

MARIA MARTELLO

Il Giudice civile di fronte alla mediazione. La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna¹

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Ciò che non abbiamo. - 3. Ciò che potrebbe occorrere. - 4. Le relazioni 'liquide' nella società della rissa. - 5. Le polarità dell'etica: squilibri tra: norma e persona. - 6. Dal conflitto al contenzioso. - 7. Un'idea nuova di conflitto: concetti oltre i preconcetti. - 8. Un orizzonte di senso: tra diritto e mediazione. - 9. Un giudice ed un avvocato di nuova generazione. - 10. Una giustizia anche senza la toga. - 11. Una via 'altra': la mediazione. - 12. Gli indirizzi del Legislatore. - 13. La filosofia è il rimedi. - 14. Il senso oltre il setting. - 15. La mediazione secondo il modello umanistico-filosofico. - 16. Gli effetti molteplici che consente. - 17. Quanta est nobis via?

PREMESSA

Cosa può fare, o meglio come deve essere il mediatore per meritare la fiducia accordatagli dal legislatore e dal giudice inviante?

Come il giudice inviante può salvaguardare la propria dignità di magistrato a cui il cittadino si rivolge e che lui invia al mediatore?

Queste solo alcune delle legittime domande che sorgono dalla giovane introduzione della mediazione, modalità che è innovativa se va in una direzione altra rispetto a quella a cui siamo stati formati. Certamente rappresenta un volano di cambiamento ma implica uno sforzo molto significativo per tutti. Non possiamo prevedere che si affermi subito e bene, ma nel tempo e con progressivi aggiustamenti in itinere. Purché di vigili nel fare i passi nella direzione giusta.

Possiamo ammettere che ancora è l'isola che non c'è.

Può tornare molto utile alla magistratura ma per radicarla occorre un impegno sinergico. Spesso in passato il giudice ha dovuto darsi carico di supplire carenze, ancora una volta, in questo

¹ Testo della relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura, Firenze-Scandicci. I temi della presente relazione traggono spunto dal volume "La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni", Utet giuridica, Torino, 2014

ambito, gli viene richiesto: oggi urge un suo ruolo **di promotore di innovazione culturale!**

In questo senso mi permetto di suggerire l'utilità di andare oltre il dovere di applicare la norma e coordinarne le prassi, giusto, doveroso ma insufficiente. Di andare oltre i confini del compito affidato al giudice e di darsi il diritto e il dovere di governare il cambiamento potenziale. Di non lasciarsi tentare dal miraggio di liberarsi temporaneamente di un fascicolo ma di esigere, con interventi legittimi ma creativi, cura migliorativa degli interventi legislativi e attuativi. In questo modo il giudice promuove la ricerca di modalità rispondenti ai bisogni emergenti della società e per questo realmente deflative.

Nessuno più dei giudici può sapere quanto sia difficile condurre a ragionevolezza le parti nel conflitto. Ne consegue che un tentativo può e debba essere fatto, ma è necessario disporre di una via nuova, forte e competente. Di natura 'altra' rispetto a quella già offerta. La mediazione può rappresentare una soluzione, ma a precise condizioni.

Il decreto attuativo (d.m. 18 ottobre 2010, n. 180) della mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) contiene una disposizione che può stravolgerne il senso: per avere accesso alla funzione di mediatore il legislatore ha fissato un numero di ore di formazione del tutto irrisorio: solo cinquanta!

Con queste premesse la mediazione rischia inesorabilmente di scivolare verso una sorte di 'giustizia minore', una pratica giudiziaria di risulta, che ne svuoterebbe e contraddirebbe il valore ed il significato.

Come purtroppo spesso accade in Italia, una riforma di grandi potenzialità rischia di impoverirsi e di impantanarsi prima ancora di decollare. Pesano qui la faciloneria, il pressapochismo, ma anche equivoci e confusione culturale. Questa strada sbagliata poteva essere evitata e può ancora essere bloccata: si può andare in altra direzione.

Non si può che concordare con Karl Kraus, che nelle sue sferzanti critiche alla cultura ed alla società austriaca dei primi decenni del novecento, osservò che *“Quando il sole della cultura è basso all'orizzonte, anche i nani proiettano lunghe ombre”*.

In questo contesto di disarmante carenza culturale, chi se non il giudice può assumere una veste fondamentale nell'esigere, richiedere e verificare la serietà delle prassi che –è auspicabile- si consolidino in tema di mediazione?

Il giudice, con l'autorevolezza del suo ruolo, può affidare la parti, e la loro contesa, all'opera di un mediatore, ma a chi rimette i conffiggenti, in sostanza? Quali sono oggi i mediatori ben formati ed all'altezza del loro compito?

La mediazione efficace è un'attività che presuppone un alto impegno professionale e culturale. E' una via che poggia su precise e rigorose motivazioni: essa deve essere pensata e praticata come una *giustizia di prossimità*, una *giustizia che non giudica*.

Si tratta di un'attività raffinata con proprie regole e propri percorsi che può essere sostenuta con convinzione e praticata con efficacia solo da chi sa pensare alla società senza l'ossessione della competitività, da chi comprende che non è indispensabile risolvere sempre le controversie percorrendo le vie giudiziarie, con un vincitore, da chi sa sfuggire dalla logica *win – lose* e ritiene possibile optare per la prospettiva *win – win*.

Chi pratica professionalmente la mediazione –ecco la questione essenziale- deve avere interiorizzato l'urgenza di un 'nuovo umanesimo'.

E' del tutto evidente che l'operatore di questa attività professionale, il mediatore, non può essere formato in qualche frettoloso corso di addestramento, con poche decine di ore di aula. Ha bisogno di molta formazione, ancor prima che di informazione

E' imprescindibile l'interiorizzazione di un complesso ed impegnativo approccio culturale attraverso un rigoroso percorso nel quale si alternino teoria ed esperienza sul campo.

Un vero e competente mediatore deve afferrare la complessità del conflitto, essere sempre in grado di indagare sulle circostanze che lo hanno generato, fare un costante esercizio di razionalità critica.

A monte deve possedere un robusto e profondo approccio filosofico – umanistico.

1. CIO' CHE NON ABBIAMO

Abbiamo bisogno, come cittadini ed anche come studiosi della materia, che **l'Onorevole Ministro della giustizia diventi anche il Ministro della mediazione dei conflitti**.

Infatti, fino ad ora alle A.D.R è stata riservata un'attenzione quasi residuale. Marginale.

Ne è seguito un dibattito deludente ed hanno prevalso logiche mercantili: l'offerta dei servizi di mediazione quale *business*.

Poco si è fatto per garantirne la qualità, per stabilire i vincoli cui deve attenersi un mediatore per assicurare gli effetti che, sulla carta, si vorrebbero raggiungere: migliorare il servizio giustizia offrendo al cittadino la possibilità di uscire, o meglio, non entrare nel circuito del processo ed investire nella ricerca di soluzioni al contenzioso riposte sulla trasformazione delle condizioni che lo hanno generato.

Mi pare, che –piuttosto- ci si sia limitati a dire nella sostanza: “non abbiamo posto nei tribunali, andate altrove. Non possiamo sapere da chi e come, l'importante è che dopo essere stati lì, non torniate da noi, abbiamo già altro di cui occuparci”.

Come se ci fossero dei contenziosi che hanno il diritto di ricevere l'attenzione del giudice, e altri non ne abbiano la dignità, pertanto vadano esitati in qualche modo per lasciare spazio agli altri.

Ma ogni contenzioso, più che secondo una graduatoria asettica, deve essere riconosciuto per il peso che rappresenta per chi lo vive, e questo non può essere stabilito *a priori*.

Formulare sterili quanto formali tassonomie rischia di essere contraddetto dai fatti.

Una variabile assai delicata del comportamento, un *quid* ‘misterioso’ che attiene al fattore umano, centrale nel conflitto, conferisce spesso alla controversia tratti di spiccata irrazionalità: è davanti agli occhi di tutti la frequente prevalenza dell'irrazionalità su ogni logica giuridica ed economica!

La collera, le offese, il risentimento, in una parola i sentimenti, il mal-essere, il dolore che ne consegue, rappresentano, infatti, gli elementi che determinano nel conflitto i tratti che lo caratterizzano influenzando, come si è detto, sulle stesse *chances* di composizione del contrasto.

I configgenti si rivolgono all'avvocato, che trasforma questi stati d'animo in atti giudiziari, dando loro, quindi, la dignità di ragioni onorevoli, socialmente accettabili ed, apparentemente, depurate dalle intenzioni meschine e violente che generano ed alimentano le liti.

Inizia l'ipocrisia di azioni oggettive solo nella forma, così come permesse dai riti e dalle procedure giudiziarie. Si intasa l'amministrazione della giustizia ed intanto peggiora la vita delle persone che si fanno risucchiare le migliori energie nel ‘combattere’, ‘con tutte le armi’ l'altro, seppur nella forma sublimata della ritualità processuale dei vari gradi di giudizio.

Il motore di questo comportamento è la voglia di sopraffare, di distruggere che mai si sazia, che anzi si nutre di se stessa: della eccitazione che la lotta dà, della speranza che prima o poi si vincerà, che si troverà qualcuno, un *giudice non corrotto, un collegio giudicante che legge le carte*, un ‘giudice a Berlino’, che riconoscerà l'agognata ragione.

