

Giustizia consensuale e comunità di pratica: l'occasione della mediazione demandata dal giudice

Paola Lucarelli

Indice

Premessa.

1. Le scelte del legislatore della riforma verso la mediazione presa sul serio.
2. Mediazione demandata dal giudice: il problema degli indici di mediabilità.
3. Dal progetto Nausicaa a Con-Senso.
4. Gli impulsi contrari alla giustizia consensuale, parliamone.
5. Note.
6. Bibliografia.

Abstract:

Il contributo si sofferma sullo strumento giudiziale della mediazione demandata, ai sensi dell'art. 5-*quater* del D.lgs. 28/2010 come recentemente riformato, prediligendo una visione della mediazione funzionale prima di tutto alla realizzazione dell'autodeterminazione delle persone. La lettura ontologica del fenomeno previene e informa anche l'applicazione della norma generando un dilemma interpretativo essendo la mediazione aliena rispetto all'ambiente processuale. La decisione giudiziale non può prescindere dal sistema di valori che trovano nutrimento proprio nella sede della mediazione, in particolare consapevolezza, responsabilità, autonomia e solidarietà, favorendo, dunque, la pratica di tale percorso ogni qualvolta non ostino impedimenti al dialogo fra i confliggenti assistito dal mediatore e dagli avvocati. Il contrasto, anche estremo, fra le pretese non è mai da considerare ostativo, ponendosi sul piano superficiale rispetto al conflitto oggetto di analisi in mediazione. Lo strumento della mediazione demandata dal giudice, leva di consapevolezza e autonomia, avanguardia della maturità collettiva e della coesione sociale, merita un'applicazione ordinaria, competente e soprattutto condivisa all'interno dell'ufficio per il processo, ove può ricevere adeguato supporto, nonché nella rete distrettuale creata appositamente per la diffusione della cultura della giustizia consensuale.

Premessa

È finalmente alla svolta nel Paese la cultura della mediazione dei conflitti. Non che sia nuovo il percorso di gestione delle dispute che si avvale del professionista mediatore e che vede i confliggenti incontrarsi e dialogare nonostante siano in lite, ma è certamente attuale e straordinariamente costruttiva l'iniziativa intrapresa per radicare, coltivare e raccogliere i frutti di quella che oggi viene definita *giustizia consensuale*, che vede prima di tutto le persone, nei rapporti familiari, nelle relazioni sociali, nel lavoro, nelle organizzazioni private e pubbliche, assumere la responsabilità di tentare la composizione della lite.

La riforma della mediazione civile e commerciale del 2022 ha segnato il passo nel processo di innovazione culturale: come è noto, la disciplina risalente al 2010, detersa e bonificata rispetto alle molte scelte al limite compiute dal legislatore di allora, è stata nobilitata dalla visione impressa all'intervento riformatore. Ancora una volta, il motore è stato il bisogno di misure risolutive dei gravi problemi di funzionamento del sistema, che ha generato però, questa volta, una risposta lungimirante, dedita ad accogliere istanze sociali di coesione e solidarietà¹. Nell'emergenza occorsa di recente, sono

¹ Si è tentato più volte di risolvere il problema, sempre grave, di una risposta di giustizia lenta e carente, ma con azioni frammentarie di riforma del processo civile che non hanno determinato la diminuzione del contenzioso pendente. Venne individuata "un'incidenza sugli obiettivi di effettività e celerità della tutela giudiziaria della ripartizione tra il giudice e le parti dei poteri nel governo del processo", ma non sembra che gli interventi sulla distribuzione di tali poteri siano stati influenti e sufficienti ai fini del raggiungimento degli obiettivi: v. C. GIORGIANONIO, *Le riforme del processo civile*

divenuti ancora più urgenti interventi diretti ad affrontare i problemi gravi, primo fra tutti la scarsa fiducia dei cittadini nei servizi offerti dalla pubblica amministrazione e, in particolare, dal sistema giustizia in punto di garanzia effettiva di tutela dei diritti e celerità del processo.

Tutt'altro che alternativo, alla mediazione è stato assegnato un ruolo che è piuttosto di complementarità, coesistenza, rispetto alla giurisdizione: un percorso precedente e poi parallelo al processo, in grado di riconoscere le persone nell'esercizio della libertà di determinare la sorte del conflitto attraverso il dialogo pacifico assistito da adeguate competenze².

Uscendo dalla logica dell'alternatività fra le due strade, contenziosa e consensuale, che sembra condurre impropriamente a una rinuncia, si è percepita – per la prima volta autenticamente – la ricchezza dei percorsi della giustizia: il diritto è al servizio dello svolgimento ordinato delle relazioni sociali, non esclusivamente all'interno delle aule giudiziarie, ma prima di tutto nella precoce valutazione delle pretese nelle dinamiche relazionali, comprendente l'impatto razionale ed emotivo, le eventuali fragilità dei confliggenti, in una sede e con modalità che precedono o seguono la delega giudiziale. L'enorme varietà del contenzioso, delle ragioni che conducono alla lite, degli interessi sostanziali, delle interazioni fra le persone, non può che trarre giovamento da un rinnovato concetto di Giustizia che contempli anche, *rectius* prima di tutto, il consenso inteso come disposizione al dialogo diretto fra i confliggenti e una nuova concezione della professione legale, oltre i binomi giustizia/processo e processo/sentenza.

Si osservi, peraltro, che la mediazione facilita un compito che ha oggetto, natura, scopo, modalità, chiaramente distinti dalla giurisdizione, generando almeno il dubbio a proposito della configurazione del rapporto in chiave di sussidiarietà³. Considerando il tema secondo un approccio che non considera le diversità profonde fra processo e mediazione, la riflessione su quest'ultima ne ha condizionato, fin dal principio, la cultura e la pratica, impedendo fra l'altro di ricondurla ai valori di libertà e sviluppo della persona⁴. La vicenda che si avvera in mediazione è dialogo per la comprensione, cui inevitabilmente segue – se condotto ad arte e competenza – l'emersione di bisogni, interessi, valori,

italiano tra adversarial system e case management, in *Questione Giustizia*, 2014, p. 109; il contributo di A. PROTO PISANI, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in A. PROTO PISANI, *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, p. 13 e ss.; le analisi teoriche fra molti di O.G. CHASE, *Reflections on Civil Procedures Reforms in the United States: what has been learned? What has been accomplished?* e F. FERRAND, *The Respective Role of the Judge and of the Parties in the Preparation of the Case in France*, in N. TROCKER e V. VARANO (a cura di), *The Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective*, Torino, 2005, p. 30 e pp. 172-175.

² L'idea di una giustizia coesistenziale si rinveniva già M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro italiano*, 1979, p. 54 e ss.; cfr. V. P. PORRECA, *La composizione stragiudiziale del conflitto come momento della giustizia coesistenziale*, in *Atti del Convegno La discrezionalità del giudice. Le esperienze in Italia e Germania. Spunti per una comparazione funzionale all'esercizio delle professioni giuridiche*, Napoli, 15-16 ottobre 2010.

