

La Nuova **Procedura Civile**

Direttore Scientifico: Luigi Viola

Rivista scientifica bimestrale di Diritto Processuale Civile

ISSN 2281-8693

Pubblicazione del 6.2.2015

La Nuova Procedura Civile, 2, 2015

ADMAIORA

Editrice

Comitato scientifico:

Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) – Silvio BOLOGNINI (Professore straordinario di Filosofia del diritto) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) – Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) – Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) – Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) – Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) – Francesca PROIETTI (Magistrato) – Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) – Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

MIRELLA DELIA

(GIUDICE DEL TRIBUNALE DI BARI)

IL GIUDICE E LE NUOVE COMBINAZIONI ENDOPROCESSUALI NEI MODULI DELLA MEDIAZIONE. GLI ARTT. 185 E 185 BIS C.P.C.

«Tutti i filosofi moralisti, cominciando da Platone, che ottima ravvisava quella repubblica in cui le liti fossero pochissime e brevissime, hanno sempre raccomandato la conciliazione, la quale sostituisce all'ira la mansuetudine, all'odio l'amore, all'irrequietezza la tranquillità, alle scissure la pace e la concordia dei cittadini e delle famiglie, alle lotte intestine l'ordine e il benessere sociale» (L. SCAMUZZI, Conciliatore e conciliazione giudiziaria, in *Digesto italiano*, vol. VIII, Torino 1896, 38)

SOMMARIO: 1.- *Il giudice ed il processo civile: il tempo ed i nuovi rimedi nel panorama interno ed europeo.* 2.- *Il ruolo rafforzato del giudice nella spinta conciliativa dopo il "decreto del fare".* 3.- *La conciliazione già nell'art. 185 c.p.c. L'esperienza dell'Ufficio Giudiziario di Modugno* 4.- *Le linee guida della prassi conciliativa integrata.* 5.- *Il valore del monitoraggio sulla prassi conciliativa integrata.* 6.- *L'art. 185 bis c.p.c. e la sua combinazione con altri moduli conciliativi.* 7.- *Cos'altro potrebbe aiutare i tavoli conciliativi ?*

1. Il giudice ed il processo civile: il tempo ed i nuovi rimedi nel panorama interno ed europeo

Marcano la materia della conciliazione e della mediazione riforme normative che, nel loro susseguirsi in un breve arco temporale, segnano il consolidarsi di una precisa spinta culturale compiuta recentemente anche dal nostro legislatore¹: ottimizzare la gestione delle controversie pendenti ed intraprendere vie di definizione alternative alla sentenza è quanto di meglio viene offerto in risposta a crescenti criticità che affliggono il panorama della giustizia italiana.

L'uso di percorsi finalizzati all'attenuazione dei conflitti sociali ed alla riduzione del contenzioso civile fa parte già da anni del nostro sistema, che riconosce quale indice normativo costituzionalizzato quello del "giusto processo", e, condividendone natura e finalità, ha incoraggiato diverse forme c. d. settoriali di conciliazione stragiudiziale².

Il legislatore, nell'introdurle, aspira a migliorare l'organizzazione degli Uffici Giudiziari³ ed al contempo, ispirando la conduzione dei processi civili verso il canone di "ragionevole velocità"⁴, segna a suo favore la riduzione del debito

¹ In questa emancipata visione - attenta alle soluzioni non giudiziarie, o comunque non decisorie, delle controversie - il legislatore si allinea ad un *trend* già affermatosi nelle legislazioni passate e presenti di quasi tutti i paesi, ed illustrato da CAPPELLETTI-GARTH, *General report in Alternatives to adjudication: mediation and conciliation*, Milano-Alphen aan de Rijn, 1978-1979, I, 3.

² Si pensi in proposito alla conciliazione endo-processuale societaria, introdotta dall'ormai abrogato art. 16 d.lgs. n. 5/2003 o, ancora, nella materia lavoristica, al tentativo di conciliazione esperito *ante causam* dinanzi alle commissioni provinciali o in sede sindacale nella disciplina dettata dagli art 410 e ss c.p.c. ante-riforma del 2010, ai tentativi di conciliazione che si svolgono dinanzi ai Comitati Regionali per le Comunicazioni, in tema di contenzioso tra utenti e compagnie telefoniche, a quelli in materia di contratti agrari ai sensi dell'art. 46 della l. n. 203 del 1982, infine - e sempre esemplificativamente - al tentativo obbligatorio di conciliazione previsto in tema di contratto di subfornitura ai sensi dell'art. 2, co. 4, lett. a) della legge n. 580 del 1993.

³ Anche il Ministro della Giustizia, nella sua direttiva del 12 dicembre 2012, nel definire per l'anno 2013 gli obiettivi, le priorità i programmi e le linee generali anche per la giustizia civile, ha incoraggiato la diffusione delle migliori esperienze organizzative al fine di migliorare la funzionalità degli uffici giudiziari, perseguendo obiettivi di diminuzione del flusso di entrata della domanda di giustizia, aggredendo gli arretrati.

⁴ All'iniziativa legislativa si è conformata da tempo la stessa Magistratura, come ricorda G. BUFFONE, nell'articolo *Il Processo ed il Tempo- Tecniche "acceleratorie" e «accomodamenti procedurali» per una riduzione dei tempi di definizione del giudizio di primo grado*, in *www.ilcaso.it*, II, 274/2011, richiamando il parere dell'Ufficio Studi CSM in *La durata ragionevole del processo, Quaderni Consiglio Superiore della Magistratura*, 2000, n. 113, 91, ove è in luce la trama comune diretta ad espungere in modo definitivo, dal modello gestionale del processo, le "deficienze culturali" che hanno indotto il giudice a deresponsabilizzarsi rispetto all'andamento del processo, confinando il suo interesse esclusivamente nel momento

giudiziario.

Si è ormai certi del come, investendo in correttivi che puntino ad abbattere il debito giudiziario, s'incida, poi e significativamente, sugli indicatori economici di crescita e sulla competitività dei sistemi produttivi, accrescendo l'affidabilità internazionale dell'intero Paese⁵.

Conforta questa direttrice interpretativa anche l'implementazione nell'uso delle procedure di A.D.R. come affermata di recente dalla Commissione europea per l'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa, CEPEJ. Quest'organismo, dedicato a sostenere e divulgare la qualità dei sistemi giuridici ed a valutare il servizio pubblico della giustizia, ha indicato negli A.D.R. uno degli elementi in funzione dei quali valutare l'efficienza di un sistema giudiziario (si veda il rapporto CEPEJ 2012 relativo a 46 Paesi che affronta, con importanti chiavi di lettura, la giustizia in Europa ed offre un'analisi della sua evoluzione attraverso numerosi indicatori)⁶.

Da più parti s'invocano, in sintesi, più che nuove risorse, nuove idee, e l'ADR è segnalata come una delle più importanti.

In brevissimo tempo, la ricerca e la diffusione di strumenti di composizione delle controversie alternativi a quelli strettamente giudiziali è diventato impegno prioritario in tutta Europa, con un mutamento di prospettiva radicale.

Il contenzioso dei consumatori, protagonisti della scena commerciale, ad esempio, non si vuole oggi che si areni nelle Corti, tant'è che non si asseconda più quella speranza (alimentata probabilmente da fini utilitaristici e non di certo etici) che in quella rete di adempimenti, rinvii, impugnazioni, esso possa perdere ogni spinta propulsiva. Al contrario, s'intende promuovere la sua gestione in sedi e con modalità diverse. Appunto alternative di ADR si diffondono, quali l'arbitrato (anche internazionale⁷) e la *Mediation*⁸. Senza

decisorio". Ved, pure P. D'ASCOLA, *Sui processi del giudice nel processo civile* in www.csm.it/quaderni.

⁵ È questo il senso della giustizia che ha espresso il Ministro, parlando alla Commissione Giustizia del Senato già il 20 maggio 2013 – e, successivamente, alla Camera: «*Non saprei concepire la giustizia esclusivamente nei termini di erogazione di un servizio e riterrei riduttiva qualunque interpretazione che la confinasse in questa asfittica visione [...] l'efficienza e la capacità di far funzionare la macchina amministrativa 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, un tema di democrazia sostanziale: la capacità che ha lo Stato di operare in una prospettiva costituzionalmente orientata alla costruzione di una società giusta*».

⁶ Il rapporto può essere consultato su: http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf.

⁷ La crescente diffusione dell'arbitrato internazionale si deve all'esigenza, da più parti avvertita e non contrastata, di garantire speditezza e certezza dei rapporti giuridici nei commerci internazionali: è quanto è emerso nell'ambito dell'incontro studi organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura sulla "Convenzione di New York in tema di arbitrato internazionale" tenutosi a Napoli, Castel Capuano, il 3 e 4 marzo 2014. Ma sempre più diffuso, sempre nella logica di assecondare sviluppo e flussi economici, è anche il ricorso all'arbitrato in Italia: la Camera Arbitrale di Milano, in media, censisce 120-130 arbitrati, come chiarito dal suo Segretario Generale, avv. Stefano Azzali.

⁸ Si veda quanto espresso da V. VIGORITI nel Parere redatto per conto del *Conseil des barreaux européens - Council of Bars and Law Societies of Europe - CCBE* (organo consultivo dell'Unione europea per la professione forense), pubblicato nella *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais* - n° 5, 2011. D'altronde anche negli U.S.A., fra le più utilizzate tecniche di risoluzione alternativa delle controversie, vi è la *mediation*, procedura di natura volontaria e non formale, in cui le parti scelgono un terzo soggetto neutrale che le guida, svolgendo il compito di "facilitatore" equidistante, nella risoluzione della loro controversia,

dimenticare che l'istituto della mediazione trova "nobile supporto divulgativo" nella nota Risoluzione delle Nazioni Unite 35/52 – norme UNCITRAL.

Abile esercizio per ogni interprete che si avvicini al mondo della mediazione dovrebbe essere pure quello di esaminarne le caratteristiche sotto il profilo del diritto comparato, confrontando cioè forme e modalità assunte da quell'istituto nei diversi sistemi giuridici, almeno in quelli europei, e ciò a seguito dell'ormai nota direttiva 2008/52/CE⁹ del 21 maggio 2008¹⁰. Il verificare ambiti d'applicazione già conosciuti in altri ordinamenti, il sondarne vantaggi e cd controindicazioni può fungere da agente facilitatore per spunti attuativi che, inevitabilmente, dovrebbero seguire una riforma nell'area della mediazione, onde consentirne successo e lunga durata, oltre che proficua integrazione con altri modi similari di definizione delle controversie già da tempo operanti nel nostro ordinamento interno (arbitrato, transazione e conciliazione giudiziale).

Affrontando il dibattito sulla mediazione con rigore scientifico non si eviteranno neppure le ultime traiettorie comunitarie¹¹, che intersecano la Direttiva sulla risoluzione alternativa delle controversie, adottata dal Parlamento europeo in data 13 marzo 2013 (assieme al Regolamento volto a consentire ai consumatori ed alle aziende dell'Unione europea la trattazione

senza per questo poter dettare pareri né, tantomeno, decisioni vincolanti per le parti stesse. Per approfondimenti si veda BRUNI, *I metodi ADR nell'esperienza americana*, in www.risoluzioneconflitti.it, 2007.

⁹ Da una lettura di confronto si scopre come l'Italia sia stata promossa dal Parlamento europeo con la Risoluzione 2011/2026 (NI) del 13 settembre 2011, per avere saputo rapidamente uniformarsi, con il d.lgs. n. 28/2010, alle raccomandazioni del legislatore europeo in materia di mediazione, per le seguenti ragioni: a) l'Italia ha adottato un approccio rigoroso nei confronti della confidenzialità; b) L'accordo raggiunto ha la stessa efficacia di una decisione giudiziaria; c) tutti gli atti e gli accordi di mediazione sono esenti da imposte di bollo e tasse; d) l'obbligatorietà della mediazione è lo strumento per riformare il sistema giuridico ed alleggerire il carico di lavoro dei tribunali italiani; e) l'Italia, con simile strumento, è andata oltre i requisiti di base della direttiva, al pari della Bulgaria e della Romania, ma per tale via si contribuisce ad una soluzione extragiudiziale conveniente e rapida; f) auspica la promozione ed il rafforzamento della mediazione con il coinvolgimento di avvocati, notai, imprese, PMI, docenti universitari; g) riconosce l'importanza di stabilire norme comuni per l'accesso alla professione di mediatore a garanzia della qualità della mediazione.

¹⁰ La figura della mediazione/conciliazione è stata oggetto di ulteriori e precedenti normazioni sul piano europeo: 1) il Consiglio europeo, nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative; 2) nel maggio 2000 il Consiglio ha adottato conclusioni sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, sancendo che l'istituzione di principi fondamentali in questo settore è un passo essenziale verso l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale così come per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia; 3) nell'aprile del 2002 la Commissione ha presentato il Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, prendendo in esame la situazione attuale circa i metodi alternativi di risoluzione delle controversie nell'Unione europea e intraprendendo consultazioni con gli Stati membri e le parti interessate sulle possibili misure per promuovere l'utilizzo della mediazione.

¹¹ E' stato pubblicato agli inizi di novembre 2012, dalla prestigiosa Oxford University Press, il libro *"EU mediation law and practice"*, risultato della collaborazione fra oltre 50 esperti europei che hanno iniziato a lavorare insieme nel contesto di vari progetti finanziati dall'Ue. In esso sono raccolti i più recenti sviluppi legislativi relativi all'implementazione della Direttiva 52/2008 sulla Mediazione in ogni stato membro. In particolare, viene segnalata la teoria che in ogni stato dovrebbe indicarsi un Indice di relazione bilanciata fra processi e mediazioni, con indicazione della quota in percentuale minima, rispetto a tutte le cause pendenti, di quelle da mandare in mediazione.

on-line delle controversie derivanti da acquisti egualmente effettuati on-line) e la direttiva 2013/11/UE del 21 marzo 2013 sull'ADR per i consumatori, da attuare entro il 9.7.2015, che all'art. 8 lett. b) invita gli Stati membri a garantire alle parti l'accesso alla procedura senza essere perciò obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente legale, salvo il loro diritto ad essere rappresentate o assistite da terzi. La direttiva 2013/11, in particolare, è stata varata unitamente alla *On line Dispute Resolution* (regolamento Ue 514/2013) ed è riservata esclusivamente alle controversie dei consumatori. Il nuovo Regolamento ODR, modificando il regolamento 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE, rende obbligatorio l'utilizzo della piattaforma informativa *on line*¹².