L'altro, che intanto è diventato sempre più ostile, e sempre più nemico da abbattere, non potrà che vedersi attribuire l'ovvio torto!

A questo altare si immolano tutte le migliori energie, sparando le ‘proprie cartucce’, di fatto ci si avviluppa in investimenti –patrimoniali e non- insani per la propria vita.

La conduzione e la interpretazione del conflitto in funzione dei soli parametri giuridici ed economici, è destinata a lasciare in ombra realtà che sfuggono a spiegazioni razionali. Queste non

possono di certo essere fermate da logiche solo conciliative, paragiurisdizionali. come spesso sono definite, prevalentemente negoziali.

Queste vie, se non potenziate da una visione più ampia e quindi dalla scienza dell'uomo, vedrebbero vanificato il loro pur lodevole sforzo dagli scarsi risultati, rendendo inutile così lo stesso obiettivo deflattivo per cui tornano in auge!

La negoziazione si svolge, di regola, fra due soggetti che hanno un obiettivo comune, tipicamente la stipulazione di un contratto, e la contrapposizione concerne le sole condizioni economiche. Antecedentemente alla diffusione della produzione di serie e della grande distribuzione commerciale non vi era, praticamente, rapporto che non fosse oggetto di trattativa. Oggi è relegata ad ambiti marginali, un'eccezione e non più la regola. Forse non è fuori luogo affermare che si è persa un'attitudine, fors'anche una capacità, un'abilità che a lungo ha fatto parte della comune cultura. Una 'cultura' che trova estrinsecazioni diverse in differenti contesti: non v'è chi non abbia esperienza della innata capacità negoziale dei venditori ambulanti dei Paesi dell'Africa, specie mediterranea, che propongono in vendita oggetti d'ogni tipo nelle nostre strade, a molti è capitato altresì di constatare come, in quei Paesi, anche i bambini che offrono souvenir ai turisti siano 'negoziatori nati'.

Sono proprio queste –minimali- esperienze a mostrare come il negoziato abbia i suoi riti, i suoi ritmi, i suoi tempi, che non differiscono in funzione dell'oggetto e del valore.

Possiamo oggi recuperarne la padronanza fino anche a renderla una vera e propria professione, può costituire una risorsa in una precisa fase della mediazione quindi può essere considerata come un aspetto della articolata professionalità del mediatore, purché non il prevalente, né tantomeno l'unico. La mediazione e la negoziazione sono istituti che certamente hanno taluni tratti in comune, ma natura e finalità ben diverse. Non sono assimilabili.

Come bene rileva Paola Lucarelli, professore ordinario di diritto commerciale: *“l'accordo è sano e longevo solo se il confronto è entrato nelle ragioni del conflitto, ha sostato nel diritto, ha percorso tutti gli interessi, ed è infine approdato alle volontà libere e consapevoli delle parti, indossando, fra l'altro, il miglior vestito giuridico possibile”*.

Le motivazioni personali, estranee al giudizio ordinario che, per definizione, si incentra sull'analisi dei fatti, sono la leva su cui agisce la mediazione efficace. Ciò che è un limite per il giudice e per l'avvocato, vale a dire l'intero mondo emotivo che le parti portano con sé, deve pertanto trovare spazio di espressione e rielaborazione al fine di far emergere le sole procedure e norme giuridiche. Le pulsioni emotive che rappresentano 'scorie' inutili per il processo, al quale

devono restare ben estranee; sono la pietra scartata che nella mediazione diventa, invece, testata d'angolo.

Temo che le potenziali novità di questo istituto giuridico, da poco inserito nel nostro ordinamento, vengano svuotate e svilite da una mediocre pratica attuativa. Questo timore sembra avvalorato anche dalle ultime statistiche del Ministero della giustizia che ben evidenziano il diverso tasso di successo delle mediazioni a seconda del tipo di organismo che le eroga.

2. CIO' CHE POTREBBE OCCORRERE

Sono da auspicare corposi e ponderati interventi legislativi in materia di risoluzione alternativa delle controversie, in assenza di questi, anche alla luce di quanto avvenuto nello scorso triennio, è reale il rischio di compromettere la certezza del diritto e di ridurre la mediazione ad una riproposizione dell'istituto della conciliazione già sperimentato, senza lusinghieri effetti, neppure sul piano quantitativo, ad un improbabile esperimento meramente negoziale che ha possibilità di successo dove sostanzialmente è inutile, vale a dire in quelle questioni bagatellari che fisiologicamente si chiudono, che si instaurano con già la prospettiva di essere presto ritirate.

Tutto ciò che toglie linfa al contenzioso è ben auspicabile, certo, resta da chiedersi se quello che si sta accreditando oggi lo sia. Se si può fare di più e meglio. Se si possano offrire modalità più complesse, articolate, rigorose concettualmente e per questo più efficaci. Se si avrebbero effetti maggiori guardando il problema anche a monte, iniziando dalla formazione curriculare delle nuove generazioni e rinforzando le loro competenze relazionali e di gestione dei conflitti perché non esplodano oltre il tasso comunque fisiologico.

Credo che abbiamo bisogno di modelli operativi forti e di nuova generazione, io propongo il modello umanistico-filosofico, altrimenti si coinvolge la magistratura in un istituto minore, banale ed anche inefficace, si attrae la società in un miraggio che mostra la sua insignificanza: un *ballon d'essai*, destinato a far discutere lo spazio di un mattino, per essere, poi, abbandonato all'oblio.

Ci attendiamo quindi interventi atti far chiarezza su alcune questioni ancora aperte:

1) Come rimuovere la cappa di ignoranza che ha soffocato le potenzialità di uno strumento veramente innovativo?

2) 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?

3) E' opportuno che il Ministero individui ed imponga linee di indirizzo ed adeguati canoni qualitativi in funzione degli obiettivi che alla mediazione sono attribuiti?

4) Quali sono i requisiti dei quali devono disporre sia i soggetti che, con l'accredito del Ministero, offrono il servizio di mediazione, sia gli enti che formano i mediatori?

5) Oltre alle tecniche di negoziazione che il mediatore deve padroneggiare, quale deve essere la visione preliminare e complessiva delle relazioni e degli obiettivi che rilevano anche nella prospettiva sociale dell'*access to justice*?

6) E' possibile giungere alla definizione della figura del mediatore assunta a riferimento, e sviluppare un serio pensiero sul significato del suo agire, affinché il suo ruolo sia davvero innovativo ed alternativo, evitando la confusione con desuete prassi?

7) Quale modello e quale metodo operativo si scelgono? Come si forma il professionista, per quanto tempo?

8) Come possono essere individuati i profili necessari alla definizione degli *standard* di qualità del servizio di mediazione affidato agli organismi accreditati? E' sufficiente enuclearli mediante un questionario, come attualmente previsto, cui ogni interessato è invitato a rispondere esprimendo la propria opinione sull'esperienza vissuta in mediazione?

9) Come può controllarsi la qualità della formazione dei mediatori?

Gli enti di formazione dei mediatori sono accreditati dal Ministero della giustizia senza alcuna attenzione nei confronti della qualità, secondo regole che privilegiano i soli aspetti formali a scapito di quelli sostanziali.

L'intero sistema della formazione evidenzia inammissibili carenze, testimonianza della ben scarsa considerazione riservata dal legislatore alla delicatezza del ruolo del mediatore: non sembra inutile auspicare l'attivazione di un nucleo di valutazione, presso lo stesso Ministero, quale organo tecnico collegiale al servizio del responsabile del registro di cui all'art. 3 d.m. 18 ottobre 2010, n. 180 e dell'elenco di cui all'art. 17 del decreto stesso, il quale verifichi:

a) l'efficienza, il buon andamento e l'efficacia degli organismi di mediazione e degli enti di formazione dei mediatori;

b) la qualità della didattica erogata dagli enti di formazione dei mediatori.

A me piace pensare a due prospettive.

Se si pensasse ad una laurea specialistica in mediazione? Alcune Università virtuose, seppur timidamente e nonostante le ristrettezze in cui si trovano, hanno dimostrato attenzione alla ricerca in questo campo, alcune avviato master e istituito insegnamenti, l'Università di Firenze un

Laboratorio permanente impegnato su vari fronti. All'Università potrebbe essere assegnato il dovere della formazione di base della nuova professionalità del mediatore! Resta sempre poi la formazione in itinere e per questo mi chiedo: se la Scuola Superiore della Magistratura assumesse il compito di essere anche la **Suola Superiore della mediazione?**

3. LE RELAZIONI 'LIQUIDE' NELLA SOCIETA' DELLA LA RISSA

Che ci sia bisogno di energie nuove per i Tribunali è cosa nota e lungamente sottolineata.

Ma che si pensi di trovarle con i mediatori formati con 50 ore o con gli avvocati che lo sono di diritto è una pericolosa illusione. Occorre essere lungimiranti onde evitare che i rimedi siano peggiori dei mali.

La situazione relazionale oggi è veramente scoppiata ed il numero di conflitti che si trasformano in contenziosi è in aumento esponenziale. Ciò richiede un ripensamento radicale che produca l'effetto di una inversione di tendenza.

Viviamo nella società della rissa: è innegabile che modelli culturali, oggi ben radicati, offrano rappresentazioni spettacolari del conflitto, lo elevino a modello dei rapporti umani, delle differenziazioni politiche, delle contrapposte tifoserie sportive.