³ Cfr., in proposito, le puntuali considerazioni di B. BALLERINI, *Mediazione e potere amministrativo*, di prossima pubblicazione in *Giustizia consensuale*, 2025, II: “Proprio il rilievo della persona come metro dell'offerta di giustizia è strettamente correlato con il secondo riferimento costituzionale della consensualità, che è rappresentato dalla sussidiarietà orizzontale. La logica del principio descritto all'art. 118, quarto comma, della Costituzione porta a ritenere che l'ordinamento dovrebbe prediligere forme di soluzione consensuale dei conflitti, incoraggiando quindi la diffusione nelle relazioni fra privati di strumenti di autocomposizione delle liti, in modo che le persone non debbano necessariamente ricorrere all'intervento dell'organo giurisdizionale per risolvere le proprie controversie. Attraverso la valorizzazione dell'autonomia dei privati, la sussidiarietà introduce in definitiva una preferenza per la ricerca di soluzioni condivise dei conflitti che la sentenza eteronoma e autoritativa del giudice non è strutturalmente in grado di assicurare. Attraverso la valorizzazione dell'autonomia dei privati, la sussidiarietà introduce in definitiva una preferenza per la ricerca di soluzioni condivise dei conflitti che la sentenza eteronoma e autoritativa del giudice non è strutturalmente in grado di assicurare.”, ove richiama sul punto: F. DANOVI et Al., *I patti preconfittuali*, 2019, Giappichelli, p. 36; A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 20 ss.; P. DURET, *Soft law, ADR, sussidiarietà: una triade armonica*, in *Giustizia consensuale*, n. 1, 2022, 331 ss., il quale evidenzia che la logica della sussidiarietà introduce un sistema di “*giustizia graduata, costituito dalle molteplici declinazioni di ADR*”.

⁴ Il riferimento è all'art. 3, secondo comma della Costituzione, che considera fondamentale e impegna a non ostacolare il pieno sviluppo della persona umana. Il coinvolgimento di coloro che vivono il conflitto con la responsabilità della sua soluzione, anziché rimanere passivi rispetto al provvedimento imposto dal terzo, genera la consapevolezza delle ragioni, l'impegno nel confronto, il riconoscimento reciproco, la capacità di scelta ed esercizio della volontà, di comprensione, di solidarietà, di emancipazione, il controllo della propria vita: il pieno sviluppo della persona umana, appunto.

cui dedicare un impegno consapevole, responsabile, collaborativo, solidale. Come può essere, allora, la mediazione sussidiaria al processo ove si chiede al giudice di dare ragione secondo il diritto?

L'arbitrato è l'alternativa. La mediazione è altro.

Così, senza cadere nella tentazione di dover riportare tutto alla priorità della giurisdizione pubblica, perché rimane perfino ovvio come questa sia imprescindibile, indispensabile e, a mio modo di vedere, preferibile alla giustizia privata, occorre considerare, con onestà intellettuale, che andare in mediazione non significa affatto sottrarsi alla giustizia, ma promuovere adultità, cioè consapevolezza e responsabilità: prima si parla, si discute con la *facilitazione* dell'esperto, poi, eventualmente, si chiede al giudice di fare altro, cioè fornire la sentenza applicando il diritto.

Tornando al tema dell'intervento emergenziale compiuto nel 2022, si osservi che proprio attraverso politiche che promuovono l'autonomia, cioè l'impegno consapevole, adulto, si valorizza e si potenzia un sentimento di fiducia nell'azione pubblica e il senso di appartenenza alla comunità che riconosce i suoi membri. Questo tema, di ovvia chiarezza, è stato però oscurato nella sua importanza dalle modalità con le quali ci si è occupati fino ad allora della giustizia consensuale: con una disciplina inefficiente, un sistema di accreditamento e controllo inadeguati, la totale mancanza di investimenti pubblici.

1. Le scelte del legislatore della riforma verso la mediazione presa sul serio.

La riforma del '22 ha avviato il processo di innovazione culturale, ma serve ancora una profonda presa di coscienza universitaria e forense: una maturità collettiva che permetta di superare la visione tradizionale della giurisdizione come unica strada percorribile per affrontare (certamente non risolvere) i conflitti insorti tra le persone⁵. L'attesa del cambiamento potrebbe essere lunga, perché in realtà si tratta di un processo di emancipazione da credenze, dubbi e paure, che hanno condizionato molti decenni di abitudini sociali e di cultura giuridica. Tuttavia, ciò che rileva è come si accompagna il processo culturale con l'attenzione e la cura che merita, nella consapevolezza del bisogno socialmente diffuso di responsabilizzazione delle persone nella gestione dei loro conflitti.

Molto ha aiutato la Riforma che ha assegnato la priorità alla mediazione dei conflitti nel primo principio della legge delega sulla giustizia civile proprio alla mediazione, nella convinzione che tale strumento sia in grado di tracciare "percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali"⁶.

Fra le più significative novità, si è stabilito che i confliggenti devono partecipare personalmente alla mediazione; devono comportarsi lealmente e in buona fede realizzando almeno l'avvio effettivo della discussione nel merito del conflitto; l'amministratore del condominio nel suo ruolo di rappresentante può avviare o aderire alla mediazione anche senza delega dei condomini; il funzionario pubblico partecipa, *rectius* deve partecipare se il tentativo è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, senza paura di incorrere per ciò stesso nella responsabilità erariale, perché, invece, è possibile che assuma la responsabilità per non aver evitato o limitato il danno in mediazione; l'imprenditore è tenuto ad affrontare il conflitto in mediazione nell'ambito di un contratto commerciale di durata per tentare la manutenzione del rapporto o per un'uscita morbida, cioè senza conseguenze onerose per l'impresa. Il tentativo di mediazione diviene, così, condizione di procedibilità della domanda giudiziale in un numero molto più elevato di controversie, in particolare quelle che sorgono nei rapporti commerciali fra le imprese. L'attività del mediatore viene remunerata, anche se simbolicamente, fin dal primo incontro. Non è mancato l'investimento pubblico attraverso incentivi fiscali ed economici e il gratuito patrocinio.

La visione che ha informato queste scelte è, dunque, quella che mira a rendere partecipi le persone alla giustizia, che può ben essere consensuale, e di conseguenza al buon funzionamento della giurisdizione. Costruire un processo perfetto nelle sue regole procedurali può generare ordine, ma non basta a realizzare coesione sociale. Rendere i cittadini protagonisti del percorso da intraprendere per affrontare la lite significa, invece, promuovere l'educazione all'auto-determinazione e

⁵ Sul perseguimento di una *maturité collective* grazie alla diffusione della pratica conciliativa, v. L. OTIS, *La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec*, in *Revue de prévention et de règlement des différends*, 2 (2003).

⁶ M. CARTABIA, *Linee programmatiche sulla giustizia*, 15 marzo 2021, <https://youtu.be/2UwTdN2U0W8>.

all'assunzione di responsabilità nella gestione dei conflitti, in modo pacifico e con l'aiuto di un facilitatore esperto.