Chiude ad oggi, in Italia, il quadro delle modalità di composizione dei conflitti alternative alla giustizia ordinaria l'intervento del nostro legislatore nel decreto c.d "del fare" (n. 69 del 2013), seguito dalla legge di conversione n. 98/2013, con cui si è ripristinato il sistema della mediazione obbligatoria per quasi tutte le precedenti materie, tratteggiando un nuovo articolato del d.lgs. n. 28/2010. E' invece appena stato introdotto il nuovo strumento della procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati con il d.l. 132/2014, conv. con modif. in l. 162/2014¹³, sostanzialmente clonando proprio la disciplina della mediazione, ma senza intervenire sulla normativa delineatasi in quest'ultima materia, per essere la mediazione già una forma evoluta della metodologia negoziale diretta per la composizione delle controversie.

2. Il ruolo rafforzato del giudice nella spinta conciliativa dopo il decreto del fare

E' un intervento normativo che rilancia (e potenzia) il ruolo del giudice.

La previsione, nell'art. 5, 2° comma, non più della sua mera possibilità di invitare le parti ad andare in mediazione, ma del suo potere di disporre il procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità, con rilevanti conseguenze in caso di inottemperanza, si somma all'ultima novità introdotta con l'art. 185 *bis* c.p.c., intitolato "proposta di conciliazione del giudice", ove il giudice viene abilitato a formulare una proposta di definizione amichevole del contenzioso.

Sono crediti di fiducia verso le capacità di effettivo esercizio della funzione

¹² La direttiva 2013/11 e il regolamento 514/2013 sono strumenti legislativi interconnessi e complementari. La relazione alla direttiva 2013/11/CE parte dalla premessa che una buona parte dei consumatori europei incontra problemi quando acquista beni e servizi sul mercato interno e che le perdite da loro subite a causa dei problemi a ciò connessi ammontano, secondo le stime, allo 0,4% del PIL della UE. Un elevato livello di protezione dei consumatori, allora, è strettamente dipendente dalla tempestività di essa e pertanto si ritiene necessaria un'infrastruttura ADR opportunamente funzionante in un quadro integrato di risoluzione delle controversie on line derivanti da operazioni effettuate con le stesse modalità. Raccomandazioni che, oltre ad essere espressione di civiltà giuridica, partono da un presupposto economico/finanziario ben preciso, come visto, costituito dalle perdite subite dai consumatori della UE che, trasposte in ambito nostrano, difficilmente possono essere dissociate dai problemi della stessa natura collegati e dipendenti dalla crisi della nostra giustizia.

Sulla direttiva v., da ultimo, F.P. LUISO, *La direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in www.judicium.it (2015).

¹³ Cfr. in quest'opera D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, nonché B. POLISENO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*.

conciliativa da parte del giudice istruttore.

La posizione in tal modo assunta dal legislatore sembra voler infrangere la "querelle", pure animata in dottrina, che a "depauperare" le potenzialità conciliative già riconosciute al giudice dal codice di procedura civile sia la condizione di affollamento delle aule di giustizia, per essere i numeri di contenzioso in crescita esponenziale (soprattutto con lo stazionare delle cause oltre la tempistica processuale richiesta dalla cd Legge Pinto) a fronte di sempre più ridotte forze in campo - i magistrati - destinate ad affrontarli, neppure adeguatamente formate - unitamente all'avvocatura - in materia conciliativa¹⁴ ed ormai in perenne lotta con problemi di tempo. Nonostante manchi, a tutt'oggi, un'indicazione ufficiale su quale possa essere il carico di lavoro esigibile da ogni magistrato (in ragione dei numeri e della qualità delle cause assegnategli), nondimeno si moltiplicano le iniziative, sia a livello ministeriale che a livello di organizzazione di ogni ufficio giudiziario, finalizzate ad impegnare il giudice in una previsione di smaltimento del contenzioso pendente e di produttività media annua, secondo quote percentuali ed indicazioni numeriche (in ottemperanza dell'art. 37, d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in legge 15 luglio 2011, n. 111). Senza trascurare poi i profili di responsabilità (disciplinare e contabile) a carico del giudice nei casi di ritardi nella definizione dei processi, in violazione delle prescrizioni della cd. Legge Pinto, come pure nello scioglimento di riserve istruttorie e nel deposito di sentenze.

Ed allora pare che, a fronte di tante aspettative riposte - nel medesimo contesto storico ed economico - dal legislatore comunitario e da quello italiano nella media-conciliazione - dovrebbero quantomeno garantirsi agli operatori tutti della macchina di giustizia le condizioni per raccogliere una simile sfida e migliorare il loro impegno conciliativo.

Un primo passo, a personale cura del singolo magistrato, potrebbe essere quello d'indossare lenti bifocali, affinché non sfugga, nella lettura imposta dai due piani ordinamentali (interno ed europeo)¹⁵, ogni sfumatura atta a perseguire maggiore efficienza e concretezza di risultati.

Un primo passo verso un cammino che dovrebbe ricongiungersi poi con quello, più complesso ed a cura degli organismi istituzionali preposti, volto alla formazione e diffusione, nei vari paesi dell'Unione Europea, di una cultura omogenea della mediazione e di uno standard di qualità nel livello dei professionisti coinvolti. La ricordata direttiva 2013/11 UE sull'ADR dei

¹⁴ Queste problematiche giustificherebbero l'attenzione rivolta negli ultimi anni dal legislatore per i sistemi stragiudiziali di risoluzione alternativa delle controversie. Si vedano al riguardo le riflessioni di L. BREGGIA, ne *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, p.571 e di S. CHIARLONI, nelle *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 Legge n. 69/2009*, in www.ilcaso.it.

¹⁵ Sia la Commissione Europea che il Parlamento Europeo si stanno adoperando affinché possano diffondersi forme alternative di risoluzione delle controversie (ADR) nella legislazione degli Stati membri proprio perché lo ritengono elemento importante per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. L'idea degli ADR è di migliorare l'accesso alla giustizia per le controversie che riguardano imprese e consumatori ma oramai esse sono diffuse anche in quelle tra imprenditori. Il Parlamento sottolinea pertanto l'importanza di avere un quadro giuridico prevedibile in Europa al contempo rispettando il principio della flessibilità della mediazione. Così A. DI FLORIO, *La mediazione in Europa, la direttiva 2013/UE ed il "decreto del fare"*, in <http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/articolo.php%3Fid%3D264>.

consumatori contiene, invero, indicazioni che – anche attraverso il richiamo all'art. 114 del Trattato sul Funzionamento della UE nella parte in cui prevede l'impegno a garantire un elevato livello di protezione dei consumatori – lasciano intendere, ad esempio, quanto sia necessario omogeneizzare nella prospettiva europea l'uso delle ADR, con l'auspicio che le autorità nazionali sviluppino poi programmi per promuoverne una adeguata conoscenza dei principali benefici.

Immanente deve porsi il valore dell'informazione e della sensibilizzazione dei cittadini, ma al contempo dei professionisti, affinché si rafforzi la consapevolezza e migliori la comprensione di questi temi per tutti.

Sempre e soprattutto il giudice, poi, non dovrà trascurare la propria natura promiscua come rivestita nella conciliazione giudiziale: quella di mediatore dell'accordo conciliativo, contenente cioè la regolamentazione transattiva della lite – e che diventa, nel caso delle applicazioni di cui all'art. 185 *bis* c.p.c., addirittura l'artefice dei contenuti transattivi e/o conciliativi – e quella di titolare del potere di decisione della controversia, da esercitarsi in caso di fallimento della riflessione conciliativa¹⁶. E dovrà impegnarsi nel mantenere il giusto equilibrio fra esse, perché conciliare e giudicare sono attività che rispondono, in fondo, alle due facce con cui la giustizia si presenta: l'una impositiva e l'altra compositiva¹⁷.

Si osserva, al riguardo, come sia alla base del sistema di regolamentazione dei conflitti all'interno di una società la coesistenza di almeno due metodi di risoluzione opposti: l'ordine imposto e l'ordine negoziato¹⁸.

Nel primo, il conflitto è deciso da un terzo, per cui le parti hanno un controllo limitato sulla procedura e sul suo esito. La loro volontà passa in un secondo piano.

Nell'ordine negoziato, invece, le parti decidono che sia il loro accordo a porre fine al conflitto e mantengono, dall'inizio alla fine, il controllo sulla procedura fino a "responsabilizzarsi" sul suo eventuale risultato.

La procedura è autonoma, perché segue volta per volta tutte le regole che le parti abbiano stabilito, oltre che informale, nel senso che non si conforma a prescrizioni o modelli, snodandosi così attraverso un tempismo assai elastico.

Essa tuttavia presuppone, com'è evidente, che le parti acquisiscano preventivamente le giuste informazioni, per essere sufficientemente consapevoli della portata del loro conflitto e di conseguenza degli obiettivi futuri da perseguire (dei propri *bisogni*, prima ancora che dei loro diritti). È importante, per poter scegliere di risolvere in "maniera partecipata" la propria controversia, aver raggiunto la convinzione circa l'efficacia del metodo negoziato.

Appartengono a quest'ultimo sistema tanto la mediazione quanto la conciliazione giudiziale, sia quella condotta ai sensi dell'art. 185 c.p.c. che quella introdotta dall'art. 185 *bis* c.p.c..

¹⁶ M. MARINARI, *Il ruolo del giudice nella conciliazione*, relazione svolta al Convegno Europeo organizzato da Gemme svoltosi a Roma il 18 marzo 2006 sul tema: *Le migliori pratiche della mediazione in Europa*, pubblicata sulla rivista *Mediaries*, n. 8 del 2006.

¹⁷ BOUCHARD-MIEROLO, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, 2005.

¹⁸ COSÌ, *Perché conciliare?*, in GIACOMELLI S. (a cura di) *La via della conciliazione*, Ipsoa Milano, 2003, 11 e 52.

3. La conciliazione nell'art. 185 c.p.c. (l'esperienza dell'Ufficio giudiziario di Modugno)

L'interprete, abbracciando una prospettiva di ricerca - che al tempo stesso è anticamera di una trasformazione culturale - non può non imbattersi nell'interrogativo su come debba atteggiarsi compiutamente, rispetto al quadro normativo italiano vigente, quello che appare oggi, più che mai, il complesso (o composto) ruolo conciliativo del giudice, giacché è comunque certo che, grazie ad esso, possano dischiudersi nuove potenzialità di giustizia, almeno nella direzione della mediazione cd delegata.

Una consapevolezza¹⁹ da cui hanno saputo trovare linfa varie esperienze virtuose, spesso parallele nonostante il loro avvio presso uffici giudiziari distanti²⁰, in epoca coeva all'entrata in vigore del d.lgs, n. 28/2010, quasi a preannunciare i successivi sviluppi indotti dal decreto del fare sulla "forza conciliativa" del magistrato.

In questo solco si è mossa, ad esempio, nell'ultimo triennio, la sperimentazione nel Tribunale di Bari, ex Sezione Distaccata di Modugno²¹.

Ne è nato un modello conciliativo cd integrato, che, per certi versi, precorre il *favor conciliationis* espresso dal legislatore con l'innesto (ex novo) dell'art. 185 *bis* c.p.c. E del quale si riassumono le tappe salienti, anche al fine di trarne eventuali apporti impiegabili nell'approccio all'altro modello conciliativo contemplato dal nostro legislatore nell'art. 185 *bis* c.p.c.: una norma la cui collocazione sistematica - immediatamente dopo l'art. 185 c.p.c. - non può essere frutto di mera casualità.

La prassi conciliativa dell'Ufficio Giudiziario di Modugno ha prescelto, combinandoli fra loro, alcuni strumenti processuali: in primo luogo, le norme in tema di direzione e gestione del processo (art. 175 c.p.c.) coniugate con quelle relative al tentativo di conciliazione endoprocessuale (art. 185 c.p.c.; 88, 1° comma, disp. att. c.p.c.) e alla conciliazione delegata (art. 198 e 696 *bis* c.p.c.; 5, 2° comma, d.lgs. 28/2010), in secondo luogo, le norme di carattere

¹⁹ Consapevolezza che non è venuta meno dopo la sentenza n. 272/2012 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disciplina attuativa della mediazione finalizzata alla conciliazione per essere andata oltre il perimetro fissato nell'art. 60 della legge-delega del 18 giugno 2009, n. 69 neutralizzando il carattere obbligatorio del tentativo come condizione di procedibilità nelle materie indicate dall'art. 5 del d.lgs. 28/2010, ma di fatto segnando una battuta d'arresto nell'uso della mediazione in genere. Fra i magistrati che hanno invero continuato a prestare attenzione alla mediazione demandata, G. BUFFONE ne ha chiarito le ragioni in un intervento del gennaio 2013, *La mediazione demandata dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'osservatorio sulla giustizia civile di Milano*, Milano, Palazzo di Giustizia, 23 gennaio 2013, in <http://www.adrmaremma.it/buffone01.pdf>.

²⁰ Fra esse si annoverano: 1) Progetto Nausicaa 2 presso il Tribunale di Firenze, con il coordinamento della d.ssa Luciana Breggia e la collaborazione del Laboratorio Congiunto Un Altro Modo dell'Università degli Studi di Firenze, della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Firenze e dell'Organismo di Conciliazione di Firenze (OCF); 2) Il progetto intitolato "La mediazione demandata dal giudice", varato dal Tribunale di Milano, con il coordinamento della d.ssa Elena Riva Crugnola e del dr. Giuseppe Buffone; 3) Tribunale di Roma, ex Sezione Distaccata di Ostia, dr Massimo Moriconi.

²¹ La ex sezione distaccata di Modugno, a seguito della soppressione delle sezioni distaccate a decorrere dal 12 settembre.2013, continua ad operare nella nuova Articolazione Territoriale di Modugno, accorpante le altre distaccate di Acquaviva delle Fonti e di Bitonto, per effetto di una proroga ministeriale di 5 anni.

organizzativo (art. 47 *quater* ord. giud.) e i “protocolli di udienza” inerenti le c.d. prassi virtuose adottate ormai presso numerosi uffici giudiziari. Ha assunto forma - per questa via - un protocollo conciliativo, definito anche «a legislazione (processuale) invariata»²², mirato cioè a valorizzare l'esistente.

Secondo lo schema dell'ordinanza pilota adottata in quest'esperienza²³, il percorso conciliativo viene condotto dal giudice con una breve discussione sui nodi salienti della controversia nel contraddittorio delle parti, per poi, previa loro adesione e valutatane l'opportunità, continuare fuori dalle aule d'udienza, approfittando di un'utile e snella scansione temporale in cui si snoderà l'invito rivolto alle parti a scambiarsi fax, contenenti proposte/offerte (prima sessione) e controproposte (seconda sessione), per la definizione bonaria della controversia. Il tutto però entro determinati termini e lasciandosene una traccia scritta²⁴.

