

OCF
Organismo di Conciliazione di Firenze

Firenze, 20 gennaio 2017

Giudizio e ADR: evoluzione di un rapporto

(Aldo Bulgarelli)

Il mio compito oggi è quello di inaugurare la serie degli interventi, rompendo il ghiaccio, magari proponendo, un po' a ruota (quasi) libera, alcuni spunti di riflessione per i lavori, a mo' di introduzione generale.

Si è adusi a dire che unico strumento alternativo per la risoluzione delle controversie (ADR, appunto, come ormai inevitabile anglicismo) è stato per lungo tempo il solo **arbitrato**; e che la **mediazione** solo di recente si sarebbe aggiunta come ADR.

Il primo caso embrionale di mediazione conciliativa in Italia si fa risalire al "nuovo" processo del lavoro del 1973; anche se sappiamo che quei (per lo più inutili) tentativi di conciliazione erano cosa ben diversa dalla mediazione come la si concepisce oggi.

Ebbene, se questo può essere vero a livello legislativo italiano, non lo è in generale, per il resto del mondo.

L'istituto della mediazione vanta anch'esso, al pari dell'arbitrato, origini antichissime.

Se il primo arbitrato tradizionalmente è quello, di carattere estetico, da parte di Paride (all'epoca, ancora non riconosciuto dal padre Priamo e di professione pulcherrimo pastore sul Monte Ida frigio, nella Troade) sulla più bella fra Venere, Giunone e Minerva, la mediazione a fini conciliativi si fa risalire ai **commercianti fenici**, e probabilmente all'**impero babilonese**.

In quanto procedimento caratterizzato dall'intervento di un terzo imparziale, passabilmente **saggio** (e la **saggezza**, che significa anche e soprattutto **indipendenza** e **trasparenza**, deve rimanere ancor oggi un elemento essenziale per il buon mediatore: ecco già una prima regola deontologica alle origini primordiali dell'istituto), quale era ritenuto l'anziano del villaggio o il capo tribù, l'origine è probabilmente ancora più antica, e risale alla notte dei tempi.

L'**arte** (non è infatti un mestiere qualsiasi, e non per tutti: va appreso da chi ha le qualità per farlo, e va affinato nel tempo) della mediazione è quindi antichissima, ed era già a suo tempo diffusa in tutto il mondo, "*sub specie qua*" globalizzato "*ante litteram*": appartiene infatti con sicurezza fin dalle origini alle culture sia del **confucianesimo** che dell'**induismo**.

E comunque i **greci** e i **romani** conoscevano sicuramente la figura del mediatore.

I primi parlavano del **prosseneta** (ο προξενητής).

I secondi avevano tutta una serie di figure assimilabili al mediatore moderno, e che è interessante riportare:

***Internuncius,
intercessor,
philantropus,
interpolator,
conciliator,
interlocutor,
interpres,
mediator.***

La molteplicità della terminologia latina è impressionante per quanto rivela, e quasi riesce a rendere in modo plastico, già in epoca romana alcuni **aspetti peculiari del mediatore** rispetto all'arbitro: il mediatore infatti ha il compito di **interpretare** (*interpres*) al meglio la volontà delle parti, **dialogando** con le stesse e **frapponendosi fra di esse** per ben comprenderle e facilitando il dialogo fra di esse (*interlocutor*), **traducendo le posizioni reciproche in modo da renderle più comprensibili**, assimilabili e omogenee (*interpolator*), per **annunciare all'una le intenzioni e le idee dell'altra** (*internuncius*), facendosene quasi **garante e ambasciatore** presso l'altra (*intercessor*), tanto da diventare nel corso del procedimento quasi un **amico di entrambe** (*philantropus*) e arrivare quindi a **conciliarle** (*conciliator*).

In effetti il ruolo principale del mediatore è quello di **facilitare la discussione fra le parti**, una sorta di **catalizzatore** di quella misteriosa reazione chimica (dalla formula apparentemente astrusa, che spetta al mediatore di individuare), la quale però, una volta scoperta, porta quasi magicamente alla soluzione della controversia.

Il bravo mediatore **sa ben parlare** ma soprattutto **sa ben ascoltare**, coglie i messaggi anche non verbali e gli altri segni delle parti (il cd "linguaggio del corpo"), esalta i momenti di convergenza e sa glissare e superare i momenti di tensione: è, in altre parole, anche un po' psicologo.

