

ASSEMBLEA DEGLI OSSERVATORI ROMA 2017

GRUPPO GIURISDIZIONE E ADR

DOCUMENTO FINALE

1. Artefici di una trasformazione culturale

La riflessione e l'operare concreto degli Osservatori sulla Giustizia civile sul tema delle soluzioni ai conflitti diverse dal ricorso al giudice ha determinato una trasformazione. Non abbiamo inseguito modelli importati da altri ordinamenti, né abbiamo seguito le mode, e neanche ci siamo lasciati condizionare dalle esigenze deflattive, seppure comprensibili.

Abbiamo impresso, in quasi dieci anni, una precisa direzione al tema del rapporto tra giurisdizione e ADR attraverso il lavoro degli Osservatori nei territori, e l'opera quotidiana dei magistrati e degli avvocati e poi anche dei mediatori, e, soprattutto attraverso le Assemblee nazionali che hanno costituito delle tappe fondamentali nell'evoluzione del tema.

Da piccola finestra su singole esperienze locali, alle assemblee nazionali di Salerno nel 2008 (dove è stata presentata la Camera di conciliazione di Roma ed il collegato progetto La Porta del Diritto) ed di Reggio Calabria nel 2009 (dove si è parlato dell'esperimento della conciliazione giudiziale presso la Corte d'Appello di Roma), il tema della conciliazione è diventato successivamente oggetto di uno dei vari gruppi di studio. A Bologna nel 2010 un gruppo ha lavorato sul tema della conciliazione delegata, tra progetti in itinere e progetti pilota. Dopo la prima e parziale entrata in vigore delle norme del d.lgs.28/2010, all'assemblea di Torino del 2011 uno dei gruppi era dedicato alla mediazione delegata. L'anno dopo, a Catania, nel gruppo mediazione e conciliazione si è parlato del Progetto Nausicaa con il Protocollo con il Tribunale di Firenze sulla sperimentazione della conciliazione sollecitata dal giudice. Solo a Reggio Emilia nel 2013, subito dopo la sentenza della Corte Costituzionale dell'ottobre 2012 e poco prima della riforma del d.lgs. 28/2010, il tema è tornato ad essere una piccola finestra, sull'esperienza del Laboratorio "*Un altro modo*" dell'Università di Firenze in sinergia con l'Osservatorio di Firenze. A Rimini, all'assemblea del 2014, un gruppo di lavoro molto partecipato, ha discusso per la prima volta dell'utilizzo di tutti gli strumenti extraprocessuali e endoprocessuali e dei rapporti tra mediazione demandata dal giudice e proposta del giudice ex 185 bis cpc.

Una vera svolta è avvenuta negli ultimi tre anni, da quando il tema della non esclusività della giurisdizione come risposta alla domanda di tutela, e di un modo pluriforme di intendere l'accesso alla giustizia, è entrato nel titolo stesso delle assemblee nazionali: "*Effettività delle tutele: dentro e fuori dalla giurisdizione*", il

titolo dell'assemblea di Genova nel 2015; *"Diritti interessi effettività di tutela"*, quello di Milano nel 2016; *"Giustizia diffusa e condivisa"* a Roma nel 2017.

E' auspicabile che nelle prossime assemblee il tema delle soluzioni alternative ai conflitti diventi trasversale a molti dei gruppi di lavoro, come lo è già stato in parte in questa assemblea nel gruppo "Risorse per la giustizia" e nel gruppo "Famiglia", in un ambito in cui è ormai decisivo l'apporto che può fornire lo strumento della negoziazione assistita e del diritto collaborativo o la pratica collaborativa.

Possiamo, affermare che costituisce finalmente un principio acquisito nel mondo degli operatori della giustizia che le ADR non sono la giustizia minore o la giustizia per le cause bagatellari ma sono la giustizia senza processo che per funzionare ha bisogno che funzioni il processo, per evitare che una delle due parti in conflitto trovi conveniente avvalersi dei disservizi della giustizia per consolidare la propria posizione di vantaggio. I principi di prevedibilità della decisione e di ragionevole durata del processo sono, pertanto, indispensabili per il successo degli strumenti di ADR.