Si apre, in questo modo, una parentesi temporale “endoprocessuale” la cui durata viene concordata fra il giudice, alla stregua del suo calendario d'udienza e dei propri impegni di ufficio, e le parti, tenendo altresì presente lo stato di avanzamento della causa, il tutto in vista di un incontro finale fra le parti (terza sessione), nel corso del quale, con l'assistenza dei legali (eventualmente presso gli organismi preposti alla mediazione/conciliazione, ai sensi della l. 69/2009 e del d.lgs. 28/2010), verranno esaminate «*le ipotesi transattive articolate, ed infine avendo cura di documentarne l'esistenza mercé la redazione di apposito verbale da depositarsi*» prima dell'udienza successiva.

Il tentativo conciliativo non si colloca necessariamente agli esordi del processo²⁵, ma può promuoversi - a mente dell'art. 185, 1° e 2° comma, c.p.c. (art. modif. ex l. 263/2005) - in ogni fase del giudizio: unica condizione è che si constati a verbale d'udienza il consenso ovvero l'adesione delle parti, a ciò pure opportunamente sollecitate dal giudice.

Il percorso così intrapreso può completarsi, se del caso, attraverso le forme della mediazione delegata disciplinata dal d.lgs. 28/2010. Sarà solo la valutazione combinata dei difensori e delle parti a cercare o meno l'apporto dell'organismo di mediazione.

²² Così, D. DALFINO, Tavola Rotonda, *Il procedimento di mediazione a sei mesi dall'entrata in vigore dell'obbligatorietà*, svoltasi nel corso del Seminario Internazionale di studi “La Mediazione civile. Verso una nuova giustizia negoziata”, in Bari, 12 settembre 2011.

²³ Lo schema di ordinanza adottato, in origine riprodotto sul sito *Filodiritto il 6.6.2011*, con nota a cura del dr Andrea Falcone, e leggibile su <http://www.filodiritto.com/lefficienza-della-giustizia-e-i-nuovi-percorsi-della-conciliazione>, è pubblicato dal Centro Studi sull'Arbitrato su www.centrostudiarbitrato.it.

²⁴ Propedeutici ai principi di economia e buon governo dei mezzi processuali sono la formalizzazione e la cadenza temporale (conformemente alle esigenze palesate dalle parti) dello scambio di proposte transattive tra le parti, mentre nel processo verbale dell'incontro conciliativo finale si descrivono le condotte assunte dalle parti. La possibilità di documentare per tempo (10 gg prima dell'udienza di rinvio ex art. 185 c.p.c.) gli esiti del percorso conciliativo, e soprattutto le condotte tenute nell'occasione dalle parti (se partecipino ovvero assenti), permette inoltre al giudice di conoscere, prima dell'udienza di prosieguo, le “negoziazioni” avvenute e di focalizzare ciò che ancora ostacola la conciliazione, per poter poi - perché informato - rendere proficua l'udienza ex art. 185 c.p.c., sempre che lo sforzo conciliativo sia ancora possibile e non superato dalla mancanza di trattative bonarie o dalla raggiunta conciliazione stragiudiziale.

²⁵ L'art. 183 c.p.c., nel disciplinare la prima udienza di trattazione, infatti, è stato significativamente novellato mediante la soppressione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, essendo generalmente infruttuoso esperirlo in un momento processuale “premature”.

E' indubbio come il momento nel quale tentare la conciliazione diventi il punto essenziale e delicato ai fini della buona riuscita dell'opzione conciliativa che può aprire, all'interno del procedimento civile, possibilità di conciliazione, così realizzando, più che il solo effetto deflattivo del contenzioso, l'ampliamento dell'area di tutela offerta al cittadino²⁶.

4. Linee guida della prassi conciliativa integrata

L'osservazione dei dati raccolti nel triennio di sperimentazione sulla prassi conciliativa integrata ha consentito di selezionare i seguenti canoni di orientamento²⁷, cui può ispirarsi il magistrato allorché approcci la pratica conciliativa:

1) *l'efficacia del tentativo cresce in maniera direttamente proporzionale al grado di conoscenza che il giudice abbia sui fatti di causa.*

Certamente sarà maggiore se il magistrato abbia assunto una riserva istruttoria, e quindi in esito al suo scioglimento, ovvero una volta stilata la programmazione dell'assunzione dei mezzi istruttori mediante il «calendario del processo» (art. 81 disp. att. c.p.c).

Sotto questo aspetto può altrettanto manifestarsi l'utilità del libero interrogatorio delle parti in udienza, se non addirittura della loro ammissione su alcuni fatti di causa nel corso del proprio interrogatorio formale, ovvero nell'ambito dell'audizione di un testimone. Particolarmente significativo a questi fini può rivelarsi l'acquisizione di nuovi elementi di causa allorquando il giudice, provvedendo in corso di giudizio a liquidare il compenso spettante al nominato CTU od esaminando le richieste delle parti di sottoporre all'ausiliario d'ufficio chiarimenti od integrazioni rispetto agli originari quesiti mandatigli, legga il contenuto dell'elaborato peritale e ne analizzi gli allegati (reportage fotografico, planimetrie, documentazione ufficiale etc).

2) *Il ruolo assolto dal giudice nella conciliazione integrata è effettivo, non meramente marginale.*

Ciò è in ossequio del portato e degli effetti di cui all'art. 185 c.p.c.: il giudice istruttore, cioè, «provoca» la conciliazione. Il che è sicuramente più di un tentativo²⁸. A conforto di ciò, basti aggiungere che l'art. 88, 1° comma, disp. att. c.p.c. fa riferimento proprio alla "convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore", riferimento testuale che respinge un ruolo puramente "notarile" da parte del giudice²⁹.

Secondo lo schema condotto nell'ambito dell'esperienza conciliativa in argomento, il magistrato non si limita, dunque, a stimolare la transazione tra le

²⁶ Si veda in tal senso il parere reso dal Consiglio Superiore della Magistratura reso al decreto legislativo: «Attuazione dell'art. 60 della legge 18.6.2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», nella seduta del 4 Febbraio 2010.

²⁷ Per l'analisi dei risultati conseguiti nel primo anno di monitoraggio della prassi si rimanda a M. DELIA, *La conciliazione: proposte programmatiche dal Tribunale di Bari - sezione distaccata di Modugno*, in *Foro it.*, 2012, V, 59 e ss.

²⁸ Cfr. già M. DELIA, *op. cit.*, nonché in atti del VII° Congresso Nazionale del CNF, tenutosi in Roma il 15 marzo 2012, in

<http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/congressi/documento5216.html>.

²⁹ Cfr. A. CONVERSO, *L'interrogatorio libero e il tentativo di conciliazione*, in *Giur. it.*, 2001, 644.

parti, per poi procedere alla passiva registrazione del fallimento o del successo dei tentativi, ma è chiamato a partecipare alla ricerca dell'accordo amichevole, prospettando alle parti – pur mantenendosi terzo e imparziale - l'area di controvertibilità delle questioni.

In concreto, egli deve aiutarle a compiere una delicata riflessione, forse decisiva, ossia «a valutare l'alea del processo» rispetto al *thema probandum*, se del caso arrivando a formulare una proposta conciliativa, con cui comporre i contrapposti interessi delle parti, indicandone nel verbale di udienza, sebbene in linea di massima, i punti essenziali.

3) Il magistrato può allentare i "toni tesi" del contraddittorio.

Dopo l'ascolto e l'osservazione del contraddittorio, il magistrato potrebbe riformulare domande ed eccezioni rassegnate negli scritti difensivi, in modo da evitare possibili atteggiamenti polemici delle parti, contrari all'innesto conciliativo, e coadiuvando le parti stesse, in una valutazione trasparente e ragionata, nel mettere a fuoco le rispettive posizioni ed i loro reali *bisogni*. E' un altro utile sostegno che può mettersi a disposizione delle parti, non solo all'inizio, ma per tutta la durata della parentesi conciliativa.

Si può affermare, a questi fini, che agevolano la distensione del contraddittorio finanche l'umanità, l'umiltà ed un po' di senso dell'humour da parte del giudice³⁰, e meraviglia come, in casi presentati come disperati, la pratica conciliativa integrata, ove conclusa con successo, finisca per valorizzare tutti (giudice, avvocati, consulenti tecnici, parti), restituendo l'immagine della giustizia e, senza alcun dubbio, quella che le parti hanno fino a quel momento avuto di loro stesse.

4) Il giudice può condurre le parti verso una maggiore comprensione delle dinamiche conciliative....

Può, in ipotesi, addurre argomenti che possano essere "avvertiti" dalle parti come a loro più vicini, esprimendosi in termini di risparmio di tempo, denaro, energie psico-fisiche. Tanto non può che essere in linea con il principio del "giusto processo".

Parallelamente va chiarito alle parti che la conciliazione giudiziale non comporta una soluzione estranea al diritto: l'utente di giustizia deve cioè percepire che il "*consilium*" prospettato dal giudice non solo è previsto dal legislatore nel codice di procedura civile, ma viene espresso sulla base delle norme di stretto diritto.

Il magistrato, quindi, deve sempre tendere alla trasparenza che accompagna tanto la valutazione ragionata dei fatti e delle posizioni nel contraddittorio delle parti, quanto la proposta dell'accordo, offerta quest'ultima solo come base della discussione, potendo trovare, com'è ovvio, modificazione ed integrazione seguendo i punti di vista che le parti via via esprimeranno³¹.

5) ... e dalle dinamiche conciliative il giudice può estrapolare una maggiore comprensione delle dinamiche contenziose.

V'è da aggiungere che, nel caso in cui il ruolo assegnato al giudice comprenda cause involgenti le più disparate materie (la qual cosa accade

³⁰ Il giudice non parla solo di giustizia, ma il giudice è anche ragione, misura, pazienza, ascolto e comprensione, come ricorda S. GABORIAU, già Presidente di Sezione - Corte di Appello di Parigi e membro di GEMME (*Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation*), fautrice di un'esperienza virtuosa francese sulla mediazione e la procedura partecipativa.

³¹ Come già evidenziato, l'art. 88, 1° comma, disp. att. c.p.c. fa testuale riferimento alla "convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore".

sovente in una (ex) Sezione Distaccata, ove il lavoro svolto non conosce specializzazione per materia nei vari rami del civile), ogni affare nuovo trattato e le difficoltà in esso insite, apportano ulteriori conoscenze al magistrato, che potrà poi reinvestire proficuamente nelle aule di giustizia ed in particolare sui tavoli conciliativi.

Senza contare inoltre che, dalle stesse esperienze maturate sui tavoli conciliativi, il magistrato può, per effetto di un rapporto che potremmo definire osmotico, trarre utile arricchimento in termini di migliore conoscenza della realtà sociale - substrato dei litigi - e di consapevolezza delle ripercussioni concrete sui contenziosi trattati, reinvestendolo in risposte più perspicaci da offrire nei successivi giudizi pendenti.

Un positivo ciclo, in crescita costante e permanente.

6) *Il giudice deve garantire leve conciliative per stimolare il dialogo fra le parti.*

Propizio per la conciliazione da amministrarsi giudiziariamente si è rivelato l'impiego di "leve" attraverso cui sono state convogliate le visioni processualmente espresse dalle parti, con una forza fino a quel momento fra loro contrastante, verso una soluzione che, restituendo equilibrio ai bisogni delle parti, ne ha consentito l'approdo in un accordo (conciliativo o transattivo).

Una leva conciliativa molto potente, ad esempio, si recupera spesso, oltre che in qualsivoglia "incidente istruttorio" (interrogatorio formale ingiustificatamente non reso dalla parte, testimoni che vengono a mancare oppure non riferiscono, in sede di audizione, ciò che ci si aspetti, documentazione sopravvenuta all'avvio del giudizio oppure non conosciuta prima), negli esiti della consulenza tecnica d'ufficio.

Occorre premettere, invero, l'importanza delle qualità richieste ai CTU da nominare (con aggiornamenti continui e periodici dell'albo degli iscritti, che il magistrato deve avere premura di effettuare alla stregua della: 1. compiutezza degli elaborati via via depositati dagli ausiliari d'ufficio in precedenza nominati; 2. tempestività di deposito rispetto ai tempi concessi; 3. correttezza e completezza del metodo d'indagine seguito dagli ausiliari nel corredare la loro relazione finale con allegati documentali e fotografici, agevolmente intellegibili ed acquisiti nel rispetto del contraddittorio; 4. tutele adoperate dall'ausiliario d'ufficio per consentire sia l'esercizio paritetico dei diritti di difesa nel corso delle operazioni peritali, che il flusso contestuale di informazioni fra tutte le parti, senza incorrere in "gravose" nullità, temporalmente ed economicamente dispendiose; 5. nuove ed ulteriori specializzazione eventualmente raggiunte nel tempo dal professionista iscritto, con particolare attenzione alla sua formazione ed aggiornamento professionali, 6. acquisizione del titolo di mediatore ovvero della sua partecipazione ad organismi di mediazione ³²; 7. abilità conciliative in

³² E' stato osservato come la "mediazione" e l'istituto introdotto con l'art. 185 *bis* c.p.c. si ricollegano, nella loro *ratio* di fondo, ad altra prassi sempre più diffusa nei Tribunali, per la quale si conferisce ai CTU l'incarico, oltre che di rispondere a specifici quesiti tecnici, di agevolare una soluzione bonaria della vertenza anche alla stregua delle risultanze peritali. Questa prassi si ricollega non solo alla facoltà di curare l'esperimento di un tentativo di conciliazione, già riconosciuta per la consulenza consistente nell'esame di documenti contabili e registi (art. 198, 1° comma, c.p.c.), ma pure al disposto di cui all'art. 696 *bis* c.p.c., regolante la consulenza tecnica preventiva finalizzata alla composizione della lite. Così F. TOSCHI-VESPASIANI-F. PAGANI, *La proposta conciliativa del giudice ex art. 185 bis c.p.c.* pubblicato il 30.12.2013 su in www.ilcaso.it.

concreto manifestate dal professionista in precedenti incarichi³³), in uno alla tempestiva e quanto più esaustiva stesura dei quesiti da sottoporre all'ausiliario d'ufficio, già nell'ordinanza - o nel decreto- con cui se ne dispone la nomina in giudizio.