La mancanza di valori, di ideali, semplicemente di idee trova sublimazione nell'aggressività, nella volgarità e nell'insolenza, nella supponenza, nell'offesa e nella provocazione.

Dietro vi è il vuoto.

Ed ancora, siamo tutti figli della mentalità competitiva. Abbiamo sviluppato solamente l'intelligenza razionale e non quella affettiva-emotiva che, di fatto, è quella che determina il successo delle relazioni interpersonali.

Nessuno inoltre dedica tempo ed impegno alla costruzione della propria formazione personale, le relazioni sono –di regola- banali, superficiali, 'liquide', quand'anche non si trasformino in rotture definitive e rancorose, in contenziosi senza esclusione di colpi, in guerre all'ultimo sangue, in voglia assoluta di prevalere sull'altro. Si affrontano i conflitti con forme di violenza, non importa se 'solo' verbale.

E' stata poco coltivata la capacità di gestire i contrasti lasciandoli nei limiti della normalità, assumendo la responsabilità di giungere a soluzioni accettabili. Presto li si delega, li si trasforma in contenziosi.

Deve, inoltre, sottolinearsi che i conflitti che sfociano in controversie giudiziarie non assumono caratteristiche tra loro assimilabili: è proprio il coinvolgimento emotivo delle parti in lite

l'elemento che impronta le dinamiche del conflitto condizionandone le traiettorie e, di conseguenza, le modalità più consone per affrontarlo nella prospettiva di una composizione negoziata fra le parti.

Il valore patrimoniale della lite non è elemento di primo piano del coinvolgimento emotivo delle parti stesse, ma rappresenta una variabile assai delicata del comportamento –almeno– di una fra esse, conferendo spesso alla controversia tratti di spiccata irrazionalità: un capo rovinato in lavanderia è facile che determini una maggiore partecipazione emotiva del danneggiato rispetto ad una lite insorta in relazione ad una cessione d'azienda.

Se si considerano, poi, talune controversie, come quelle condominiali, è davanti agli occhi di tutti l'assoluta prevalenza della irrazionalità emotiva rispetto ad ogni logica giuridica ed economica.

L'esperienza mostra, inoltre, contenziosi giudiziari che si protraggono per decenni in relazione a controversie successorie, e non è raro che gli eredi originari a loro volta lascino questo mondo trasmettendo la causa ai figli: ciò, si badi, non necessariamente in presenza di immensi patrimoni, ma assai spesso di modeste aziende a conduzione familiare, destinate a subire in modo irrimediabile i contraccolpi della lite.

Percorsi simili non sono estranei alle liti attinenti gli aspetti economici dell'epilogo delle relazioni coniugali ma, curiosamente, i procedimenti giudiziari sembrano concludersi prima nei conflitti –pur violentissimi– fra *ex* coniugi che si contendono patrimoni importanti rispetto a quelli che litigano per assai meno.

Sono i dissidi relativi ai rapporti di consumo e di utenza a mostrare, tipicamente, un coinvolgimento emotivo che prescinde dal valore economico del contrasto: irregolarità nella fatturazione del traffico telefonico, disservizi in occasione di un viaggio o di una vacanza organizzata, difetti riscontrati in un bene acquistato, carenze del servizio di assistenza in garanzia, assumono sovente –anche in presenza di minimi valori economici– i tratti di una crociata del consumatore i cui diritti non sono stati rispettati nei confronti dell'operatore economico che –di regola– sembra fare tutto il possibile per esacerbare il conflitto in spregio ad ogni regola del diritto e del *marketing*, che pur tanto rilievo attribuisce alla *customer satisfaction*.

4. LE POLARITA' DELL'ETICA: SQUILIBRI TRA NORMA E PERSONA

E' di questi giorni il saggio di Salvatore Natoli, *Perseveranza*, del quale merita riportare un passo assai pertinente i temi qui trattati: "Oggi a divenire problematico è il rapporto con se stessi e con gli altri: è venuta meno la capacità di trovare orientamento nel mondo. E' questa la ragione per cui gli uomini chiedono linee di indirizzo, magari "etiche applicate" che pur non delineando

alcun orizzonte di senso regolano comunque le aspettative, rendono coerenti i reciproci comportamenti. Già a partire dall'età moderna si è passati da una morale delle virtù a una morale dell'obbligazione, tanto che gli uomini d'oggi a loro tutela richiedono legislazione, a loro protezione le garanzie di un foro esterno. Da soli non riescono a modellare le loro vite e ne è prova il fatto che innanzi a qualsiasi delitto o infrazione richiedono immediatamente una legge, quasi bastasse per evitare le deviazioni personali e sociali. Se non c'è governo di sé non c'è norma che tenga e così a fronte di un cattivo uso della libertà, assistiamo a una crescente giuridicizzazione della vita. Ma le regole non bastano a motivare al bene: se va bene limitano i danni”.

Il bisogno di eticità, quindi, da sempre sta in equilibrio tra due polarità : la persona e la norma.

La persona, anzitutto, soggetto dei propri atti, e la norma che li dirige al ‘bene’. Sono due coefficienti distinti ma complementari di uno stesso assetto di vita.

Tra ‘persona’ e ‘norma’ si sono avuti vieppiù degli squilibri, sull’una o l’altra polarità.

Molti indicatori dell’attuale crisi della società evidenziano il rischio di aver circoscritto l’attenzione a ciò che si autorizza o, viceversa, si proibisce. Si è avuta una deviazione normativistica e proibizionistica, cosicché al cittadino è giunto, perlopiù, il piano dei principi, delle leggi, dei veti, dei divieti, del giudizio, delle punizioni.

Norme fredde, rigorose, incuranti delle persone, delle loro situazioni, delle loro storie, nella unicità, singolarità, concretezza di ciascuna. Ma, soprattutto, della loro aspirazione, in fondo sempre presente, al vivere civilmente ed eticamente in modo irreprensibile, oscurandone perfino, la tensione al loro superamento, che va sempre riconosciuta, attraverso una vita seria fatta di continue tappe di crescita.

Questo è, spesso, il frutto amaro della prevalente stigmatizzazione, quasi compiaciuta quanto oscura e misera, di chi si è fermato alla individuazione delle sole umane deviazioni.

Di fatto, questo stile finisce col far sentire molte persone più giudicate che comprese, più gravate che sorrette, più colpevolizzate che accompagnate. L’effetto spesso è che molti si perdono d’animo, si arroccano nelle loro posizioni, strumentalizzano i vari gradi di giudizio e le opportunità offerte dalla garanzia del giusto processo.

Consapevoli di questo sbilanciamento, occorre riequilibrare sulla ‘persona’ il rapporto con la ‘norma’. Occorre scegliere di non considerare esaurito il proprio compito, ognuno secondo le responsabilità professionali proprie, con l’elaborazione e l’enunciazione della norma, con la corretta e severa applicazione dei codici.

Occorre sentire forte il senso di responsabilità nel costruire servizi alti ed altri, che diano risposte articolate, variegata e di valore al cittadino nell'evenienza delle difficoltà relazionali con l'altro da sé, perché non diventi controparte, nemico da abbattere.

5. DAL CONFLITTO AL CONTENZIOSO

Quando il conflitto si radica in sede giudiziale il dolore assume i tratti di un antagonismo molto diverso, a volte bellicoso, altre ludico-sportivo.

Ogni avvocato ha conoscenza di questa mutazione, resa palese anche dal lessico adottato dai litiganti, che si propongono di 'dare battaglia', di 'attaccare aprendo altri fronti', di 'ricorrere all'artiglieria pesante': un florilegio di espressioni da far invidia a von Clausewitz.

Un diverso tipo di approccio mutua, invece, le metafore dal linguaggio sportivo, coprendo l'intera gamma del più banale gergo calcistico.

Il fardello di emozioni delle parti si trasfigura, o meglio si camuffa, quindi in sede giudiziale, estraniando giudici ed avvocati dai sentimenti sottostanti il conflitto: il dolore, la rabbia, che non possono essere sopiti e non trovano vie di elaborazione, si celano dietro altre sembianze.

In parte ciò accade perché i litiganti provano pudore nel mostrare ai rispettivi legali i loro veri sentimenti, che mimetizzano pertanto sotto l'apparenza di propositi reputati meno compromettenti e più confacenti alla situazione, in parte è proprio l'opzione giudiziaria, con i suoi riti ed i suoi protagonisti, a non lasciare spazio ai sentimenti.

I legali inutilmente tentano, a volte neppure se ne curano, di spiegare ai clienti che gli obiettivi del processo sono esclusivamente economici, e che non è quella giudiziale la sede per cercare rivalse, rappresaglie o soddisfazioni morali: lo stesso giudizio civile in ampia misura rimane un rito estraneo ai contendenti, che ben potrebbero mai incontrarsi, né mai incontrare il 'loro' giudice.

Per il giudice, del resto, sarebbe un'inutile perdita di tempo ascoltare chi nulla aggiunge a quanto narrato dalle carte del giudizio, introducendo quel 'fattore umano' che deve, invece, rimanervi quanto più possibile estraneo.

