

# POLITICHE DELLA MEDIAZIONE

---

***Maddalena Capponi***

---

Laureata in Giurisprudenza, ha soggiornato negli Stati Uniti per approfondire gli studi giuridici. Ha seguito corsi di formazione sulla mediazione dei conflitti, attualmente svolge attività di ricerca presso l'Università Roma Tre. Esperienze didattiche nell'ambito della cattedra di Filosofia del Diritto del professore Eligio Resta, in particolare tenuti seminari in ambito di mediazione civile. maddalena.capponi@gmail.com

## **Riassunto**

Questo saggio affronta il tema della mediazione dal punto di vista delle politiche pubbliche e in particolare in riferimento alle recenti politiche legislative che hanno accompagnato il dibattito italiano ed europeo. Il lavoro filologico sui testi di legge ha evidenziato ancora una volta l'assenza di un panorama teorico valido nella sfera pubblica sulla questione della mediazione. L'attenzione si è voluta incentrare, dunque, nella ricerca dei nodi teorici che non possono essere dimenticati.

## **Parole-Chiave**

Mediazione. Processo. Terzo. Conflitto. Politiche pubbliche.

## **Resumo**

Este artigo aborda a questão da mediação do ponto de vista das políticas públicas e, em particular, no que se refere às políticas legislativas recentes que têm acompanhado o debate italiano e europeu. O trabalho filológico dos textos da lei evidenciou a ausência de um panorama teórico válido na esfera pública sobre a questão da mediação. O foco deveria se concentrar, então, na busca de problemas teóricos que não podem ser esquecidos.

## **Palavras-Chave**

Mediação. Processo. Terceiro. Conflito. Políticas públicas.

## **MEDIATION POLICIES**

### **Abstract**

This article is about the question of mediation from the public policies point of view and, in particular, in what refers to the recent legislative policies that have been going along with the Italian and European debate. The philological work of the law texts has evidenced the absence of a valid theoretical background on the public sphere about the question of mediation. The focus should concentrate, then, on the search of theoretical problems that cannot be forgotten.

### **Keywords**

Mediation. Process. Third. Conflict. Public policies.

### **Sumário**

1 Medi-azione. 2 La mediazione nel panorama normativo italiano. 3 Teoria della mediazione. 4 Comunità, comunicazione. 5 Mediazione o Processo. 6 Nel giudizio. 7 L'alternativa nella conciliazione. 8 Quello che si dice e quello di cui si parla. 9 Come si sceglie. 10 Ri-mediare. 11 I nomi e le cose. 12 Come attivare un circolo virtuoso.

## 1 MEDI-AZIONE

---

Da qualche anno a questa parte è venuta al centro della discussione pubblica la questione della mediazione; paradossalmente quanto più nel sistema politico è emersa la crisi e la fine della mediazione politicizzata, tanto più la questione è riemersa nei dibattiti sul conflitto e sul sistema sociale.

L'istituto della mediazione civile e commerciale, sicuramente il più discusso, è entrato a far parte della realtà giuridica italiana con il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Lo stimolo, partito dall'Unione europea con la direttiva 2008/52/CE, ha messo in luce da subito il disaccordo fra le nostre istituzioni, le categorie professionali hanno reagito assumendo posizioni contrastanti, il dibattito si è acceso su fondamenti erronei e in tutto ciò i cittadini hanno pagato in termini di disinformazione e disservizio.

Eppure, la mediazione potrebbe rivelarsi una parola chiave in grado di fornire risposte al sentimento di insicurezza, alla complessità delle problematiche che conseguono ai contrasti sociali e alla inadeguatezza del processo civile in una percentuale alta dei casi che le vengono sottoposti. Questo, solo laddove, però essa venga intesa come espressione di una nuova cultura per la riappropriazione nella sfera privata delle responsabilità individuali, per una comunicazione non violenta e per un approccio costruttivo ai conflitti.

Nel cercare di riaffermare la vera identità della mediazione, un breve *excursus* che riparta dall'analisi della sua semantica potrebbe rendere più consapevole la lettura del D.Lgs. n. 28 del 2010 e suoi successivi sviluppi.

## 2 LA MEDIAZIONE NEL PANORAMA NORMATIVO ITALIANO

---

Va rilevato che nel panorama normativo italiano non è stato attribuito al termine *mediazione* un significato univoco e ciò ha certamente contribuito ad infondere dubbi (anche fra gli stessi operatori del diritto) e ad alimentare una generale confusione intorno a tale nozione e al suo contenuto.

L'espressione ha fatto il suo ingresso, nel sistema legislativo, con una figura contrattuale legata al mondo del commercio, disciplinata (attualmente) dal Codice Civile nel Libro IV al Capo XI intitolato appunto <<*Della Mediazione*>>. L'art. 1754 fornisce della mediazione una definizione etno-metodologica, ovvero la definisce attraverso l'attività del mediatore, il quale, secondo la norma, è colui che <<*mette in relazione duo o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza*>>.

Le norme di corollario (art. 1755-1765 c.c.) si limitano a disciplinare la provvigione, le responsabilità e gli obblighi che al mediatore rivengono dalla conclusione del contratto .

Successivamente, con il diffondersi di una idea di mediazione quale metodo di composizione delle controversie, la Legge 28 agosto 1997 n. 285 <<*Disposizioni per la promozione di diritti e di opportunità per l'infanzia e l'adolescenza*>> all'art. 4, lett. i), ha previsto la mediazione familiare tra i servizi di sostegno alla relazione genitore-figli. La Legge 4 aprile 2001 n. 154 <<*Misure contro la violenza nelle relazioni familiari*>> ha fatto poi assurgere la mediazione, a forma di intervento a supporto degli ordini di protezione che il magistrato emette a tutela del soggetto vittima di violenza. Entrambe le disposizioni legislative, sopra richiamate, trattano della mediazione quale misura di <<*sostegno*>>, affiancandola all'attività di consultori o di servizi sociali, o all'intervento di consulenza familiare, s e b b e n e senza specificare in che cosa consista. Ancora, il D.Lgs. 28 agosto 2000 n. 274 recante disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace, all'art. 29, ha attribuito al giudice la facoltà di ricorrere <<*all'attività di mediazione di centri e strutture pubbliche o private presenti sul territorio*>> al fine di favorire la conciliazione tra le parti.

---

<sup>1</sup> Del Titolo III "Dei singoli contratti".

La mediazione dunque sembra essere stata inquadrata come una misura di intervento alla quale però è attribuita alle volte una funzione “assistenziale”, altre una funzione “ancillare” di puro supporto all’attività conciliativa; restando comunque priva di norme che la definiscono o ne chiariscano il contenuto.

In seguito alla direttiva 2008/52/CE, la mediazione ha poi acquisito nel processo civile il ruolo di condizione di procedibilità della domanda giudiziale entrando a far parte, a pieno titolo, del meccanismo processuale. Il D.Lgs. 4 Marzo 2010, n. 28 <<*Attuazione dell’articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*>> segna la portata rivoluzionaria del nuovo istituto, che coinvolge in diversi modi anche il linguaggio, essendo la lingua il luogo simbolico entro il quale si condensano (e sul quale hanno effetto) tutte le vicende storiche e sociali della comunità. Il primo articolo definisce la mediazione, e con esso il mediatore<sup>2</sup>, ma le precisazioni terminologiche del legislatore, che ha voluto distinguere tra mediazione come “processo” e conciliazione quale “esito” dello stesso, si sono rilevate poco utili se non

<sup>2</sup> L’art.1 recita infatti <<*Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per*

*a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;*

*b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;*

*c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione>>.*

In sede di conversione del D.L. 69/2013 la definizione di mediazione è stata modificata. La norma, nella formulazione finale divenuta legge, così stabilisce: <<*a) mediazione: l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*>>.

fuorvianti. La continua commistione tra linguaggio di senso comune e linguaggio tecnico ha poi accresciuto il livello di ambiguità semantica<sup>3</sup>, acuendo la confusione intorno a tale questione.

### 3 TEORIA DELLA MEDIAZIONE

---

La *mediazione*, prima e al di là del suo aspetto strumentale, indica l'attività del mediare. Mediare (dal latino *mèdius* “che è nel mezzo”) significa “essere interposto”, “essere tra due tempi o cose” e, infatti, mediare come forma verbale che connota l'attività di mediazione vuol dire proprio <<*interporre un terzo tra due elementi e, quindi, creare un sistema ternario laddove, prima, esisteva un sistema binario.* >><sup>4</sup>.