E possiamo anche affermare che c'è convergenza generalizzata sull'idea che le ADR non sono uno strumento deflattivo, perché questo tipo di deflazione non funziona o almeno funziona meno di altre modalità di riduzione delle nuove iscrizioni a ruolo, e soprattutto perché la degiurisdizionalizzazione concepita come alleggerimento del carico degli uffici giudiziari può costituire un illegittimo diniego di giustizia.

2. Impegno sull'informazione, la formazione e l'educazione delle persone

A partire dalle riflessioni e dall'esperienza dell'Osservatorio di Firenze il gruppo ADR e giurisdizione ha condiviso l'esigenza di superare una fase in cui è stato centrale l'approfondimento tra gli operatori sui meccanismi e sull'uso degli strumenti di ADR, per passare ad un più incisivo investimento di energie e risorse sugli aspetti culturali dell'accesso alla giustizia e della crescita della cultura della conciliazione, anche con un coinvolgimento della società civile.

Un lavoro ed una riflessione che non abbia più al centro solo i professionisti del conflitto, giudici e avvocati in primo luogo, ma gli individui come parti di conflitti attuali o potenziali, ai quali poter offrire criteri di orientamento su come poter gestire i propri conflitti.

Si tratta di una attività che deve articolarsi innanzitutto nell'informazione sui vari strumenti che compongono attualmente il sistema dell'ADR per promuovere una cultura differenziata della gestione del conflitto che tenga conto di tutti i

sistemi di soluzione della lite, contenziosi e non contenziosi. Al di là degli obblighi informativi sulla mediazione e sulla negoziazione assistita che gravano sull'avvocato nei confronti del cliente, il cui rispetto deve essere garantito, è auspicabile che i Tribunali si dotino di servizi di orientamento per i cittadini in cui si fornisca una adeguata e completa informazione alle persone, sull'esistenza di varie possibilità di definizione delle controversie.

Ma l'informazione non è sufficiente. Molti dei conflitti che arrivano al giudice nascono dalla vita e dalle relazioni quotidiane e contribuiscono ad accrescere la solitudine, la violenza ed il degrado sociale, minando le basi della convivenza civile. La soluzione in molti casi non sta nel delegare immediatamente la soluzione del conflitto agli avvocati ed al giudice ma sta nell'attivazione di processi di auto-responsabilizzazione che implicino un nuovo modo di guardare ai conflitti considerando anche il punto di vista dell'altro e ripristinando i canali della comunicazione.

Per questa ragione si ritiene opportuno creare occasioni e progetti, che vedano la convergenza di una pluralità di esperti, enti e istituzioni, per promuovere progetti formativi destinati alle persone e differenziati anche in base all'età ed alla condizione sociale. Un investimento particolare può essere fatto nella direzione di formare la coscienza civile dei bambini sull'importanza di conciliare i conflitti, acquisendo le competenze per poterli affrontare senza chiusure ma con atteggiamento disponibile al confronto ed alla ricerca di soluzioni concordate.

Le proposte emerse possono essere così sintetizzate:

a. INFORMAZIONE

- i. Avviare iniziative con il coinvolgimento degli enti territoriali per l'orientamento dei cittadini verso le vie conciliative di soluzione dei conflitti per migliorare la qualità della vita nelle città e nelle comunità locali**
- ii. Promuovere punti informativi nei Tribunali dove l'accesso alla giustizia è presentato nei suoi pluriformi strumenti**
- iii. Realizzare, all'interno dei centri di orientamento e di informazione sull'accesso alla giustizia, sessioni informative sulla mediazione e sulla negoziazione assistita**

b. FORMAZIONE

- i. Formazione per magistrati fatta da mediatori o formatori di mediatori volti a far conoscere come funziona il procedimento di mediazione e quale attività svolge il mediatore**
- ii. Formazione per avvocati fatta da mediatori o formatori di mediatori che sia destinata a comprendere il funzionamento dei vari strumenti di ADR**

iii. **Percorsi universitari multidisciplinari e trasversali a più discipline**

c. **EDUCAZIONE**

i. **Percorsi scolastici di educazione al riconoscimento ed alla risoluzione dei conflitti**

ii. **Scuole popolari di formazione alla mediazione ed al conflitto promosse da enti, associazioni, circoli, oratori**