Allorquando venga acquisita, in corso di giudizio, una "diagnosi" tecnica che, intersecandone i punti cruciali, lasci intravedere il perno del conflitto, su ciò andrà opportunamente sollecitato il dialogo fra le parti.

Altra leva conciliativa incisiva è il richiamare alle parti quei precedenti giurisprudenziali, consolidati nel tempo o sopravvenuti in corso di causa a dirimere contrasti in una specifica materia (precedenti propri dell'ufficio giudiziario di appartenenza ovvero delle Corti superiori), da cui attingere le regole applicabili alla controversia in esame, costituendo cioè possibile criterio di decisione della questione sottoposta in giudizio³⁴. Funge da "agente propellente" per la conciliazione, è bene non ignorarlo, proprio la prevedibilità dell'eventuale esito giudiziale della lite³⁵.

³³ Si afferma sempre di più l'impiego, in molti uffici giudiziari, di un "albo elettronico" di CTU da cui attingere nel caso di nomine, aggiornato con campi appositi che permettano di tenere conto non solo della diversa specializzazione del professionista iscritto, ma pure del suo titolo di mediatore, della sua partecipazione ad organismi di mediazione, della cura nella formazione ed aggiornamento professionali, oltre che delle conciliazioni già raggiunte in precedenti cause. Del resto, se il legislatore amplia, con istituti come l'art. 696 *bis* c.p.c., i poteri di ogni CTU (e non dei soli CTU contabili come era avvenuto con la previsione dell'art. 198 c.p.c.) conferendo loro la funzione di conciliatori (abili non solo a condurre il tentativo di conciliazione nel contraddittorio, ma a predisporre un eventuale verbale di conciliazione, in esito dotato di esecutività con decreto del giudice, in analogia con quanto già previsto per i CTU contabili dagli artt. 198 e 199 c.p.c.), ed oggi più che mai quella di mediatori (la procedura ex art. 696 *bis* c.p.c., non introducendo un giudizio di merito, non dovrebbe essere preceduta dalla mediazione anche se verta su materie per le quali dal 20.9.2013 ne è prevista come condizione di procedibilità), ciò coerentemente dovrebbe imporre, per poter meglio operare, la formazione di un albo speciale di CTU con il titolo di mediatori. Probabilmente queste informazioni, recuperabili periodicamente e con modalità collaborative da sollecitarsi presso gli stessi ordini professionali (si pensi all'iniziativa degli stessi CTU che, a brevi scadenze - forniscano all'Ufficio i nuovi dati, muniti di comuni supporti elettronici, quali cd rom o *pen drive*), potrebbero confluire, grazie ad iniziative affidate anche al volontariato e con costi zero per l'amministrazione della giustizia (si pensi al contributo che potrebbero offrire gli stagisti tirocinanti negli Uffici Giudiziari, sotto la supervisione di personale amministrativo), in aggiornamenti continui dell'albo elettronico dei CTU. L'Albo Elettronico dei CTU, con queste rinnovate caratteristiche, sarebbe di agevole consultazione per gli stessi magistrati, oltre che maggiormente utile per i fruitori finali, ossia gli utenti di giustizia, sui quali il costo delle CTU deve poter gravare compensato dalla qualità dell'indagine peritale demandata dal magistrato. Le esigenze appena rappresentate sono altresì emerse nel corso dei lavori tenutosi nel Master di II° livello *Procedure e tecniche delle gestioni giudiziarie* organizzato dall'Università di Bari per l'anno 2013/2014 e destinato alla formazione dei CTU, esperienza pilota condotta da professori universitari, professionisti e magistrati del Tribunale di Bari, che, sommando alle competenze giuridiche quelle specifiche delle varie specializzazioni interessate, nonché le abilità tecniche relative alla gestione del processo, hanno affrontato le possibili linee guida per un miglioramento del servizio giustizia. V. <http://gestionigiudiziarie.it/>.

³⁴ Si pensi, ad esempio, allo stato della giurisprudenza in punto di liquidazione del danno non patrimoniale ed applicazione delle Tabelle sul danno biologico elaborate dall'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano, ovvero alle posizioni assunte dalla Suprema Corte da ultimo in materia di anatocismo bancario.

³⁵ Per sostenere al meglio il piano di smaltimento dell'arretrato e promuovere con successo le pratiche conciliative, ogni Ufficio Giudiziario potrebbe assumere iniziative che incentivino la cultura dello scambio e del confronto dei cd precedenti giurisprudenziali nel distretto. Possono intensificarsi fra i magistrati la condivisione e la circolazione delle informazioni non solo attraverso lo strumento telematico (v. la formazione di siti di giustizia civile), ma anche agendo

Infine, comuni leve si rinvengono nella cd compensazione giudiziaria, operabile sui rispettivi crediti azionati da ciascuna delle parti in giudizio, nelle domande riconvenzionali, negli effetti della trascrizione dei trasferimenti immobiliari ovvero della domanda giudiziaria (effetti spesso non sufficientemente "controllati" a monte dalle parti, prima cioè di introdurre il giudizio) - ovvero nelle modifiche normative sopraggiunte nelle more del giudizio ed interferenti la materia del contendere o aspetti processuali dirimenti per le sorti del processo. In una parola, tutte quelle che definiremo le cd incognite processuali. Il loro disvelarsi soltanto nel corso del giudizio muta gli assi difensivi e trasforma inevitabilmente, per effetto di una visione di maggiore "convenienza" o di diversa soddisfazione, gli obiettivi delle parti.

Da ultimo, e non per ultimo, il capitale emotivo, portato dalle parti quando compaiano personalmente in udienza innanzi al magistrato³⁶, può tradursi in un sorprendente "grimaldello" conciliativo.

Per un verso il contatto diretto e tangibile con il giudice agevola la fiducia riposta dall'utenza nella sua offerta di pacificazione; per altro verso le parti - incontrandosi dopo una lunga distanza, in un faccia a faccia con chi esprima, al tempo stesso, autorevolezza e forza mediatrice - conoscono finalmente le reali argomentazioni del proprio avversario, ovvero talvolta non aspettano altro se non la spinta a riprendere un dialogo da troppo tempo interrotto (e già questo può intendersi una vittoria!).

7) *Il giudice deve registrare il "consenso" delle parti all'esperimento conciliativo.*

Attraverso le informazioni e le delucidazioni occorrente, pure illustrate nei punti che precedono, l'iniziativa conciliativa giudiziale dovrà sostenersi sulla volontà delle parti. Da essa non può prescindersi, perché l'art.185 c.p.c. prevede testualmente che a tal fine ci sia la «richiesta congiunta delle parti», come pure ogni prospettiva futura di successo del dialogo conciliativo è legata sia al grado di consapevolezza raggiunta dalle parti sull'ampiezza e spessore del loro contenzioso, sia al livello di comprensione circa i benefici raggiungibili con una risoluzione bonaria.

Ciò non significa che il giudice non possa (se lo ritenga opportuno) "incoraggiare" le parti ad un atteggiamento collaborativo, ma soltanto che egli non debba indirizzarle alla conciliazione semplicemente per la vetustà della causa o per il desiderio di liberarsi di un fascicolo³⁷.

Una simile "forzatura" non solo non sarebbe corretta nei confronti del

in forma preventiva e di coordinamento, utilizzando periodicamente le riunioni ex art. 47 *quater* ord. giud., in occasione delle quali potrebbero riportarsi, per tipologia di controversie (ad es. appalti, materia bancaria, condominio, divisione, famiglia), le prassi specifiche sviluppatesi nei singoli uffici e, aprendosi anche all'analisi dei profili negativi, selezionarsi quelle "virtuose". La divulgazione fra noi operatori di giustizia di sentenze e provvedimenti, distinti per materia, è sempre una forma di ottimizzazione delle risorse e dei tempi e favorisce il lavoro non solo dei giudici, ma anche degli avvocati, rivelandosi altrettanto utile se trasfusa nei tavoli conciliativi.

³⁶ Si pensi, ad esempio, all'udienza fissata ex art. 789 c.p.c. per l'approvazione del progetto di divisione ovvero la comparizione dei coniugi innanzi al Presidente del Tribunale per i provvedimenti temporanei ed urgenti in materia di separazione e divorzio. Occorre invero meditare sulle ragioni che portano frequentemente alla trasformazione negoziale delle divisioni giudiziarie ovvero conversione di procedure di separazione o divorzio sorte come giudiziarie in consensuali.

³⁷ Un elenco di cause non mediabili si rinvia, ad esempio, nel *Vademecum sulla mediazione*, pag. 23, elaborato dal Tribunale di Milano, leggibile in www.c.c.milano.it.

contraddittorio, bensì potrebbe rivelarsi altrimenti inutile e fuorviante. Per non parlare dei rischi insiti nel distinguere tra liti di recente introduzione, di serie A (ritenute meritevoli di decisione nel merito), e liti risalenti, di serie B (da smaltire quanto prima), per una malintesa applicazione del principio del giusto processo.

Il percorso di conciliazione dovrà consistere piuttosto in un'analisi di costi/benefici del processo, da cui possono dischiudersi effetti positivi ed immediati (si pensi alle cause fra imprenditori che non abbiano interrotto i loro rapporti commerciali oppure alla soluzione dei conflitti familiari, fra cui quelli insorti per ragioni successorie: per essi la speditezza di una soluzione che recuperi la volontaria adesione di tutte le parti può rappresentare la condizione non solo per la certezza ma pure per la permanenza nel tempo del rapporto sottostante).

In tale direzione si esprime la funzione di "filtro" del giudice, il quale, prima di proporre alle parti l'esperimento conciliativo, saprà operare un'analisi preventiva in ragione della natura della causa, della disponibilità dei diritti coinvolti e dello spessore delle risultanze istruttorie acquisite.

Egli si esprimerà quale «mediatore valutativo», e non mero «facilitatore».

Sotto quest'angolazione riaffiora il magistero, l'autorità morale del magistrato.

5. Gli esiti del monitoraggio sulla prassi conciliativa integrata

Come ogni sperimentazione, i suoi valori vanno misurati soltanto sugli esiti conseguiti.

L'Ufficio Giudiziario di Modugno ha inteso portare avanti il progetto conciliativo assicurando al contempo la registrazione dei flussi di gradimento incontrati dall'invito alla pausa di conciliazione integrata nei giudizi civili pendenti, per infine monitorarne³⁸ le percentuali di definizione e di abbattimento del contenzioso esistente.

Un'attività sperimentale dei cui esiti si è cercato di lasciare una traccia statistica e grafica³⁹, in ciò potendosi contare non solo sulla continua collaborazione fra la ex Sezione Distaccata di Modugno e l'Avvocatura locale, ma finanche sulla felice triangolazione con l'Università degli Studi di Bari.

³⁸ L'importanza della tecnica di monitoraggio nella materia della mediazione è stata "intravista" dallo stesso legislatore nel c.d. "decreto del fare". L'art. 4, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 28/2010, come introdotto dal citato decreto, prevede che la disposizione relativa alla c.d. mediazione obbligatoria «*ha efficacia per i quattro anni successivi alla data della sua entrata in vigore. Al termine di due anni dalla medesima data di entrata in vigore è attivato su iniziativa del Ministero della giustizia il monitoraggio degli esiti di tale sperimentazione*». In ossequio alla nuova disposizione su monitoraggio della mediazione cd obbligatoria, gli organismi di mediazione sono tenuti alla stretta osservanza degli obblighi di comunicazione dei dati statistici relativi all'attività di mediazione svolta, entro i termini, con la periodicità e secondo le modalità previsti dalla circolare emessa in materia dalla competente Direzione Generale di Statistica del Ministero della Giustizia. La mancata puntuale osservanza del dovere di comunicazione di cui alla detta circolare della Direzione Generale di Statistica sarà assunta come elemento sintomatico della inattività dell'organismo, ovvero comunque della sua incapacità a garantire uno 'standard' minimo di efficienza.

³⁹ I grafici sono consultabili *online*, in allegato alla relazione di M. DELIA, negli atti del VII° Congresso Nazionale per la formazione professionale del CNF, tenutosi in Roma il 15.3.2012; <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/eventi/congressi/articolo7246.html>.

I dati del monitoraggio sui ruoli delle udienze civili - nel periodo compreso fra febbraio e luglio 2011 - sono confluiti in griglie riepilogative delle cause in cui le parti avevano aderito al modello 185 c.p.c., e ripartiti con campi appositi riferiti: a) alla fase processuale raggiunta dalla causa al momento dell'esperimento della spinta conciliativa; b) alla tipologia e durata dei rinvii di conseguenza concessi; c) all'incidenza delle cause cancellate e/o estinte; d) ai verbali di conciliazione redatti udienza per udienza (dati così ufficializzati dalla Cancelleria negli esiti statistici)⁴⁰.

Il secondo periodo del monitoraggio ha riguardato, invece, il primo semestre 2012. L'elaborazione dei nuovi dati è avvenuta all'interno di un diverso progetto, per certi versi ancora più stimolante, perché ha visto tra gli enti collaboranti in virtù di apposite convenzioni concluse nell'ambito di PON, anche istituti scolastici, attraverso simulazioni guidate di soluzioni conciliative della controversia⁴¹.

Traducendo i numeri monitorati e l'esperienza vissuta, possono allora appuntarsi ulteriori considerazioni.

La chiave di accesso all'esperienza della conciliazione cd "integrata", è, *in primis*, il riconoscere primaria importanza all'intervento del giudice. Ciò vale a distinguerla fra le varie soluzioni deflattive del carico giudiziario adottate in passato dal legislatore⁴².

⁴⁰ L'ottenimento di questi dati è stato possibile anche grazie alle sinergie azionate, nell'Ufficio del Giudice, di giovani laureati (tra i quali, in particolare, Giuseppe Coviello), ai sensi dell'art. 73 d.l. 69/2013, conv. in l. 98/2013.

⁴¹ In particolare, l'Istituto di Istruzione Secondaria Superiore "Tommaso Fiore" di Modugno e la convenzione da questo conclusa con l'Ufficio Giudiziario in virtù del PON, obiettivo C Azione C5 "Fare scuola nell'impresa" codice C-5-FSE- 2011 - 135. Si tratta di un "esperimento pilota" perché ha inteso migliorare le condizioni di lavoro della ex sezione distaccata di Modugno. Il progetto ha permesso, grazie alla collaborazione fra Ministero di giustizia e l'ente scolastico, la predisposizione di strumenti utili all'informatizzazione della ex sezione. Esigenza quest'ultima prioritaria per la sorveglianza sull'adempimento dei doveri dei giudici onorari assegnati all'anzidetta Sezione, oltre che per ottemperare alle linee guida esposte nel Programma per la gestione dei procedimenti civili 2011 - 2012, in ossequio all'art. 37, d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111, ed oggi ancora di più indispensabile per l'operatività del Processo Civile Telematico.