La mediazione è un **procedimento dinamico e interattivo** dove il ruolo del mediatore appunto interagisce di continuo con le parti, suscitando e non imponendo soluzioni, e che soprattutto **tende al mantenimento e alla ricostruzione del rapporto** fra le parti, sia pure nei nuovi termini risultanti dall'accordo di mediazione.

Come ci dice la seconda parte del 6° "considerando" della Direttiva 2008/52, "*gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti.*"

Tutti questi pregi avrebbero dovuto in teoria favorire grandemente fin da subito la diffusione della cultura della mediazione.

E questo lentamente sta accadendo, anche se ci sono stati molto **scetticismo** e molte **resistenze**, soprattutto da parte dell'avvocatura.

Da dove derivano questo **scetticismo** e questa **resistenza**?

In parte la responsabilità è dell'approccio da parte del legislatore italiano del 2010, che inizialmente aveva visto la mediazione come qualcosa di **alternativo** non solo al giudizio civile, ma addirittura anche **all'avvocatura** stessa.

Non solo: diversamente dalle "istruzioni per l'uso" contenute nella Direttiva 2008/52, alla quale la legge del 2010 aveva detto di ispirarsi, tale nostra legge aveva concepito la mediazione come uno **strumento di mera deflazione del carico dei lavoro dei tribunali** e non come un mezzo da utilizzare **nell'interesse delle parti**, per facilitarne l'accesso alla giustizia (come invece era concepito a livello europeo)

Una sorta di "**aberratio ictus**" delle finalità della mediazione.

Mentre il legislatore europeo invitava gli Stati membri a garantire un' "**equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario**" (art. 1, comma 1 della Direttiva 2008/52), lo Stato italiano ha colto la palla al balzo sperando di trovare nella mediazione quell'uovo di Colombo da tempo vagheggiato da ogni Ministro della Giustizia per alleggerire il fardello immane della giustizia civile.

Quest'ultimo atteggiamento permane, non solo nel legislatore, ma anche in molti giudici.

Per cui le parti che non raggiungono un accordo in sede di mediazione vanno in qualche modo sanzionate e punite.

Il che sarebbe abbastanza assurdo se si pensa alla mediazione come strumento per facilitare l'accordo spontaneo fra le parti; ma è del tutto coerente con l'"**aberratio ictus**" di uno Stato che vede nella mediazione solo un argine per contenere la deriva di un' ingovernabile giustizia civile.

Nel 2013, come sappiamo, il ruolo dell'avvocatura nella mediazione è stato rivalutato, a livello legislativo.

Ma solo recentemente, al Congresso Nazionale Forense di Rimini, si può dire che l'atteggiamento dell'avvocatura istituzionale sia mutato e sia più propenso a riconoscere il ruolo positivo della mediazione.

Il problema degli avvocati italiani che vedono la mediazione in chiave negativa è legato probabilmente anche al lato economico: la mediazione, in quanto strumento istituzionalmente meno costoso, limita in modo considerevole le aspettative di guadagno che possono derivare al professionista forense da una controversia.

Questo però è per così dire una caratteristica "genetica" della mediazione.

La quale, per quanto riguarda almeno l'UE, risulta già dalla **Direttiva 2008/52** sulla mediazione (nel 6° "considerando", nella mediazione si apprezzano **convenienza e rapidità**).

La connaturale, e necessaria, "economicità" della mediazione è molta ben chiara, e anzi è accentuata, nel **Regolamento 524 del 2013** sulla risoluzione delle controversie online dei consumatori [la cd "**Online Dispute Resolution**" (**ODR**)], laddove, al 4° "considerando" si invocano mezzi di risoluzione delle controversie "**facili, efficaci, rapidi e a basso costo**".

E', questa del risparmio a tutti i costi nell'accesso alla giustizia, una tendenza ormai comune a molti paesi europei, senza distinzione fra paesi di "common law" e di "civil law".

Quanto al nostro paese, già da tempo (in particolare, a partire dal momento dell'abrogazione dei minimi tariffari da parte del famigerato "decreto Bersani" del 2006) gli avvocati devono rassegnarsi a **lavorare di più e a guadagnare di meno**.

Si deve prendere atto di questa realtà, e cercare di fare di necessità virtù, senza "demonizzare" inutilmente uno strumento utile e da coltivare come la mediazione.

Anche perché il legislatore non ci mette nulla a ritornare ai vecchi amori (vedi legge del 2010), ed eliminare ancora una volta la presenza del difensore in fase di mediazione.