3. **Funzione consultiva dell'Avvocatura pubblica: aperta agli strumenti ADR**

L'Avvocatura dello Stato, con la sua partecipazione attiva all'Assemblea nazionale ed ai lavori preparatori, ha manifestato un profondo interesse per il tema dell'utilizzo degli strumenti ADR nelle controversie che vedono la presenza della parte pubblica. E' un tema nuovo, che è stato per la prima volta affrontato in modo specifico e tecnico e che rimanda alla necessità di coinvolgere le Avvocature distrettuali da parte dei singoli Osservatori e le altre Avvocature, specie quelle degli enti territoriali.

L'utilizzo, in particolare della mediazione e della negoziazione assistita, può avvenire, entro dei limiti abbastanza ristretti, che sono di carattere oggettivo più che soggettivo.

Non vi sono, infatti, solo i limiti soggettivi legati al timore del funzionario pubblico per l'eventuale responsabilità contabile o per una formazione culturale tradizionalmente sospettosa di fronte agli accordi.

Le ragioni che impediscono un ampio utilizzo degli strumenti di ADR da parte della PA sono di carattere oggettivo e sono riconducibili: 1) alla natura spesso non disponibile dei diritti in gioco; 2) ai vincoli imposti dalla legge anche in materia civile e commerciale; 3) alla presenza di atti amministrativi presupposti; 4) alla serialità del contenzioso che necessita di soluzioni di carattere generale.

Ma entro i pur ristretti limiti imposti appare evidente che per la PA addivenire ad una ragionevole transazione lungi dal comportare responsabilità per danno erariale può, al contrario, prevenire un addebito di mala gestio della cosa pubblica.

Fondamentale è, quindi, la funzione consultiva svolta con indipendenza dall'Avvocatura pubblica nei confronti dell'Amministrazione per prevenire un contenzioso inutile o dannoso o definire alcuni contenziosi in tempi ragionevoli con una soluzione accettabile per entrambe le parti in conflitto.

TRE INDICAZIONI

PER LA RAZIONALIZZAZIONE DEGLI STRUMENTI DI ADR

1) BUON UTILIZZO DEGLI STRUMENTI ENDOPROCESSUALI DI DEFINIZIONE DEL PROCESSO

a. La mediazione demandata dal giudice e gli indici di mediabilità

Ci sono dei casi nei quali il giudice può valutare opportuno ricorrere, accanto alle categorie giurisdizionali, che possono solo definire la lite senza fornire un assetto degli interessi, ad altri strumenti che facilitino la soluzione della controversia. Attraverso il dialogo processuale con gli avvocati e eventualmente anche con le parti stesse in udienza il giudice può far emergere ed evidenziare gli indici di mediabilità della causa.

Oltre agli indici di mediabilità stabiliti dal legislatore, ed al di là dell'esame del caso concreto, l'esperienza ci ha condotto ad individuare alcune ricorrenti ipotesi di mediabilità della controversia:

- 1) quando, specie nelle controversie aventi ad oggetto una domanda di condanna al pagamento di una somma di danaro, si rinviene dalla lettura degli atti, traccia di una pregressa trattativa tra le parti oppure nella comparsa del convenuto c'è una parziale adesione alla domanda attrice. In questi casi il giudice anziché utilizzare lo strumento dell'art. 186 bis c.p.c. per una definizione immediata e parziale del contrasto potrebbe, per evitare il protrarsi del contrasto sulle altre questioni, ed effettuato un eventuale preventivo tentativo di conciliazione giudiziale, prospettare alle parti la possibilità di definire il conflitto in maniera completa nell'ambito di una procedura di mediazione;
- 2) quando la causa è nata con un vizio preliminare e si deve andare verso una soluzione processuale della lite. Il fatto che il conflitto permarrà, a prescindere dall'estinzione del giudizio, potrebbe indurre il giudice ad inviare le parti in mediazione;
- 3) quando la causa viene introdotta dopo un ATP che non ha portato alla conciliazione della controversia, anche per la mancanza da parte del CTU delle competenze del mediatore, la impossibilità di utilizzare la CTU espletata nella fase preliminare per la mancata partecipazione di tutte le parti del processo, potrebbe portare il giudice a valutare, preliminarmente, l'opportunità di inviare in mediazione le parti che possono partire ad tale accertamento tecnico per tentare, con l'aiuto del mediatore, di raggiungere un accordo.