Proprio alla luce di questo obiettivo, si giustifica, allora, la scelta del legislatore di rendere obbligatorio il tentativo di mediazione. Le parti *devono* provarci: ecco cosa dice la norma. I cittadini *devono* fare esercizio della loro autonomia, cioè del potere di conoscere e decidere come affrontare la sorte dei propri problemi secondo i propri interessi. Non si tratta affatto di una contraddizione inaccettabile, se solo si configuri come l'obbligo di tentare la strada della consapevolezza e della volontà responsabile. L'apparente paradosso fra l'obbligo di tentare la mediazione e la volontarietà, la consensualità che ne caratterizza il percorso ed eventualmente l'esito, si scioglie completamente se si considera che alla porta della giurisdizione e, dunque, della delega al giudice per la decisione della controversia, si accede passando dalla stanza dell'autonomia, assistita da chi protegge da possibili abusi e asimmetrie, facilitata dal professionista imparziale. Le parti del conflitto arrivano dinnanzi al giudice solo da questo ingresso, non laterale, non secondario, ma *principale*, se si considera la giustizia come una risposta ai reali bisogni delle persone che nella sosta dell'autonomia diventano consapevoli del problema e responsabili della eventuale soluzione.

Come è stato più volte osservato, non sarà la migliore legge possibile del processo civile a risolvere i problemi della giustizia, ma solo la consapevolezza radicata e diffusa fra i cittadini dell'importanza di conoscere le vere ragioni del conflitto, ascoltare, comunicare in una sede dedicata al confronto aperto, costruttivo, con la sapiente preparazione degli avvocati e del mediatore. Così, seppure non si dubiti che la coesione si genera dal basso, si può stimolare un sentimento di fiducia e di responsabilità nelle persone che vivono le relazioni sociali, le inevitabili diversità, gli ineluttabili conflitti. Una rivoluzione culturale, indubbiamente, che coinvolge l'intera società, che vede il giurista teorico e pratico impegnato in prima linea. La convivenza di qualità richiede l'approccio virtuoso al conflitto: nella scala dei valori prima il dialogo assistito in mediazione, poi la delega al giudice.

Come più volte osservato, è ancora attualissimo, in proposito, l'insegnamento di Emile Durkheim sui quattro ordini di requisiti irrinunciabili per generare relazioni favorevoli tra gli individui di una comunità⁷. Fra questi, ricordiamo il *coinvolgimento dei cittadini* nella vita delle istituzioni e il *contributo che tutti possono portare* affinché sia assicurata la gestione ottimale delle stesse, con l'effetto di procurare un profondo senso di appartenenza alla vita comune. È stato proprio Durkheim a coniare per primo il concetto di coesione sociale cui attribuì il significato e la portata della relazione fra gli individui di una comunità. Così è oggi anche per la Giustizia che funziona solo se tutti avvertono il senso di appartenenza al sistema e il senso di partecipazione personale al suo funzionamento, entrambi coltivati con cura e attenzione dalla amministrazione pubblica, con la colta assistenza e consulenza degli avvocati, la preparazione qualificata dei mediatori, la disponibilità e la capacità dei giudici nel promuovere l'autonomia.

2. Mediazione demandata dal giudice: il problema degli indici di mediabilità.

Dovrebbe essere chiaro, a questo punto, quanto sia rilevante, perfino decisivo, il convincimento del giudice a proposito del suo *potere* di contribuire alla valorizzazione dell'autonomia delle persone⁸. Forse non si tratta neppure dell'opportunità di un mero convincimento, ma dell'assolvimento di un dovere radicato nel ruolo che al giudice viene affidato. Il punto è che il diritto vigente della mediazione dei conflitti, nella versione attuale, alquanto evoluta rispetto alle origini, rappresenta una puntuale attuazione dei principi costituzionali⁹. La mediazione non è più un'opzione, una via secondaria, anzi diviene la strada maestra delle tutele, fra esercizio dell'autonomia riconosciuto e potenziato, autodeterminazione, sviluppo della personalità, solidarietà. Qualora *ogni circostanza* faccia desumere che l'autonomia delle persone - esercitata con la guida esperta dell'avvocato - possa

⁷ E. DURKHEIM, *Du la division du travail social* (1893), trad. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016.

⁸ Sul tema della mediazione demandata dal giudice, cfr. S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di) *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

⁹ A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 20 ss.

rivelarsi di utilità per i confliggenti, i giudici dovrebbero facilitare la ricerca del consenso e conseguentemente attendere il relativo esito.

La riforma del '22 ha inteso stimolare proprio il perseguimento di questi obiettivi: con i nuovi articoli 5-*quater* e 5-*quinqies* del D.Lgs. 28/2010, il giudice diviene catalizzatore di importanti avanguardie: la responsabilizzazione dei confliggenti nell'approccio al confronto assistito dagli avvocati, l'avvicinamento del cittadino alla giustizia come co-responsabile del suo funzionamento e della relativa sostenibilità, il progresso della cultura giuridica, l'efficienza imprenditoriale con la salvaguardia degli investimenti, l'efficacia della pubblica amministrazione in ascolto del cittadino, in sintesi: la diffusione della cultura della mediazione come collante sociale¹⁰.

La descrizione dell'impatto che è in grado di determinare il nuovo assetto normativo è semplice¹¹. Come appena indicato, oggi l'analisi giudiziale della mediabilità della lite non mira solo a rilevare i presupposti attinenti allo stato dell'istruttoria, alla natura della causa e al comportamento delle parti, bensì apre ad ogni altra circostanza che giustifichi il provvedimento del giudice che demanda le parti alla mediazione¹². L'applicazione dell'art. 5-*quater*, pertanto, seppure con espressa motivazione è libera nella valutazione, ancorata solo al principio di efficacia rispetto al dialogo delle parti titolari e protagoniste del conflitto: il giudice non è tenuto e, soprattutto, non può prevedere l'esito del confronto privato, non conosce i reali bisogni e interessi dei confliggenti; tuttavia, considera utile almeno il tentativo di discussione assistita dal mediatore e dagli avvocati e provvede in tal senso.

Questo approccio alla mediazione permette di attribuire all'inciso "ogni altra circostanza" introdotto dalla riforma, una portata molto più ampia rispetto alla riflessione costretta nella categoria dei cosiddetti presupposti di mediabilità fino ad allora posti a fondamento del provvedimento giudiziale. Gli studiosi hanno elaborato proposte interpretative della norma che, rinvenendo nella natura della causa, nel comportamento delle parti e nello stato dell'istruzione il motivo della mediazione demandata, sembravano delineare un confine alla mediabilità della lite, nonché imporre al giudice una ricerca disorientante perché pertinente alla dinamica processuale, da una parte, ma allo stesso tempo funzionale al dialogo diretto, alla relazione, ai bisogni profondi, dall'altra. Si è così trovata qualche razionale applicazione concreta di quei presupposti, ma con la difficoltà di tracciare le solite categorie ordinanti che facilitano il lavoro dell'interprete sul piano dell'oggettività.