⁴² Negli ultimi anni il nostro legislatore, ancor prima d'introdurre con il d.lgs. n. 28/2010, l'istituto della mediazione finalizzata, in via preventiva, alla conciliazione delle controversie civili, ha aperto "finestre conciliative" nei vari riti processuali [è sufficiente ricordare: art. 410 c.p.c. in materia di lavoro; art. 595 r.d. 30 marzo 1942 n. 327 (codice della navigazione); art. 7 l. 2 marzo 1963, n. 320 e art. 46 l. 3 maggio 1982, n. 203, in materia agraria; art. 198 c.p.c. e in materia di CTU tecnico-contabile; l. 14 novembre 1995, n. 481, in materia di concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità; art. 1, 11° comma, l. 31 luglio 1997, n. 249, in materia di comunicazioni e norme sui sistemi delle telecomunicazioni e radiotelevisivo; art. 10 l. 18 giugno 1998, n. 192, in materia di subfornitura (v. in quest'opera B. FRANCONI); art. 38 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, in materia societaria (v. in quest'opera O. DESIATO); art. 71 *quinquies*, 4° comma, e 194 *bis*, l. 22 aprile 1941, n. 633, come inseriti dal d.lgs. 9 aprile 2003, n. 68, in materia di diritto di autore; art. 696 *bis* c.p.c., in materia di consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi (v. in quest'opera M. ADORNO); art. 141 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, in materia di consumo (v. in quest'opera G. SANSEVERINO); art. 240 d.lgs. 2 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE); art. 1 l. 8 febbraio 2006, n. 54, in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli; d.lgs. 179/2007, in attuazione dell'art. 27, 1° e 2° comma, l. 28 dicembre 2005, n. 262, in materia di indennizzo e fondo di garanzia per i risparmiatori e gli investitori]. In epoca successiva all'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010, la mediazione è stata contemplata in ulteriori settori specifici, quali, ad esempio, la materia tributaria (v. in quest'opera G. SELICATO) e quella del turismo (v. in quest'opera C.S.

Suggestivo diventa il modo attraverso cui il magistrato – promuovendo la conciliazione endo-processuale nelle cause contenziose di cui sia investito quale giudice istruttore – si spinga, al di là di ogni ingiustificata ritrosia, a privilegiare il dialogo e la comunicazione tra le parti⁴³, andando oltre la rigida applicazione di schemi e scansioni processuali.

Il giudice può e deve far emergere gli interessi dei protagonisti del contraddittorio (cioè i *bisogni*, i desideri, i problemi, i timori, ciò che manca e si vorrebbe avere⁴⁴) e deve partire proprio dalla loro considerazione se vuole interpretare efficacemente il ruolo di conciliatore, nel pieno rispetto ovviamente del ruolo difensivo svolto dagli avvocati delle parti⁴⁵. Non può definirsi poco se si considera che il *bisogno* di giustizia e di composizione delle controversie si esprime, prima ancora che sul piano della “ragionevole durata del processo”, su quello della qualità, da ricercarsi nella soluzione maggiormente sostenibile e suscettibile di essere volontariamente eseguita.

A questa verità si accompagna una seconda, forse ancor più importante, che centra sui profili collaborativi utilmente espressi dal contraddittorio delle parti in quelle cause che hanno avuto accesso alla spinta conciliativa integrata. Un segnale, quello della collaborazione, di non trascurabile peso nella dinamica innescata dalla spinta mediatrice allorché si vuole che essa conduca verso la trasformazione costruttiva del conflitto e la deflazione del contenzioso.

Se dietro ogni evoluzione delle condotte umane si muove un fenomeno culturale, non è difficile immaginare come i pur diffusi atteggiamenti di resistenza (a volte di vera e propria diffidenza), fino ad oggi registratisi nei tiepidi approcci all’area della media-conciliazione, possano rimuoversi facendo leva sulla collaborazione⁴⁶ di tutti coloro che, coinvolti nella gestione del processo, arrivino finalmente ad intravedere nei moduli ADR l’occasione per sviluppare risorse ed abilità, già peraltro potenzialmente contenute, per definizione, nei profili di professionalità di avvocati e magistrati⁴⁷.

Questo rinnovamento non può che richiedere adeguata formazione, oltre che motivazione, per tutti i protagonisti del processo civile, nessuno escluso:

PANZARINO).

⁴³ M. DELIA, *La conciliazione*, loc. cit.

⁴⁴ Quando si parla di interessi delle parti occorre specificare che, in alcuni conflitti, l’interesse prevalente è proprio quello relativo alla prosecuzione del rapporto sottostante ed è questo che viene in primo piano; in altri casi, manca un interesse del genere, ma esistono altri interessi sottostanti alle posizioni di diritto che possono comunque trovare soddisfazione nella conciliazione.

⁴⁵ L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l’imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, 571 ss.

⁴⁶ M. DELIA, *L’invito alla risoluzione alternativa delle controversie. Un’occasione per tutti*, in *Adr Magazine*, 3/2012, 1 e 24 s.

⁴⁷ Se il legislatore assegna al giudice, fra i poteri di direzione dell’udienza, quello di condurre il contraddittorio nel percorso conciliativo, a mente dell’art. 185 c.p.c. e dell’art. 88 disp att. c.p.c., altrettanto significativa è la previsione di cui all’art. 40 co. 1 del codice deontologico degli avvocati, a mente del quale «L’avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all’atto dell’incarico delle caratteristiche e dell’importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili». Ed il valore delle prescrizioni deontologiche è paragonabile a vere e proprie norme giuridiche, in quanto fonti normative integrative del precetto legislativo che attribuisce al Consiglio nazionale forense il potere disciplinare, con funzione di giurisdizione speciale appartenente all’ordinamento generale dello Stato (cfr. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007, n. 26810, in *Foro it.*, 2009, I, 3167, con nota di G. SCARSELLI).

giudici⁴⁸, avvocati⁴⁹, ed ausiliari d'ufficio⁵⁰. Essi devono potersi trovare nelle condizioni di "testare" simili prassi giudiziarie⁵¹, stimolati finanche dal continuo e paritetico confronto tra identità professionali, diverse ma pur sempre accomunate nella responsabilità di permettere il funzionamento "ragionevole" della giurisdizione⁵².

Essenziali diventano le iniziative formative comuni di avvocati e magistrati⁵³, da assumere e promuovere nell'ambito giudiziario, magari con l'ausilio di enti a ciò qualificati⁵⁴. Sotto questo profilo, deve confidarsi non solo nella divulgazione delle informazioni teoriche - che spesso finiscono per arricchire esclusivamente il profilo culturale dei partecipanti e/o corsisti - bensì pure nello scambio di esperienze vissute, raccolte attraverso interviste ai medesimi giudici, per illustrare e valutare il gradimento di una prassi giudiziaria promossa nell'area territoriale di competenza⁵⁵, ovvero riservate anche agli avvocati, affinché possano fornire informazioni utili su come portare dei

⁴⁸ L'esigenza di un giudice preparato, sul piano psicologico e culturale, ad affrontare il compito di conciliare è stata ben rappresentata da L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, cit., p. 582.

⁴⁹ La legge di conversione è intervenuta sul "decreto del fare", pur mantenendo la previsione che «*gli avvocati iscritti all'albo sono di diritto mediatori*», ma specificando che gli stessi avvocati che vogliono iscriversi ad organismi di mediazione «*devono essere adeguatamente formati in materia di mediazione e mantenere la propria preparazione con percorsi di aggiornamento teorico - pratici a ciò finalizzati, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 55 bis del codice deontologico forense*» (comma 4 bis, dell'art. 16, d.lgs. 28/2010). E sui profili di gestione della formazione degli avvocati- mediatori si veda, da ultimo, la circolare del Min. Giustizia del 27 novembre 2013, e quella integrativa, a suo chiarimento, del 9 dicembre 2013.

⁵⁰ Fra le esperienze formative rivolte ai CTU, il Master di II° livello "*Procedure e tecniche delle gestioni giudiziarie*" cit., ha seguito una nuova modalità di confronto, con cui professori universitari, professionisti e magistrati del Tribunale di Bari, sommando alle competenze giuridiche quelle specifiche delle varie specializzazioni interessate, nonché le abilità tecniche relative alla gestione del processo, hanno affrontato le possibili linee guida per migliorare il servizio giustizia. V. <http://gestionigiudiziarie.it/>

⁵¹ L'indomani di una modifica normativa, gli approfondimenti, oltre che la divulgazioni di prassi uniformi, devono trovare sede naturale per uno scambio fra tutti i magistrati proprio nelle riunioni di sezioni ex art.47 *quater* ord. giud., riunioni periodiche la cui fissazione, a cura dei Presidenti di Sezione, può anche sollecitarsi con odg sul tema.

⁵² Cfr. M. MARTELLO, in *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*, Torino, 2013, offre una risposta al segnale lanciato da tanti autorevoli giuristi i quali hanno lamentato come la legge sulla mediazione, pur definita e ridefinita, abbia lasciato il vuoto sul tema della formazione, vuoto non colmato neppure dal dibattito culturale. Il timore è che, trascurato l'aspetto formativo, potrebbe fallire l'opportunità di tradurre tale innovazione in un vantaggio per il cittadino, fino ad incrinare lo stesso ideale della giustizia neutrale ed equa.

⁵³ Si esprime così anche M. VACCARI, *L'art. 185 bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, in www.il caso.it.

⁵⁴ Si potrebbe, ad esempio, allargare agli avvocati ed ai ctu la formazione decentrata organizzata nei singoli distretti giudiziari e rivolta ai magistrati. Particolarmente proficua, oltre che economica, parrebbe ogni iniziativa formativa da intraprendersi a cura della Scuola Superiore della Magistratura, anche nelle sue articolazioni territoriali decentrate, in collaborazione con i consigli dell'ordine forense.

⁵⁵ La diffusione del modello conciliativo oltre le aule giudiziarie di Modugno è stata, ad esempio, proprio incoraggiata nel corso della riunione organizzata dalla Presidenza del Tribunale di Bari, in data 10 marzo 2011, sul tema "La definizione dei procedimenti civili", ivi ottenendo adesioni fra i giudici civili, togati ed onorari, del distretto. L'indirizzo del Tribunale di Modugno è stato seguito nella (ex) sezione distaccata di Altamura, sotto il coordinamento del giudice dr.ssa Laura Fazio.

procedimenti in mediazione e definirli in quella sede⁵⁶.

Permette invero l'affinamento dello strumento di mediazione ogni dibattito, anche a titolo accademico, che sappia mostrare "al senso comune" la portata generativa e trasformativa insita nella mediazione, attestandone altresì l'efficacia degli interventi.

Tant'è che è invalsa, su scala nazionale e negli ultimi anni, la diffusione di vademecum⁵⁷, redatti dagli Osservatori sulla giustizia civile - aggregazioni nate spontaneamente in molti distretti giudiziari d'Italia - e liberamente consultabili⁵⁸, con il solo scopo di agevolare il flusso di informazioni utili agli avvocati ed il coordinamento tra i soggetti coinvolti nella gestione del processo - magistrati, avvocati, professori, personale dell'amministrazione giudiziaria - e soprattutto di elaborare scelte operative pratiche, rivolte a migliorare qualità ed efficienza della giustizia civile italiana⁵⁹.

Si va tracciando, per questa via, una nuova rotta decisiva, attraverso la quale il giudice - operando i più opportuni filtri fra le cause portate in udienza al fine di privilegiare i processi di più risalente iscrizione a ruolo ovvero quelli in cui sia affiorata una questione in diritto o in fatto suscettibile di assorbire ovvero sfrondare la gran parte delle eccezioni e deduzioni offerte dalle parti - deve sapere anche condurre gli operatori professionali delle aule di giustizia (avvocati, CTU e CTP) al di fuori della logica di contrapposizione ovvero rigidità dei rispettivi ruoli assunti nel contraddittorio (contrapposizione su cui si è connotato sempre di più il giudizio civile, in attesa - attraverso la selezione dei torti e delle ragioni - di celebrare un vincitore), indirizzandoli piuttosto verso una condivisa partecipazione alla definizione della lite. Le loro condotte devono essere conformate al più generale principio di lealtà e probità, già prescritto nell'art. 88 c.p.c.⁶⁰, in vista del comune obiettivo di risoluzione della

⁵⁶ V. gli interventi svolti nel corso del Convegno Internazionale dal titolo "*Il futuro della Mediazione. La mediazione commerciale, la mediazione familiare e la mediazione penale in azione*", tenutosi a Taormina l'8 novembre 2013, organizzato dall'Associazione magistrati e giuristi italiani per la Mediazione, con il patrocinio dell'Ordine degli Avvocati di Messina. Fra i relatori, Pascual ORTUNO, magistrato in Barcellona e vicepresidente GEMME (*Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation*) ha tracciato le principali linee-guida dei percorsi ADR in Spagna, mentre Jacques SALZER, *Maître de Conférences* presso l'Università di Parigi - Dauphine, ha presentato video-interviste rilasciate da alcuni avvocati-mediatori per esporre il loro approccio, e quello dei loro clienti, nelle vissute pratiche di mediazione.

⁵⁷ Si veda ad esempio il "*Vademecum per la mediazione*", volumetto inserito nella pagina dedicata all'Osservatorio sulla giustizia civile di Milano del sito www.corteappello.mi.it, pubblicato anche sui siti dell'Ordine degli Avvocati di Milano e della Camera Arbitrale di Milano. E' strumento di rapida consultazione e di taglio pratico con cui si offrono informazioni di base sulla mediazione e sui precedenti giurisprudenziali.

⁵⁸ Per un approfondimento, v. *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, a cura di G. Berti Armoaldi Veli, Bologna, 2011.

⁵⁹ Iniziative che s'inseriscono in analogo processo di sensibilizzazione sono state quelle intraprese, negli ultimi anni, dal Tribunale di Modugno, ove si è inteso sostenere l'aggiornamento dei professionisti operanti nell'area territoriale di competenza, con il contributo dell'Associazione forense locale oltre che delle Università - pubblica e privata - nella ricerca continua dei tratti principali della prassi conciliativa integrata. Ad esempio, presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni legali, nell'ambito della LUM, l'Università Lum Jean Monnet in Casamassima (Bari), nel triennio 2011/2013, nel modulo di studi dei percorsi giurisprudenziali, sono state dedicate lezioni divulgative alla prassi di mediazione integrata, con laboratori di studio e simulazioni guidate fra gli specializzandi.