b. Utilizzazione della prima udienza anche a fini conciliativi

Una fondamentale importanza assume la prima udienza, al fine di indirizzare il processo. Ovviamente, la conoscenza e lo studio del

processo da parte del giudice e la presenza in udienza dell'avvocato che conosce la causa sono requisiti indispensabili.

Per passare ad un modello di processo meno rigido e più flessibile, leggero, adattabile alle caratteristiche del caso concreto non occorrono modifiche normative ma occorre che ogni causa venga indirizzata fin da subito verso il percorso processuale più appropriato. Solo così può essere definita nel termine più breve possibile senza rinunciare a nessuna delle garanzie di legge: il diritto di difesa ed il contraddittorio.

La fase introduttiva del processo, tra l'iscrizione della causa e la prima udienza, dovrebbe cessare di essere un tempo morto ma dovrebbe diventare il momento fondamentale del processo, in cui il giudice compie una prima valutazione del caso e verifica l'eventuale esistenza di indici di mediabilità, per rendere possibile che alla prima udienza tutti i protagonisti del processo contribuiscano ad individuare il percorso più idoneo da seguire per dirimere quel determinato conflitto.

c. L'eventuale intervento del giudice prima che il conflitto si radicalizzi

Il tempo dell'invio in mediazione da parte del giudice assume una importanza notevole. La legge non indica un momento iniziale, ma soltanto lo sbarramento finale dell'invio in mediazione: non oltre il rinvio per la precisazione delle conclusioni o per la discussione della causa, consentendo anche che l'invio avvenga in grado di appello. Analogo il termine finale indicato per il diverso istituto della proposta conciliativa del giudice ai sensi dell'art. 185 bis c.p.c., ma in questo caso il legislatore indica espressamente la possibilità di ricorrere alla proposta conciliativa 'anche alla prima udienza'. Nonostante la diversità tra i due istituti, per entrambi l'esperienza pratica indica un tempo massimo di efficacia. Mediamente dopo due anni di giudizio, le possibilità di successo tanto dell'invio in mediazione tanto delle proposte conciliative si assottigliano, perché la radicalizzazione del conflitto impedisce l'abbandono della logica contenziosa. A smentire l'interpretazione che vede gli istituti di ADR come strumenti di eliminazione dell'arretrato, e non invece come presidio di prevenzione, in un circuito di strumenti di tutela efficiente.

d. Proposta del giudice: preferibilmente non a sorpresa ed eventualmente dopo la mediazione

Il tempo della proposta conciliativa ai fini del suo esito positivo è leggermente spostato più avanti rispetto al diverso istituto della mediazione demandata, in quanto l'esperienza dimostra che le possibilità di successo di questo strumento sono legate

all'espletamento di qualche fase processuale: richieste istruttorie, deposito documenti, espletamento CTU. In questi casi, la valutazione del giudice e la sua proposta non può andare al di là dell'oggetto del giudizio, mentre nella mediazione i limiti processuali, soggettivi e oggettivi, possono essere superati in vista dell'assetto complessivo degli interessi da ottenere.

Uno dei vantaggi dell'istituto della proposta conciliativa riguarda la possibilità di ottenere l'adesione della parte pubblica, che viene così sollevata dai problemi di responsabilità.