Cercando di definire la mediazione si potrebbe dire che si tratta di <<*un complesso di attività rivolto a collegare due termini distanti ma tra loro connessi*>><sup>5</sup>, connessione data dall'interdipendenza tra le due estremità, essendo queste, unite esattamente da ciò che le separa. Simbolicamente, potrebbe essere efficace richiamare l'immagine del *ponte*, che permette il tramite tra una riva e l'altra del fiume; dove il fiume è ciò che separa le due sponde esattamente come le unisce.

Si tratta, in definitiva, di un “ricollegare” qualcosa che si presenta scollegato, uno “stare in mezzo” tra due poli differenti (in cui uno dipende dall'altro). Così colui che fa mediazione è colui che mette in comunicazione,

---

<sup>3</sup> N. Malangone. *La parola al mediatore. Il ruolo della comunicazione in mediazione*. In: <www.mcmconciare.com>. 2011.

<sup>4</sup> L. Luison. *La mediazione come strumento di intervento sociale. Problemi e prospettive internazionali*. Franco Angeli, 2006, cit. p. 127.

<sup>5</sup> E. Resta. *Diritto vivente*. Laterza, 2008, cit. p. 174.

che “traduce” e perciò *tradisce* per rimettere in relazione, permettendo il passaggio da un estremo all’altro e viceversa, come il ponte <<*catalizzatore momentaneo ma necessario*>><sup>6</sup>.

Mediazione, inoltre, è anche lo spazio del tempo calcolato tra due estranei. Ad esempio il medioevo, che è l’evo di mezzo tra l’antico ed il moderno, separa ma congiunge: anche se indica discontinuità di epoche, lascia trasparire tracce di continuità.

Lo studio etimologico della parola, mette poi in risalto la sua radice *med-*, di origine indoeuropea, che si ritrova in una serie di termini, quali, ad esempio:

*med-ico*, colui che ricerca la cura;

*med-iana*, ciò che è più vicino agli estremi;

*med-iterraneo*, luogo in cui le terre sono unite e si incontrano due mari;

*med-io*, l’indicazione di uno spazio sociale, lo stare tra due estremi, lo stare in mezzo;

*ri-med-io*, metodo efficace di soluzione.

E’ suggestivo riflettere su come l’idea che accomuna tutti questi vocaboli, sia sempre quella della misura (come moderazione)<sup>7</sup> e più in generale dell’armonia globale.

<sup>6</sup> F. Scaparro, *Il coraggio di mediare*, Guerini e Associati, 2001.

<sup>7</sup> E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee II*, Einaudi, 2001.

Ma c'è di più: scomponendo la parola diversamente e ponendo l'accento sull'azione, si ha medi-azione che è azione e risultato allo stesso tempo<sup>8</sup>. Mediazione allora è attività di comprensione dell'altro diverso da sé, di affermazione e auto-comprensione di sé in funzione della presenza dell'altro, di creazione di un nuovo stato rappresentativo delle parti<sup>9</sup>. Tale processo costituisce l'atto fondante della costruzione sociale, e <<come ha ben segnalato Michelle Guillaume-Hofnung (2000) "La mediazione rappresenta uno dei concetti principali della filosofia" in quanto supera il principio del terzo escluso ed afferma il metodo tesi-antitesi-sintesi>><sup>10</sup>.

La mediazione perciò non è soltanto mezzo ma una posizione all'interno della comunità; è la *Mesòtes* aristotelica, lo spazio comune tra individui e società, un modo di rappresentazione del tutto (come in Kant dove la rappresentazione è il *mediare la realtà*). Il richiamo alla *Mesòtes*, in particolare, non è da trascurare poiché essa era misura dell'agire, corollario della vita buona; indicava una singolare virtù che non alimentava differenza tra vita pubblica e vita privata. *Mesòtes* non era il giusto mezzo, ma la giusta misura dello stare in mezzo; e nella *polis*, nella dimensione della vita pubblica, indicava soprattutto uno spazio comune che apparteneva anche agli estremi tra i quali si definiva quando si teneva lontano dall'astrattezza di una terzietà e di una imparzialità soltanto immaginaria.

<sup>8</sup> E ciò da lo spunto per richiamare altri termini quali:

*medi(c)azione*: l'azione di colui che "si prende cura", attua una terapia sociale;

*medi(t)azione*: l'azione di chi tenta di scalfire la superficie per cogliere le ragioni profonde.

<sup>9</sup> A. C. Ghisleni. F.M. Spengler. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fratrem*. Edunisc, 2011.

<sup>10</sup> L. Luison. *La mediazione come strumento di intervento sociale*. Problemi e prospettive internazionali. Franco Angeli, 2006, cit. p. 127.

## 4 COMUNITÀ, COMUNICAZIONE

---

Della mediazione va colto, prima di tutto, il suo valore. L'idea da cui muovere dovrebbe essere quella di regolare la comunità *sentendocisi dentro* e quindi rimettere ad essa stessa i suoi problemi. Ruolo determinante può essere quello che svolge la mediazione, che riporta comunicazione dentro la comunità, che è possibilità di coesione e principio esistenziale che interviene nella definizione e nell'evoluzione delle identità individuali e collettive. Essa, perciò, <<è *patrimonio del sociale, nella misura in cui è finalizzata a ricostruire le relazioni in contesti dove maggiormente è avvertito il declino del concetto di comunità e dei suoi strumenti di regolazione, a gestire situazioni conflittuali e recuperare valori comuni e punti di riferimento condivisi all'interno della comunità stessa*>><sup>11</sup>.

La mediazione consente di re-inquadrare il conflitto, considerato patologia della convivenza sociale, nella sua dimensione naturale di mero aspetto fisiologico della stessa; permettendo dunque di trasformare qualcosa per il quale si cerca la "cura", in quel *quid* da sfruttare per crescere nell'evoluzione dei rapporti. Essa è un "modo" attraverso il quale il conflitto può essere trasformato; è un "modo" di pensare; è un "modo" di percepire la distanza non come lontananza ma come possibilità di riunione<sup>12</sup>.

La virtù della mediazione sta nel consentire questa evoluzione rappresentativa attraverso il suo articolarsi non imponendo regole e norme cui adeguarsi, ma sviluppando competenze quali il *Riconoscimento*, la *Com-*

---

<sup>11</sup> T.Calfapietro. *Itinerari del diritto*. In: <Mediares>. n.1/2003.

<sup>12</sup> F.M. Spengler. *Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas*, Edunisc, 2012.

*preensione, l’Affermazione e l’Empowerment*<sup>13</sup>; permettendo così di raggiungere una progressiva rimodulazione della realtà e l’impiego, in diversi ambiti, di risorse intrinseche del tessuto sociale<sup>14</sup>.

L’esigenza di mediazione (e mediatori) è evidente ad ogni livello, in contesti pubblici e privati. La mediazione è strumento per mantenere giovane la democrazia, mentre invece o è poco conosciuta, o è vista con diffidenza, o è apprezzata a parole ma trascurata nei fatti (come del resto avviene di frequente per la democrazia stessa)<sup>15</sup>.

Un richiamo, infine, merita anche la suggestiva lettura che è stata fatta dei *mediatori morali*, ovvero quei processi che intervengono a mediare la dimensione morale dei comportamenti<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> <Empowerment è un termine inglese di difficile traduzione in italiano. Reso a volte con “capacitazione”, dovrebbe a rigore essere tradotto con complesse perifrasi che stiano a indicare il “conferimento di poteri”, o “la messa in grado di”; andrebbe in ogni caso presa la sfumatura del significato originale che permette di definire, con un unico termine, sia il processo che il risultato, ovvero il superamento di una precedente condizione di impotenza, e l’acquisizione di competenze e conoscenze che aumentano il potere di scelta, in un’ottica di emancipazione che può essere riferita tanto agli individui quanto alle comunità. Non a caso, il termine ha conosciuto una grande fortuna, a partire dagli anni Sessanta, in quegli studi di sociologia politica, soprattutto statunitensi, dedicati alle azioni per i diritti civili e sociali delle minoranze, o per l’emancipazione delle donne, mentre in tempi più recenti è stato “adottato” dalla letteratura sulle organizzazioni e sul management.> I. Pupolizio, *I centri di mediazione sociale in Italia: un’indagine empirica*. In: <Mediaries>, n. 5/2005.