Eppure, nella giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, non si manca di evidenziare che ormai spetta sempre più ai giudici «risolvere le più gravi e difficili questioni di diritto civile poste dal cambiamento dei costumi, dalla scienza e dalla tecnica». Questo –si spiega– non è l'effetto di distrazioni o ritardi del legislatore, ma del fatto che la vita propone ormai una

molteplicità di situazioni sempre nuove e sempre variabili, che nessuna legge può cogliere e disciplinare nella loro singolarità, in un inseguimento continuo ed irraggiungibile.

Il mediatore che interviene nel corso di un giudizio già avviato opera in una situazione che non ha i medesimi aspetti della fase che ha preceduto l'instaurarsi del giudizio stesso, ed anche le motivazioni delle parti sono mutate: prioritario è non più ottenere 'soltanto' il soddisfacimento dei propri diritti, bensì la distruzione dell'avversario; questo aspetto è, invece, meno radicato qualora si operi nella fase che precede l'instaurarsi del giudizio.

Si impongono quindi alcuni interrogativi.

Più domanda di giustizia o più domanda di nuove risposte, maggiormente articolate e profonde?

E' il buon giurista a dover toccare le corde giuste per indurre a ragionevolezza le parti, o può esserlo chi, indipendentemente dalle conoscenze del diritto, sappia, però, raggiungere l'animo dei confliggenti e li sappia far evolvere dalla ricerca del 'giusto' per concentrarsi su ciò che è 'buono' per loro e che solo loro sono in grado di scoprire?

La proficua individuazione di soluzioni concordate fra le parti è legata alle competenze sui diritti, o all'umanità di chi interviene nel conflitto?

6. UN'IDEA NUOVA DI CONFLITTO: CONCETTI OLTRE I PRECONCETTI

Si riscontrano radicate convinzioni intorno al concetto di conflitto che non sembrerebbero, a prima vista, potersi mettere in discussione.

Quella generalizzata, e maggiormente condivisa, vede il diritto quale unica risposta al contenzioso e, per celebrarne i riti, abbiamo predisposto imponenti edifici giudiziari, espressione del più alto istituto che la società si è dato per regolare la vita dei consociati.

Spesso i tribunali ospitano opere d'arte, come gli affreschi di Carlo Carrà che, nelle aule di udienza del tribunale di Milano, glorificano l'amministrazione della giustizia, opere che hanno prestigio e che conferiscono prestigio ai protagonisti dei riti che ivi si celebrano, figure professionali che hanno affrontato percorsi di studio impegnativi o concorsi molto selettivi: il pensiero corre, naturalmente, a giudici *in primis*, ai cancellieri e agli avvocati.

Vi è, poi, una seconda interpretazione dei conflitti, che distingue quelli che creano dolore, legati – ad esempio – alla sfera familiare, da altri che sarebbero una 'semplice' battaglia legale per far valere oggettivamente dei diritti. Che ritiene che vi siano contenziosi importanti ed altri meno:

alcuni facilmente componibili ed altri del tutto insanabili. Ma vale la pena domandarsi: quali sono le variabili che li rendono così inafferrabili e non facilmente omologabili?

La terza convinzione si fonda, invece, su di un dato di fatto generalizzato: la vita degli uomini è costantemente segnata da laceranti conflitti, di tipo personale, sociale, amministrativo, commerciale, talvolta anche penale: *ubi societas, ibi conflictum; ubi conflictum, ibi vis; ubi vis, nulla societas.*

Si tratta di una realtà ineluttabile: può soltanto tentarsi di governare i conflitti nel modo più razionale, aumentare le risorse degli uffici giudiziari, oltre ad abbreviare i tempi del processo civile, conferire certezza alla pena, costruire carceri più consone.

A queste considerazioni ci induce la ‘cultura del conflitto’ che ci permea, impedendoci di pensare ad una vita senza conflitti o, comunque, rispetto alla quale le codificate modalità istituzionali non siano le uniche atte a fronteggiarli.

E’ tempo di sradicare simili convinzioni, nella certezza che si possa valorizzare una natura ‘altra’. È il momento che gli individui, non meno delle collettività, inizino a scoprire che vi è di meglio da fare che configgere, pur essendo importanti tutti i conflitti in quanto eventi della vita di ciascuno attraverso i quali transitare con il minor danno possibile ed uscirne auspicabilmente migliorati.

In questa prospettiva i conflitti hanno rilevanza non solo in funzione di questa o quella norma del codice cui sono riconducibili, ma dell’impatto che essi hanno sulla persona che li vive.

Le variabili che rendono ogni situazione inafferrabile e mai interamente omologabile sono da ascrivere alla dimensione della persona, sempre unica ed irripetibile, non ai fatti oggettivi; il modo di confrontarsi con il conflitto, inoltre, muta nel corso del tempo: ciò che un giorno per una persona risultava insopportabile, in un’altra fase della vita può divenire governabile e, forse anche residuale.

La complessità dipende non dal valore della lite, bensì dalla posta affettiva in gioco, dai sentimenti, dalle componenti emotive che sono espressioni di dimensioni di senso, dello stare al mondo, di ragioni molto più profonde. Ontologiche.

E’ questa consapevolezza che ci ha spinto ad ipotizzare mediatori formati con la stessa cura che si riserva ai giudici, spazi che ne sottolineino il prestigio, perché no alla maniera dei tribunali.

Come si è detto, una sorta di Scuola Superiore della mediazione, un Ministro della giustizia e della mediazione!

7. UN ORIZZONTE DI SENSO: TRA DIRITTO E MEDIAZIONE

La legge è oggettiva: *valet ut in pluribus*, vale in generale ed in astratto. Ma l'agire è soggettivo: singolare e concreto.

La mediazione si fa carico di questa singolarità e concretezza della persone, di ciò che essa ha di complesso, conflittuale, sofferto, drammatico, per sé stessa e per chi ne subisce le conseguenze.

Non si tratta di sminuire il valore della legge, bensì di evitare la subordinazione delle persone alla legge.

Non è la persona per la legge, ma la legge per la persona, accompagnandola non verso il bene ideale, ma verso il bene possibile, di cui ogni persona è capace in una specifica situazione, in una fase del suo cammino di vita, facendo realisticamente i conti con i suoi condizionamenti ed i suoi limiti che sempre influiscono sul grado di responsabilità che si è capaci di assumere.

I confini del giurista non possono essere immobili e fermi nella concezione di un ordinamento fatto di Stato e leggi, dell'individuo destinatario delle politiche del primo e dell'applicazione delle seconde.

Ma neppure il giurista può compiere l'errore di leggere la legge sulla mediazione rimanendo dentro la casa del diritto e, soprattutto, chiuso nella stanza del processo.

Attualmente occorre molta benevolenza e fantasia nel voler vedere l'intervento del nostro legislatore in tema di A.D.R. in termini costruttivi, come vie per un diritto educativo alla responsabilità, non impositivo di responsabilità.

Non per un diritto conseguente, ma per un diritto preveniente. Per un diritto salutare e teso ai valori più alti della vita dell'uomo, che obbliga a fare esercizio consapevole dell'autonomia, ad acquisire la capacità di determinare il proprio percorso di vita in mezzo agli uomini, nella società.

Allo stato, l'intervento appare superficiale e definitivamente affossa la portata della via alternativa alle logiche giudiziarie. La riduce, come già si è rilevato, ad un improbabile esperimento meramente conciliativo che ha possibilità di successo dove sostanzialmente è inutile, cioè per le questioni minori.

A meno che non si voglia indurre ed autorizzare interventi manipolativi che forzano le parti alla conclusione del conflitto, senza la loro volontà e con il cinismo di farlo figurare quale esito di una loro decisione.

Sembra si voglia credere che l'ambito delle controversie civili e commerciali sia lontano dalle dinamiche umane. Quando si pensa ad un contenzioso, infatti, comunemente si è propensi a

concentrarsi sugli elementi fattuali, oggettivi, sulle conseguenze in termini di *business*, di interessi, di vantaggi strategici aziendali, di costi diretti ed indiretti.

Vi è, invece, una componente importante, forse ibrida, che sta tra la risoluzione pragmatica e le caratteristiche più immateriali, frutto dell'interazione tra le persone, protagoniste della questione controversa. Ci sono le loro aspettative, il coinvolgimento personale, i ritardi, il modo di lavorare, il senso e lo stile della propria professione, l'investimento in termini di carriera.

Raramente si prende in considerazione il peso degli elementi che pur hanno a che fare con le sensazioni, gli umori, i caratteri, gli stili nell'affrontare ciò che accade, la cultura della istituzione che si rappresenta.

Di fatto, il modo di condurre a buon esito la controversia è legato a questo complesso insieme di elementi, oltretutto molto articolati ed eterogenei. Chi ne ha consapevolezza, anche nell'ambito giudiziario, ne tiene conto anche quando non entra direttamente nel merito: il suo rapportarsi alla lite ne è permeato, ed anche l'intervento oggettivo sulle parti risulta più efficace ancor quando breve.

Questo il campo specifico della mediazione. Questo è il vero elemento di valore che conferisce significato all'innovazione, al di là di ogni altro fine eventuale, seppur apprezzabile, quale il tanto sottolineato effetto deflattivo del contenzioso giudiziario.