*

Tornando al **rapporto fra giudizio e mediazione** (che, lo si è sopra ricordato, secondo il legislatore europeo, dev'essere "equilibrato"), in Italia non può certo dirsi statico, ma è in continua evoluzione.

Attualmente si può parlare di un **rapporto di interscambio**, grazie per esempio anche alla **mediazione demandata**, dove è il giudice che sente l'esigenza di rinviare le parti davanti ad un mediatore.

Alcuni giudici hanno sentito il bisogno di **integrare** quelle che a loro modo di vedere sono **lacune legislative**, integrando il rinvio al mediatore con alcune prescrizioni; ovviamente sempre ispirandosi a quella concezione della mediazione, di cui si è fatto cenno prima, come strumento da utilizzare **nell'interesse dello Stato** e non nell'interesse delle parti.

Per esempio, il **Tribunale di Vasto**, con ordinanza del 23 giugno 2015, ha disposto:

-l'utilizzo di centri di mediazione il cui regolamento non contenga clausole limitative della facoltà del mediatore di formulare una proposta conciliativa anche senza l'accordo delle parti;

- l'obbligo del mediatore di formulare comunque un'ipotesi di mediazione;

- l'obbligo delle parti di presenziare personalmente alla mediazione;

- l'obbligo del mediatore di verbalizzare i motivi addotti dalle parti assenti per giustificare la loro assenza;

- l'obbligo della parte assente di produrre in giudizio ogni documentazione rilevante circa i motivi di non comparizione;

- l'invito alle parti a produrre i verbali degli incontri di mediazione;

- l'invito alle parti di comunicare l'esito della procedura di mediazione con nota, da depositare in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza successiva.

Si può essere o meno d'accordo con il contenuto di tale ordinanza, ma la stessa comunque dimostra come il processo civile interagisca a fondo con l'istituto della mediazione, visto

ormai come strumento necessario per integrare l'armamento a disposizione del giudice per arrivare a risolvere la controversia anche a prescindere dalla classica decisione giudiziale.

E' interessante anche la recente sentenza del **Tribunale di Roma** del 28 aprile 2016.

Il punto centrale di tale decisione è la convinzione del giudice, da un lato, che nel caso di specie una buona mediazione avrebbe evitato la lite (di natura ereditaria); dall'altro, che le parti, in sede di mediazione demandata, non avevano inteso darvi corso se non in modo apparente.

Senza entrare nel merito delle singole parti della decisione, molto articolata, si nota che, per un verso, il giudice ha ritenuto **essenziale il ruolo della mediazione**, addirittura lamentando che la stessa non fosse intervenuta prima; per altro verso, che il giudice aveva ben precise **aspettative dalla mediazione da lui demandata**, e che è stato lungi dal considerarla una mera formalità.

Dobbiamo attenderci molte ordinanze e sentenze sulla scia di quelle qui sommariamente richiamate.

A dimostrazione che l'istituto della mediazione sta giocando un ruolo chiave nella **dinamica processuale civilistica** del nostro paese.

*

Diventa quindi molto rilevante preoccuparci, grazie alla lungimiranza di Carlo Mastellone (famoso nel mondo, o almeno nel mondo dell'UIA - l'"*Union International des Avocats*" - per le sue folgoranti intuizioni, che regolarmente anticipano problemi futuri) di un **nuovo e aggiornato codice etico europeo della mediazione**.

L'esigenza di mettere in piedi un cantiere per ripensare e aggiornare un **codice etico europeo**, possibilmente unitario e non solo armonizzato, **anche sulla mediazione**, è comune a Carlo Mastellone e alla Commissione dell'Unione Europea.

La Direttiva 2006/123 CE, relativa ai servizi nel mercato interno, del 12 dicembre 2006 (la cd Direttiva "Bolkenstein") pone infatti dei ben precisi paletti in materia.

L'art. 37 della Direttiva "Bolkenstein" (e gli articoli 114 e 115 dei suoi correlativi "considerando") invita gli Stati membri ad elaborare **codici di condotta a livello comunitario**, almeno a livello di **regole di condotta minime**, accessibili a distanza per via elettronica, specialmente **da parte di ordini**, organismi e associazioni **professionali** (tali codici sono intesi ad agevolare la prestazione transfrontaliera di servizi o lo stabilimento di un prestatore in un altro Stato membro).