<sup>14</sup> Affinché si ottenga che l’interlocutore “parli” la propria lingua, è necessario che prima si “parli” quella dell’altro, dove il termine lingua, va inteso nella sua accezione più ampia e quindi come la rappresentazione della realtà del singolo soggetto. Ciò poiché la mente spesso porta ad adattare i segnali esterni alla propria concezione del mondo progressa e da qui, spesso, nasce l’incapacità di *comunicabilità*.

<sup>15</sup> F. Scaparro. *Sicurezza delle relazioni familiari e ragioni del mediare*. In: <Mediaries>, n.1/2003, cit. p. 45.

<sup>16</sup> L. Magnani. *Mediatori morali*. Come gli artefatti ci rendono morali. In: <i-lex Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale>, n. 7/2007.

## 5 MEDIAZIONE O PROCESSO

Il concetto della mediazione (e più in generale delle *ADR*<sup>17</sup>) quale *alternativa* alla giurisdizione, è un concetto che già di per sé esprime un errore di prospettiva intrascorabile. Si dovrebbe, parlare, piuttosto di *pratiche complementari* alla giurisdizione, poiché la tutela giurisdizionale è uno dei capisaldi dello Stato di Diritto (art. 24 della Costituzione) e non può in nessun caso essere sacrificata (o alternata!)<sup>18</sup>. Essa deve ben funzionare, e lo deve fare a prescindere dalle soluzioni alternative che si possono trovare per dirimere un contrasto, risolvere questioni bagatellari o attivare una contrattazione strategica di posizioni contrapposte. Inoltre, se la giustizia potesse permettersi il lusso di non funzionare bene nella fiducia di *alternative* in grado di sopperire alle sue mancanze, anche le stesse alternative sarebbero irriducibilmente compromesse: se un soggetto si trova nella condizione di dover ricorrere necessariamente ad una alternativa, perchè la tutela giurisdizionale non è effettiva, inevitabilmente il soggetto debole della lite comprometterà la propria posizione, piegandosi a quello forte, in quanto costretto ad accettare soluzioni non appaganti a fronte della mancanza di “alternativa” appunto, quale la giustizia.

La mediazione va intesa come qualcosa che è prima e soprattutto oltre il processo, che esce completamente dai suoi schemi e dalle sue logiche e che, può essere alternativa ad esso, se mai nel senso che l’una esclude l’altro laddove il conflitto si riveli un dissidio (e perciò il processo divenga necessario, come lo è sempre ogni volta che risulta l’ *extrema ratio* per concludere una situazione non diversamente gestibile). Perciò non può pensarsi nello stesso momento alla mediazione e al processo, è *mediazione o processo*. E nell’economia del tempo si palesa limpidamente la loro contrapposizione, come due realtà che non potranno mai realizzarsi sullo stesso piano. Il tempo è sia quello a

<sup>17</sup> *Alternative Dispute Resolution*.

<sup>18</sup> Un sistema giudiziario funzionante, si assume il compito di mantenere l’ordine nelle relazioni sociali, ma anche quello di garantire l’effettività delle regole e conseguentemente di permettere ai cittadini di crescere e confrontarsi nel rispetto della legge; concepire alternative a questo sembrerebbe inconcepibile.

cui esse guardano (la mediazione a quello del futuro, il processo a quello del passato) e sia quello in cui un soggetto le sceglie (la mediazione *prima*, quando le emozioni si agitano forti perchè si vuole ancora agire; il processo *dopo*, quando si ritiene di aver perso irrimediabilmente le capacità necessarie e perciò si ricerca in un terzo neutro e imparziale la decisione dall'alto che trasformi il "soggetto agente" in "soggetto agito").

## 6 NEL GIUDIZIO

---

Mediare e giudicare sono attività del tutto differenti, e perciò proprie di contesti diversi: tratto fondamentale che viene subito in rilievo, infatti, è quello delle posizioni sceniche. Il processo si presenta come un sistema "con il terzo", un sistema di tipo metafisico perchè il terzo è estraneo, è *nec utrum*; mentre la mediazione come un sistema "a tre", un sistema triadico dove ogni soggetto sta in rapporto agli altri due. Ciò non è da sottovalutare, poichè è proprio per il ruolo che il terzo va a svolgere che scatta un meccanismo di necessaria (rispettivamente) "distanza da" o "vicinanza a" i confliggenti. Nel processo, infatti, il giudice rimanendo estraneo è equidistante dalle parti, e queste si relazionano attraverso il veicolo degli avvocati, i quali si appropriano delle loro parole trasformandole nelle parole proprie del contesto in cui vengono usate. Al contrario, nel sistema a tre il concetto di equi-distanza lascia spazio a quello di equi-prossimità; il mediatore è dunque vicino alle parti e queste si esprimono liberamente potendo esercitare l'uso delle loro parole<sup>19</sup>, che tornano così ad essere protagoniste dell'autenticità di ciò che sta accadendo. I protagonisti del conflitto, più di tutto, hanno bisogno di *ri-appropriarsi* delle loro parole, di poterle pronunciare liberi da meccanismi (intrappolatori) quali quelli del processo che, in un'ottica perversa, le assoggetta a sé reinterpretandole, in funzione di uno scopo proprio solo dello scenario in cui può esistere: il palcoscenico dell'aula giudiziaria.

---

<sup>19</sup> A. C. Ghisleni; F.M. Spengler. *Mediação de conflitos a partir do Direito Fratrem*. Edunisc, 2011.

Emerge evidente allora la contrapposizione tra un linguaggio del giudizio, quello del giudice, e quello del non-giudizio, dell'accoglienza. La parola nella mediazione, accompagna, accarezza e in qualche modo rappresenta l'ospitalità. Nel mondo del giudizio, invece, la parola regna sovrana, <<e in essa si sedimenta la validità e il vigore. La sua è la grammatica di un potere che "dice il diritto", o, meglio, dice l'ultima parola. La sua validità sta tutta nel l'essere l'ultima parola >><sup>20</sup>.

Il carattere performativo della mediazione, consiste nel fatto che mediatore è colui che sarà stato capace di mediare. La formalizzazione del suo ruolo ha già di per se un elemento paradossale, che aumenta enormemente tale carattere quando viene normativamente affidato ad un giudice.

Il D.Lgs. 28/2010 istituzionalizza la mediazione civile e commerciale nel processo, sponsorizzandola come uno strumento che rifiuta l'adesione alla logica procedimentale e che esula dal suo meccanismo; allo stesso tempo, però, la assoggetta alle sue regole e al suo linguaggio.<sup>21</sup> Si manifesti chiaro che obbligare ad un risultato, oltre che imporre un'altra serie di "necessità" in una attività di questo genere, non può che far perdere alla mediazione la sua naturalità (e quindi potenzialità costruttiva). E' un legislatore che "pubblicità" intenti funzionali ad un miglioramento sociale globale, segnalando

<sup>20</sup> E. Resta. *Il diritto fraterno*, Laterza, 2011, cit. p. 64.

<sup>21</sup> La mediazione è profondamente diversa dal processo, essendo la sua "grammatica" e le sue logiche di funzionamento differenti da quelle tipiche del processo.

Allo stesso tempo, la mediazione è "un processo" in quanto è "una serie di azioni ed operazioni tecniche dirette ad uno scopo".

Questo processo-diverso-dal-processo si realizza attraverso un procedimento (dove per procedimento si intende una "serie di atti finalizzati a un dato scopo") che però rifiuta l'adesione alla logica procedimentale, essendo in primo luogo caratterizzato da una profonda informalità.

Un'informalità o non-formalità che si realizza però in atti (domanda di mediazione e accordo di conciliazione) la cui forma, contenuto ed effetti vengono definiti con precisione nel dettato normativo: art. 4, commi 1 e 2 (forma e contenuto della domanda), art. 5, comma 6 (effetti della domanda), art. 11 (forma e contenuto dell'accordo), art. 12 (effetti dell'accordo)>>.

N. Malangone, *La parola al mediatore. Il ruolo della comunicazione in mediazione*. In: <www.memconciliare.com>. 2011.

<<la necessità di una modifica di prospettiva (cognitiva) che in sintesi fa riferimento al cambiamento (culturale) della logica unidirezionale del giudizio dall'alto, alla logica circolare-dialogica>><sup>22</sup> della condivisione, per poi palesarsi in tutta la sua inadeguatezza, in una bieca strumentalizzazione della mediazione al fine di realizzare l'interesse, unico meritevole d'intervento, della deflazione del carico giudiziario.