Alla fine, l'inciso *ogni altra circostanza* ha dilatato lo sguardo del giudice su una visione d'insieme che contempla necessariamente l'utilità per le parti del dialogo collaborativo, come motivo esaustivo dell'ordinanza giudiziale. Occorre andare oltre i presupposti ancorati alla dinamica processuale considerando ontologicamente il fenomeno mediazione. È l'acquisizione di consapevolezza il motivo del provvedimento, che il giudice esplicita poi nella motivazione.

Solo a titolo di esempio, qualora emerga la serialità della risposta giudiziale nei casi aventi lo stesso oggetto del contendere, il giudice potrà motivare succintamente che tale profilo giustifica il confronto delle parti nella sede della mediazione, perché è lì che viene affrontato il conflitto e non solo la controversia giuridica, anche alla luce dei replicati orientamenti giurisprudenziali. È il bisogno di consapevolezza, in questo caso delle risposte giurisprudenziali, il cui effetto si realizza tipicamente in mediazione, a giustificare l'ordinanza, cosicché una corretta visione della mediazione e i presupposti legali si integrano nella valutazione giudiziale e, dunque, nella motivazione giusta del provvedimento.

¹⁰ La mediazione costruisce il dialogo anche tra i cittadini e la Pubblica Amministrazione. È noto come la Pubblica Amministrazione abbia assunto negli anni passati un ruolo rigido verso le forme di composizione del conflitto in via consensuale, anche a causa delle ripercussioni in termini di responsabilità che si riteneva potessero derivare da un eventuale danno erariale. Al contrario, è sempre più percepito di recente come una comunicazione efficace, fondata sulla fiducia e sul riconoscimento reciproco degli interessi, accresca il senso di appartenenza e condivisione, oltretutto la vicinanza della pubblica amministrazione ai bisogni concreti del cittadino o dell'impresa, anche al fine di scongiurare il disagio sociale e forme di dissenso generalizzato.

¹¹ Sull'impatto che ha avuto il diffondersi della cultura della mediazione dei conflitti, v. lo studio di A. TONARELLI, *L'impatto sociale del progetto, Una ricerca sulle trasformazioni all'interno del "campo giuridico"*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, 2019, Milano, Torino, Utet, p. 227.

¹² Prima della riforma del '22, la disciplina della mediazione demandata dal giudice contemplava solo i tre presupposti indicati nel testo.

Un altro esempio. Il giudice rinviene negli atti introduttivi la complessità del contendere ai fini istruttori e, considerando il minor costo della consulenza tecnica in mediazione, ordina alle parti di tentarla stimolando le stesse a valutare congiuntamente l'utilizzo della perizia così acquisita anche nell'eventuale successivo proseguo del processo. L'utilità del dialogo fonte di consapevolezza si rivela anche su questo punto e la motivazione potrà essere espressa anche in tali termini.

Ancora. Un provvedimento giudiziale che rimetta le parti in mediazione si giustifica anche solo in previsione di una fase di inattività processuale che perduri per un tempo almeno superiore ai 6/9 mesi, durata concessa allo svolgimento della mediazione¹³. Affinché le parti non subiscano passivamente la lentezza del processo, l'ordinanza giudiziale promuove il confronto collaborativo guidato dal mediatore, che può rivelarsi utile sia quando generi consenso sulla soluzione, ma anche quando si limiti a creare consapevolezza in merito alle ragioni del conflitto. La prolungata inattività processuale è assai frequente nella gestione dei ruoli giudiziari, permettendo di considerare la mediazione demandata dal giudice non solo come un'opportunità, dunque, ma come una necessità per la effettiva ed esauriente tutela degli interessi delle parti in lite. La mediazione diviene, allora, la sede dell'attivismo dei confliggenti e dell'operosità ed efficienza dei loro avvocati, condizioni che si sono rivelate non compiutamente fruttuose nel confronto diretto fra i litiganti, seppure assistiti dai loro avvocati, pure in sede di negoziazione assistita, perché altrimenti la causa dinnanzi al giudice non sarebbe stata avviata.

Se ci si addentra nell'ambito delle relazioni di durata, civili e commerciali, il punto di vista delineato appare con ancora maggiore evidenza. È l'utilità del dialogo collaborativo, fonte di consapevolezza, il presupposto dell'ordinanza giudiziale e la motivazione dovrà sempre considerarla come *incipit*, scendendo poi nella descrizione della relativa coerenza con gli elementi processuali rinvenuti negli atti. Il dialogo è l'unico percorso appropriato sia al fine della conservazione del rapporto che della sua interruzione morbida, ovvero non rovinosa con riferimento al tipo di legame o alla possibile perdita degli investimenti realizzati¹⁴.

Quello su cui abbiamo insistito, seppure in funzione esemplare ma replicabile su una vasta casistica, rappresenta il vero problema della mediazione, pratica del dialogo fra i confliggenti che stenta ad essere accolta come primaria e imprescindibile perfino dal giurista. I giudici considerano giustizia solo la loro risposta nel processo, considerando appartenere ad una dimensione secondaria, pertanto privo di particolare interesse, ciò che si realizza in mediazione; gli avvocati si qualificano professionisti del contenzioso, ritenendo di aver già compiutamente svolto la propria funzione nel contraddittorio con l'interlocutore; il legislatore (prima della riforma) mirava a ridurre tempi e carico dello svolgimento contenzioso negli uffici giudiziari, anche con la disciplina della mediazione civile e commerciale, considerata alternativa opzionale e di secondo livello¹⁵.

Si è conosciuta questa realtà nell'ambito della realizzazione di sperimentazioni e progetti di ricerca e terza missione universitaria nell'arco di quindici anni, confermata dall'incontro costante e variegato di professionisti, magistrati e rappresentanti di governo.

Grazie all'accoglienza di giuristi illuminati, la proposta progettuale diretta a promuovere la mediazione attraverso i provvedimenti giudiziali si è concretizzata in metodologie scientificamente testate, prima, trasformate in modelli operativi, poi, pronti per l'implementazione negli uffici.

3. Dal progetto Nausicaa a Con-Senso.

Tutto nasce con il progetto sperimentale intitolato Nausicaa, avviato la prima volta nel 2009, in seguito rinnovato, su convenzione fra il Tribunale, il Laboratorio Un Altro Modo del Dipartimento di

¹³ Cfr. l'art. 6 del D.Lgs. 28/2010 a seguito della riforma e dei relativi correttivi.

¹⁴ Sia concesso il riferimento a P. LUCARELLI e L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Utet giuridica, 2016.

¹⁵ Per una descrizione limpida della percezione della mediazione dei conflitti da parte dei professionisti del contenzioso, cfr. A. TONARELLI, *L'impatto sociale del progetto*, cit. p. 244.