Se poniamo mente ai soggetti coinvolti (avvocati come difensori, avvocati come mediatori, organismi di mediazione) vediamo che la responsabilità di trovare una soluzione al nuovo codice etico anche sulla mediazione appartiene sicuramente **agli avvocati**.

Il che del resto è detto espressamente anche dalla Direttiva.

Ma non si tratta solo di **responsabilità**.

Si tratta anche di **interesse** precipuo della classe forense.

Perché è chiaro che, se non provvede l'avvocatura, provvede qualcun altro.

Se gli avvocati se ne disinteressano, ci penseranno gli Stati nazionali, a modo loro.

I quali, come pure si è prima accennato, già adesso considerano sempre di più la difesa come un costo, da ridurre il più possibile (vedi quanto sta accadendo in Inghilterra, con l'aumento a 5.000 sterline degli "**small claims**" – che possono svolgersi in assenza di difensore – in caso di lesioni personali).

Quanto ai punti del **contenuto** del codice etico europeo sulla mediazione da ripensare e sui quali intervenire, e alla **metodologia** per arrivarci, li lascio naturalmente al prosieguo del convegno odierno.

Posso solo anticipare che non si tratta di compito semplice, perché si tratta di intervenire in ordinamenti giuridici di tradizione diversissima tra loro.

Dal 2007 al 2010 le avvocature italiana, francese e spagnola, pur accomunate da tradizioni giuridiche latine non molto dissimili fra loro, hanno invano cercato (sempre sulla spinta della c.d. "Bolkenstein"), a livello dei rispettivi consigli nazionali (CNF per l'Italia, Consejo General de la Abogacia per la Spagna, Conseil National des Barreaux per la Francia) di formulare un **codice deontologico comune**: alla fine del lavoro preparatorio triennale, si è riusciti a individuare solo alcune, poche, regole deontologiche veramente comuni fra le tre avvocature considerate (chiamate regole "verdi"): vi erano poi principi deontologici piuttosto diversi (chiamate regole "grigie", nonché altre regole diametralmente opposte (chiamate regole "nere").

*

Mi si lasci solo avanzare un suggerimento: cerchiamo di includere nel ripensamento e nella preparazione del nuovo codice etico anche la valutazione della **mediazione online**.

Già adesso la mediazione può svolgersi completamente online, senza presenza fisica né di parti né di difensori.

Il mediatore è ancora pur sempre in carne ed ossa.

Così come in carne ed ossa sono le parti che tale procedimento online attivano.

Siamo tutti d'accordo che si tratta di una mediazione "denaturata" (o meglio ancora "snaturata"), perché il contatto umano, anche visivo, ci pare essenziale per consentire il pieno sviluppo delle grandi potenzialità dell'istituto, potenzialità che esigono inderogabilmente l'apporto dell'elemento della fisicità delle parti e del mediatore.

Ma tant'è: il nostri disaccordo, e convinto disappunto, non vale da solo ad eliminare il fenomeno, che è in crescita a livello mondiale anche perché è stato individuato come notevole fonte di business.

*

Aspettiamoci in un prossimo futuro (anzi, se non erro già esiste negli Stati Uniti e in Australia) addirittura la **mediazione fatta da un computer/robot**, nell'ambito di una "piattaforma" interamente digitalizzata.

In tal caso le uniche parti in carne ed ossa saranno l'attore ed il convenuto, i quali attiveranno (l'uno) in via telematica il procedimento mediatorio e accetteranno (l'altro), sempre in via telematica, lo svolgimento dello stesso: ma siffatto procedimento sarà **interamente gestito e risolto da un'entità non umana**.

Si intuisce che i problemi deontologici che si pongono in tal caso sono estremamente rilevanti.

*

Vista la smania di "*spending review*", soprattutto in tema di giustizia, dei vari governi nazionali, aspettiamoci un loro grande interesse per il fenomeno, e la fortissima tentazione di utilizzare tale metodologia, nata a livello di mediazione, anche per la **giustizia online**: resa, sulla base di una sana serie di algoritmi, da un **giudice/robot**, magari inizialmente solo per gli "*small claims*", poi chissà!

Questa nuova forma di giustizia sarà resa da giudici/robot, molto meno cari di un giudice umano.

Nel qual caso i problemi etici per quanto riguarda il **mediatore robot** non sono più tanto facili da risolvere.

Come è facile immaginare.

*

Buon lavoro!