Ma la formazione ai principi della mediazione arricchisce la professionalità e l'efficacia di chiunque entri in contatto con le liti, dovrebbe costituire una formazione trasversale per chi nel suo lavoro e nella vita personale vuole gestire con competenza le relazioni ed i nodi conflittuali che inevitabilmente si creano. Preziosa per i magistrati che oltretutto devono salvaguardarsi dall'accumulo delle 'scorie emotive' che il loro continuativo lavoro con chi litiga può comportare.

Oltre, infatti, ad uno stabile equilibrio i giudici devono sviluppare la capacità di elaborare i vissuti che in modo subliminale possono assorbire.

8. UN GIUDICE ED UN AVVOCATO DI NUOVA GENERAZIONE

Occorre restituire autorevolezza all'avvocato che resta il garante dei diritti del cliente e meglio può esserlo se diviene il promotore del soddisfacimento globale dei veri interessi della parte che difende.

Per lungo tempo si è tentato di fare una richiesta apparentemente paradossale agli avvocati, nati e formati per gestire il contenzioso giudiziario, quella di adoperarsi per chiudere una pratica di fronte ad un mediatore, magari demotivato e poco competente, quando -dal loro punto di vista-

potrebbero assicurarsi attività professionali protratte a lungo nel tempo. Così l'avvocatura è rimasta intrappolata in diatribe che sono state tacciate di corporativismo.

Altro sarebbe stato se si fosse indicata l'opportunità all'avvocato di una specializzazione ulteriore, elitaria, nella risoluzione alternativa delle controversie, una competenza specifica da utilizzare come *chance* aggiuntiva. Un servizio ulteriore, diverso e spesso più vantaggioso per il cliente, che uno studio legale può offrire. E magari qualificare lo studio stesso.

Sarebbe il momento che tra le aree di specializzazione che l'attuale Ministro ha annunciato, proponendole al Consiglio nazionale forense, figurasse anche questa.

La magistratura, essendo libera da interessi di tipo economico e di parte, da visioni di consorteria, conoscendo bene la complessità delle vicende umane, può oggi diventare il migliore *sponsor* di una seria cultura mediativa e vigilare monitorando con rigore le norme che la disciplinano e le prassi che ne discendono: solo così il giudice potrà essere certo che rimettendo le parti alla mediazione sia salvaguardata la propria dignità di inviante e, al contempo, l'interesse dell'utente. Solo così favorirà il radicarsi di *best practices*.

Così ci si potrebbe dedicare con serenità e convinzione allo sviluppo della mediazione delegata dal giudice, oltretutto questa appare realmente la modalità di più proficua attivazione poiché consente, infatti, di selezionare autorevolmente il contenzioso suscettibile di trovare una migliore composizione mediante la soluzione negoziata, raccogliendo il consenso delle parti, elemento fondamentale per la loro responsabilizzazione ed il raggiungimento di proficui e duraturi accordi.

Eppure oggi è quella più compromessa, con il rischio di divenire anch'essa un mero passaggio burocratico. Dalle ultime statistiche la mediazione delegata dal giudice rappresenta solo l'1,9 dei procedimenti definiti in rapporto alle diverse forme di attivazione, vale a dire: volontaria, obbligatoria in quanto condizione di procedibilità ai sensi di legge; obbligatoria fra le parti, in quanto prevista da clausola contrattuale.

Perché si realizza in così bassa percentuale? Perché di per sé impossibile o perché la fitta trama di egoismi, di pressapochismi, di *lobby* ancora tutt'oggi l'irretisce?

L'ordine del giudice può ritenersi correttamente eseguito, e la condizione di procedibilità rispettata, se il tentativo di mediazione viene esperito: ma cosa diversa è la serietà tanto dell'impegno delle parti, quanto della professionalità del mediatore e dell'organismo presso il quale egli opera: altrimenti, oltre a vanificare l'intento del legislatore, vi è la sostanziale frustrazione delle aspettative del giudice, e delle parti stesse.

Nell'operato di determinati organismi di mediazione possono finanche ravvisarsi –accanto ad abborracciati approcci e carenze d'organizzazione e di esperienza- intenti subdoli e striscianti di pilotare le procedure verso il fallimento: il *business* è comunque salvo se, dopo il primo incontro le parti, magari spinte dal mediatore, decidono di proseguire.

Scopriranno all'inizio del secondo incontro che devono, comunque, pagare –oltre al modesto diritto d'avvio- anche gli interi corrispettivi posti a loro carico dai tariffari: da questo punto di vista difficile negare le ragioni di chi vede nella mediazione un ostacolo costoso ed ingiustificato all'accesso alla giurisdizione.

Ma è altrettanto vero che associare questi opinabili aspetti all'obbligatorietà sia strumentale e mistificatorio.

L'insuccesso è in agguato, in realtà, per l'intrinseca debolezza dei mediatori, che non sono in grado di intercettare il pensiero di fondo, quasi magico, ricorrente in ogni pur accanito configgente: l'aspettativa che qualcosa accada, al di là della sua stessa volontà, in grado di interrompere la spirale di lotta distruttiva, riposta su elementi che, col senno del poi, non possono che apparire quasi sempre futili.

L'insuccesso vanifica le lodevoli intenzioni del giudice, e così a nulla gli è valso valutare se, data la tipologia della controversia e la natura delle parti, vi fossero ragionevoli *chances* di composizione negoziata del conflitto.

Eppure quale ruolo propulsivo più autorevole della scelta operata da un giudice che ha valutato la situazione con sensibilità potrebbe ipotizzarsi?

Come se non fossero sufficienti le insidie insite nell'impreparazione dei mediatori e nell'improvvisazione degli organismi, non può nascondersi che gli stessi avvocati, improvvidamente elevati di diritto al ruolo di mediatori professionali, salvo casi individuali, non conoscano natura, finalità e potenzialità della mediazione, e la osteggino sia per pregiudizi, sia per interessi prettamente corporativi.

Non è certo un mistero l'ostruzionismo forsennatamente portato avanti, adottando tutte le forme di lotta possibili, da taluni organismi dell'avvocatura.

A fronte di questa situazione è da chiedersi come possano salvaguardarsi dignità ed efficacia dell'operato del giudice nel decidere di rimettere le parti ad un mediatore: sono portata a pensare che potrebbe esplorarsi l'eventualità di istituire, analogamente alle modalità che consentono al giudice la scrupolosa selezione dei suoi consulenti -penso ai CTU- **registri locali di selezionati organismi di mediazione dalla accertata qualità**, che si avvalgano di mediatori che abbiano

seguito **percorsi di formazione *ad hoc***, ben più approfonditi rispetto al minimo legale, verificati – con modalità da definire- dall’ufficio responsabile della formazione dei magistrati.

Una proposta, nulla più, che, comunque, varrebbe la pena di valutare ed approfondire.

Perché indignarsi è giusto davanti a deviazioni inammissibili e dannose che, direttamente od indirettamente, non possono che sortire l’effetto di affossare la mediazione.

Occorre rompere il velo di ipocrisia dilagante.

Occorre avere il coraggio di opporvisi, seguendo l’innovativo indirizzo adottato dalla Dott.ssa Luciana Breggia, giudice in Firenze, che con ordinanza emessa il 19 marzo 2014 ha interpretato in modo assai costruttivo i contrasti resi possibili dalle ambiguità del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28: ritenere, infatti, che l’ordine del giudice non sia osservato allorché i soli difensori compaiano davanti al mediatore esclusivamente per dichiarare il rifiuto di procedere oltre, ed ottenere il cosiddetto ‘verbale negativo’ necessario per agire in giudizio (o proseguirlo): ciò rappresenta, infatti, una conclusione “*irrazionale ed inaccettabile*”, un mero adempimento formale privo di ogni efficacia e valore sostanziale.

“Non avrebbe ragion d’essere una dilazione del processo civile per un adempimento burocratico del genere” afferma correttamente l’ordinanza.

Il rinvio disposto dal giudice, pertanto, *“si giustifica solo quando una mediazione sia effettivamente svolta e vi sia stata data un’effettiva chance di raggiungimento dell’accordo alle parti”*: è necessario, quindi, *“che sia svolta una vera e propria sessione di mediazione. Altrimenti, si porrebbe un ostacolo non giustificabile all’accesso alla giurisdizione”*.

Va da sé, quindi, *“alla luce delle considerazioni che precedono, che il giudice ritiene che le ambiguità interpretative evidenziate vadano risolte considerando quale criterio fondamentale la ragion d’essere della mediazione, dovendosi dunque affermare la necessità che le parti compaiano personalmente (assistite dai propri difensori come previsto dall’art. 8 d.lgs. n. 28/2010) e che la mediazione sia effettivamente avviata”*.

9. UNA GIUSTIZIA ANCHE SENZA LA TOGA

Un’interpretazione del conflitto in funzione dei soli parametri giuridici ed economici è destinata a lasciare in ombra, come si è sottolineato, realtà che sfuggono a spiegazioni razionali: si tratta delle ragioni intime, sempre diverse per ciascuno, mai esplicitate chiaramente, forse perché sovente neppure conosciute, eppure determinanti.