Scienze giuridiche, l'Ordine degli Avvocati e la Camera di Commercio di Firenze, la Regione Toscana¹⁶.

L'attività organizzata dal Laboratorio all'interno del Nuovo Palazzo di Giustizia di Firenze con le sezioni civili e il tribunale delle imprese prevedeva l'affiancamento di borsisti universitari ai magistrati del Tribunale di Firenze, con il compito di realizzare un esame tassonomico del contenzioso civile e di impresa; compilare ed elaborare schede riassuntive del contenuto degli atti introduttivi del giudizio; coadiuvare i giudici nell'inserimento dei dati relativi ai provvedimenti di invito (allora non era previsto l'ordine) in mediazione in una piattaforma elettronica di monitoraggio; l'attivazione di un servizio di orientamento e informazione a beneficio di tutti gli operatori del contenzioso presso gli uffici giudiziari di Firenze; l'organizzazione di incontri - *ratione materiae* - con i giudici delle sezioni civili, al fine di stimolare un confronto sulle esigenze e i problemi incontrati nella promozione della procedura di mediazione, l'analisi dei dati di monitoraggio.

Fin dal primo studio tassonomico del contenzioso civile e commerciale eseguito dal gruppo di ricercatori è stato possibile associare alle controversie raggruppate per materia alcune considerazioni anche in merito alla mediabilità del conflitto sottostante alla controversia. Per esempio, con riferimento alle successioni, donazioni, scioglimento di comunioni ordinarie ed ereditarie, si rilevava come la particolare qualificazione del rapporto personale di tipo familiare, affettivo, di durata nel tempo, il legame stretto fra origine del conflitto e problema nella dinamica relazionale, la frequente separazione fra oggetto del conflitto e oggetto della controversia, rendessero particolarmente appropriata la scelta della mediazione; anche a proposito delle cause in materia di comunione, condominio, proprietà e diritti reali, occupazione senza titolo, comodato, emergevano, come fattori significativi, la natura relazionale della controversia, il coinvolgimento di rapporti personali nel conflitto, l'eventuale dissociazione fra oggetto del conflitto (personale) e oggetto della disputa (giuridico), il bisogno di soluzioni diverse dalla mera decisione sull'esistenza di un diritto e, invece, in grado di soddisfare i bisogni personali e relazionali spesso all'origine del conflitto; nella materia della responsabilità extracontrattuale e professionale medica i conflitti si rivelavano spesso ad alta intensità emotiva fra il bisogno di ascolto e di riconoscimento, il bisogno di confronto del danneggiato con la struttura o con il professionista. A proposito della materia contrattuale, commerciale, bancaria, i conflitti erano spesso associati a rapporti di durata per i quali risultavano particolarmente vantaggiosi il confronto costruttivo, i benefici derivanti dalla celerità della soluzione, i vantaggi della flessibilità delle soluzioni attuabili, le dinamiche psicologiche complesse, il coinvolgimento di risparmiatori e/o consumatori bisognosi di riconoscimento e ascolto da parte dell'ente bancario.

In sintesi, dunque, si realizzava una collaborazione interistituzionale per la sperimentazione di un modello innovativo di approccio alla giustizia coesistenziale, un circolo virtuoso come di seguito allora disegnato e presentato:

¹⁶ La collaborazione con il Tribunale di Firenze è stata fruttuosa grazie all'instancabile dedizione e alla perspicacia di Luciana Breggia, presidente della seconda sezione civile, con una visione autentica dei valori primari della mediazione dei conflitti. Numerosi sono stati i contributi, fra i quali L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, in P. LUCARELLI e G. CONTE (a cura di), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, 2012; L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze: Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Utet Giuridica, 2015; L. BREGGIA et al., *Un progetto di riforma delle ADR*, Jovene, 2017. Caratterizza lo spessore del pensiero dell'Autrice, giudice e studiosa, la relazione inscindibile dalla giustizia all'educazione: "L'educazione come promessa di giustizia. In questa frase è riassunto il mio cammino. Il mestiere di giudice mi ha portato nelle scuole e nelle comunità educanti e qui ho compreso quanto profonda sia la connessione tra giustizia e educazione. Il consiglio d'Europa definisce la *global education* l'educazione che apre gli occhi e la mente delle persone alle realtà del mondo globalizzato e le risveglia per realizzare un mondo di maggiore giustizia, equità e diritti umani per tutti", in www.lucianabreggia.it, ove ampi riferimenti alle molteplici attività realizzate.



Il concetto di circolo virtuoso ben rappresenta la dinamica del miglioramento continuo che il sistema della mediazione demandata dal giudice è in grado di generare sui diversi ambiti della società civile. La mediazione come strumento sempre più operativo e diffuso costituisce, infatti, una leva di cambiamento che, favorendo un sistema di giustizia più vicino ai bisogni e agli interessi delle persone, accompagna il cittadino e la collettività verso lo sviluppo sociale e il miglioramento della qualità della convivenza¹⁷.

Dalla sperimentazione Nausicaa non è stato più possibile, tanto meno desiderabile, frenare il processo di evoluzione culturale, professionale, imprenditoriale, civica, partecipato dalle istituzioni nel territorio e accompagnato dalla terza missione universitaria¹⁸. Giustizia semplice, nel Tribunale di Firenze, Dike in Corte D'Appello di Firenze, Jacobea nel Tribunale di Pistoia, grazie alle scelte avvedute dei magistrati presidenti degli uffici, hanno permesso di insistere nella sperimentazione, raccogliere nuovi dati e informazioni, monitorare l'impatto, coadiuvare il radicamento della cultura della mediazione civile e commerciale, contribuire alla innovazione del *case management*¹⁹. In particolare, gli esiti di Giustizia semplice hanno rivelato l'auspicata efficacia dell'intervento, ancora sperimentale, rispondendo significativamente agli indicatori progettuali che insistevano sulla dimensione sociale, economica e culturale dell'impatto, sulla rilevanza rispetto al contesto di riferimento, sul valore aggiunto per i beneficiari, sull'investimento della struttura proponente, ovvero il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Firenze²⁰.

¹⁷ Cfr. P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze: Prassi, problemi e linee guida di un modello*, cit.

¹⁸ A distanza di qualche anno, si è rivelato molto interessante e pertinente lo studio dell'opera di F. BUTERA, *Disegnare l'Italia. Progetti e politiche per organizzazioni e lavori di qualità*, Egea, 2023, dedicata alla innovazione organizzativa, ove a proposito della giustizia, in particolare, si osserva che "Il sistema economico italiano, a causa dell'inefficienza della giustizia, perde un valore stimato nell'1,5 per cento del PIL. Lentezze e incertezze della giustizia civile incidono pesantemente sul basso livello di competitività dell'Italia e allontanano gli investitori stranieri: per evitarle, molte aziende multinazionali e italiane stipulano contratti all'estero. Come migliorare efficacia ed efficienza della giustizia è stato un problema lungamente discusso. Le debolezze sono state di volta in volta individuate nella scarsità di risorse e nelle carenze di organico; nella farraginosità dell'assetto normativo; nella mancata o insufficiente depenalizzazione; nella mancata revisione delle circoscrizioni giudiziarie; nel numero abnorme di avvocati iscritti agli ordini professionali; nei ritardi nel processo di informatizzazione; nelle carenze di competenza manageriale dei capi degli uffici. Ciascuna di queste motivazioni è probabilmente sensata, ma nessuna di esse spiega da sola perché, a parità di queste condizioni generali, ci sono uffici giudiziari con risultati molto diversi: quello che fa la differenza sono i diversi funzionamenti organizzativi e i diversi modelli di leadership."

