice, e che debbono trovare spazio sin dai primi anni degli studi universitari».

strumenti efficaci di gestione e di prevenzione dei problemi, per lasciare poi alla giurisdizione la decisione della lite quando non ci sono possibilità di soluzione privata pacifica o non ci sono le condizioni perché le parti possano decidere liberamente la sorte del problema⁹.

Un'altra strada, oltre alla indispensabile e non più procrastinabile formazione dei giovani, promette il passo culturale sopra descritto, la mediazione demandata dal giudice civile ai sensi dei nuovi articoli 5-*quater* e *quinquies*¹⁰. Il riferimento al futuro è d'uopo considerato che i provvedimenti giudiziali che demandano le parti in causa alla mediazione sono ancora troppo rari e soprattutto assenti nella maggior parte degli uffici¹¹.

Già nel 2013, il cosiddetto decreto del fare aveva apportato una modifica di rilievo al D.Lgs. 28/2010, prevedendo che il giudice possa ordinare alle parti di espletare un tentativo di mediazione, anziché solo invitare le stesse a farlo. Furono confermate, allora, le tre indicazioni già contenute nel testo originario dell'art. 5, comma 2, del decreto 28/2010, cioè la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti come oggetto di valutazione da parte del giudice che dispone l'esperimento di un procedimento di mediazione. Negli anni a seguire, tali profili di valutazione sono stati configurati come presupposti e indici della mediabilità della lite, come a disegnare un ambito, comunque delimitato, entro il quale si radica la motivazione del provvedimento giudiziale, ancora una volta quasi a cercare le condizioni che restringano la temuta pratica della mediazione.

Tuttavia, grazie agli interventi sperimentali dedicati allo studio del contenzioso pendente nei ruoli dei giudici di alcuni uffici, quindi alla luce di un'analisi svolta con la collaborazione dei borsisti universitari su circa seimila fascicoli di causa, si è pervenuti a considerare una prospettiva diversa. L'osservazione del contenzioso giudiziale dalla prospettiva della giustizia consensuale, anziché solo dalla visuale limitante del processo, ha permesso di configurare l'ambito assai più vasto della mediabilità al punto che sarebbe opportuno considerare anche gli eventuali indici della *non* mediabilità, caso per caso, con uno studio attento

⁹ Certo occorre anche educare le persone al conflitto già dall'infanzia e poi nel corso delle esperienze familiari e scolastiche, ma formare il nuovo giurista, cioè chi deve prendersi cura dei loro problemi è già un primo passo molto importante e non più eludibile. La formazione sul conflitto e sulle modalità di gestione pacifica dello stesso fin dall'età scolastica non può prescindere dai volumi di Breggia (2015) dedicato ai bambini, e, per gli adulti, di Martello (2013).

¹⁰ Sempre dalle linee guida dell'allora Ministra Prof. Marta Cartabia: «È tempo di ripensare il rapporto tra processo davanti al giudice e strumenti di mediazione, offrendo anche al giudice la possibilità di incoraggiare le parti verso soluzioni conciliative specialmente attraverso la previsione di misure premiali: per i giudici, ad esempio, attraverso la possibilità di rilevare statisticamente queste attività, sovente faticose, laboriose, ma non contemplate dalle statistiche e quindi non valutate per le progressioni di professionalità; per le parti, con l'introduzione di discipline di favore per le spese giudiziali». Sul tema della mediazione demandata dal giudice, cfr. le pagine illuminanti di Dalla Bontà (2022).

¹¹ Sull'impatto che ha avuto il diffondersi della cultura della mediazione dei conflitti, vedi lo studio di Tonarelli (2019, 227).

dei comportamenti, delle pretese formulate, della descrizione dei fatti elaborata dalle parti. Solo alcuni esempi a proposito della esclusione della mediabilità della lite, spesso rivelatasi inutile quando le parti l'hanno già tentata effettivamente senza successo; quando si rivela necessario un nuovo orientamento giurisprudenziale; quando la decisione giudiziale è di pronta soluzione; quando è certo che la parte non sarebbe in grado di partecipare all'incontro di mediazione.