L'ossimoro "mediazione-deflazione della giustizia" si palesa in tutta la sua evidenza perché sfrutta la mediazione, ingabbiandola in protocolli che la degradano, la umiliano, la rendono impotente e la diffamano.

## 7 L'ALTERNATIVA NELLA CONCILIAZIONE

---

L'errore di una concezione perdente della mediazione, nel quale il nostro legislatore sembra essere incappato (ignorando completamente la sua grammatica), si manifesta lampante anche nell'accostamento dissidente di mediazione e conciliazione che viene reso nel D.lgs 28/2010. Si parla di mediazione finalizzata alla conciliazione (entrambi i concetti puntualmente definiti, come si è detto, nel primo articolo), dove l'una esiste in funzione dell'altra e per questo ribattezzata, da molti, *media-conciliazione*, quasi a pretendere di mischiare due "razze" tanto diverse da poter dar vita solo a un ibrido multiforme necessariamente goffo. Ciò va a svuotare dei suoi stessi contenuti quella che è un'attività di traduzione e di comunicazione, libera nelle forme e nei risultati, per poterla condurre invece verso logiche distanti quali quelle della negoziazione.

La conciliazione potrebbe presentare tratti comuni con la mediazione, solo se ci si fermasse al dato che in entrambe sono presenti tre soggetti e scelte non vincolate, ma approfondendo lo sguardo emerge chiaramente che le due non si somigliano minimamente. La differenza nodale va rinvenuta

---

<sup>22</sup> N. Malangone. *La parola al mediatore*. Il ruolo della comunicazione in mediazione. In: <www.memconciliare.com>. 2011.

nel fatto che la conciliazione è orientata al *risultato*, mentre la mediazione (che si risolve in un'attività attraverso la quale due confliggenti riattivano la comunicazione) è piuttosto orientata al *mezzo*. Tra mediazione e conciliazione vi è una differenza semantica e ontologica.

La conciliazione dal latino (*cum calare*, “chiamare insieme”), riporta all'idea del riunire, legare insieme, rendere amici; è facilmente identificabile con il compromesso, termine invece assolutamente estraneo al vocabolario dalla mediazione. Il compromesso (dal latino *compromissus*, “obbligato insieme”, composto da *cum* “insieme” e *promissus* “promesso”) è “adattamento”, è una transazione raggiunta a forza di reciproche concessioni (perciò il tipico gioco a somma zero). L'idea è quella di uno stratagemma che non sa risolvere se non quello che appare più in superficie; quello che del problema si decide di affrontare per la fretta di “mettere la parola *fine*” su una questione che impiccia, che complica e della quale in definitiva viene così sacrificata la sua stessa complessità (e perciò verità).

Quando la lite arriva al processo significa che almeno una delle due parti ha deciso di interrompere le comunicazioni in attesa di ottenere una sentenza che “*dica il diritto*”. Se poi, per qualsiasi ragione, le parti, all'inizio o durante il processo, ritengono di risolvere la questione con un compromesso, potranno in essere una conciliazione (o una transazione), avendo ragionato strategicamente sui loro interessi e nelle logiche processuali delle reciproche convenienze, della gestione del loro tempo, delle loro risorse economiche, etc. Tutto questo, più che coerente con la realtà in cui si manifesta, non ha però niente a che vedere con la mediazione. Perciò non può non sottolinearsi come l'uso confuso di questi due vocaboli, che vengono spesso addirittura sovrapposti, in realtà celi molto di più di quanto non appaia a una prima lettura<sup>23</sup>.

<sup>23</sup> Anche dal punto di vista linguistico, ad esempio, si potrebbe riflettere sulla loro distanza. Così mentre si può utilizzare l'espressione “decisione conciliativa” o “conciliante”, non si può allo stesso modo dire decisione “mediativa”.

Infine senza scendere nel dettaglio di variegate classificazioni che della conciliazione sono proposte (facilitativa, valutativa, giudiziale, stragiudiziale, etc.) meriterebbe porre attenzione sulla qualità del risultato che essa può raggiungere, a prescindere dalla tipologia posta in essere o dalla sede in cui viene esperita; risultato che, non a caso, si differenzia notevolmente da quello della mediazione. La conciliazione, infatti, porta alla rinuncia (delle proprie pretese o della propria ragione) perciò sacrifica e lo fa nella libera scelta di soggetti volenti di compiere quel sacrificio. Essa quindi non è capace di rendere contenti, perché tale possibilità non è propria del meccanismo che attiva; la conciliazione perciò, può raggiungere inevitabilmente il solo risultato infido di rendere *non scontenti*.

## **8 QUELLO CHE SI DICE E QUELLO DI CUI SI PARLA**

---

Nel giugno 2013 la mediazione ha subito un nuovo intervento ad opera del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69 <<*Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia*>>. Inserito nel Titolo III (*Misure per l'efficienza del sistema giudiziario e la definizione del contenzioso civile*) al capo VIII (*Misure in materia di mediazione civile e commerciale*) si trova l'art.84 che modifica il D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28.

La consapevolezza mostrata a proposito del rinnovamento culturale richiesto dal ricorso alla mediazione, evidenzia come questo sarebbe dovuto <<*essere corredato e sostenuto da una revisione radicale delle norme che l'hanno istituita, onde far tesoro, fra l'altro, dei punti nevralgici che la, pur breve, prassi ha messo in luce, evitando così di andare incontro ad ulteriori disillusioni, non imputabili a presunte debolezze di questo strumento alternativo alle vie giudiziali*

rie, bensì alle carenze del disegno che ne ha accompagnato la disciplina>><sup>24</sup>. Pacifica fra tutti è l'idea che la deflazione del carico giudiziario debba essere solo una delle conseguenze positive di una gestione più sapiente e matura del conflitto in genere; e che questa, la deflazione, non possa invece porsi come l'obiettivo delle "riforme", come tampone di emergenza ai problemi relativi all'efficienza della giustizia. In questo senso si era espressa, più volte, anche lo stesso Ministro della giustizia, Annamaria Cancellieri<sup>25</sup>; eppure, al vaglio del nuovo intervento, che forse non a caso, si inerisce in un decreto che si intitola proprio << *Misure urgenti per il rilancio dell'economia* >>, le perplessità, che riesce a infondere, si moltiplicano.

Le novità introdotte nella materia sono state significative e tra tutte risalta, senz'altro, la reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione che, perciò, torna ad essere condizione di procedibilità per l'esperibilità dell'azione giudiziaria nelle controversie aventi ad oggetto le materie elencate all'art. 5 del D.Lgs. 28/2010. Questa era stata introdotta dal citato D.Lgs., suscitando da subito polemiche e mostrando il fianco a pericolose critiche. Oltre alle inefficienze che poteva generare tale scelta, alcuni, con convinzione, ne sostenevano l'incostituzionalità. La Corte Costituzionale,

<sup>24</sup> M. Martello. *Dodici domande sulla mediazione al Ministro della giustizia*. In: <www.consumatoridrittimercato.it>. 2013.

<sup>25</sup> In occasione del discorso tenuto alla Commissione Giustizia del Senato il 20 maggio 2013 (e, successivamente, alla Camera) il Ministro esponeva il suo programma, iniziando con il precisare la propria opinione sul senso della giustizia: <Non saprei concepire la giustizia esclusivamente nei termini di erogazione di un servizio e riterrei riduttiva qualunque interpretazione che la confinasse in questa asfittica visione [...] l'efficienza e la capacità di far funzionare la macchina amministrativa della giustizia rappresentano, indubbiamente, una questione decisiva nel processo di modernizzazione e di recupero di competitività del nostro Paese [...] questo, però, non esaurisce la reale portata del tema che è, in definitiva, un tema di democrazia sostanziale: la capacità che ha lo Stato di operare in una prospettiva costituzionalmente orientata alla costruzione di una società giusta>>. Dopo tale esordio il Ministro indicava, fra le linee programmatiche, la mediazione, considerandola come una forma privilegiata per realizzare il senso "alto" della giustizia.

chiamata a decidere, la cassava. Con la sentenza n. 272 del 2012<sup>26</sup>, infatti, si era pronunciata sulle questioni di costituzionalità che erano state sollevate da ben otto ordinanze<sup>27</sup> di rimessione in merito agli artt. 5 e 16 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28; 2653, primo comma, n. 1), c.c.; e 16 del D.M. 18 ottobre 2010, n. 180, come modificato dal D.M. 6 luglio 2011, n. 145; per contrasto con gli artt. 3, 24, 76, 77 e 111 Cost. Le doglianze erano principalmente relative al fatto che l'introduzione di una condizione di procedibilità della domanda giudiziale in determinate materie, rilevabile anche d'ufficio, non solo non fosse in linea con le previsioni della legge delega, ma precludesse l'accesso diretto alla giustizia<sup>28</sup>. Inoltre, accanto al profilo formale dell'eccesso di delega, da un punto di vista sostanziale, particolare rilievo avevano avuto i dubbi di costituzionalità in relazione al diritto di azione e di difesa (art. 24 Cost.), alla ragionevole durata del processo (art. 111 Cost.), nonché al principio di euguaglianza (art. 3 Cost.).