In tutti gli altri casi la proposta andrebbe utilizzata dal giudice attraverso un coinvolgimento dei difensori delle parti, o eventualmente delle parti stesse attraverso la fissazione di una udienza per il tentativo di conciliazione, per evitare l'effetto "sopresa" e l'impressione di un atteggiamento a tutti i costi deflattivo e formulare la proposta all'interno del dialogo processuale.

2) GARANTIRE L'AUTONOMIA DEL MEDIATORE

La mediazione appartiene ad una diversa cultura di gestione del conflitto, e renderla strumentale alla risoluzione del congestionamento degli uffici giudiziari rischia di stravolgerla.

E' indubbio che vi debba essere un indirizzo da parte del giudice nell'ordinanza di invio in mediazione demandata, che deve essere sufficientemente motivata. Ma quelle indicazioni che il Giudice può dare e che il mediatore può cogliere e valorizzare nella propria sensibilità, non possono diventare indirizzi o istruzioni di carattere prescrittivo che vadano a pre-indirizzare il procedimento di mediazione.

Il procedimento di mediazione, neppure nell'idea a tratti dirigista del legislatore del decreto 28, può essere considerato un mero tentativo obbligatorio di transazione (delle domande e posizioni giudiziali).

Solo se si rafforza l'autonomia del mediatore potrà svilupparsi una mediazione di qualità, connotata dalla competenza, dalla professionalità e dall'autorevolezza del mediatore.

a. No alle verbalizzazioni

Il rischio che il mediatore possa diventare una sorta di ausiliario del giudice, e che la libertà per le parti di continuare nel percorso di mediazione ne sia pregiudicata, è presente laddove il mediatore venga chiamato dal giudice in sede di ordinanza di invio in mediazione a verbalizzare i motivi per i quali le parti non conciliano.

In questo modo si rischia di asservire la mediazione al processo e si lede uno dei principi cardine della mediazione, quello della riservatezza. Se, infatti, devono essere verbalizzate le posizioni delle parti e le eventuali proposte nessuno si sentirebbe più libero di

negoziare confidando nella riservatezza del procedimento. D'altra parte, il Giudice, in base ai poteri che la disciplina sulla regolamentazione delle spese e lo stesso decreto 28 gli conferisce, ben potrà in giudizio chiedere alle parti conto del loro comportamento in mediazione e applicare le sanzioni previste.

b. No alla CTU in contumacia

La consulenza tecnica in mediazione, può essere un valido mezzo di risoluzione, specie in fattispecie complesse quali le cause ereditarie, la responsabilità medica ed i contratti bancari.

Ma tale mezzo, trovandosi iscritto in un procedimento nel quale la volontà delle parti è sovrana, non può che svolgersi in un procedimento avviato con il consenso di tutte le parti (come ricorda lo stesso art.1 del d.lgs.28/2010).

Una buona prassi da promuovere è quella di non disporre la consulenza in mediazione senza il consenso delle parti e, pertanto, mai in contumacia.

c. No alla proposta del mediatore in contumacia

Anche la proposta in contumacia non corrisponde allo spirito della mediazione (né come detto alla lettera della legge) e rischia di realizzare un asservimento del procedimento di mediazione alle logiche processuali ed ai meccanismi sanzionatori. Per poter esistere la mediazione implica necessariamente la presenza personale delle parti, e questo principio ricavabile dalla prassi mediative è stato fatto proprio dalla giurisprudenza di merito a partire dall'ordinanza Breggia del marzo 2014.

E' opportuno, invece, prevedere che la proposta possa essere formulata dalla parte (come lasciava presagire il testo della legge delega)

d. Eguo compenso per il mediatore

Il primo incontro non può essere completamente gratuito se si vuole riconoscere autonomia e dignità, e quindi efficacia, al lavoro del mediatore. Potrebbe essere opportuno prevedere un compenso minimo da includere eventualmente nelle spese di avvio della mediazione.