⁶⁰ Principio non solo inserito nel codice di rito, ma ribadito nelle ultime riforme dal legislatore che, evidentemente, insegue il valore della collaborazione fra gli utenti di giustizia verso la ricerca della soluzione al conflitto giudiziario - sia essa quella tracciata nella sentenza

controversia, da ricercarsi possibilmente con forma e tempi volontariamente condivisi⁶¹.

Sulla scia di tali premesse, si giunge infine alla terza verità, nel cui ambito si gioca, prima ancora che il corretto utilizzo di qualsivoglia percorso conciliativo, soprattutto la sua riuscita: quella che assegna all'avvocato, tanto nella fase preliminare al processo come in quella successiva, un compito a dir poco determinante.

Nella fase preliminare al processo è necessario che l'avvocato presti una consulenza orientata alla mediazione. Questa fase ha un'importante funzione di "scrematura", non solo perché, qualora vada a buon fine la procedura di mediazione (nei casi in cui sia prevista come obbligatoria), diventa superfluo avviare la controversia in sede contenziosa, bensì perché rappresenta un momento nevralgico nell'informazione delle parti, a cominciare dalla prospettazione delle varie modalità di risoluzione delle controversie diverse dalla sentenza. Ciò predisporrà le stesse parti, più avanti e nel corso del processo, al parziale e reciproco sacrificio delle posizioni di partenza nell'eventuale parentesi di mediazione (sia quella obbligatoria, che quella indotta dal giudice, come introdotta dal cd. decreto del fare) ovvero in quella conciliativa cd endo-processuale, condotta dal giudice ai sensi dell'art. 185 c.p.c. ovvero ex art. 185 *bis* c.p.c.

Parimenti incisiva può rivelarsi l'attività propositiva dell'avvocato in giudizio. Nell'intraprendere modalità di risoluzione alternativa della controversia, gli avvocati (oggi qualificati mediatori di diritto) devono saper guidare i propri assistiti nel selezionare il metodo migliore per risolvere il conflitto (si pensi, in un giudizio pendente, al caso in cui il suo esito paia segnato dalle risultanze istruttorie e più opportuna e/o conveniente rimanga allora una via di uscita dal processo, anteriormente alla sentenza ed ai suoi costi – ivi compresa l'imposta di registro - con una soluzione pur sempre soddisfattiva, ancorché non coincidente con le aspettative di partenza).

Si richiede agli avvocati di rendere edotto il proprio assistito sulle conseguenze complessive della lite, aggiornandolo non solo prima di avviare un giudizio, ma anche durante il suo corso e costantemente⁶², perché potrebbero

ovvero quella partecipata dalle parti nelle modalità ADR – e ciò a cominciare dalla definizione del *thema decidendum* (innovando il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c.) fino all'articolazione del *thema probandum* (dove il profilo sanzionatorio corre assieme alla semplificazione del giudizio allorché, da una condotta della parte che frapponga un rifiuto ingiustificato ad un mezzo istruttorio ovvero dal suo complessivo comportamento (extraprocessuale e) processuale, si legittima l'utilizzo di un argomento di prova sul quale poi fondare la decisione, secondo quanto affermato dall'art. 116, 2° comma, c.p.c.).

⁶¹ E non è un caso se, parallelamente all'esperienza conciliativa del Tribunale di Modugno, altro ufficio giudiziario abbia promosso, per il tramite dell'Osservatorio Valore Prassi di Verona, addirittura un protocollo che mette in luce istituti processuali tutti caratterizzati da un tratto comune - cioè la duplice finalità di responsabilizzare le parti del giudizio e deflazionare il contenzioso – offrendo così una lettura congiunta degli artt. 91 (nella parte in cui propone la valutazione delle motivazioni alla base del rifiuto di una proposta conciliativa fino a farne discendere profili sanzionatori) e 96 c.p.c (nella parte in cui pone in collegamento gli esiti del giudizio con la condotta generatrice di una delle parti, dolosa o gravemente colposa, in una prospettiva sanzionatoria) che eleva il canone di correttezza in giudizio ed il valore dell'economia processuale verso l'obiettivo di una maggiore efficienza processuale. V. su www.valoreprassi.it, pf. I.1.

⁶² La valorizzazione incondizionata della funzione dell'avvocato in ambito mediativo, per effetto dell'art. 16, comma 4 *bis* come aggiunto dal cd. "decreto del fare", sembra un punto

manifestarsi improvvise “variabili” processuali (si pensi ad un mutamento giurisprudenziale ovvero ad una modifica normativa medio tempore, ovvero ad un imprevisto istruttorio e ad una preclusione processuale e così via) per effetto delle quali, talora, l’incidenza delle spese può risultare più onerosa rispetto alla posta in gioco⁶³.

L’avvocato – puntando sulla propria competenza tecnica, da rafforzare con il serio e costante aggiornamento professionale, e sul suo bagaglio di esperienza – non può che trarre, a sua volta, vantaggio nella rinnovata gestione del rapporto con il cliente. L’obiettivo per il professionista di oggi è saper esprimere, affianco alle tradizionali capacità di difensore, quelle di consulente economico del proprio cliente⁶⁴, armonizzandole fra loro fino a permettergli di desistere nell’indugiare in sede contenziosa, se ciò si palesi ingiustificato ed antieconomico.

Non dovrà essere perciò difficile per l’avvocato suggerire al suo assistito strategie di gestione del conflitto che, in un’accurata analisi dei rischi e delle opportunità della pendenza (permanenza) del contenzioso, lo potranno condurre verso epiloghi della lite realisticamente preferibili⁶⁵.

6. L’art 185 bis c.p.c. e la sua combinazione con altri moduli conciliativi

Quali ulteriori prospettive si aprono nel mondo della conciliazione giudiziaria

critico: le competenze giuridiche non sono evidentemente sufficienti a garantire l’espansione dell’istituto portandolo ai livelli di diffusione richiesti dalle direttive europee, mentre è certo che, per migliorarne la qualità e per assicurare un sistema di accreditamento dei mediatori che possa essere condiviso da tutti gli Stati membri dell’Unione europea, servono regole comuni che incidano anche e soprattutto nella formazione.

⁶³ Utili elementi da fornire al cliente durante la sua pausa conciliativa o di mediazione sono indubbiamente la quantificazione delle spese fino a quel momento maturate nel giudizio, in ciò attingendo ai nuovi parametri forensi introdotti dal Dm n. 55/2014, e di quelle cui andrebbe incontro nel caso fosse emessa la sentenza (imposta di registro, costi di un’eventuale procedura esecutiva etc.). Parallelamente indispensabile è illustrare all’utente di giustizia il vantaggio economico e fiscale a lui riservato se accedesse ad una soluzione conciliativa giudiziaria (si pensi che il verbale di conciliazione redatto nelle procedure ex art. 696 bis, 4° comma, c.p.c. è esente da imposta di registro qualunque sia il valore della causa, mentre il verbale di conciliazione ex art. 88 disp att c.p.c. sottoscritto nel corso del giudizio, usufruisce dell’esenzione dall’imposta di registro se compreso nel valore di € 50.000) ovvero ad un accordo in sede di mediazione (si vedano le agevolazioni fiscali previste dagli artt. 17 e 20 d.lgs n. 28/2010 come modif. dal c.d. “decreto del fare”).

⁶⁴ M. DELIA, *L’invito alla risoluzione alternativa delle controversie*, loc. cit.

⁶⁵ Dal punto di vista dell’assistito, l’accordo transattivo, agevolato nella fase esecutiva dalla componente della volontarietà, potrebbe meglio soddisfare gli interessi delle parti in contesa, soprattutto allorquando, favorito dalla mediazione (in cui si affinano le tecniche della comunicazione e dell’ascolto, oltre il tecnicismo ed il legalismo spesso imposto dalle norme di rito), consenta l’emersione più ampia delle contrapposte posizioni in gioco e, conseguentemente, esprima soluzioni “più creative” rispetto ad una sentenza (costretta dal principio di corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato). Dal punto di vista dell’avvocato, le abilità di consulente ‘fuori’ del processo oppure di mediatore lasciano intravedere nuove occasioni di lavoro, ben potendosi riqualificare altre professioni dai settori tradizionali verso quello (innovativo) della gestione dei conflitti (e della prevenzione dei conflitti stessi. Così L. BREGGIA, magistrato presso il Tribunale di Firenze e Coordinatrice nazionale degli Osservatori di Giustizia Civile, nel suo contributo *“Mediazione: opportunità di trasformazione culturale”*, pubblicato il 25.5.2012 sul sito Altamediazione.it.

l'indomani dell'innesto "ex novo" dell'art. 185 bis c.p.c.?

L'art. 185 bis c.p.c., di notevole impatto sotto il profilo strettamente processuale, prevede infatti che «*il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di riconsunzione o astensione del giudice*».

L'istituto così regolato fa riferimento ad una mera conciliazione giudiziale, da non confondere con la mediazione su ordine del giudice contenuta nell'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28/2010 (introdotta sempre dal cd decreto del fare) secondo cui «*il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione e' condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa*».

Il procedimento di media-conciliazione rimane autonomo e distinto dal giudizio in essere, e ciò pur se delegato dal giudice⁶⁶.

La prospettazione di soluzioni conciliative ad opera del giudice, invece, si muove all'interno del giudizio pendente.

Sotto altra angolazione, poi, il passaggio dall'art. 185 c.p.c. all'art. 185 bis c.p.c. ed il loro uso in sequenza, ovvero integrato, nell'ambito dello stesso contenzioso parrebbe favorito dallo stesso approccio con cui il legislatore ha negli ultimi tempi trattato una pluralità di sistemi conciliativi, pur avvalendosi di interventi normativi ispirati a principi non sempre uniformi⁶⁷, anche oltre e prima della novella 69/2009⁶⁸. Ancora una volta il minimo comune denominatore, come da più parti ammesso, è dare impulso a vari mezzi di soluzione delle controversie alternativi al giudizio⁶⁹.

66 Anche per la mediazione ex officio è vincolante la previsione di cui al novellato art. 4 comma III d.lgs. 28/2010: la domanda di mediazione, pertanto, va presentata con il deposito di un'istanza presso un organismo nel luogo del giudice territorialmente competente per la controversia, disposizione, secondo il Giudice, derogabile con l'accordo delle parti (che pertanto potranno rivolgersi con domanda congiunta ad altro organismo scelto di comune accordo).

⁶⁷ Così M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili* e M. VACCARI, *Media-conciliazione e funzione conciliativa del giudice*, entrambi consultabili in www.judicium.it.

⁶⁸ Immaginiamo, oltre alla modifica dell'art. 91, 1° comma, secondo periodo, c.p.c., l'introduzione dell'istituto della consulenza tecnica preventiva finalizzata alla conciliazione della lite, ex art. 669 bis c.p.c.

⁶⁹ Ennesima conferma che l'intentio del legislatore, negli ultimi anni, è nella direzione di un sistema di giustizia civile coadiuvato da meccanismi di ADR si coglie nel disegno di Legge approvato dal CDM in data 17 dicembre 2013 (cd. collegato alla Legge di Stabilità 2014). Il disegno normativo citato prevede - *de jure condendo* - che nelle controversie in materia di risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti ovvero da responsabilità medica e sanitaria, l'espletamento del procedimento di cui all'articolo 696-bis del codice di procedura civile costituisca condizione di procedibilità della domanda introduttiva del giudizio di merito (con conseguente esonero dall'obbligo di esperire il procedimento di mediazione a norma dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28). Viene, però, per tale via, estesa ulteriormente la cornice applicativa della giurisdizione condizionata da ADR preliminari in quanto sono riportate a tale sistema anche le controversie sui sinistri stradali che il Decreto

Coscienti delle peculiarità proprie di ogni strumento conciliativo, si è suggerita la lettura delle due norme (assai vicine), piuttosto che in una prospettiva di concorrenzialità, in termini di compatibilità e di uso combinato⁷⁰.

Non è difficile cogliere "nuovi benefici" insiti nella scelta legislativa con cui si è introdotto l'art. 185 *bis* c.p.c., sempre che se ne incentivino correttamente le appendici operative, soppesando le interferenze che potrebbero crearsi fra le due indicate forme di a.d.r., in termini di alternatività o concorrenza, in relazione al più generale contesto processuale in cui si muove il conflitto⁷¹ e senza neppure escludere l'ulteriore amplificazione della finalità di definizione "amichevole" del contenzioso insita nell'invito alla procedura di mediazione⁷².

Le diverse fasi del processo civile possono essere più o meno conformi ad una ovvero all'altra delle forme di ADR se non addirittura ad entrambe. Spetta al giudice istruttore, nell'esercizio del potere di direzione riservatigli dall'art. 175 c.p.c. e puntando sulla conoscenza degli atti del processo, saper meglio cogliere, nella sintesi fra l'attenta valutazione dei fatti e degli esiti istruttori ed una doverosa analisi dei tempi e costi di svolgimento del processo, l'opportunità di sostenere il dialogo conciliativo fra le parti, lasciando che esso si vada immediatamente ad adattare ai tempi ed i modi di un percorso di mediazione proceduralmente "vincolata" ovvero che si realizzi - prima e più liberamente - sotto la sperimentazione di variegate ipotesi conciliative

del Fare aveva esonerato dalla mediazione obbligatoria. Più di recente, poi, il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132 (in Gazzetta Ufficiale - serie generale - n. 212 del 12 settembre 2014), convertito con modifiche dalla legge 10 novembre 2014, n. 162 (recante: «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»), è diretto a migliorare l'efficienza complessiva del processo civile, attraverso l'introduzione nell'ordinamento di disposizioni idonee a consentire, da un lato, la riduzione del contenzioso civile, mercè la possibilità del trasferimento in sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria, d'altro lato, la promozione, in sede stragiudiziale, di procedure alternative alla ordinaria risoluzione delle controversie nel processo. In particolare, la risoluzione dei conflitti e delle controversie in via stragiudiziale viene favorita con un nuovo istituto, che si aggiunge così a quelli già esistenti nell'ordinamento con finalità analoghe: si tratta della procedura di negoziazione assistita da avvocati.

⁷⁰ L'esigenza di una applicazione "virtuosa" delle nuove «dotazioni» dell'ufficio giudiziario - riepilogate nelle significative prassi conciliative di cui ai paragrafi che precedono - è amplificata dall'ennesima novità introdotta dalla legge 98/2013: la proposta conciliativa/transattiva del giudice. Tanto lo si ricava anche ne "Il *Vademecum sulla Mediazione disposta dal Giudice*", a pag. 44 nel § 4, elaborato dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano-Gruppo Mediazione, consultabile in <http://www.adrmaremma.it/news157.pdf>.