<sup>26</sup> Depositata in data 6.12.2012 e pubblicata in G.U. il 12.12.2012.

<sup>27</sup> Giudice di pace di Parma, ordinanza 1° agosto 2011, n. 254; Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ordinanza 12 aprile 2011, n. 268; Giudice di pace di Catanzaro, ordinanze 1° settembre e 3 novembre 2011, nn. 2 e 19; Giudice di pace di Recco, ordinanza 5 dicembre 2011, n. 33; Giudice di pace di Salerno, ordinanza 19 novembre 2011, n. 51; Tribunale di Torino, ordinanza 24 gennaio 2012, n. 99; Tribunale di Genova, ordinanza 18 novembre 2011, n. 108.

<sup>28</sup> Con riferimento ai motivi del ricorso al TAR Lazio avente ad oggetto il D.M. n. 180 del 2010, proposto, tra gli altri, dall'Organismo Unitario dell'Avvocatura italiana (OUA) contro i Ministeri della Giustizia e dello Sviluppo economico, si segnalano in particolare le censure di legittimità costituzionale con riferimento agli artt. 77 e 24.

Con riferimento all'art.5 del D.Lgs n. 28 del 2010, veniva sostenuto che questo precludeva l'accesso diretto alla giustizia, disattendendo le previsioni del principio e criterio direttivo di cui all'art.60, co.3, lett a) della legge delega.

Con riferimento all'art.16 del citato D.Lgs. veniva evidenziato che ponendo quali criteri di selezione degli organismi la <<serietà ed efficienza>>, si liberalizzava il settore, contravvenendo sia all'art. 4 della direttiva 2008/527CE sia all'art.60, co.3, lett b) della legge delega che fanno, invece, riferimento ai criteri della *competenza* e della *professionalità*.

Da rilevare il fatto che con riferimento all'art. 16 cit. la Corte costituzionale non si è pronunciata; la questione non è stata decisa né è stata separata dalle altre per essere decisa in un secondo momento.

Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, co. 1, del D.Lgs. n. 28 del 2010<sup>29</sup>, la Corte non era entrata nel merito dell'istituto. Tra le diverse censure della normativa, infatti, aveva accolto quella relativa al vizio di eccesso di delega<sup>30</sup>, che si manifesta nella violazione degli artt. 76 e 77 Cost. Trattandosi di un vizio formale dell'atto, aveva potuto dichiarare così assorbiti gli altri profili (sostanziali) avanzati dai rimettenti. Tale aspetto è rilevante perché, da un punto di vista tecnico, le questioni di carattere sostanziale sono così "sopravvissute" alla decisione di incostituzionalità, non essendovi elementi ravvisabili nella motivazione, anche nella forma di *obiter dictum*, che in un certo qual modo pregiudichino *pro futuro* tali questioni.

Così, infatti, come niente fosse, la mediazione obbligatoria è rispuntata all'orizzonte<sup>31</sup> in un contesto pressapoco identico ma giustificato da millantati risultati, incredibilmente efficienti, che questa avrebbe generato

<sup>29</sup> E in via consequenziale, ex art. 27 L. 87/53, delle norme del medesimo decreto che presupponavano l'obbligo del previo esperimento del procedimento di mediazione.

<sup>30</sup> In quanto la norma non poteva essere considerata <un coerente sviluppo e completamento delle scelte espresse dal delegante, perché [...] [ha] posto in essere un istituto (la mediazione obbligatoria in relazione alle controversie nella norma stessa elencate) che non soltanto è privo di riferimenti ai principi e criteri della delega ma, almeno in due punti, contrasta con la concezione della mediazione come imposta dalla normativa delegata>.

<sup>31</sup> L'obbligatorietà ora opera automaticamente nelle materie previste alla lett b), che sono le stesse che erano previste nell'ultima versione della mediazione obbligatoria con la sola esclusione del risarcimento dei danni derivante da veicoli e natanti. Si aggiunge, però, la facoltà per il giudice di imporla a sua descrizione (in qualsiasi momento del processo) e nella formulazione del decreto, adottando il relativo provvedimento con il quale, tra l'altro, avrebbe dovuto indicare direttamente l'organismo di mediazione da adire.

nel periodo in cui è stata praticata<sup>32</sup>. E' prevedibile, perciò, che in un tale scenario la pronuncia n.272 del 2012 rappresenti solo una tappa intermedia di un percorso che è ancora ben lungi dall'essere completato<sup>33</sup>.

## 9 COME SI SCEGLIE

---

Prima di entrare nel merito delle altre modifiche apportate dal decreto, una riflessione preliminare potrebbe rendersi utile. In generale, quando una dimostrazione giunge a conclusioni che sono smentite dall'evidenza empirica, o risultano intimamente contraddittorie, la ricerca di una soluzione a tali problemi può comportare una revisione dei presupposti (e quindi un progresso della conoscenza). Al contrario invece, quando si sceglie di non operare secondo questa logica ma piuttosto ci si interessa alla discussione e all'analisi di specifici dettagli, gli eventuali ripensamenti (e/o cambiamenti) possono risultare inutili se non addirittura fuorvianti. Così per il tema della mediazione sembrerebbe che prima e al di là della rielaborazione di alcuni

<sup>32</sup> Così testualmente la lettera del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, Prof. Avv. Guido Alpa, al Ministro della Giustizia: *“Suscita soprattutto sconcerto la reintroduzione dell'istituto della mediazione obbligatoria in un decreto legge, dopo che la Consulta ha pronunciato la illegittimità costituzionale di tale disciplina. A parte i dubbi sulla scelta di una fonte emergenziale in una materia coperta da riserva assoluta di legge, Le segnalo che la sentenza della Corte costituzionale ha provocato la caducazione della intera pregressa normativa per eccesso di delega, ritenendo assorbiti e non infondati gli altri possibili vizi: si tratta dunque di profili di illegittimità che permangono, dei quali la Corte non si è occupata solo perché sotto il profilo logico giuridico della disamina delle questioni di legittimità costituzionale riguardano il merito della disciplina”*.

<sup>33</sup> La reintroduzione della stessa disciplina, ripropone i dubbi di legittimità già avanzati in relazione agli artt. 3, 24 e 111. In particolare, si potrebbero muovere, ad esempio, le seguenti censure:

- incostituzionalità, per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost., dell'elenco delle materie soggette alla mediazione obbligatoria;
- incostituzionalità, per violazione degli artt. 3, 24 e 111, co. 2, Cost., per contrarietà al principio della ragionevole durata del processo e per l'ingiustificato aggravio all'esercizio dell'azione;
- incostituzionalità della normativa in oggetto per contrarietà agli artt. 3, 24 e 111, co. 6, Cost., per l'ingiustificato impedimento all'esercizio del diritto d'azione in relazione al regime delle spese e delle sanzioni conseguenti alla mancata accettazione della proposta di conciliazione.

particolari specifici delle norme che la regolano, quello di cui si avrebbe realmente bisogno, potrebbe piuttosto essere l'individuazione di presupposti ragionati (e senz'altro in parte diversi da quelli che hanno dato vita ai risultati odierni). Molto probabilmente si scioglierebbero, poi di conseguenza, anche diversi nodi che agitano la discussione intorno ad alcune questioni attinenti alla regolamentazione specifica.