¹⁹ Il progetto è descritto e commentato in dettaglio nel volume di P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, op. cit.

²⁰ L'impatto generato dal progetto Giustizia Semplice è stato misurato su specifici indicatori, che hanno consentito di apprezzare i miglioramenti prodotti in termini quantitativi e qualitativi e di verificare la differenza tra la situazione antecedente rispetto al termine del progetto. L'impatto sociale del progetto è stato misurato sulla crescente fiducia di

La messa a punto del modello operativo, all'esito delle sperimentazioni, si è concretizzata nell'ambito del progetto Giustizia Agile finanziato dal Ministero della Giustizia nel 2022²¹, permettendo poi di proporre l'implementazione nei distretti giudiziari interessati, sfruttando l'intervento politico-legislativo di reclutamento di un numero cospicuo di funzionari addetti all'ufficio per il processo²². L'inserimento stabile nell'ufficio per il processo di nuovo personale qualificato con il compito di collaborare allo studio della controversia, predisporre i provvedimenti giudiziali, affiancare il giudice in vista di una gestione differenziata del contenzioso mediante il ricorso alla mediazione demandata, ha rappresentato una risposta pragmatica e puntuale rispetto al bisogno di indirizzare la spesa pubblica verso interventi realmente incentivanti l'efficienza del servizio giustizia.

Il modello, strutturato ormai come intervento efficace per il radicamento della cultura della mediazione dei conflitti, con evidenti e monitorate ripercussioni anche sulla efficienza della giurisdizione, è stato l'oggetto della collaborazione fra il Dipartimento di Scienze giuridiche di Firenze, il Coordinamento della conciliazione forense e il Consiglio nazionale forense, chiamato Con-Senso²³. I distretti delle Corti d'Appello di Torino, Milano, Roma, Ancona, Napoli hanno accolto la proposta di assumere - nella dimensione della più proficua collaborazione - l'impegno e la responsabilità del cambiamento che è ormai urgente e definitivo: la *giuris-prudenza* attenta al bisogno di pacificazione e coesione sociale, promotrice di mediazione dei conflitti per una piena tutela e soddisfazione degli interessi sostanziali delle persone.

cittadini, imprese e professionisti nel sistema Giustizia e nella mediazione demandata dal Giudice, come di seguito descritto. Adesione delle parti all'ordine di invio in mediazione disposto dal Giudice, costituita dal rapporto tra il numero delle mediazioni "effettive", cioè realmente svolte dalle parti e il totale dei provvedimenti di invio disposti dai giudici: Anno 2015: 56%; Anno 2019: 73% con un incremento di mediazioni effettive, cioè con adesione personale delle parti, del 30% (Fonte: Monitoraggi GS, Tribunale di Firenze, Organismi di Mediazione). L'*impatto economico* ha rilevato l'efficienza del sistema Giustizia, misurata attraverso la durata media del processo per la capacità di attrarre investimenti e un risparmio economico rilevante, considerando l'abbattimento del termine medio di durata. Anno 2017: durata media 480 gg.; Anno 2019: durata media 297 gg. Con un decremento durata media processo del 38% (Fonte: OCPI dati Cepej, 2020). Il secondo indicatore relativamente all'impatto economico è stata la deflazione del carico giudiziario, costituita dal rapporto tra ordini di invio in mediazione e processi estinti. Anno 2015: 27%; Anno 2019: 42% con un incremento nell'estinzione dei processi pari al 55% (Fonte: Monitoraggi GS, Nausicaa, Tribunale di Firenze). Il terzo indicatore dell'impatto economico ha considerato la deflazione del carico giudiziario dovuta alle ordinanze di invio in mediazione a prescindere dall'effettivo avvio della procedura. Anno 2015: 38%; Anno 2019: 58% con un incremento dell'estinzione dei processi pari al 52% (Fonte: monitoraggi Nausicaa, GS). L'*impatto culturale*, ovvero lo sviluppo della cultura della mediazione dei conflitti e di un sapere nuovo da parte di giudici, cittadini, operatori del contenzioso, ha registrato un considerevole effetto sulla cultura del settlement giudiziale. Anno 2017: 525 ordinanze di invio pervenute all'Organismo maggiormente rappresentativo; Anno 2019: 1.126 ordinanze di invio pervenute all'Organismo maggiormente rappresentativo, con un incremento degli ordini di invio in mediazione del 114% (Fonte: monitoraggi Tribunale di Firenze, Organismo Conciliazione Firenze). Il secondo indicatore considerava la scelta volontaria della mediazione da parte dei cittadini, imprese e avvocati che presuppone competenza e consapevolezza dello strumento. Anno 2015: 231 mediazioni volontarie; Anno 2019: 505 mediazioni volontarie, con un incremento mediazione volontaria del 118% (Fonte: monitoraggi Organismo Conciliazione Firenze).

²¹ Per una giustizia giusta: *Innovazione ed efficienza negli uffici giudiziari - Giustizia AGILE* a valere sul Programma Operativo Nazionale Governance e Capacità Istituzionale 2014 -2020 (PON GOV) del Ministero della Giustizia.

²² Era nota la cronica scoperta di organico del settore giustizia. Un dato indicativo pervenne dall'interpello ordinario nazionale rivolto al personale dell'organizzazione giudiziaria del luglio 2023, nel quale vennero comunicate le sedi disponibili per la mobilità dei dipendenti. Dalla lettura del documento si ha contezza della carenza distribuita su tutto il territorio nazionale, che in termini assoluti riguardava 9.739 operatori su 43.468. Il dato rappresentava il totale complessivo della dotazione organica, ovvero una scoperta del 22%. Cfr. Ministero di Giustizia

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_23_1.page?contentId=CON438625.

²³ Per la descrizione del modello Con-Senso, sviluppato nell'ambito del Progetto Giustizia Agile e proposto poi in cinque distretti di Corte d'Appello, si rinvia a M. TESTI, *La mediabilità delle liti: un modello operativo innovativo per l'efficienza della giustizia*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, Firenze University Press, 2023. L'indicatore quantitativo più idoneo a descrivere l'impatto del progetto Con-senso è la nascita delle reti di pubblico interesse nell'ambito del sistema giustizia. Con-senso è realizzato, infatti, attraverso la sottoscrizione di convenzioni che fino ad oggi coinvolgono: 5 Corti d'Appello (Torino, Milano, Roma, Ancona, Napoli) su un totale di 26 (19% di copertura nazionale); 42 Tribunali su un totale di 163 (26% di copertura nazionale); 40 Ordini degli Avvocati su 163 (24% di copertura nazionale); 27 Università su 99 Atenei statali e non statali (27% di copertura nazionale).