⁷¹ Così M. VACCARI, *op. cit.*

⁷² Sin dalle prime applicazioni dell'art. 185 *bis* c.p.c., ai giudici di merito non è sfuggita "la circolarità virtuosa" innescata nel processo dall'uso combinato della proposta con l'invito alla mediazione: il giudice formula una proposta e, per consentire alle parti di farne approfondito oggetto di riflessione, le rimette dinanzi ai mediatori. Si veda, ad esempio, il provvedimento della Presidente della Sezione Specializzata per le Imprese del Tribunale di Milano, la d.ssa Elena RIVA CRUGNOLA, la quale, con ordinanza dell'11 novembre 2013, ha formulato una proposta ex art. 185 *bis* c.p.c. per poi completarla con l'ordine di avvio, d'ufficio, del procedimento di mediazione, e ciò saggiando come possibile il consenso delle parti attesa "la natura della lite i rapporti familiari fra le parti stesse ed il loro comportamento all'ultima udienza" (Trib. Milano, Imprese, 11 novembre 2013, in *Guida al dir.*, inserto 2, numero 2 del 4 gennaio 2014, *La nuova mediazione civile: gli orientamenti più recenti*). Anche il Tribunale di Roma, con ordinanza del 30 settembre 2013 ritiene possibile prevedere, all'interno dello stesso provvedimento che contiene la proposta conciliativa del magistrato, un successivo percorso di mediazione demandata dal giudice: consultabile su www.mondoadr.it. Il giudice può anche formulare la proposta e riservarsi in un secondo momento di disporre il procedimenti di mediazione successivamente (Trib. Milano, Imprese, 27 novembre 2013, est. Vannicelli).

giudiziarie. Nulla esclude che, trascorso un certo lasso di tempo e proseguito il giudizio rispetto alla fase in cui sia stato svolto un primo tentativo di conciliazione giudiziaria, il giudice esprima una nuova valutazione sulle condotte delle parti, e, cogliendone la disponibilità, apra alla mediazione delegata⁷³.

Una cosa dev'essere chiara, allorché il giudice esprima una maggiore intraprendenza, spingendosi ad articolare in dettaglio una proposta conciliativa alle parti: operando da mediatore non dismetterà il ruolo di colui al quale spetta, in caso di fallimento del tentativo bonario, definire la controversia con la decisione.

Una parte della dottrina aveva già dubitato, l'indomani della modifica del primo comma dell'art. 91 c.p.c. ad opera della l. 69/2009, riguardo alla possibilità che il giudice istruttore, di sua iniziativa, proponesse alle parti una soluzione conciliativa della causa, perché temeva in tale iniziativa un'indebita anticipazione di giudizio, non del tutto compatibile con il suo tradizionale ed imprescindibile ruolo di imparzialità⁷⁴, fino addirittura ad agitare il rischio che il giudice potesse essere indotto ad utilizzare questo istituto per risolvere in maniera frettolosa e superficiale una controversia⁷⁵.

Ancora una volta, ad allontanare quei dubbi (evidentemente di ostacolo alla più ampia diffusione, in concreto, degli strumenti di cui agli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c.) è sufficiente considerare che tiene in equilibrio i due delicati ruoli che la legge assegna al giudice - quello del "conciliare" e quello del "giudicare" - una sola condizione: la saggia distanza, nel momento in cui il magistrato svolga attività conciliativa, dall'esternare una completa valutazione dei fatti di causa. L'esposizione massima del possibile sbocco decisorio incrinerebbe altrimenti la terzietà del giudice. Lo schierarsi in favore o a tutela di una delle parti contendenti, di fronte ad una *chance* conciliativa, finisce per compromettere nel giudice la caratteristica essenziale della sua funzione, ossia l'imparzialità.

Mutando profilo, però, come sarebbe possibile impedire in radice l'intervento del giudice che, nel sostenere l'intento conciliativo fra le parti, riesca abilmente a trasformare le spinte dilatorie, ove intercettate nel processo, evitando comportamenti non ispirati a dovere di lealtà e probità?

La sottoposizione alle parti di ipotesi di definizione bonaria della causa, allora, non integrerà mai un'anticipazione del giudizio, se da essa il giudice non lascerà trapelare l'indebita manifestazione del proprio convincimento sui fatti della causa, l'unica in grado di pregiudicare la decisione.

Con queste garanzie, il Giudice può tranquillamente ripetere l'esperimento conciliativo fra le stesse parti, predisponendo rinnovate visioni transattive e/o conciliative, le quante volte, nel corso di un processo, arrivi ad apprezzare la convenienza per le parti nel "meditare" un percorso risolutivo alternativo. Il che è ossequiosa applicazione - è bene ribadirlo - dei principi di economia dei mezzi processuali e del giusto processo.

L'autorevolezza deve accompagnare il giudice conciliatore, attingendo, oltre che ai poteri di direzione conferitigli dall'art. 175 c.p.c., intesi "al più sollecito e leale svolgimento del processo", al suo buon senso, all'equilibrio ed alla

⁷³ Così riflette M. VACCARI, *L'art. 185 bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, cit.

⁷⁴ L.P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 599 ss.

⁷⁵ G. SCARSELLI, *Le modifiche in tema di spese*, in *Foro it.*, 2009, V, 261.

disponibilità. Doti queste ultime che l'esperienza quotidiana nelle aule di giustizia di fatto dovrebbe già permettere di tenere costantemente in "allenamento"⁷⁶. Discende dalle fin qui esposte premesse la pregnante considerazione che la proposta conciliativa da parte del giudice, delineata dall'art. 185 *bis* c.p.c., non necessariamente si esprimerà a discapito della mediazione delegata.

Al contrario, può incoraggiarla e, per certi versi, completarla.

Non si opina più, poi, sull'inseribilità della proposta conciliativa o transattiva, nei giudizi già pendenti, per essere l'art. 185 *bis* c.p.c. una norma processuale sottoposta al principio del "*tempus regit actum*"⁷⁷.

La norma in commento consegna al giudice (a differenza dell'attività di conduzione delle parti verso lo scambio, nell'esercizio della loro autonomia privata, di proposte e/o accettazioni di accordi transattivi o conciliativi, riservatagli dall'art. 185 c.p.c. con il più generale tentativo di conciliazione delle parti) quello che - come meglio si andrà a chiarire con le osservazioni che seguono - un potere-dovere di promuovere il contenuto di una formula conciliativa o transattiva.

Il giudice, seguendo l'espressione testuale della norma in commento, può assolvere tale compito almeno "sino a quando è esaurita l'istruzione"⁷⁸.

Nelle intenzioni del nostro legislatore è ormai chiarita la non obbligatorietà giuridica della proposta conciliativa per il magistrato⁷⁹. Eliminate le severe conseguenze del rifiuto senza giustificato motivo della proposta ad opera delle parti, la proposta transattiva o conciliativa del giudice è attualmente rimessa alla sola discrezionalità del magistrato. Per il giudice formulare una simile proposta significa muoversi nell'area della semplice possibilità, da misurarsi sulla natura del giudizio, il valore della controversia e l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto⁸⁰.

Compatibilmente con il testo normativo ora vigente, tuttavia, sembra potersi sostenere che il giudice dovrà comunque trovare un momento, finché non sia chiusa l'istruttoria, per valutare quantomeno se occorra o meno intervenire con un'ipotesi transattiva giudiziaria.

Come giudicante, è doveroso cioè fermarsi nel corso di una causa per

⁷⁶ Ne "*Il Vademecum sulla Mediazione disposta dal Giudice*", cit., se si valorizza, per un verso, l'innesto della mediazione in un processo civile in cui sia nata una proposta del giudice, in termini di esaltazione delle potenzialità del processo stesso di definire il contenzioso in maniera «amichevole», con deflazione del carico giudiziario e formazione di provvedimenti più stabili in fase esecutiva, per altro verso si avverte l'esigenza che, in questa circolarità virtuosa, si perfezioni un progetto interno all'ufficio giudiziario, al quale far assolvere il Ruolo di garante di prassi omogenee nell'applicazione degli istituti.

⁷⁷ La questione, già affrontata dal Tribunale Milano nelle ordinanze del 26 giugno 2013 e 4 luglio 2013, ha trovato soluzione attraverso la lettura dell'art. 77 del decreto legge 69/2013, che, introducendo la proposta di conciliazione del giudice, non contempla disposizioni transitorie, ricavando il suo regime di efficacia temporale dalla norma finale, art 86 (che dispone l'entrata in vigore del decreto il giorno successivo a quello della sua pubblicazione).

⁷⁸ Trib. Nocera Inferiore 27 agosto 2013 consultabile in <http://www.adrmaremma.it/news131.pdf>.

⁷⁹ A seguito delle non poche voci di disaccordo, in sede di conversione, l'art. 185 *bis* è stato infatti modificato, ovvero depotenziato, nell'attuale versione.

⁸⁰ Le modifiche, con cui è stato riscritto sostanzialmente l'art. 185 *bis* c.p.c., ricalcano le proposte contenute nel parere reso dalla commissione Giustizia della Camera, che, a sua volta, aveva raccolto le indicazioni rese dalla stessa Associazione Nazionale Magistrati nell'audizione di fronte alla commissione stessa.

riflettere se, svelatesi le cd incognite processuali (mezzi istruttori, decadenze, preclusioni, mutamenti normativi e giurisprudenziali etc..), vi siano o meno gli estremi per una soluzione ex art. 185 *bis* c.p.c., e, solo se ricorrano le condizioni di cui alla menzionata norma, decidere se formularla o meno (ed è qui che entra in campo la discrezionalità del giudice, come intesa dal legislatore).

Dovremmo abituarci quindi a pensare che, nel giudizio civile, vi sia, affianco alle altre fase processuali, questa fase di "meditazione" per il magistrato, finalizzata ad intravedere le possibilità di definire la controversia attraverso la via delle ADR, distinguendo ed adattando al caso concreto uno fra i possibili percorsi condivisi dalle parti (scambio di proposte e offerte transattive, stesura di verbali di conciliazione in aula d'udienza, accordi raggiunti innanzi ad organismi di mediazione).

E' una fase che, a ben guardare, si intreccia su profili non solo di opportunità e di economia processuale, ma finanche più squisitamente deontologici.

Immaginare casi in cui, ad esempio, vi siano evidenti segnali di un abuso processuale induce a preferire, prima di arrivare ad una sentenza in cui il magistrato dovrà pronunciare d'ufficio una sanzione ex art. 97, 3° comma, c.p.c. (per i giudizi pendenti dalla sua entrata in vigore, ossia dal 4 luglio 2009), "agire" in prevenzione con l'utilizzo di soluzioni transattive giudiziarie⁸¹. Un sapiente utilizzo dello strumento or ora esaminato farebbe raggiungere interessanti profili di equilibrio processuale, posto che il giudice è ormai responsabilizzato, con l'introduzione del terzo comma all'art. 96 c.p.c., nel sanzionare in sentenza gli abusi compiutisi nel processo⁸².

Una volta ponderata la ricorrenza, in una causa civile pendente, delle condizioni che integrano il postulato contenuto dall'art. 185 *bis* c.p.c. (ossia l'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto e circostanze in fatto pacifiche fra le parti)⁸³, nel cui ambito potrebbero stemperarsi le contrapposte posizioni ed argomentazioni già espresse nel contraddittorio, il giudice deve scorgere, se non proprio il successo, quantomeno l'opportunità di

⁸¹ D'altronde l'incidenza negli ultimi anni delle condanne ex legge Pinto, che intercettano lungaggini processuali spesso inevitabili negli Uffici giudiziari, gravati da un carico di lavoro non facilmente organizzabile per l'ormai nota penuria di uomini e mezzi, non merita forse di essere contenuta almeno implementando gli spazi processuali di apertura verso alternative di giustizia?

⁸² Condivisibili le riflessioni svolte sul punto da M. VACCARI, *L'art. 185 bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, cit.

⁸³ L'art. 185 *bis* c.p.c. ha vocazione applicativa generale nel senso che può riguardare tutte le controversie civili, quindi, ad esempio, anche quelle familiari (così Trib. Milano, sez. IX, 26 giugno 2013, Pres. Canali), ed operante finanche nella fase presidenziale di un giudizio di separazione, con riguardo a misure riguardanti l'affidamento dei figli o l'assegnazione della casa familiare (Tribunale di Milano, decreto 23 giugno 2013). Peraltro può estendersi pure a questioni estranee al processo (Trib. Milano, sez. IX, 14 novembre 2013, Pres. Dell'Arciprete, in *Guida al dir.*, inserto 2, del 4 gennaio 2014, *La nuova mediazione civile: gli orientamenti più recenti*, cit.) perché tende a comporre "il conflitto" e non la singola lite giudiziaria. Da qui il suo contenuto atipico: il giudice non deve solo spingere a "transigere" ma può anche indurre a "conciliare" come accade, ad esempio, «nel caso in cui, sulla base degli elementi di giudizio, appaia verosimile che il procedimento in corso richiederà una istruttoria sproporzionata, anche per i costi da sostenere, rispetto al reale interesse che le parti hanno posto alla base della controversia»; in questi casi «il giudice può formulare una proposta conciliativa nel senso di invitare i litiganti ad abbandonare le reciproche pretese avversarie» (cfr. Trib. Milano, Imprese, 27 novembre 2013, est. Vannicelli). V. nel senso appena riportato "Il Vademecum sulla Mediazione disposta dal Giudice", cit.

formulare un'ipotesi conciliativa o transattiva⁸⁴.

La valutazione si rafforza eventualmente, oltre che dalla natura della controversia⁸⁵, dal suo valore, magari non particolarmente elevato, oppure nel caso di cause seriali⁸⁶.

In questa prospettiva squisitamente valutativa potrebbe collocarsi, quale elemento corroborante, l'atteggiamento manifestato dal contraddittorio in udienza.

Le parti, allorché abbiano espresso un intento collaborativo per la risoluzione amichevole della controversia, aderendo in precedenza al modello conciliativo ex art. 185 c.p.c. e così dando avvio al dialogo bonario con lo scambio per iscritto di proposte ed offerte⁸⁷, potrebbero dichiararsi ancora pronte, se nelle more non abbiano raggiunto l'accordo, ad approfondire quella strada verso la composizione negoziata della lite, passando nel diverso ambito processuale delineato dall'art. 185 *bis* c.p.c.⁸⁸.