3) RISOLVERE I CONFLITTI FUORI DAL PROCESSO

a. La scelta dello strumento più idoneo

Quello degli strumenti di risoluzione dei conflitti è un sistema articolato (che richiede però un più stretto coordinamento), nel quale le persone che pongono una domanda di giustizia hanno diritto di essere aiutate ad orientarsi. E per questo è stato imposto all'avvocato,

dalle norme sulla mediazione e da quelle sulla negoziazione assistita, il dovere di informativa verso il cliente, come garanzia del diritto del cliente a poter assumere una decisione consapevole su come gestire il suo conflitto perchè adeguatamente informato. Per far crescere una cultura della gestione differenziata del conflitto: occorre analizzare quale è lo strumento più adeguato rispetto alla specificità del conflitto ed alle condizioni particolari delle parti, lasciando al contempo alla parte – debitamente informato – di scegliere lo strumento più opportuno per il caso concreto.

b. Programmare la gestione del conflitto

Ma la necessaria armonizzazione degli istituti non implica solo individuare lo strumento più adatto per ogni tipo di conflitto ma anche la possibilità di programmare la gestione del conflitto.

La programmazione nella gestione del conflitto non può che passare dalle forme negoziali (le clausole c.d. *multistep*) che consentano alle parti di regolamentare complessivamente le fasi del procedimento di risoluzione della controversia, utilizzando razionalmente negoziazione assistita, mediazione ed arbitrato quale *road map* di un percorso di pacificazione. La convenzione di negoziazione assistita anzichè essere un atto meramente formale per assolvere ad una condizione di procedibilità potrebbe più utilmente servire per regolamentare in un'unica sede tutti i vari passaggi. E la sottoscrizione della convenzione di negoziazione assistita implicando per legge l'accettazione dell'impegno a cooperare lealmente ed in buona fede per il raggiungimento dell'accordo, costituisce una precisa e formale scelta di una modalità non avversariale di risoluzione del conflitto.

L'ordine degli interventi e degli strumenti da utilizzare rispecchia il naturale evolversi del confronto e delle possibilità di definizione della lite. Il conflitto nasce infatti tra le parti (che molte volte lo risolvono direttamente tra loro, senza neppure bisogno dei legali) e dapprima vede il coinvolgimento dei loro consulenti (in primo luogo gli avvocati), i quali tentano di contribuire alla soluzione del caso. Oggi tale procedimento può (e in molti casi, deve) avvenire nella forma della negoziazione assistita. Se la soluzione non si raggiunge nel semplice confronto tra le parti ed i loro consulenti è ragionevole che si debba modificare il panel dei soggetti chiamati a contribuire alla risoluzione, aggiungendo il mediatore, che nella sua posizione di terzo imparziale e con le sue competenze, può agevolare la sintesi. Se anche questo tentativo non riesce è ragionevole pensare che la controversia debba essere risolta mediante un provvedimento a carattere autoritativo, che potrebbe essere assunto in sede arbitrale, incaricando lo stesso

mediatore o altro soggetto, sempre nell'ambito del medesimo organismo, secondo il modello anglosassone "med/arb" e "med then arb".

L'APPELLO PER NON INTERROMPERE IL CAMMINO AVVIATO

Riteniamo che la mediazione sia consustanziale all'accesso alla giustizia e che rientri nella copertura dell'art.24 della Costituzione.

Pensiamo che la mediazione obbligatoria non abbia ancora esaurito la sua spinta propulsiva e promotrice, volta ad accrescere la cultura della conciliazione nel nostro paese, e per questo chiediamo al Governo di prorogare il termine della sperimentazione prevista dal legislatore del 2013.

Così come le quote rosa garantiscono il principio della non discriminazione di genere, altrettanto la mediazione obbligatoria serve a garantire la definitiva affermazione di un principio di accesso alla giustizia pluriforme, che senza l'obbligo di legge avrebbe ancora stentato ad essere riconosciuto.

Per queste ragioni aderiamo alle proposte formulate nella relazione della Commissione ministeriale Alpa che proponeva una estensione temporale della mediazione obbligatoria.

Senza l'effettivo affermarsi di una cultura di gestione differenziata del conflitto, la libertà di scelta dello strumento più adatto alla risoluzione del proprio conflitto da parte di chi è coinvolto in una lite rischia di essere più formale che sostanziale.

Roma, 21 maggio 2017