A dire il vero, la creazione delle reti a livello distrettuale per il radicamento della cultura giuridica, scientifica e professionale, è stata prima di tutto nella volontà del legislatore che, nell'ambito della riforma ha indicato ai pratici e agli studiosi la via per la realizzazione di questo straordinario obiettivo: il nuovo art. 5-*quiquies*, comma quarto, ha infatti disposto che "Il capo dell'ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, *progetti di collaborazione* con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione." Il progetto Con-Senso ha raccolto la sollecitazione offerta dall'intervento riformatore, puntando verso la realizzazione decisa, informata ed esperta degli obiettivi, sfruttando la prospettiva della terza missione universitaria, in grado di realizzare una delle più significative evoluzioni della società complessa nella quale viviamo.

Un primo richiamo di attenzione, in proposito, è necessario: non stiamo parlando solo della deflazione del contenzioso giudiziario, naturalmente senz'altro conseguente all'incremento della pratica della mediazione dei conflitti. Questo è l'effetto certo, scontato, ma non è l'obiettivo e il significato profondo della trasformazione sociale, di rilievo ben più portentoso, che la mediazione è capace di realizzare. Quanto più il diritto realizza la fiducia nella capacità delle persone di assumere la responsabilità della gestione dei loro conflitti esercitando consapevolmente e coscientemente l'autonomia, anche con - e grazie - all'assistenza degli avvocati, tanto più la società è una società adulta, risolta, pacifica e coesa. Non si intenda tale osservazione come l'utopica idea della società senza conflitti, poiché questi non mancheranno mai, atteso che le diversità, le unicità e le singolarità sono connaturate negli esseri umani. Ciò che realizza l'evoluzione, invece, è il *modo* con il quale si affrontano i conflitti, il possesso di consapevolezza, responsabilità, maturità necessarie per dialogare, confrontarsi, perfino condividere, se possibile, le soluzioni. Una società, dunque, di persone adulte, non più di piccoli bambini sempre in cerca di chi decide e dispone per loro, ancora esseri incapaci di scelte pienamente consapevoli. Il progetto Con-Senso ha acceso, dunque, il motore dell'adulthood sociale, promuovendo la responsabilità di portare un contributo fattivo a beneficio di tutti i cittadini e le organizzazioni pubbliche e private.

In particolare, il nuovo *modello operativo* fornisce uno strumentario metodologico a supporto delle funzioni del magistrato nell'ambito dell'ufficio per il processo, anche per il perseguimento degli obiettivi fissati dal PNRR di aggressione e prevenzione dell'arretrato, nonché di riduzione della durata dei processi, un *iter* procedimentale per l'analisi dello stato del contenzioso e della mediabilità delle liti e una cartella di strumenti utili per la realizzazione della procedura. È prevista una prima fase di mappatura del contenzioso previa estrazione dei fascicoli pendenti ad una determinata data mediante il cd. pacchetto ispettori. La mappatura è effettuata considerando il contenzioso ultra-triennale per la valutazione degli strumenti di aggressione dell'arretrato, e il contenzioso ultra-biennale e pendente per la prevenzione dell'arretrato. Il contenzioso così mappato viene catalogato in ragione dello stato delle controversie. La seconda fase prevede lo studio della causa al fine di rilevare la mediabilità della lite, così da predisporre apposite schede del fascicolo e supportare il magistrato nella redazione di bozze di ordinanze di invio in mediazione.

L'implementazione del modello favorisce l'acquisizione di metodologie in diversi ambiti e il trasferimento delle conoscenze, permettendo alle risorse umane interne all'ufficio per il processo di accrescere le competenze teoriche e pratiche a vantaggio dell'organizzazione e della gestione dei ruoli giudiziari. In particolare, il riferimento è alla capacità di analisi dei flussi procedurali attraverso la comprensione delle dinamiche dei processi giudiziari, dei tempi di gestione delle pratiche e delle criticità operative, di studio delle normative in materia giudiziaria con particolare attenzione all'efficienza amministrativa; l'applicazione di tecnologie innovative e, dunque, l'apprendimento dell'utilizzo di *software* gestionali e strumenti digitali per migliorare l'organizzazione e l'accessibilità agli atti giudiziari; la capacità di *data analysis* per interpretare le statistiche e individuare strategie di miglioramento del sistema giudiziario; la capacità di mappare i problemi organizzativi degli uffici giudiziari e proporre soluzioni innovative e, dunque, la partecipazione alla definizione di progetti mirati a ottimizzare il funzionamento degli uffici; le competenze trasversali quali la collaborazione e la comunicazione efficace; la capacità di organizzazione e gestione del tempo, di lavorare in contesti

complessi e con scadenze precise. Si consideri, come valore aggiunto del progetto, l'impatto su società e *policy-making*, attraverso la diffusione della conoscenza dei meccanismi di giustizia sociale, la comprensione del ruolo cruciale della giustizia nel garantire l'equità sociale e il funzionamento dello stato di diritto; l'apprendimento di come le università possano contribuire al miglioramento dei servizi pubblici e alla costruzione di politiche pubbliche basate su dati scientifici.

Giudici, funzionari, avvocati, mediatori, studiosi, professori, possono divenire protagonisti di un cambiamento indifferibile della realtà, anche a favore delle generazioni future. Dal sistema integrato di giustizia - consenso e giurisdizione - alla convivenza di qualità fondata sulla responsabilità nell'approccio alle diversità, sulla maturità collettiva e coesione sociale.

4. Gli impulsi contrari alla giustizia consensuale, parliamone.

Eppure, sembra ancora troppo difficile condividere i valori della civiltà evoluta.

Se in passato si è creduto che l'unico modo di gestire un conflitto fosse dinnanzi al giudice (al più arbitro privato, a conferma dell'esclusività del giudizio) e con l'ausilio del difensore nel processo giudiziale, si comprende perché oggi l'avvocato tenda a rimanere distante dalla pratica della mediazione, adducendo di "voler vincere". La vittoria, nella logica del potere inteso come superiorità, è la sfida dell'uno contro l'altro, è l'obiettivo della ragione accordata dal giudice rispetto al torto dell'altro, associando il ruolo al potere della decisione, appunto. La visione che ha impedito alla mediazione dei conflitti di essere inclusa nella Giustizia è proprio quella della conservazione di tale potere e dei ruoli nella lotta per vincere, io o tu. Non c'è spazio per entrambi, ma solo per uno dei due: decide il giudice chi dei due, l'avvocato mira a vincere. Potere e ruolo sono strettamente e inevitabilmente connessi nella sfiducia che le persone, i confliggenti, siano in grado di risolvere la lite pacificamente e responsabilmente, comunicando fra loro.