Volendone proporre qualcuno di questi fondamenti, i tre che sembrerebbero più imminenti sono:

- a) Chi può (e perciò, dovrebbe) mediare;
- b) In quale contesto la mediazione naturalmente potrebbe risiedere;
- c) Qual è, o meglio dovrebbe essere, la sua metabolizzazione sul piano culturale.

a) Capire chi debba mediare è una questione non di poco conto, e non certo di pronta risposta come al contrario invece il decreto lascerebbe intendere; significativa a riguardo è la disposizione alla lett o) <<Gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori>>. Norma sorprendente, *in primis* per tutti quegli avvocati che pur non essendo mediatori improvvisamente scoprono talenti che non pensavano di avere e non da meno per quelli che hanno investito tanto in corsi di formazione e aggiornamenti vari (a pagamento) per acquisire capacità che poi scoprono improvvisamente già di possedere. Non è chiaro quale sia il ragionamento che abbia portato ad optare per tale scelta, ma l'interpretazione plausibile sembrerebbe quella di dover intendere la figura del mediatore come un soggetto che in sostanza esaurisce i profili della sua professionalità nel possesso delle conoscenze tecniche (e professionali) di un avvocato. Però se questa fosse l'interpretazione corretta sembrerebbe stridere di molto con le discussioni affrontate sul tema, dai cultori della materia e, non da ultimo, dallo stesso Ministro che a riguardo, non più di un mese prima, dichiarava <<[...] ovvviamente, la diffusione di tale strumento dovrà essere accompagnata da

*regole deontologiche e di incompatibilità serie e rigorose, dal rispetto di un principio di competenza, da una adeguata professionalità dei mediatori*>>. Come è possibile chiedere ad un avvocato, che chiaramente non può possedere le necessarie competenze di un mediatore (se prima non si è formato in tal senso), oltretutto abituato a operare nell'ottica partigiana della difesa, di improvvisarsi tutt'altro?! In nome di una professionalità che non esiste ma è giustificata da una scelta politica che rinnega il bene dell'istituto per giungere a un compromesso con gli oppositori?!<sup>34</sup>

La pericolosità che si profila dietro una previsione come questa è quella di vanificare gli sforzi compiuti fino ad ora (per far crescere la mediazione in Italia). La speranza, invece, è nell'ipotesi della enucleazione di una figura del mediatore, quale quella di un professionista che si possa definire tale alla luce del significato del suo agire, di un soggetto libero nell'esercizio delle sue funzioni<sup>35</sup> <<*affinché il suo essere davvero innovativo e alternativo non siano confusi con desuete prassi*>><sup>36</sup>.

Probabilmente, una volta giunti alla individuazione del modello di questa figura, sarebbe consequenzialmente più naturale la predisposizione degli istituti necessari alla sua formazione, disciplinando i canoni a fondamento di questa e del controllo successivo sul suo operato e sulla sua morale, come d'altronde lo Stato fa per tutte le attività professionali tipiche, nell'interesse e a protezione della comunità. Comunità alla quale allora, e solo allora, sarebbe possibile chiedere di affidarsi indiscutibilmente a tali soggetti, che finalmente addiverrebbero a quella credibilità e autorevolezza necessarie al loro operato. In un contesto del genere, non striderebbe più

<sup>34</sup> Quello su cui sembra farsi confusione è la "grammatica" di questi professionisti; come il giudice deve essere terzo (nell'ottica del giudizio), così l'avvocato deve essere partigiano (nell'ottica della difesa). Il mediatore è una figura a parte, che non si può ricondurre a nessuna delle prime due.

<sup>35</sup> E non necessariamente dipendente da altri che ottengono l'accredito al Ministero sulla base di requisiti formali attinenti per lo più a questioni di natura burocratica.

<sup>36</sup> M. Martello, *Dodici domande sulla mediazione al Ministro della giustizia*. In: <[www.consumatoridirittimercato.it](http://www.consumatoridirittimercato.it)>. 2013.

la pretesa di una fiducia automatica che i cittadini dovrebbero accordare alla categoria dei mediatori, perché dietro a questo ci sarebbero le istituzioni che attraverso il complesso del giusto apparato ne garantirebbero, appunto, la professionalità. Ma di tutti questi profili il decreto non ha inteso occuparsi, lasciando la situazione ferma alle lacunose norme previste precedentemente.

**b) Qual è la giusta sede della mediazione? Perché parlare di una mediazione endo-processuale è cosa, parlare di mediazione e basta probabilmente è tutt'altro. Ma la domanda da porsi riguarda il fine ultimo; cioè quando si pensa alla mediazione e alla potenzialità che essa può esprimere nel sistema delle relazioni interpersonali, la si vede come un mezzo asservito alle logiche e dinamiche del processo o, con un scopo più generale, come un mezzo che possa esplicare tutta la sua forza travolgente in una sede appropriata e perciò molto probabilmente, propria?! E' chiaro che rimanendo in linea con il tema del decreto, la mediazione sembra uscirne semplicemente come strumento del processo; quasi farmaco (a effetti immediati) delle sue inefficienze. Accogliendo, comunque, questa immagine di mediazione come l'unica, al momento, meritevole di interesse per le istituzioni, resta il fatto che essa necessiti di discostarsi il più possibile dal contesto del processo che l'ha occasionata, al fine di mantenere la sua indipendenza (quale sinonimo di efficienza). Il pericolo in cui si rischia di incorrere (e forse si è già incorsi) è quello di profilare la venuta di un istituto nuovo, (qualcosa di diverso e di veramente alternativo alla giustizia processuale) per poi ritrovarsi di fatto a praticare la brutta copia di altri istituti, connotati da tutt'altre caratteristiche (e forse anche fini) quali quello della conciliazione, o addirittura, c'è chi dice, della transazione "assistita".**

Venendo alle “novità”, una norma che si profila interessante potrebbe essere quella posta dalla lett. *h*) che introduce “l’incontro di programmazione”<sup>37</sup>. Una fase che potrebbe rivelarsi funzionale all’obiettivo; tutto certo sta nel vedere poi nella pratica come effettivamente verrà diretto tale incontro e come sarà disciplinato dai singoli organismi.

Altra novità che richiama l’attenzione è quella della lett. *m*) che impone la sottoscrizione dell’accordo da parte degli avvocati che assistono le parti come requisito per ottenere l’omologa dell’accordo.<sup>38</sup> La presenza dei legali da molti è considerata valore aggiunto, oltre che garanzia della qualità formale dell’accordo<sup>39</sup>; chiaramente ogni opinione a riguardo è senza dubbio relativa al ruolo che effettivamente il legale va a svolgere nella circostanza concreta. Se questi fossero effettivamente in grado di rimanere nell’ombra, accompagnatori e rassicuratori della parte, senza sovrastarla o sostituirvisi, la loro presenza acquisterebbe un determinato significato positivamente discutibile, contrariamente non si potrebbe più parlare nemmeno di mediazione, quanto più dell’ennesimo tentativo di conciliazione mascherato da un appellativo che suona innovativo e induce a nuove speranze vuote.

Altra novità introdotta è quella della riduzione del tempo della mediazione, il D.Lgs 28/2010 disponeva un termine per la mediazione di quattro mese. Alla lett *f*) dell’art.84 del decreto, questo, è ridotto a tre. E’ chiaro che prevedere un tempo per la mediazione è già di per se una antitesi, ma nell’ottica del processo, da cui la mediazione in oggetto è inevitabilmente

<sup>37</sup> *h*) all’articolo 8, comma 1, le parole “il primo incontro tra le parti non oltre quindici” sono sostituite dalle seguenti parole: “un primo incontro di programmazione, in cui il mediatore verifica con le parti le possibilità di proseguire il tentativo di mediazione, non oltre trenta”;

<sup>38</sup> *m*) all’articolo 12, comma 1, dopo le parole “Il verbale di accordo,” sono aggiunte le seguenti parole: “sottoscritto dagli avvocati che assistono tutte le parti e”;

<sup>39</sup> Ciò, chiaramente, sempre nell’ottica di quella preoccupazione di assoggettare al linguaggio giuridico ciò che per natura non dovrebbe esserlo.

dipendente, sembra essere considerata una previsione necessaria. Chiaramente, come si è già espressa la giurisprudenza a riguardo, il termine va inteso in senso ordinatorio laddove la mediazione sia in corso.

c) Con riguardo alla diffusione della cultura della mediazione nel tessuto sociale i quesiti da porsi potrebbero essere <<Come rimuovere la cappa di ignoranza che ha soffocato le potenzialità di uno strumento veramente innovativo?>>; e ancora <<Quali interventi organici e capillari possono ipotizzarsi per il radicamento della cultura della mediazione nel cittadino – ma altresì nell’avvocato e nel giudice – affinché essa non venga considerata un balzello in più prima di poter approdare al giudizio, ma trovi terreno fertile in quanto via alternativa ricca di vantaggi?>><sup>40</sup>. La coscienza e la conoscenza da parte del cittadino, sembrano profili fondamentali. Lo stesso Ministro sembrava assolutamente in linea con tale esigenza, anche se forse mosso da fini diversi da quelli di cui si sta trattando, e infatti asseriva a riguardo: <<[la mediazione] è uno strumento che evidentemente necessita di una metabolizzazione sul piano culturale; quindi, quanto più si riuscirà a sensibilizzare l’opinione pubblica sui positivi risultati indotti dall’adesione a tale meccanismo, tanto più ne trarrà giovamento la macchina dell’Amministrazione della giustizia civile>>. Il decreto ha omesso, però, di trattare completamente anche tali aspetti.