Ché anzi diventa assai più probabile il progressivo perfezionarsi dell'accordo amichevole, in una lettura completa e sistematica del combinato disposto degli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c., allorché la formulazione iniziale di ipotesi conciliative o transattive, ad opera delle stesse parti, venga sviluppata e "mediata" da una successiva proposta conciliativa giudiziaria.

In aggiunta alla proposta, possono esprimersi a chiarimento delle "fondamentali segnalazioni"⁸⁹, con l'unico obiettivo di agevolare le parti nella

⁸⁴ Un utilizzo dell'istituto in esame assai interessante è quello posto in relazione a responsabilità della Pubblica Amministrazione (nel caso di specie Asl (Trib. Roma, ordinanza 24 ottobre 2013) e del Fondo di garanzia vittime della strada (Trib. Roma, sez. XIII civile, 4 novembre 2013), perché settori che finora sembravano ben poco permeabili a tale istituto. Entrambe consultabili in <http://www.adrmaremma.it/news142.pdf>.

⁸⁵ Essa trova applicazione nei giudizi di cognizione ordinaria in cui si controverta di diritti indisponibili, non solo nei casi in cui la domanda abbia ad oggetto prestazioni di *facere* (un esempio di proposta conciliativa del giudice avente ad oggetto l'esecuzione di prestazioni di fare si rinviene nell'ordinanza del Tribunale di Bari, Articolazione di Modugno, del 18 dicembre 2013, con cui il convenuto è stato invitato ad eseguire determinati lavori meglio indicati in alcune bozze conciliative predisposte dalle parti, ordinanza richiamata da M. Vaccari, *L'art. 185 bis c.p.c.: un nuovo impulso alla conciliazione giudiziale?*, cit., 11 nota 30), ovvero proposte aventi ad oggetto somme di denaro, facilmente traducibili in termini monetari. Per una applicazione in caso di querela di falso nel giudizio civile si veda Tribunale di Roma, ordinanza 28 novembre 2013, dr. Moriconi, e per controversie su sinistri stradali, ove s'intraveda il concorso di colpa, confronta Tribunale di Roma, ordinanza 14 novembre 2013, dr. Moriconi, entrambe pubblicate in *Guida al dir.*, inserto 2, numero 2 del 4 gennaio 2014, *La nuova mediazione civile: gli orientamenti più recenti*.

⁸⁶ Nel caso di controversie seriali, il Giudice sarebbe tenuto a formulare proposte conciliative proprio per evitare il protrarsi di un contenzioso praticamente inutile perché in tutto o in parte gravitante su questioni seriali su cui si è già pronunciato, magari con sentenze pilota (un esempio è l'ordinanza del Tribunale di Fermo, dr. Marziali, del 17 ottobre 2013, consultabile in <http://blogconciliazione.com/2013/11/conciliazione-endoprocessuale-e-mediazione-delegata-tenetele-docchio>). Sulle questioni seriali bancarie, involgenti il cd anatocismo, interessante si rivela Tribunale di Nocera Inferiore, ordinanza del 27 agosto 2013, dr. Levita, consultabile in <http://www.adrmaremma.it/news131.pdf>.

⁸⁷ Secondo ad esempio lo scadenzario concordato nel rispetto delle linee guida della prassi conciliativa integrata illustrata nei paragrafi 3, 4 e 5 del presente contributo. Per lo schema di ordinanza adottato si rimanda a quello in origine pubblicato in www.centrostudi arbitrato.it, e riprodotto in *Foro it.*, 2012, V, 59 e ss.

⁸⁸ Una concreta applicazione si rinviene nell'ordinanza emessa il 31 ottobre 2013 dal Tribunale di Bari, Articolazione di Modugno, d.ssa Delia, in *Guida al dir.*, inserto 2, numero 2 del 4 gennaio 2014, *La nuova mediazione civile: gli orientamenti più recenti*, cit.

⁸⁹ Si ponga pure attenzione al canone sancito dall'art. 111 Cost., alla luce del quale tutti i

riflessione conciliativa⁹⁰, se conveniente farla propria ovvero svilupparla autonomamente⁹¹.

Una motivazione, pur sintetica, consente alle parti, ed eventualmente ai mediatori se coinvolti in causa, di cogliere gli elementi già valutati dal giudice come «indici rivelatori» di possibili occasioni di definizione alternativa della controversia. E' questo anche uno dei tratti principali del modello di "giudice virtuoso" suggerito nell'area della mediazione, divulgato nell'ambito del progetto Mediazione dell'Osservatorio milanese.

Non può neppure trascurarsi che, sebbene l'art. 185 *bis* c.p.c. non imponga una motivazione a corredo della proposta di una conciliazione o transazione, neppure espressamente la nega. In realtà la "formula conciliativa", soprattutto allorché provenga dal giudice, deve assumere un valore diverso, per così dire maggiore rispetto alle ipotesi bonarie frutto di libere iniziative private ovvero dell'intervento di mediatori professionalmente qualificati. Per poter esprimere questa maggiore garanzia, l'ipotesi conciliativa giudiziaria deve rispondere sì al canone della discrezionalità, ma senza sconfinare nell'arbitrio, che potrebbe - questo è fin troppo evidente - ingenerare nelle parti riserve e malanimi sulla trasparenza e terzietà del magistrato.

Se ne può allora desumere che all'ordinanza ex art. 185 *bis* c.p.c. ben si attagli una motivazione, seppure minima, e ciò per non incorrere nel rischio di un'anticipazione del giudizio definitivo.

Diventa a questo punto un'apprezzabile sfida per il giudice saper adottare formule conciliative ove si "accenni" al tema di discussione.

Cautelano in questo esercizio non di mero stile linguistico due componenti: 1) la consapevolezza che nell'esplicare alcuni fra i punti più salienti della controversia, si renda la stessa proposta più "autorevole"; 2) la prospettiva dell'utilizzabilità comunque della proposta, allorché le parti rinuncino ad un epilogo negoziato del conflitto e preferiscano attendere la sentenza, per poterne il giudice tenere conto ancora in sede di regolamentazione delle spese di lite.

Minimo comunque è il rischio di un'anticipata visione in diritto della controversia, che potrebbe celarsi dietro una proposta conciliativa/transattiva del giudice. Il rischio è per lo più neutralizzato dinanzi alla certezza che il quadro istruttorio entro il quale quella proposta è maturata può essere suscettibile, ove prosegua il giudizio, di cambiamenti, ribaltamenti ovvero aggiustamenti propri del dinamismo intrinseco alla fase processuale destinata all'ammissione ed assunzione dei mezzi istruttori. Non è forse vero che l'ipotesi transattiva/conciliativa viene formulata dal giudice in una fase almeno anteriore alla chiusura dell'istruzione?

Questo "meccanismo composto", garantendo la gestione del conflitto attraverso l'apprezzamento complessivo delle posizioni delle parti e dei loro

provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati.

⁹⁰ Sull'utilità, più in generale, di una motivazione che accompagni l'invito alla conciliazione ovvero alla mediazione delegata, si è pure espresso G. BUFFONE, giudice presso il Tribunale di Milano, con la sua relazione su "La mediazione demandata dal giudice come sistema omeostatico del processo civile: il progetto dell'Osservatorio sulla Giustizia civile di Milano", nell'ambito della formazione decentrata dei magistrati del distretto di Milano, tenutasi il 23 gennaio 2013, in http://www.ilcaso.it/articoli/dpc.php%3Fid_cont%3D404.php.

⁹¹ In senso conforme anche Tribunale di Roma, nell'ordinanza del 28 novembre 2013, dr. Moriconi, pubblicata in *Guida al dir.*, inserto 2, numero 2 del 4 gennaio 2014, *La nuova mediazione civile: gli orientamenti più recenti*, cit.

reali interessi, può tradursi in un vantaggio per le parti, concorrendo in ciò la prospettiva di una definizione più rapida (l'ampiezza dei rinvii all'udienza ex art. 190 c.p.c., programmabili nel tempo dai giudici sempre meno a breve - a cagione del carico di ruolo che affligge ordinariamente gli Uffici Giudiziari - rende spesso preferibile per le parti esperire, medio tempore, i tentativi conciliativi) e la prognosi favorevole di eseguibilità dell'"accordato" rispetto al "*decisum*" (l'adesione volontaria delle parti al contenuto dell'accordo le induce a ben disporsi nella fase esecutiva ed evita i tradizionali problemi connessi all'avvio dell'esecuzione in via coattiva quali p.es. opposizioni all'esecuzione, spesso almeno in parte dilatorie, rischio di "insolvenza" del condannato ecc....).

La proposta è solo uno spunto per lasciare poi il contraddittorio "meditare" la conciliazione, la mediazione ovvero la transazione, priva com'è di efficacia vincolante per l'autonomia negoziale delle parti.

Aperta così una nuova finestra di "meditazione-mediazione", nell'ambito giudiziario e secondo il perimetro tracciato dall'art. 185 *bis* c.p.c. (attraverso la fissazione di un termine ad hoc, fruibile comunque fino all'udienza di prosieguo), non si nega neppure la possibilità per le parti, assistite dai rispettivi difensori secondo lo schema da loro usufruito nel precedente percorso conciliativo ex art. 185 c.p.c., di avvalersi - ove lo reputino d'ausilio ed in aggiunta alla proposta ex novo formulata dal Giudice - di un mediatore professionale, in ossequio all'art. 5, 2° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Ciò dischiuderebbe un'ulteriore profilo di convenienza: l'epilogo alternativo nella risoluzione della controversia, se raggiunto, si accompagna ad agevolazioni economiche e fiscali fruibili da ognuna delle parti ex artt. 17 e 20 del cit. d.lgs.

Trovato infine l'accordo, le parti possono decidere di non comparire alla successiva udienza, così sancendo la fine del processo attraverso le forme dell'art. 309 c.p.c.; mentre, se fallisce, possono riportare a verbale le loro posizioni e/o offerte al riguardo, permettendo al Giudice, nel merito, l'eventuale valutazione della loro condotta processuale per la regolamentazione delle spese di lite, ex art. 91 c.p.c., o per l'equa riparaazione nei casi di cui all'art. 96, 3° comma, c.p.c.

7. Cos'altro potrebbe aiutare i tavoli conciliativi ?

I temi posti in discussione nei paragrafi che precedono hanno mostrato come, negli ultimi anni, alcuni Uffici Giudiziari abbiano già intrapreso il percorso di condivisione di prassi comuni per interpretare al meglio l'intento del legislatore di incrementare, proficuamente ed equamente, le definizioni giudiziali, puntellando il sistema della giustizia civile con i vari meccanismi di ADR.

Dai risultati raggiunti nelle varie esperienze virtuose - avviate non solo in maniera da offrire una fedele applicazione ai nuovi istituti ma qualche volta, addirittura, precorrendo gli ulteriori interventi riformatori nella materia della mediazione - affiora una visione rinnovata del giudice, più responsabilizzato e consapevole nell'esercizio di tutti i poteri racchiusi nella *governance* giudiziale.

In futuro varrà allora la pena investire coerentemente nella formazione del magistrato⁹² indirizzandola sempre di più verso questi temi, come pure

⁹² Sulla esigenza di una comune formazione fra magistrati ed avvocati si è in particolare già

occorrerà compensare in maniera più equa lo sforzo che, inevitabilmente, accompagna le complesse iniziative conciliative appena riepilogate, introducendo ad esempio in maniera trasparente il cd. aspetto premiale, che non necessariamente deve intendersi in chiave economica.

Potrà assecondare la più ampia diffusione delle tecniche conciliative nel modello del giudice virtuoso aperto alle soluzioni di giustizia alternativa, invero, anche il solo "peso statistico" delle ordinanze ex art. 185 *bis* c.p.c. ovvero delle definizioni delle cause civili (nelle varie forme della cancellazione, estinzione ovvero conciliazione) raggiunte per effetto delle spinte ex artt. 185 e 185 *bis* c.p.c..

In questi termini sono auspicabili disposizioni ministeriali che prevedano l'uso di griglie statistiche con campi d'informazioni più ampi (ponendosi affianco alle sentenze ed ai numeri dei verbali di conciliazione – già indicati nei prospetti statistici elaborati dalle cancellerie per il lavoro svolto da ogni singolo magistrato – proprio le ordinanze emesse in ragione degli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c.), campi che soprattutto dovranno essere applicati in maniera uniforme presso tutte le cancellerie, in ciò ormai sempre più agevolata dalle applicazioni del cd processo telematico.

Quei dati statistici, indi, potrebbero transitare, con la stessa ufficialità, nei modelli dei cd "rapporti per la valutazione di professionalità" previsti per la progressione in carriera dei magistrati, ivi così apprezzandosi, con spazio apposito, l'impegno complessivamente profuso dal magistrato in termini di conciliazioni raggiunte nel periodo di riferimento ovvero di proposte conciliative formulate ex art. 185 *bis* c.p.c..

Infine ogni Ufficio Giudiziario ha presso di sé un patrimonio di conoscenze sulle tecniche conciliative, accumulatosi negli anni attraverso la redazione e la raccolta dei verbali di conciliazione giudiziaria, nelle varie materie del contenzioso civile.

Quei verbali racchiudono preziosi schemi riepilogativi di soluzioni giuridiche creative ed al contempo soddisfattive.

Si potrebbe allora pensare, sfruttando le collaborazioni sinergiche fra magistrati, avvocati e ctu, a tradurre i verbali conciliativi in formato pdf - con gli opportuni "omissis" sui nominativi delle parti e dei professionisti volta per volta coinvolti – per poi suddividerli secondo le varie materie di riferimento (condominio, divisioni, famiglia, diritti reali, contratti, sinistri ed insidie stradali etc etc) e trasferirli in una banca dati (in quest'opera, ad esempio, potrebbero impegnarsi le nuove risorse umane coinvolte, nell'Ufficio del Giudice, attraverso cioè l'inserimento di giovani laureati alla ricerca di esperienze formative)⁹³ da porsi successivamente a disposizione, per le opportune consultazioni ed i dovuti adattamenti alla vicenda concreta, dei tavoli conciliativi.

detto nel § 5, cui si rimanda.

⁹³ Con nota 5 dicembre 2013 il Ministero della Giustizia ha dato attuazione all'art. 73 del d.l. 69/2013, convertito in l. 98/2013, che ha introdotto per i laureati in giurisprudenza la possibilità di accedere, a domanda e per una sola volta, a *stage* di formazione teorico-pratica della durata di diciotto mesi presso gli uffici giudiziari.