Il ruolo del giudice civile nella promozione della mediazione dei conflitti diviene particolarmente significativo e nobile se attraverso le sue ordinanze contribuisce a diffondere la cultura della mediazione, così come disposto dall'art. 5-*quinquies* del D.Lgs. 28/2010 riformato. Considerando che il suo lavoro sapiente di decisore si pone in contiguità e coesistenza con la giustizia consensuale, capace allora di attendere che le parti si concedano la sosta nell'autonomia, il giudice diviene catalizzatore di importanti avanguardie: la responsabilizzazione dei confliggenti nell'approccio al confronto assistito dagli avvocati, l'avvicinamento del cittadino alla giustizia come co-responsabile del suo funzionamento e della relativa sostenibilità, il progresso della cultura giuridica professionale, l'efficienza imprenditoriale con la salvaguardia degli investimenti, l'efficacia della pubblica amministrazione in ascolto del cittadino, in sintesi, la diffusione della cultura della mediazione come collante sociale. Evidentemente, ben altri fini e valori rispetto a quello che sembrava urgente al legislatore del 2010 perseguire, cioè la deflazione del contenzioso giudiziario. Eppure, associando le osservazioni prospettate in questo contributo, non meno utile si rivela la mediazione dei conflitti se dal piano dei confliggenti, si passa all'organizzazione della giurisdizione e agli obiettivi incombenti del PNRR.

3. Aggressione e prevenzione dell'arretrato con il contributo dei funzionari addetti all'ufficio per il processo: l'impatto secondario della mediazione demandata dal giudice

Alla luce di quanto esposto, non sembra affatto azzardato aver guardato alla mediazione anche come ad uno strumento utile ed efficace per raggiungere gli obiettivi individuati dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e uno su tutti in particolare: l'aggressione dell'arretrato.

La difficoltà degli uffici giudiziari a far fronte ad un contenzioso assai elevato, anche in ragione di una cronica scopertura di organico del settore giustizia¹², affonda le sue radici ben prima della crisi pandemica, anche se il forzato

¹² Un dato indicativo della scopertura di organico del settore giustizia lo fornisce l'interpello ordinario nazionale rivolto al personale dell'organizzazione giudiziaria del 26 luglio 2023 per 9.739 posti vacanti, nel quale vengono comunicate le sedi disponibili per la mobilità dei dipendenti. Dalla lettura del documento e delle schede delle singole regioni si ha contezza di una carenza distribuita su tutto il territorio nazionale, che in termini assoluti riguarda 9.739 operatori su 43.468, dato che rappresenta il totale complessivo della dotazione organica, ovvero una scopertura del 22%. Cfr. Ministero di Giustizia s.d. <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_23_1.page?contentId=CON438625>.

rallentamento dei lavori causato dall'emergenza ha ulteriormente aggravato una situazione già critica.

Ribadendo la peculiarità di ogni sede giudiziaria, ma, al contempo, dovendo necessariamente dare un quadro complessivo dell'annoso problema relativo al contenzioso arretrato possiamo sinteticamente individuare tre contesti ricorrenti: gli uffici giudiziari virtuosi, con un arretrato minimo e dovuto alla fisiologia del processo¹³; gli uffici che riescono a depositare un numero di sentenze pressoché equivalente alle nuove iscrizioni, non riuscendo però a smaltire l'arretrato già formatosi¹⁴; gli uffici che hanno un gruppo di cause in arretrato che non riescono a smaltire e che, anzi, vedono aumentare non essendo in grado neanche di definire un numero di procedure pari alle nuove iscrizioni.

Se il problema dell'arretrato risale a un tempo lontano, è anche vero che la sua risoluzione appariva strategica per la crescita economica del Paese già prima della creazione del Piano. Già nel 2011, l'allora governatore della Banca d'Italia nelle considerazioni finali al suo mandato segnalava come la durata dei processi ordinari fosse «un fattore potente di attrito nel funzionamento dell'economia, oltre che di ingiustizia. (...) Le stime indicavano che la perdita annuale di prodotto attribuibile ai difetti della nostra giustizia civile avrebbe potuto giungere a un punto percentuale» (cfr. Draghi 2011, 12)¹⁵. Non stupisce, allora, che dovendo individuare i settori strategici per il rilancio dell'economia italiana, quello della giustizia abbia assunto una posizione assai rilevante all'interno del Piano. Se dal lato politico-istituzionale, si individuava il sistema giustizia quale setto-

¹³ Anche il miglior giudice che si trovi a lavorare su di una scrivania sgombra, riuscendo a preparare, studiare e approfondire, le cause quotidianamente e riuscendo a depositare prontamente gli atti di sua competenza, avrà all'interno del suo ruolo qualche fascicolo su cui si sono verificati accadimenti strettamente legati a quello specifico processo (la morte di una delle parti, il fallimento di una società, la rinuncia al mandato di un avvocato, una perizia particolarmente complessa, ecc.) che hanno fatto sì che quella causa entrasse a far parte dei fascicoli arretrati. Sul punto si rimanda al contributo di Spera (2003).