Le soluzioni incentrate sui diritti da riconoscere mediante l'applicazione delle pertinenti norme giuridiche o di mere pratiche negoziali apparentemente chiudono il contenzioso, a volte neanche definitivamente, ma lasciano comunque ferite che solo la mediazione consente di evitare, intervenendo in modo definitivo e completo: chi ha la capacità di intuire i sentimenti, le aspirazioni, le emozioni delle persone può orientare opportunamente i comportamenti a favore di obiettivi comuni trovando i giusti elementi sui quali fare leva per condurre le parti a ragionevolezza, e quindi ad un accordo, che –se si è seguito questo percorso- è al contempo razionale ed emotivo, forte, definitivo ed a prova di imprevisti.

Si tratta, in definitiva, di accogliere una nuova e ponderata idea di giustizia e di risposta all'uomo che confligge, nella linea da tempo tracciata da autorevoli studiosi del diritto, alcuni dei quali ho potuto conoscere più da vicino, ed al loro pensiero rimando.

È, quindi, il momento di pensare ad *una giustizia anche non togata*, come bene intitola un suo volume del 1998 Cesare Vaccà, Professore di Istituzioni di diritto privato. Una giustizia di prossimità, che abbatta i tempi ed i costi del contenzioso, ma forte nei contenuti, *fraterna*.

Una giustizia che sappia percorrere nuove strade, ben oltre le ragioni oggettive ed i fatti, restituendo alle parti il potere, senza deleghe, e la forza di indagare le ragioni profonde.

La mediazione assume come suo scopo precipuo la trasformazione delle relazioni che hanno generato il contrasto, mutando in ciascuno dei confliggenti la percezione del punto di vista dell'altro e chiarendo, al contempo, il proprio, precisando gli obiettivi reali e le motivazioni che spingono a trovare vie d'uscita soddisfacenti per tutti.

Solo questo elemento, a mio parere, consente di pervenire ad un proficuo accordo sui fatti oggettivi, ed è per questo che ha senso promuovere e sostenere la mediazione con ogni necessario sforzo.

Una sfida culturale che non lascia spazio ad interventi estemporanei e dilettantistici, come evidenziato anche nelle linee-guida della mediazione recentemente approntate dalle Nazioni Unite.

Le forme di giustizia negoziata soddisfano, infatti, esigenze che vanno ben oltre l'effetto deflattivo del quale l'amministrazione giudiziaria può, eventualmente, giovare, poiché sono in gioco le aspettative dei cittadini di comporre senza pesanti traumi i conflitti che li vedono parte. Attraverso il superamento della logica dell'esclusivo ricorso agli strumenti giudiziari, ed adottando modalità costruttive di composizione dei conflitti, ci si avvia alla realizzazione della dimensione umana dell'individuo.

10. UNA VIA 'ALTRA' : LA MEDIAZIONE

Il *background* culturale con il quale deve confrontarsi la pratica della mediazione dei conflitti rende la sua introduzione ed il conseguente radicamento un compito che non si presenta per nulla agevole.

Eppure *nesesse est*, e, se seriamente compresa ed appresa, la mediazione è una risorsa da considerare persino non di esclusiva pertinenza delle liti che sarebbero destinate a finire di fronte ad un giudice, ma pratica quotidiana di assoluto rilievo sociale: è lo schema interiore che deve guidare il *modus operandi* di ciascuno a fronte dell'avversità, comunque generata.

A questo avvia la mediazione che nel contempo è via per trovare le soluzioni ma anche esperienza, modellabile e ripetibile autonomamente, di un modo nuovo di gestire i conflitti. Un vero percorso di autoformazione per chi la fruisce!

Ma alcune mediazioni riescono, altre no: dipende da un *quid* 'misterioso' sul quale il mediatore fa leva, a volte con competenza, altre meno.

Questo *quid* è il fattore umano, sempre centrale nel conflitto, che va oltre gli interessi, sfiora i bisogni apparenti e soddisfa quelli reali, esistenziali, profondi. Il mediatore che ne ha consapevolezza può portare le parti a prenderne atto, ad elaborare le ragioni del contrasto sino a superarlo, in quanto vengono eliminati alla radice i motivi del conflitto.

Non tutti i modelli di mediazione sono, però, egualmente idonei a 'traghetare' le parti fuori dal paludoso terreno del conflitto: un conto è assicurare ai litiganti il superamento, senza rancorosi strascichi, delle ragioni che li hanno contrapposti, altro è ricorrere a formule stereotipate da *juke-box* del diritto, che possono essere consone solo se l'obiettivo primario è rappresentato dall'esigenza di non aggravare il carico giudiziario determinando ulteriori oneri sociali, senza alcuna considerazione, però, al livello individuale, delle effettive esigenze delle parti.

Spesso, purtroppo, questo è lo stile prevalente dei mediatori formati nei limiti della normativa attualmente vigente. Come se si ritenesse che i conflitti fossero soltanto incidenti di percorso da risolvere prima possibile, non conta come, delegando all'esterno delle sedi giudiziarie la loro gestione.

In effetti, si può dire che la cultura della mediazione sia ancora estranea non soltanto ai cittadini, ma altresì a parte degli operatori che si sono candidati ad offrire questo servizio.

Neppure è nota ai non addetti ai lavori l'antica indicazione di matrice religiosa che si estrinseca non soltanto nell'assistenza, anche legale, ai bisognosi, ma altresì a favore della ricerca di modalità non conflittuali di composizione delle liti, esplicitata da San Paolo nella prima Lettera ai

Corinzi, ove si legge (6; 4-5) “*Quando avete da giudicare su cose di questa vita, costituite come giudici persone che nella chiesa non sono tenute in alcuna considerazione? Dico questo per farvi vergogna. Che non vi sia tra di voi neppure una persona saggia, capace di pronunciare un giudizio tra un fratello e l’altro?*”.

Il medesimo indirizzo, del resto, è reso evidente dallo stesso codice di diritto canonico, il quale dispone –improntando le regole giuridiche ai principi di solidarietà sociale– che «*per evitare le liti giudiziarie, si può ricorrere utilmente alla transazione o conciliazione, oppure sottoporre la controversia al giudizio di uno o più arbitri*» (Codex Iuris Canonici, can. 1713).

Il pensiero religioso ha certamente mutuato parte della cultura della mediazione dalla risalente tradizione orientale della composizione non conflittuale delle liti, così come una indubbia rilevanza deve attribuirsi al richiamo, – efficacemente testimoniato da San Paolo nella richiamata lettera ai Corinzi – a non limitarsi ai meri rimedi giudiziari.

L’alternativa ai giudici dello Stato è stata, peraltro, a lungo rappresentata dalla *episcopalis audientia*, forma di amministrazione della giustizia civile ad opera delle autorità spirituali delle comunità: numerose costituzioni del IV secolo disciplinano i poteri del vescovo di giudicare *arbitrii more* le controversie dei fedeli mediante il *compromissum in arbitros fideles*.

In questo percorso dalle risalenti origini centrale è sempre la transizione dalla ‘giustizia contenziosa’ alla ‘giustizia coesistenziale’, riposta su forme di mediazione affidate a soggetti estranei all’organizzazione giudiziaria: la ‘giustizia coesistenziale’ non si propone, infatti, di decidere o definire, ma piuttosto di ‘rammendare’, tramite un professionista moralmente e socialmente legittimato nei confronti del gruppo al cui interno è maturato il conflitto, le tensioni fra soggetti che appartengono alla medesima collettività, o intrattengono comunque relazioni destinate a durare nel tempo all’interno di una comunità sociale, culturale, economica.

Lungo è il tragitto che ci separa dalla interiorizzazione della mediazione quale pratica privilegiata per la composizione dei conflitti, e lontano appare l’obiettivo –innanzitutto culturale– del ridimensionamento del ruolo esclusivo della giurisdizione.

Un mutamento culturale che riguarda, innanzitutto, giudici ed avvocati, che determina il superamento dell’idea di quest’ultimo quale esclusivo tramite fra i litiganti e la giustizia: in ogni caso, la mediazione reclama avvocati di mentalità assai distante da quella capace –in buona fede o meno– di operare solo con gli strumenti giudiziari.

E’ necessario che si apra il dialogo fra magistratura, avvocati e mediatori quale segno di una collaborazione fra sede giurisdizionale ed extragiudiziale, sino a giungere all’ipotesi che il tribunale

possa essere ripensato quale sede per comporre in modo plurale ed eterogeneo le controversie, associando ad ogni conflitto procedure adeguate ad opera di un magistrato che sia in grado di esprimere una ‘forte’ competenza di ‘lettura’ della situazione.

Inoltre, lungi dalla logica che la mediazione debba nascere dalle carenze dell’amministrazione della giustizia, sono dell’avviso che essa non possa radicarsi senza che l’altra sia in grado di assolvere al ruolo che le compete in un paese civile.

Il ricorso alla mediazione deve, quindi, consolidarsi non in alternativa, bensì in complementarietà rispetto all’amministrazione giudiziaria, nella prospettiva di maggiore efficienza del ‘sistema giustizia’ nel suo complesso.

Ciò tocca, con evidenza, il problema delle competenze dei giudici e degli avvocati nel campo della composizione negoziata dei conflitti, anche per indirizzare proficuamente le parti, aiutandole a comprendere le logiche non conflittuali alla base della mediazione.

11. GLI INDIRIZZI DEL LEGISLATORE

Trovo che il dispendio di energie, seppur allo stato non adeguate, per introdurre le A.D.R., sia insussistente e non incisivo se non si discute di modelli operativi e di formazione.