## 10 RI-MEDIARE

---

Come è ben risaputo anche da chi non è un operatore del diritto, uno dei problemi più gravi del nostro Paese è la non più tollerabile lungaggine dei processi civili. Basta pensare che se un artigiano, o una società per azioni, vogliono ad esempio ottenere il pagamento di alcune fatture rimaste

<sup>40</sup> M. Martello, *Dodici domande sulla mediazione al Ministro della giustizia*. In: <consumatori-dirittimercato.it>. Giugno, 2013.

insolute, capita spesso che tra ingiunzione di pagamento, opposizione a questa e regolare corso di un processo ordinario passino, tra il primo grado ed un eventuale ricorso per Cassazione, non meno di dieci anni<sup>41</sup>. La situazione non migliora in altri contesti, come ad esempio nelle cause ereditaria, dove si possono incontrare giudizi protratti nel corso di ben tre generazioni. Non si può tollerare un sistema giudiziario del genere, in un Paese che pretende di essere chiamato “civile”. E potrebbe essere totalmente fuorviante, attribuire la responsabilità al fatto che ci siano troppi avvocati, come spesso si dice, o ancora peggio alla “necessità” di trovare vie alternative alla normale tutela giurisdizionale, anche perché, come si è detto, essendo questa uno dei capisaldi dello Stato di Diritto, non può (in nessun caso) essere sacrificata. In realtà le soluzioni da individuare per risolvere tale problema, potrebbero rivelarsi assai più semplici e celeri di quanto non si potrebbe immaginare. A riguardo sono tante le idee sostenute e le possibilità proposte che il più delle volte hanno ad oggetto semplici accorgimenti, i quali però, influirebbero enormemente su tale inefficienza.

Eppure sembra che gli sforzi più grandi il legislatore ritenga di doverli compiere in tutt'altra direzione; anche se appare improbabile pensare che la soluzione per far funzionare meglio la macchina della giustizia possa essere deflazionare il carico pendente. E' come dire che al paziente che ha una ferita alla gamba, il medico invece di curarla (perciò risolvere il problema), ritenga di amputarla sostenendo la sua scelta con la convinzione che in tale modo la ferita sparirà immediatamente e definitivamente. Senza dubbio, il problema però è che a quel medico sfugge proprio il dettaglio che la gamba, in realtà, sia necessaria !

Forse l'idea di fondo che muove il legislatore è spinta da un fine diverso, percepita come il modo per riabilitare la magistratura italiana agli occhi del Paese e ancora più degli altri Paesi; quasi a volersi scrollare di dosso quell'e-

<sup>41</sup> Cfr. Rapporto 2012 della Cepej-Coe (Commissione europea per l'efficacia della giustizia del Consiglio d'Europa).

piteto che la macchia indelebilmente di inefficienza, di un primato di disvalore. La corte di Strasburgo tiene il fiato sul collo all'Italia, e insieme gli effetti della c.d. legge Pinto si manifestano inarrestabili, aumentando i costi dello Stato man mano che i cittadini ottengono sentenze a loro favore per l'equa riparazione (in caso di violazione del termine ragionevole del processo.)

Tutto ciò legittima il sospetto che nelle scelte compiute ci sia, prima di tutto, un errore di logica. Deflazionare il carico pendente infatti (ammesso che la mediazione possa assolvere a tale ingrato compito) può al massimo risolvere sul momento il problema dell'“ingorgo nei tribunali”, ma non certo eliminarlo. Il punto è che la logica vorrebbe che, prima di tutto, ci si interrogasse sulle ragioni del problema (le cause che l'hanno generato), individuando le inefficienze, gli errori e i limiti del proprio sistema oltre che del proprio operato. E' così che allora sarebbe possibile sviluppare l'idea di una soluzione in grado di essere davvero efficace; ed è solo dopo tale passaggio che avrà senso muovere a quello successivo, e cioè eventualmente interrogarsi su come ripristinare una situazione di lavoro meno soffocante nell'imminente. Soluzione che comunque non pare possa essere l'introduzione di una pseudo mediazione, obbligatoria, indefinita, incoerente e fallimentare che incontra giustamente l'opposizione dei più, essendo stati presentati degli obiettivi e realizzati tutti altri.

E c'è di più: risolvere un problema significa, oltre che analizzarlo, considerare gli effetti (nella responsabilità del proprio agire) delle opzioni attuabili, e solo dopo tale analisi, compiere una scelta.

Come può essere che venga emesso un D.Lgs. che da subito, appena approvato, susciti negli operatori del diritto (cioè coloro che lo dovranno utilizzare, e non coloro che *dovevano* pensarlo) una serie di perplessità che sono eclatanti e nel dibattito vengono puntualmente messe in luce. Il Ministero interviene per sua parte con un decreto ministeriale, il quale però anche esso necessita di un ulteriore correzione.

E' poi il turno della Corte Costituzionale, la quale sembra lasciarsi sfuggire l'occasione di pronunciarsi sui profili (sostanziali) di incostituzionalità emersi, fermandosi al dato di un vizio formale. Ma quando il quadro sembra delineato, interviene di nuovo il Governo addirittura con un decreto legge, che presuppone l'urgenza; in sede di conversione poi fioccano altre modifiche, quasi a voler ancora stravolgere aspetti su cui si è già intervenuti più di una volta.

E ancora cos'altro dovrà succedere? A questo punto è istintivo che sorgano dei quesiti:

Chi è responsabile di non essere stato in grado di risolvere un problema, e addirittura con il suo operato ne ha apportati altri? Chi paga i danni della truffa di tutto questo?

Tantissimi cittadini hanno investito (tempo e denaro) in corsi di formazione, perché era stata (istituzionalmente) pubblicizzata la possibilità di *<<nuove opportunità di lavoro a professionisti qualificati>>*; poi il D.M. 180 ha rettificato le disposizioni sul tema e allora hanno investito anche in quelli di aggiornamento; poi è stato introdotto il "tirocinio obbligatorio" così, per procrastinare ancora, e dopo quello non hanno lavorato comunque: era tutto un gioco?! Oggi, di diritto, sono mediatori gli avvocati e il discorso si chiude così (oltre alla beffa anche per quelli di loro che i corsi, a questo punto, se li potevano risparmiare).

Se l'attenzione si sposta poi sugli organismi la situazione non migliora: spuntati come fughi nel giro di pochissimi mesi all'esordio del D.Lgs, spariti come ladri dopo la sentenza della Corte Costituzionale; certo fatto il bottino con i corsi e legittimati da un carico di lavoro che spariva improvvisamente con la dichiarazione di incostituzionalità della mediazione obbligatoria, loro sono a posto. E proprio la questione di legittimità fa riflettere ancora: dopo il primo intervento la questione sarebbe potuta dirsi chiusa, ma gli ultimi (del tutto inaspettati) sviluppi fanno presumere che senza dubbio l'eccezione di incostituzionalità verrà sollevata nuovamente.

Ma quanto ci costa il processo alla Corte Costituzionale, le modifiche, i cambiamenti, gli errori... e allora non si sarebbe proprio potuto riflettere meglio prima di agire (al governo)? Perché a pagare sono sempre e solo i cittadini (i quali, tra l'altro, nell'ultimo periodo stanno vivendo di in una prosperità economica tale, che certo, se si spreca qualche risorsa in più, ma che male c'è!?!).