¹⁴ Questa categoria è costituita anche da quelle sedi giudiziarie che hanno visto accadere nel proprio territorio un determinato fatto o si sono viste attribuire una nuova determinata competenza. Esempi classici sono le sedi giudiziarie nel cui territorio si è assistito al fallimento di un istituto bancario, oppure all'istituzione della competenza per i ricorsi contro le decisioni delle commissioni territoriali in tema di immigrazione, prima che venissero costituite le Sezioni specializzate. Questi uffici hanno visto un aumento improvviso ed esponenziale del numero delle iscrizioni al ruolo, costituito per lo più da cause seriali o attinenti alla stessa materia, per il quale l'ordinaria capacità di smaltimento non è stata sufficiente. Sulla rilevanza dell'analisi delle varie tipologie di contenzioso che compongono le pendenze degli uffici giudiziari anche per l'individuazione di realistici e opportuni obiettivi di smaltimento si rimanda al documento del Consiglio Superiore della Magistratura, *Arretrato ultra-triennale: strategie e programmazione fanno la differenza*, s.d. <<https://www.csm.it/web/csm-internet/organizzare-il-processo-civile/arretrato-ultratriennale/sintesi>>.

¹⁵ Si veda anche Giacomelli et al. (2017): «La giustizia civile è una componente essenziale del sistema istituzionale di un'economia, in quanto a essa è affidata la tutela giuridica dell'investimento e dello scambio, i due momenti caratterizzanti dell'attività economica. Le analisi empiriche, anche riferite al nostro Paese, mostrano che inefficienze nell'amministrazione della giustizia hanno effetti quantitativamente rilevanti sull'economia, attraverso molteplici canali».

re cruciale su cui intervenire e l'aggressione dell'arretrato quale obiettivo principale da perseguire, dal lato della cultura giuridica l'istituto della mediazione civile e commerciale stava realizzando una propria evoluzione.

È noto che con la Direttiva europea 52/2008 si è inteso promuovere l'accesso alla mediazione, ma l'impulso è stato poi recepito dal legislatore nazionale con l'intento, mai nascosto ed anzi esaltato, di ridurre il carico di lavoro gravante sugli uffici giudiziari. Come già osservato, il clima che ha generato il D.Lgs. 28/2010 era di forte diffidenza. La memoria va immediata alla reazione dei detrattori della mediazione, che la combatterono rivendicando il primato del processo e le loro prerogative professionali, considerate dagli stessi in serio pericolo con la pratica conciliativa e degli imperturbabili, che addussero scontate competenze negoziali nella convinzione dell'inutilità dell'intervento normativo. I primi non persero tempo: la sabotarono portando la disciplina dell'obbligatorietà del tentativo dinanzi alla Corte costituzionale, poi, dal 2013, con il cosiddetto decreto del fare, interpretarono la condizione di procedibilità alla stregua di un *opt out*, ovvero della facoltà di ciascuna parte di non iniziare la mediazione pur ottemperando all'obbligo di presentarsi a un primo incontro di natura meramente informativa. D'altronde, la nuova disciplina dell'obbligatorietà del tentativo aveva ottenuto il consenso proprio grazie a quell'*escamotage* del combinato disposto degli articoli 5 e 8 del D.Lgs. 28/2010 che si prestava all'interpretazione che equiparava all'obbligo di tentare la mediazione l'obbligo di informarsi sulla mediazione. I secondi, invece, privi di conoscenze adeguate in materia, non assegnavano al mediatore un ruolo di rilievo professionale, vantando in quanto avvocati, competenze tradizionalmente conciliative, non ponendosi peraltro il dubbio a proposito dell'enorme contenzioso pendente negli uffici giudiziari del Paese. Poco riuscivano ad ottenere coloro che, abbracciando la promessa della mediazione, tentavano di conquistare lo spazio scientifico e professionale con fatica, alle prese con proposte didattiche innovative, con la costruzione di un adeguato statuto epistemologico, con il riconoscimento sociale della professione del mediatore, con l'elaborazione di un paradigma interpretativo delle norme consono alla mediazione dei conflitti.