Si potrebbe correre il rischio di restare nella ‘idea magica’ che basti parlare di mediazione per credere che si stia avviando una trasformazione che da un lato alleggerisca il carico dei tribunali, dall’altro garantisca un buon servizio al cittadino.

Al contempo il legislatore si limita a delineare solo i contorni della mediazione, nelle due principali forme disciplinate: l’attività del mediatore può essere, infatti, volta tanto ad agevolare il dialogo fra le parti in lite, aiutandole a raggiungere *«un accordo amichevole per la composizione di una controversia»*, quanto a formulare *«una proposta per la risoluzione della stessa»*: questa duplice anima della mediazione è delineata dalle definizioni che figurano all’art. 1 del d.lg. 4 marzo 2010, n. 28.

Queste due diverse forme della mediazione sono rispettivamente definite ‘facilitativa’ e ‘valutativa’ e fanno riferimento ai due, diversi, *modi operandi* del mediatore che rilevano sia dal punto di vista soggettivo, sia da quello oggettivo.

Nella mediazione facilitativa il mediatore agevola e sviluppa il dialogo fra i litiganti, astenendosi da qualsiasi ingerenza sulle loro valutazioni circa i contenuti di un possibile accordo, mentre la mediazione valutativa comporta che il mediatore elabori proposte che è facoltà delle parti accettare.

Il ruolo valutativo, che richiede al mediatore di entrare nel merito delle questioni controverse per formulare proposte pertinenti, conferisce pertanto rilevanza all'elemento oggettivo rappresentato dall'analisi 'tecnica' del conflitto, se pur in una prospettiva diversa rispetto a quella del giudice o dell'arbitro.

La Relazione illustrativa al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, *sub art. 1*, si limita a rilevare che, sebbene la mediazione debba saper «*abbracciare contemporaneamente forme sia facilitative che aggiudicative*», è tuttavia alle prime che è «*assegnata una certa preferenza in virtù della loro maggiore duttilità rispetto ai reali interessi delle parti e della conseguente loro maggiore accettabilità sociale*»; successivamente (*sub art. 8*) si legge che «*la norma prevede che il mediatore abbia come primario e previo obiettivo quello di portare le parti all'accordo amichevole. Solo in linea graduata, e come specificato all'articolo 11, proporrà, se del caso, una soluzione della controversia, come tale fondata sulla logica c.d. adversarial della distribuzione delle ragioni e dei torti*».

Condurre le parti ad un accordo negoziato, come si è detto finalità della mediazione facilitativa, significa portare ad emersione gli interessi inespressi delle parti, ed il mediatore non ha quindi motivo per verificare le ragioni della lite, tantomeno di valutarle, ma deve essere in grado di individuare emozioni e motivazioni alla base del contrasto, le ragioni in gioco, non in termini di diritto ma di significati profondi, quali la dignità violata, la stima di sé compromessa, il senso di vulnerabilità e di offesa. Da qui parte per indurre gli antagonisti a formulare proposte e controproposte sino a raggiungere il punto di equilibrio rispetto al conflitto iniziale.

La professionalità del mediatore risiede nell'acquisire dalle parti, specie nel corso delle sessioni separate con ciascheduna, le informazioni che opportunamente utilizzate consentano di mettere a fuoco in una prospettiva dinamica gli interessi attuali, sovente diversi da quelli propri del momento in cui la lite è insorta, che viceversa una visione statica del conflitto tende a cristallizzare.

Il mediatore efficace è, pertanto, lo specchio nel quale le parti vedono riflesse, senza il filtro dei coinvolgimenti emozionali, le ragioni che motivano un accordo, ed è la fiducia in lui ad indurle a scoprire le carte negli incontri diretti svelando le aspettative e le soglie.

La forma valutativa presuppone un diverso coinvolgimento del mediatore, il quale poste in relazione le posizioni delle parti con i profili tecnici, o giuridici, della controversia, avanza una proposta operando quasi come quella figura un tempo qualificata 'amichevole compositore'.

Ciò non comporta necessariamente che la formulazione del mediatore collimi con l'ipotetica decisione conclusiva di un giudizio ordinario, o di un arbitrato, ma certamente implica la capacità di

entrare nel merito della lite.

Indipendentemente dalla prevalenza dell'uno o dell'altro profilo della mediazione, talune regole di comportamento sono comunque tassative per il mediatore, che deve accostarsi alle parti ed al loro conflitto con l'intrinseca umiltà di chi è consapevole che il potere è nella mani dei configgenti: di fronte a vicende umane delle quali il mediatore può percepire solo in parte ogni risvolto, devi esservi la consapevolezza di quest'ultimo che il punto di vista di tutti è rilevante, ed il suo è soltanto uno fra quelli possibili.

La scelta del legislatore di attribuire al mediatore anche una veste valutativa certamente acutizza i rischi di deviazione dal ruolo facilitativo, ma questo è il modello di mediazione oggi delineato, ed è quindi con questo che ci si deve confrontare, eventualmente anche prendendo atto dello sviluppo di una figura ibrida, che non può prescindere dalla capacità di formulare valide proposte la cui portata potrebbe anche risultare più ampia rispetto alla mera verifica del consenso che esse incontrano dalle parti.

Il d.lg. 4 marzo 2010, n. 28 opera una scelta che rappresenta una sorta di sintesi rispetto alle due diverse forme, in quanto il mediatore, nel caso di mancato accordo può formulare una proposta, che, invece, è tenuto ad esprimere qualora le parti, in qualsiasi momento, ne facciano concorde richiesta.

12. LA FILOSOFIA E' IL RIMEDIO?

La filosofia, è riflessione sulla vita, come bene afferma Massimo Cacciari: è cura dell'anima, del sé, è profondo rimedio al male di relazionarsi. Questa è una convinzione antica, pur non avendo valenza terapeutica, anzi proprio per questo. Qualifica e nobilita la mediazione per la risoluzione dei conflitti quale via elettiva per 'trattare' il conflitto, indipendentemente dall'ambito in cui esso si esprime.

Si tratta di una metodologia efficace sia per trovare le soluzioni, sia per risanare il vero conflitto relazionale, rafforzando la dignità di ciascun confligente onde consentire di oltrepassare le situazioni di stallo e riprendere in mano il proprio futuro, anche con una accresciuta conoscenza dell'animo umano, proprio e della controparte. E lo può entrando nel livello filosofico, idoneo a dare diritto di parola alle urgenze più radicali e dense di significato che sono alla base di ogni azione e anche di ogni situazione di conflitto.

Questa impostazione facilita l'esercizio dello spirito critico, il coraggio della ricerca della verità, la consapevolezza e la comprensione profonda degli accadimenti della vita, la valorizzazione

della propria dignità di esseri umani, il tutto scevro da promesse aprioristiche, da illusioni salvifiche e miracolistiche, da obiettivi consolatoriamente presentati come a portata di mano.

E' una scelta di campo che non offre una guida spirituale, un'autorità cui sottomettersi che risolva le questioni al posto dell'interessato. Proprio qui, a mio avviso, trova collocazione elettiva la mediazione che si propone di migliorare lo scambio comunicativo tra le parti, certamente rende più chiare ad ognuno le posizioni-interessi-motivi del contendere, aprendo una via diversa nella lettura delle posizioni dell'altro da sé, e rinforzando l'impegno di ciascuno di sciogliere all'interno di sé, prima che all'esterno, il conflitto con l'altro, impegnandosi così nella propria liberazione e crescita.

Si tratta di una mediazione che ha il coraggio di tenere conto delle domande radicali dell'uomo: cosa accade nella mia vita quando un conflitto mi travolge? Che ne è della mia dignità?

Che ne è del mio valore? Cosa di me, a livello essenziale ed esistenziale, rischia di essere compromesso dal conflitto?

Queste le domande filosofiche che la mediazione deve considerare. Domande sempre in agguato anche quando, apparentemente, il conflitto sembra solo lambire dimensioni prettamente personali.

Un contratto, per fare un esempio, che un *manager* ha stipulato e mostri successivamente le sue carenze, scredita la sua competenza agli occhi dell'istituzione per la quale lavora?

Una fornitura inidonea pone in difficoltà il responsabile degli acquisti?

Come uscire in modo onorevole dai problemi derivanti dal ritardo nella consegna, dall'impossibilità di rompere i rapporti con un fornitore strategico, dalla situazione critica nei rapporti con i superiori gerarchici?

Problemi all'ordine del giorno per chi deve salvaguardare sé, la propria immagine, le proprie mansioni. Come trattare, quindi simili difficoltà in un modo che sia produttivo di risposte soddisfacenti?

Chi di noi non auspica di trovare, quando è in un conflitto, qualcuno che l'ascolti, che salvaguardi la sua autonomia, la sua originale libertà di decisione, ed al contempo lo comprenda, apprezzi il moto interiore che lo muove, seppur contro l'altro? Che colga gli intenti positivi che intende perseguire?

Chi di noi non ha provato, in analoghi frangenti, in cui peraltro si è più sensibili e vulnerabili, il fastidio di essere invece giudicato, strumentalmente consigliato, manipolato?

13. IL SENSO OLTRE IL SETTING

La mediazione è un'idea, un progetto culturale ancorché una metodologia operativa, un *setting* che scardina non solo le procedure consuete, ma anche i blocchi personali conseguenti ad idee ormai logore, che hanno fatto il loro tempo, che chiedono di essere superate da pensieri nuovi.

