

Il profilo specifico di intervento che mi è stato assegnato — mi è stato confermato essere io l'unico magistrato invitato a parlare in questa sede sicché mi corre l'obbligo di dare un taglio strettamente attinente alla mia professionalità — è quello relativo al segmento temporale dell'avvio alla mediazione delegata, la fase a monte senza la quale non vi sarebbe questo tipo di mediazione. È un segmento contenutistico dunque che, da un lato è indeffettibile e prodromico, oltre che strettamente collegato alla mediazione, ma, dall'altro, è anche del tutto separato dalla mediazione in sé perché processo e mediazione nascono e si consumano in luoghi anche ontologici del tutto autonomi. Il giudice non entra nella sala della mediazione (per quanto dovrebbe, anche solo come semplice osservatore, perché potrebbe meglio rendersi conto delle dinamiche interpersonali che si agitano durante una sessione di mediazione) e il mediatore non entra nell'aula di giustizia, sicché giudice e mediatore sono destinati a non conoscersi mai non avendo necessità di farlo ai stretti fini dell'esperimento del tentativo; e questa separazione fisica è sicuramente sintomatica di una separazione concettuale.

Tale separatezza tuttavia **non significa che il giudice e il mediatore non si possano parlare**, non materialmente, ovviamente, ma attraverso i loro atti, vale a dire: il provvedimento di avvio, da un lato, per il giudice, e il verbale di mediazione, dall'altro, per il mediatore. Anzi, ritengo che il dialogo, la sinergia dialogica, debba ritenersi essenziale per la reciproca mutualità dell'istituto e l'assonanza di intenti tra giudice e mediatore (entrambi i soggetti infatti tendono al raggiungimento del medesimo obiettivo anche se sotto una diversa ottica, vale a dire la composizione della lite) sicché la reciproca collaborazione è senz'altro funzionale e auspicabile potendo contribuire ad accrescere il successo dell'esperimento.

Perché però i piani di reciproca operatività — l'attività del giudice confluisce in quella del mediatore, quella del mediatore è restitutoria del proprio apporto nei confronti del giudice — restino di ausilio simbiotico senza creare sovrapposizioni e indebite interferenze, deve allora ritenersi che **il giudice non debba:**

- riportare nel provvedimento di avvio ciò che il mediatore deve fare; indicare per esempio i profili di svolgimento materiale della mediazione diversi da quelli che non sono propri della mediazione delegata stessa;
- dire al mediatore quale debba essere il contenuto concreto della mediazione creando vincoli di operatività al di fuori di mere prospettazioni definitive di massima.

Ciò non sarebbe consentibile e, a sua volta, non sarebbe neppure etico per il giudice, prima ancora che erroneo dal punto di vista del diritto.

Ma vista l'innegabile funzione strumentale, direi quasi servente, che la mediazione (deman- data) ha nei confronti del processo, il giudice, a mio avviso, **deve rendere noto al media- tore**, palesargli, **il significato processualcivilistico che l'esperimento riveste**, e lo deve fare 'passando' al mediatore, attraverso il provvedimento di avvio, se lo ritiene ed è in grado di poterlo assicurare, il proprio contributo conoscitivo del processo e finanche la sua prospettiva di definibilità della lite. Il mediatore certamente non è vincolato dalla bozza (non lo può e non lo deve essere) ma **deve tenerne conto non solo per doverne rendere edotte le parti**, ma anche per prenderne consapevolmente le distanze operando magari diversamente nella piena libertà di gestione del proprio incarico o anche solo per 'ripensarla' o 'reinterpretarla' a sua volta, alla luce di ciò che le parti duranno durante le sessioni di mediazione.

Il provvedimento di avvio alla mediazione diventa pertanto rilevante sotto il profilo comportamentale del mediatore, e dunque sotto il profilo etico, in quanto è il giudice, quale sotteso interlocutore esterno, che indica, in qualità di titolare della causa, quello che secondo il suo punto di vista è importante per la lite e dunque non ai fini della mediazione in sé, ma ai fini del significato processuale che la mediazione assumerà nel procedimento nel cui ambito nasce (e muore) la mediazione delegata.