Fin da subito, la mediazione venne dunque associata all'obiettivo autentico del legislatore, la deflazione del contenzioso. Questa voluta coincidenza, gravemente fallace e ingannevole, tra strumento e obiettivo, ingenerò una confusione abilmente sfruttata dai denigratori più solerti, i quali più volte arrivarono ad invocare lo spauracchio della denegata giustizia quale disgraziata conseguenza di una scelta compiuta a soli fini utilitaristici, come se l'arretrato e il numero di cause troppo elevato si fosse potuto risolvere solo con l'assunzione di nuovi magistrati e con la riforma del processo – da sempre considerate le uniche soluzioni possibili – invece che con una scelta strumentalmente preordinata a generare una cultura giuridica della gestione del contenzioso fuori dalle aule dei tribunali.

È trascorso più di un decennio, nell'attesa di significative riforme dell'istituto, durante il quale l'insegnamento nelle aule accademiche e i progetti di terza missione universitaria hanno contribuito al prodursi di un profondo cambiamento di paradigma.

Quando l'urgenza è stata massima però, ovvero quando – dopo la crisi pandemica – l'aggressione dell'arretrato è diventata una fra le tante sfide per il rilancio del Paese, si è fatto ricorso anche alla mediazione, pratica ormai abbastanza sviluppata, autosufficiente rispetto al contenzioso e così finalmente idonea a realizzare anche l'obiettivo deflattivo, impatto secondario se messo a confronto con quello primario, ma pur sempre urgente.

In sintesi, la parabola politico-istituzionale, che parte dall'individuazione di un problema e si conclude con la sua risoluzione, si è incrociata nel suo punto più alto con la traiettoria evolutiva della giustizia consensuale. Una coincidenza tutt'altro che scontata, che ha permesso al legislatore della riforma di dare un nuovo impulso alla pratica della mediazione dei conflitti riconoscendone il valore e il senso autentico, ma nello stesso tempo potenziandone i benefici.

La valutazione giudiziale che affida le parti al tentativo di mediazione della lite è svolta in qualità allorché, senza timore di negare giustizia, il giudice metta a frutto il tempo processuale favorendo l'esercizio dell'autonomia delle stesse: nessun aggravio per il processo, ma anzi il progredire in ogni caso del suo svolgimento verso la conclusione. È noto, fra l'altro, come seppure in mancanza di un accordo conciliativo, la dialettica processuale spesso riesca a beneficiare del confronto realizzatosi in mediazione. A ciò si aggiunga la facoltà oggi espressamente concessa alle parti di portare dinnanzi al giudice la consulenza tecnica acquisita durante la mediazione, con tempi, modalità e costi indubbiamente loro più favorevoli. Coesistenza e contiguità, dunque, fra processo e mediazione dai tanti vantaggi e riflessi possibili, che richiede una altrettanto variegata ed efficiente gestione del ruolo anche in funzione del virtuoso incrociarsi delle procedure. È stato proprio il legame processo/sentenza ad essere trasformato a seguito della previsione legislativa dell'ordinanza giudiziale di mediazione, arricchito di una ulteriore variante: processo/ordinanza di mediazione/estinzione del processo.

La pronuncia dell'ordinanza, possibile fra l'altro fino al momento della precisazione delle conclusioni, non è preclusa dalla anzianità della causa, non rilevando a questo proposito perfino la natura arretrata dello stesso procedimento, rivelatasi la controversia in alcuni casi, nel corso delle sperimentazioni succedutesi negli uffici giudiziari, addirittura consona e pronta per essere affrontata in via definitiva con l'aiuto del mediatore.

Così, l'esigenza di realizzare gli obiettivi disposti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza trova nella mediazione demandata dal giudice il modello innovativo di *case management* – ancora nuovo in effetti per molti – che concilia la deflazione dell'arretrato con gli scopi primari della giustizia consensuale.

In tale trasformazione un ruolo fondamentale stanno giocando i funzionari addetti all'ufficio per il processo, potendo questi supportare, anzi, come già osservato nel primo contributo del presente studio, erigersi a promotori di una nuova cultura giuridica dentro gli uffici giudiziari. Una diversa modalità di gestione del conflitto, infatti, è stata appresa dai funzionari più giovani nelle aule universitarie, mentre molti altri funzionari ne avevano già fatto esperienza nel pregresso esercizio della professione forense.

Il contributo che i funzionari addetti all'ufficio per il processo possono dare al radicamento della cultura della giustizia consensuale anche all'interno dei palazzi di giustizia si concretizza nell'analisi della mediabilità delle liti ovvero nello studio del contenzioso pendente al fine di individuare le cause per le quali si può opportunamente disporre l'invio in mediazione demandata.