Da non sottovalutare, poi, anche il *danno* culturale. La mediazione, quella “vera” presuppone prima di tutto una *forma mentis* che in Italia non è sviluppata per una serie di ragioni storiche e culturali ma che comunque non sarebbe difficile da far comprendere, semplicemente se diffusa nel modo giusto. Invece, coloro che dovrebbero diffondere le informazioni ufficiali (ci) stanno dimostrando, con i fatti, che “questa mediazione” di cui si parla tanto, in fondo è sbagliata; e così l'hanno diffamata e perciò compromessa.

Chi ripara a questo? Chi è il vero responsabile di questo? E soprattutto i cittadini, ognuno impegnato con la proprio vita nella moderna società della frenesia e della sovra-informazione, come possono capire veramente tutto quello che è successo e farsi un'opinione oggettiva sull'argomento?!?

Le responsabilità si individuano sempre in chi deve rispettare la legge; e chi la deve fare invece?!?

## 11 I NOMI E LE COSE

---

In data 20 agosto 2013 è stata pubblicata sulla gazzetta ufficiale<sup>42</sup> la Legge 9 agosto 2013, n.98

<<Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, recante disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia>>.

---

<sup>42</sup> GU Serie Generale n.194 del 20-8-2013 – Suppl. Ordinario n. 63.

L'articolo 84 è stato modificato ulteriormente e alcune previsioni, in esso contenute, lasciano stupefatti. E' evidente l'impronta delle pressioni dei ceti interessati e delle lobbies di riferimento (tra questi ovviamente quelli che si possono chiamare *repeat players*), con la conseguenza di una mediazione modellata ancora di più sul paradigma giudiziario, nell'erosione totale dei suoi caratteri distintivi. La previsione, che a tale proposito spicca sulle altre, è quella che dispone obbligatoria la presenza degli avvocati di parte durante gli incontri di mediazione. L'art.8 del D.Lgs. 28/2010, così come è stato modificato, ora recita << [...] *Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato. [...] Il mediatore invita poi le parti e i loro avvocati a esprimersi sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione [...] >>. Avvocati perciò che non solo partecipano, ma hanno voce in capitolo per scegliere ciò che dovrebbe essere scelto solo ed esclusivamente dalla parte, che perciò finisce anche qui, nella sede che è propria dell'autodeterminazione, per essere spogliata della sua capacità di espressione. Il nuovo art.12, inoltre, rafforza ulteriormente la posizione degli avvocati nel disporre che << *Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. [...] >><sup>43</sup>. Costringe un soggetto ad avvalersi dell'assistenza di un legale anche contro la sua volontà, tra l'altro sopportandone i relativi costi, induce inevitabilmente a pensare che si tratti di una logica che *tra-disce*; di una scelta di convenienze che predilige gli interessi di una lobby professionale**

<sup>43</sup> Confrontando le due disposizioni sopra richiamate, inoltre, emerge chiaramente una discrasia della legge, che induce a pensare che non si tratti di una semplice svista. Nel disporre che < *Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato* > stabilisce che < *Ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite da un avvocato l'accordo [...] costituisce titolo esecutivo [...] In tutti gli altri casi [...] e' omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale* >.

piuttosto che quelli generali degli utenti del sistema. Ma la questione da porsi è se la mediazione sopporti ruoli istituzionali.<sup>44</sup> Perciò nel migliore dei casi si tratta di una svista culturale, mentre nel peggiore di assoluta incompetenza dei linguaggi pubblici a porsi il problema della mediazione.

La mediazione legislativamente regolata porta irrimediabilmente a *delusione*, ed è facile immaginare quali saranno nella vita pubblica le *dissonanze cognitive* cui l'insuccesso va incontro.

## 12 COME ATTIVARE UN CIRCOLO VIRTUOSO

---

Da parte della cultura giuridica c'è una sorta di colonizzazione delle soluzioni dei conflitti che dipende da una lunga storia e tradizione; qualora, invece, lo sguardo sapesse muoversi oltre quell'impostazione sedimentata nella nostra cultura, probabilmente sarebbe ipotizzabile una reale riforma.

Il problema di *policy* che emerge è quello di un sistema che investe sul rimedio senza incidere sulle cause; così aumentano le risorse dell'apparato giudiziario ma rimane soltanto l'illusione che ciò faccia diminuire i conflitti. <<*Il rimedio reagisce sul rimedio ma non ha nessuna diretta incidenza su cause, dimensioni, effetti della litigiosità che determinano i conflitti*>><sup>45</sup>. La litigiosità è direttamente proporzionale alle possibilità che il complesso socio-culturale, nel quale si vive, riesce a determinare; e in una realtà in cui la lite e il conseguente ricorso al processo è così invalso nel costume sociale, rileva evidente, anche senza volersi riferire al carattere culturalmente indotto di tale atteggiamento, il dato oggettivo di una situazione che non si può negare che sia (quanto meno) problematica.

---

<sup>44</sup> Se la mediazione riattiva la comunicazione, gli avvocati nell'ottica della difesa veicolano il linguaggio in funzione del contesto in cui esercitano.

<sup>45</sup> E. Resta. *Il diritto fraterno*. Laterza, 2011, cit. p. 72.

Il problema che (si) pone è prima di tutto di ordine pratico, perchè contribuisce a rendere la giustizia meno efficiente<sup>46</sup>; ma anche di ordine economico, e a riguardo sono note le diseconomie legate a costi esorbitanti e a bassissimi benefici pubblici. Senza scendere nel dettaglio di nessuna di queste problematiche, la riflessione vorrebbe solo servire da spunto per evidenziare che la ricerca della soluzione al problema della conflittualità, non è una mera aspirazione etica, ma una necessità irrinunciabile per contrastare gli effetti di una situazione che incide su tutta la società in termini di inefficienze e perdite economiche (questioni che non possono lasciare indifferenti neanche i più immuni al concetto di comunità).

Una idea di giurisdizione come unica detentrica del funzionamento delle relazioni sociali non è detta che sia l'idea più giusta, ma non perché concettualmente non possa esserlo ma forse più perché effettivamente ha già dimostrato (nei fatti) di non esserlo. Non a caso il dilagarsi del fenomeno delle c.d. *ADR* è un fenomeno di risposta ad una inefficienza della giurisdizione statale che, invece di fare un passo indietro per lasciar spazio a culture nuove di gestione dei conflitti, cerca la cura del suo male nel farmaco delle alternative che detiene sotto il suo occhio vigile e assoggetta al suo linguaggio per non perderne il primato (e perciò il controllo), avvelenandosi così mentre si cura!

E' vero che non tutto è mediabile, ma l'educazione a una comunità che prenda le distanze dall'intolleranza e dalle soluzioni di forza, è ciò che più meriterebbe di essere sponsorizzato. È il modo di pensare che, nel tempo e nelle nuove generazioni, dovrebbe andare mutando.

---

<sup>46</sup> Tanti processi, significa necessariamente processi più lenti, e più lentezza significa meno efficacia (inefficienza) che genera malcontento e perciò inevitabilmente più liti che quindi, tornando al punto di partenza, portano più processi che stratificano un arretrato che aumenta esponenzialmente la loro lentezza (e così via) in una prospettiva circolare (e infinita) che non lascia intravedere una via d'uscita (in questa ottica).

E' l'aspirazione a una società che davvero apprezzi e valorizzi la mediazione come ordine sociale, come educazione alle relazioni, (come strumento attraverso il quale uscire dall'*impasse* delle proprie posizioni) e solo infine, eventualmente, come soluzione al contrasto.

Bisognerebbe reagire all'identità del conflitto con la sua differenza: e la sua differenza non è il compromesso, la soluzione media, quella che si pone al centro e rende la circostanza amara perché sa di rinuncia e forse anche di ingiusto epilogo; e la sua differenza non può essere neanche un altro conflitto, quale quello che si genera in un'aula di tribunale dove attraverso lo strumento della legge si schierano le parti sulla linea di confine pronte per lo scontro "civile". E' chiaro che il processo sarà sempre necessario e una società priva di un apparato giurisdizionale sarebbe una società (prima di tutto utopica ma soprattutto) poco civile; ed è chiaro anche che l'etica da sola non possa bastare, ma da qui a capovolgere completamente il ragionamento c'è proprio un *gap* nel modo di concepire un sistema sociale funzionante (e relazionalmente vero), che non si può non provare a riempire.

Recebido em: 2/12/2013

Aceito em: 14/1/2014