Tale è la sfiducia, che perfino qualora si 'intraveda' una possibilità di soluzione che non polarizzi le posizioni delle parti in causa, è comunque nel ruolo del giudice - è nel suo potere - stabilire cosa sia 'meglio' per loro.

Così, però, perveniamo alla messa in pericolo della convivenza sociale improntata a un buon livello di civiltà. Se una persona, per il tramite del suo avvocato si rivolge al giudice per ottenere una sentenza che disponga chi ha torto e chi ha ragione, diritto fondamentale in uno stato democratico, ma ottiene la risposta "*questo è meglio per te*", significa che il giudice sta trattando quella persona come un adolescente, se non addirittura come un bambino. Considerato quanto sia rilevante, direi determinante, l'impatto della Giustizia per la qualità della convivenza, non si può trascurare come una prassi diffusa della *proposta* conciliativa giudiziale conduca alla regressione sociale verso un sistema paternalistico e infantilizzante: una società di cittadini immaturi e dipendenti dalle decisioni altrui anche sulla convenienza di soluzioni transattive.

La disposizione dell'articolo 185-*bis* è stata introdotta nell'ordinamento processuale nel 2013, con il cosiddetto *decreto del fare*, allorquando si bilanciò la reintroduzione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione, dopo la sentenza della Corte costituzionale 272/2012, con il nuovo potere giudiziale: la proposta conciliativa formulata direttamente dal giudice. È davvero questo il tentativo di liberare le persone dagli ostacoli che si pongono al pieno sviluppo della loro umanità?

Se ha indubbio valore l'opera del giudice di indurre le parti ad esercitare la loro autonomia, assistite dagli avvocati, ciò non significa affatto dover superficialmente cadere nella tentazione di scegliere per loro. La *giurisprudenza* diviene, altrimenti, *giuris-imprudenza*.

Si rifletta, dunque, a proposito della pratica diffusa oggi della proposta conciliativa giudiziale, cioè proveniente dallo stesso giudice che deciderà la causa nell'ipotesi di rifiuto della proposta. È chiamata *giustizia civile*, ma in realtà è priva di uno dei valori fondamentali della società evoluta: la partecipazione attiva dei cittadini, i quali, insieme ai loro avvocati, dovrebbero essere protagonisti maturi della gestione dei propri conflitti. Si assiste al fenomeno paradossale dell'*etero-consenso*. In altre parole, questo fenomeno realizza un'*etero-autonomia*. Possiamo davvero accettarlo con convinzione? Possiamo accontentarci di una soluzione che genera pseudo-autonomia? Conciliazione non significa che la soluzione frutto di accordo debba essere eterodeterminata: la conciliazione è autentica se è il frutto del volere autentico e dell'impegno responsabile delle persone, altrimenti non

è conciliazione, ma giudizio equitativo. Questo è il nodo centrale del problema: non si tratta soltanto di una questione giuridica, ma di un problema epistemologico ed etico di enorme portata, se l'obiettivo deve essere quello di consentire alle persone di essere artefici della propria vita, con piena consapevolezza e senso di responsabilità.

Se i giudici continuassero a decidere *cosa sarebbe più conveniente* per le parti in causa, anziché *la soluzione secondo il diritto*, ci troveremmo di fronte a un problema ancora più grande: la rassegnazione dinnanzi ad una società infantile di persone incapaci di impegnarsi per il bene comune²⁴.

5. Note

6. Bibliografia

- BALLERINI, B. (2025). *Mediazione e potere amministrativo*, di prossima pubblicazione in *Giustizia consensuale*, II.
- BREGGIA, L. *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*. (2012). in LUCARELLI, P. e CONTE, G. (a cura di), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, Utet Giuridica.
- BREGGIA, L. (2015). *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*, in LUCARELLI, P. (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze: Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Utet Giuridica.
- BREGGIA, L. et al., (2017). *Un progetto di riforma delle ADR*. Jovene.
- BUTERA, F. (2023). *Disegnare l'Italia. Progetti e politiche per organizzazioni e lavori di qualità*, Egea.
- CAPPELLETTI, M. (1979). *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro italiano* (p. 54 e ss.)
- CARTABIA, M. (2021). *Linee programmatiche sulla giustizia*, <https://youtu.be/2UwTdN2U0W8>.
- CHASE, O.G. (2005). *Reflections on Civil Procedures Reforms in the United States: what has been learned? What has been accomplished?* in TROCKER, N. e VARANO, V. (a cura di). (2005). *The Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective*. (p. 30). Giappichelli.
- DALLA BONTÀ, S. (2022). *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in DALLA BONTÀ, S., MATTEVI, E. (a cura di) *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.
- DANOVI, F. et Al. (2019). *I patti preconfittuali*. Giappichelli.
- DURKHEIM, E. (2016) *Du la division du travail social* (1893), trad. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016.
- DURET, P. (2022). *Soft law, ADR, sussidiarietà: una triade armonica*, in *Giustizia consensuale*, n. 1. (p. 331 ss.).
- GIORGIANTONIO, C. (2014). *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, in *Questione Giustizia*. (p. 109)
- FERRAND, F. (2005). *The Respective Role of the Judge and of the Parties in the Preparation of the Case in France*, in TROCKER, N. e VARANO, V. (a cura di). (2005). (pp. 172-175). *The Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective*, Giappichelli.
- LUCARELLI, P., RISTORI, L. (2016). *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Utet Giuridica.
- LUCARELLI, P. (a cura di). (2015). *Mediazione su ordine del giudice a Firenze: Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Utet Giuridica.
- LUCARELLI, P. (a cura di). (2019). *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, Utet Giuridica.
- OTIS, L. (2023) *La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec*, in *Revue de prévention et de règlement des différends*.
- PORRECA, V.P. (2010). *La composizione stragiudiziale del conflitto come momento della giustizia coesistenziale*, in *Atti del Convegno La discrezionalità del giudice. Le esperienze in Italia e Germania. Spunti per una comparazione funzionale all'esercizio delle professioni giuridiche*.
- PROTO PISANI, A. (2019). *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in PROTO PISANI, A. *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, (2019). (p. 13 e ss.)
- SIMONCINI, A. e CREMONA, E. (2023). *Mediazione e Costituzione*, in *Giustizia consensuale*.
- TESTI, M. (2023). *La mediabilità delle liti: un modello operativo innovativo per l'efficienza della giustizia*, in LUCARELLI, P. *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, Firenze University Press.
- TONARELLI, A. (2019). *L'impatto sociale del progetto. Una ricerca sulle trasformazioni all'interno del "campo giuridico"*, in LUCARELLI, P. (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*. Utet.

(24) Cfr. C. MENKEL-MEADOW, *Roots and inspirations. A brief history of the foundations of dispute resolution*, in *The handbook of dispute resolution*, San Francisco, 2005: "la soluzione migliore del conflitto non emerge da un giudice esterno, ma dalla capacità dei confliggenti di discutere, tenendo conto dei loro interessi profondi e della prospettiva dell'altro.