Se è vero quanto precedentemente esposto, ossia se si individua come obiettivo primario della mediazione quello della responsabilizzazione dei confliggenti verso l'uso parsimonioso della domanda giudiziale, co-protagonisti della efficienza e sostenibilità della giustizia, e solo come effetto indiretto la deflazione del contenzioso grazie anche all'aggressione dell'arretrato, allora è anche il caso di domandarsi se quello sia l'unico effetto secondario. L'impiego corretto e proficuo della mediazione, in questo caso demandata, può essere declinato nella realizzazione di finalità molteplici e diverse. Il funzionario addetto all'ufficio per il processo analizzerà sotto la lente della mediabilità delle liti non solo i fascicoli delle cause già arretrate, ma anche quelli pendenti a scopo preventivo rispetto all'insorgere di nuovo arretrato. Di più, il funzionario analizzerà sotto il profilo della mediabilità anche i fascicoli in ingresso, così che si possano inserire nel modo più proficuo all'interno dell'agenda del giudice, promuovendo sapientemente la mediazione anche come strumento di *case management* giudiziale¹⁶.

In conclusione, gli effetti indiretti andranno a costituire l'impatto secondario della mediazione che si concretizzerà, in ultima analisi, in una ristrutturazione del ruolo del giudice affiancato dal funzionario addetto all'ufficio per il processo in qualità di giurista esperto di giustizia consensuale. Detta ristrutturazione non potrà non andare a beneficio delle parti, sia di quelle che troveranno nella loro responsabile partecipazione alla mediazione la soluzione al proprio conflitto, sia di quelle che potranno avvalersi della via giudiziaria ormai sgombra di quelle cause per le quali si rivelano più efficaci altri metodi di risoluzione della lite.

Riferimenti bibliografici

- Breggia, Luciana. 2015. *Il giudice alla rovescia*. Trieste: Einaudi Ragazzi.
- Cappelletti, Mauro. 1979. "Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica." *Foro italiano* 102: 54 sgg.
- Ceruti, Mauro. 2018. *Il tempo della complessità. Nuove tecnologie e nuovo umanesimo*. Conferenza per la Fondazione Collegio San Carlo.
- Così, Giovanni. 2007. *Invece di giudicare*. Milano: Giuffrè.
- Dalla Bontà, Silvana. 2022. "Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale." In *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, a cura di Silvana Dalla Bontà, e Elena Mattevi. Napoli: Editoriale scientifica.
- Draghi, Mario. 2011. "Considerazioni finali del Governatore sul 2010." Allegato a *Assemblea Ordinaria dei Partecipanti – Roma 31 maggio 2011*, Banca d'Italia, s.d. <<https://>

¹⁶ Per la descrizione del modello Con-Senso, sviluppato nell'ambito del progetto Giustizia Agile, si rinvia a Testi, *La mediabilità delle liti: un modello operativo innovativo per l'efficienza della giustizia*, in questo volume a p.

- www.bancaditalia.it/media/notizia/assemblea-ordinaria-dei-partecipanti-roma-31-maggio-2011/>.
- Giacomelli, Silvia, Moceti Sauro, Palumbo Giuliana, e Giacomo Roma. 2017. "La giustizia civile in Italia: le recenti evoluzioni." In Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, 10.
- Luiso, Francesco P. 2012. "L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea." In ISDACI, *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*.
- Martello, Maria. 2013. *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*. Torino: UTET giuridica.
- Otis, Louise. 2003. "La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec." *Revue de prévention et de règlement des différends* 1, 2.
- Porreca, Paolo. 2010. "La composizione stragiudiziale del conflitto come momento della giustizia coesistenziale." In *La discrezionalità del giudice. Le esperienze in Italia e Germania. Spunti per una comparazione funzionale all'esercizio delle professioni giuridiche*. Atti del Convegno di Napoli, 15-16 ottobre 2010 <https://www.unisob.na.it/ateneo/d003/rel_porreca.pdf>.
- Spera, Pietro. 2003. *Tecniche di Case Management del Processo Civile*. Roma: Aracne.
- Tonarelli, Annalisa. 2019. "L'impatto sociale del progetto. Una ricerca sulle trasformazioni all'interno del "campo giuridico"." In *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, a cura di Paola Lucarelli. Torino: UTET giuridica.