Esige intelligenza, conoscenza e coscienza elevata. È promotrice di un'inversione di rotta.

Non più la delega ad alcuno, ma porsi nelle condizioni favorevoli per riprendere in mano il potere decisionale: come si è lasciato che il 'groviglio' si creasse, così ora si può e si deve sperimentare che si hanno le capacità per risolverlo.

Non più una visione parziale del problema, in termini solamente di diritto e ragioni oggettive, ma una risoluzione sistemica e una gestione del problema che tenga unite tutte le componenti, anche quelle soggettive dell'una e dell'altra parte.

Non più irrigidimento nel volere a tutti i costi veder trionfare il proprio punto di vista, bensì la ricerca, prima di tutto, della soddisfazione dei vissuti emotivi sottostanti e del riconoscimento del proprio diritto di esistere con le proprie ragioni profonde e la ricerca, nel rispetto dell'altro, di soluzioni che superino le singole posizioni accontentando gli antagonisti in modo profondo, non sui fatti, ma sui bisogni.

A tal fine una risorsa, se vissuta in modo sapiente, è il senso di personale responsabilità.

Perché, allora, la necessità di un terzo, il mediatore?

Questi, con la sua presenza, è garante, facilitatore, ponte, traduttore, amplificatore delle ragioni di cui ciascuno è portatore. La parte 'rinasci', ritrova il suo respiro, la sua forza già per il 'solo' fatto di sentirsi ascoltata dopo un estenuante calvario di comunicazioni 'fra sordi', ritrova una propria dimensione di fronte a qualcuno che mostri un sincero interesse per le sue posizioni, che non le stigmatizzi, né le screditi, tantomeno ne sminuisca la portata.

Qualcuno che lasci sgorgare emozioni di rabbia, rancore, rivalsa, senza scandalizzarsi perché, come afferma Terenzio, *sono un essere umano e nulla di ciò che è umano mi è estraneo*.

14. LA MEDIAZIONE SECONDO IL MODELLO UMANISTICO-FILOSOFICO

Per la mediazione umanistico-filosofica il conflitto assume i tratti di un evento della vita, complesso e denso di significati da decodificare e comprendere poiché compromette la personale dignità, la tranquillità e la stima di sé, le relazioni interpersonali con le controparti, la qualità del proprio futuro.

Con il senso di responsabilità di chi, come il mediatore, per suo specifico compito, è in grado di proiettare uno sguardo più ampio sulle vicende umane e sulle modalità per affrontarle, si

deve andare oltre i fatti oggettivi e ricercare le strade per superare il conflitto, affrontando le radici degli eventi che l'hanno generato, dando risposte adeguate alle offese, ai sentimenti compromessi, alle aspettative deluse, al valore e alla dignità.

La mediazione consiste nel dar forza a ciascuno irretito o coinvolto in un conflitto: il mediatore accompagna e dà forza.

Ma che tipo di forza il mediatore, che ha scarso potere, può dare? La forza del suo *essere*. Diverso rispetto alla mentalità corrente. Altro rispetto alle modalità seguite dai confliggenti. Educatore al valore dell'ascolto empatico, del silenzio e della comprensione. Della emulazione piuttosto che del giudizio. Capace di far circolare fiducia e ricerca dell'autenticità.

Anche l'avvocato dà forza. Ma di che tipo di forza si tratta? La forza della determinazione a sostenere il proprio esclusivo punto di vista con il conseguente effetto di irrigidire le posizioni, nella individuazione delle esclusive ragioni del proprio cliente.

A volte al servizio del proponimento di annientare il 'nemico' ed avere la vittoria su di lui, il legale offre i propri strumenti e la competenza tecnica per soddisfare la voglia di rivalsa, di vendetta, dando forza a tutta la gamma di emozioni violente ed aggressive che l'individuo prova quando deve difendersi, incanalandole in termini socialmente accettabili secondo il diritto.

La mediazione dà forza a qualcosa che sta dietro le emozioni, di ben maggior valore. Di ben altro spessore.

1) La mediazione dà forza al desiderio, sovente recondito, di armonia con l'altro, di ricerca di rapporti basati sul riconoscimento reciproco di dignità, valori, ragionevolezza.

2) Svela le ragioni -non sempre note agli stessi protagonisti del conflitto- che scatenano le liti, le porta alla luce, le scandaglia e le 'disinnesca'.

3) Si fonda sul convincimento che all'essere umano è dato sempre di pensare ad una espressione più alta di sé, ad una nuova visione. Ed anche quando della competizione non può farsi a meno, essa può collocarsi su piani diversi, senza dover necessariamente scatenare conflitti, magari evolvendo verso l'emulazione. L'emulazione, al di là della competizione distruttiva, è un processo sano: invece che voler togliere o distruggere qualcosa che qualcun altro ha, si tenta di eguagliare il comportamento dell'altro che lo ha portato ad avere ciò che in lui è apprezzabile. Non più lo si invidia, ma lo si imita, facendo proprio ciò che di buono attrae di lui.

15. GLI EFFETTI MOLTEPLICI CHE CONSENTE

Factum infectum fieri nequit: il danno inflitto durante il conflitto resta incancellabile, questo non deve dimenticarsi.

Con la mediazione secondo il modello da me elaborato, quindi, le parti trovano non solo un accordo che soddisfa entrambe ma, ciò che più conta, rimuovono i focolai di eventuali, futuri conflitti.

Comprendere le motivazioni alla base del conflitto diminuisce il senso di colpa, inaridisce il terreno sul quale si sviluppa il risentimento, fa svanire il bisogno di consumare forme di vendetta nei confronti del mondo, facendo patire ad altri i disagi della propria vita.

In questo modo esse sono libere di progettare modalità diverse per rimanere in relazione, liberandosi dai vincoli dei comportamenti precedenti in virtù del ‘bene’ che possono iniziare a praticare allontanandosi progressivamente dai ‘vecchi’ schemi mentali, separandosi dal passato, voltandogli definitivamente le spalle.

Si tratta, in definitiva, di mutar mente per divenire capaci di non confliggere danneggiandosi reciprocamente, giungendo a comprendere come essere ‘sapienti’ nell’attivazione di relazioni costruttive e promettenti.

Mediare significa comprendere le ragioni delle incomprensioni, scoprire vie e, soprattutto, radicare atteggiamenti mentali idonei a superarle.

Dalla parte più profonda di ogni individuo, da sempre ma oggi più che mai, giunge un richiamo, un desiderio di giustizia, di libertà, di riconoscimento del proprio diritto di esistere.

Questo livello è atteso ed auspicato perché consente orizzonti più estesi, può liberare dalle barriere che impediscono di leggere la vita in una chiave diversa, appagante, con un suo senso reale e profondo: non induce più a sentirsi vittime di una realtà troppo severa ed opprimente –come a lungo si è creduto– ma addirittura consente di scoprire di aver titolo per essere co-creatori della propria vita, per poter aspirare alla speranza, alla fiducia, alla forza positiva dalla quale si è trascinati.

Si diventa più consapevoli e si intuisce il senso della propria umanità, ed ogni evento della vita, anche se pesante, ha la sua collocazione, è un passaggio gravoso, ma che può arricchire, poiché fa incontrare la propria fragilità e, attraversandola, si possono eliminare tante scorie inutili, fino a quando, ridotti all’essenza di sé stessi, si è capaci di varcare il confine dell’invisibile, la soglia della conoscenza che connette ‘oltre’.

16. QUANTA EST NOBIS VIA?

E' quindi fondamentale, onde scongiurare delusioni e traguardi di scarsa efficacia, dare alla pratica della mediazione tutti gli strumenti dei quali necessita per svilupparsi, a condizione che le sia dedicato tutto il rispetto che si deve ad un procedimento che, agendo nel profondo delle persone, non può ridursi ad una forma di giustizia 'minore', ma –al contrario- deve favorire una evoluzione del diritto e della stessa giustizia.

L'efficienza e la capacità di far funzionare la macchina 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, una questione di democrazia sostanziale: la capacità che ha lo Stato di operare in una prospettiva costituzionalmente orientata alla costruzione di una società giusta.

Credo quindi che, nello stesso tempo in cui ci preoccupiamo di comprendere ed utilizzare le potenzialità della mediazione, stiamo ponendo le basi di una convivenza civile ove la diversità si coniughi con l'esercizio costante del diritto alla propria unicità ed al rispetto di quella dell'altro.

Quanta strada ci attende per riconoscere alla mediazione il ruolo di promozione civile dai tratti profondi e innovativi che le compete, e solo di conseguenza quello deflattivo del contenzioso giudiziario che il legislatore ha inteso prioritariamente attribuirle?

Quanta strada ci attende per acquisire la sensibilità necessaria ogniqualvolta si trattino vicende umane, con una preparazione professionale di spessore umanistico-filosofico?

Quanta strada ci attende affinché la società si avvii alla ricerca di relazioni interpersonali evolute in cui si sappia camminare con gli altri e non senza di loro o contro di loro? Relazioni non fra rassegnati alle contrapposizioni, fra chi si accontenta di forme superficialmente infarcite di cordialità e di solidarietà, magari anche di rispetto reciproco, ma prive di una reale intesa e di un vero *pathos*.

La risposta, al momento, è nel vento, direbbe Bob Dylan.