La mediazione delegata dunque **non** può essere vissuta dal mediatore (ma anche dalle parti e dai relativi difensori) come qualcosa di completamente **avulso dal contesto processuale**, ma è uno strumento, appunto, processuale tout court, ancorché delegato dal giudice e ciò che il giudice 'reca' al mediatore in fatto di conoscenza del processo e di rilevanza processuale della mediazione deve entrare o dovrebbe far parte del comportamento etico del mediatore. Se è vero infatti che, in caso di esito positivo, la mediazione in qualche modo segna la fine del processo, in caso di esito negativo diventa invece una mera parentesi processualmente incidente anche in sede di **valutazione**, da parte del giudicante, **del regime delle spese** (da addossare in tutto o in parte a uno dei litiganti riottosi, per tacere delle sanzioni previste dalla legge) in considerazione del comportamento tenuto davanti al mediatore in rapporto al progetto di definibilità prospettato nel provvedimento di avvio.

Ma cosa può allora contenere il provvedimento di avvio, senza che possa costituire superamento della competenza del giudice demandante?

- sicuramente il **richiamo all'effettività della mediazione**, che secondo la giurisprudenza sempre più consolidata (di merito) che si sta formando sul punto, non si può arrestare all'*incontro informativo* ma deve essere concreto e reale; **devono infatti essere poste le condizioni di fatto per poter iniziare il dialogo tra le par-**

ti e non esserci un rifiuto a priori di una di esse; non è ammissibile, ed è corretto che il giudice lo rimarchi nel proprio provvedimento, che possa trovare tutela un irreversibile (quanto inesistente) diritto potestativo di una delle parti di non accedere alla mediazione e quindi di poterla sabotare, a prescindere; la mediazione è prevista dalla legge perché sia esperita in modo da costituire un'alternativa al processo e non perché si risolva in un obbligo delle parti di fare una mera visita al mediatore;

- la necessità che la mediazione si svolga alla **presenza delle parti assistite dai rispettivi difensori**, non ammettendosi, se non in casi eccezionali, l'assenza della parte persona fisica mentre il rappresentante della persona giuridica deve avere il potere di disporre del diritto controverso; la presenza della persona fisica è indispensabile perché è quella che è titolare della domanda di giustizia, quella che può (e deve) dire l'ultima parola sulla lite in corso;
- l'invito al mediatore a formulare, nei termini previsti dal regolamento dell'organismo, una **proposta effettiva di accordo** onde rendere concreto (e serio) il tentativo costringendo cioè le parti a **prendere posizione motivata** in merito a un'offerta definitiva;
- la possibilità di **utilizzo** (da parte del giudice) **dell'articolo 116 cod. proc. civ.**, a carico della parte convocata che non partecipi senza giustificato motivo al procedimento di mediazione;
- la possibilità che il giudice esponga (nei limiti di non vincolatività per il mediatore di cui più sopra si è detto) una bozza progettuale di definizione della lite **mettendo a fuoco i profili di diritto** che non sono magari noti al mediatore e che, pur essendo tali profili a monte della mediazione, rappresentano pur sempre i parametri con cui le parti, in caso di fallimento del tentativo, dovranno ulteriormente confrontarsi.

Tutti questi elementi — che sono presenti, ripeto, solo nella mediazione delegata e non anche in quella obbligatoria — elementi che vanno ricondotti alla mutua collaborazione tra giudice e mediatore, devono a mio avviso, entrare a buon diritto a far parte della condotta etica del mediatore medesimo che, come soggetto demandato, ha il dovere quantomeno morale — per la buona riuscita della mediazione delegata — di ascoltare il giudice che gli 'parla' attraverso il provvedimento di avvio.

Firenze, 21 gennaio 2017

Maurizio Barbarisi