

Alberto Maria Tedoldi

La composizione delle liti *sine iudicio* *De profundis* per il processo civile?

*The settlement of sine iudicio disputes
De profundis for the civil trial?*

SOMMARIO: 1. Composizione delle liti senza processo – 2. «*Nolite iudicare*»: la follia del giudizio – 3. *Iudiciaria potestas est pars summi imperii* – 4. Tramonto del positivismo giuridico e del processo – 5. Lo spirito della mediazione – 6. Comporre le liti in epoca postmoderna – 7. L'avvento in Europa e in Italia della mediazione – 8. Mediazione demandata dal giudice – 9. Il mediatore come *faiseur de paix*.

The contemporary financial world places at the center the *homo oeconomicus, videns et consumans*, with his individual desires raised to inalienable rights. The positive law and the law in general have now fallen into a state of “legal entropy”, which requires to re-think the role of the judge and to leave more and more rooms for ADRs, as instruments of better and more appropriate search for the right solution for the concrete case, the result of autonomy of the parties rather than heteronomous authoritative imposition. Hence the opportunity, argued in the essay, to abandon the logic of adjudication of litigation, to make room for more effective and appropriate methods of dispute resolution, in a social and economic context compared to which long and complex judicial procedures are now obsolete, inadequate and unimprovable.

KEYWORDS: ADR, mediation, proceedings

1. Composizione delle liti senza processo

Johan Huizinga, nel libro *Homo ludens* pubblicato ad Amsterdam poco prima che scoppiasse il secondo conflitto mondiale, così descriveva il metodo di risoluzione delle controversie adottato dalle comunità eschimesi che abitano il polo nord¹: «Quando un eschimese vuole sporgere querela a un altro, lo sfida a una gara di tamburo, ossia a una competizione di canto (*Tromme-sang, drum-match, drum-dance, song-contest*). La tribù o il clan si riuniscono

¹ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Amsterdam, 1939, trad. it. Torino, 1946, pp. 99 ss.

ad un raduno festivo, tutti ben azzimati e disposti a gaiezza. I due avversari s'indirizzano a vicenda canzoni oltraggiose, accompagnate dal tamburo, nelle quali si muovono reciproci rimproveri. Così facendo, non distinguono fra accusa fondata, satira ridicola e calunnia abbiezza. Un cantore enumerava tutte le persone che durante una carestia erano state divorate dalla moglie e dalla suocera del suo avversario, cosa che colpiva tanto gli astanti da farli scoppiare in un pianto diretto. Il canto va accompagnato da torture e maltrattamenti: soffiare e sbuffare sul viso dell'altro, colpirlo fronte a fronte, spalancargli le mascelle, legarlo al palo della tenda; tutte cose che 'il colpevole' deve sopportare con la massima rassegnazione, anzi con risate ironiche. Gli spettatori accompagnano cantando i ritornelli, applaudono, aizzano le due parti. Altri invece se ne stanno a dormire. Durante gli intervalli le due parti si trattano amichevolmente. Le sedute di tale competizione possono aver luogo nel corso di parecchi anni. Le parti immaginano sempre nuove canzoni e denunciano nuovi misfatti. Infine gli spettatori decidono chi debba essere considerato vincitore. In seguito, in certi casi, si ristabilisce l'amicizia, ma succede anche che una famiglia emigri per la vergogna della sconfitta».

Innumerevoli studi storici e antropologici, ai quali Huizinga ampiamente attinge, mostrano come i metodi di risoluzione delle controversie siano quanto mai variabili nel tempo e nello spazio, ispirandosi e adattandosi alle mutevoli *Weltanschauungen* che connotano persone, comunità e popoli.

Così, ricorda sempre Huizinga, originariamente la parola *iurgium* indicava tanto il processo e la procedura, quanto l'invettiva, la lotta a parole, l'ingiuria in una fase storica nella quale la lotta per il diritto («*Der Kampf ums Recht*», avrebbe detto Jehring²) si svolgeva attraverso una gara d'invettive, che mirava a procurare disonore al nemico. Nella *joute de jactance* non decide l'argomento giuridicamente più esatto, bensì l'offesa più acerba ed efficace e l'agone consiste nel superarsi a vicenda in oltraggi, restando saldi e forti. Si spiega così una figura come il poeta greco Archiloco, i cui trimetri giambici erano satira pubblica, che rivestiva la suddetta funzione sociale³. Nell'età dei sofisti la gara d'invettive divenne ad Atene strumento di abilità retorica, nella quale era ammesso ogni artificio e ogni strumento di persuasione. Il foro e la tribuna politica erano i luoghi in cui l'eloquenza si esprimeva nel suo massimo splendore. Per denaro i sofisti insegnavano come si potesse rinvigorire una causa dubbia. La lite tra le parti è trattata *agòn*, lotta per il diritto soggetta a regole fisse e a forme sacramentali, entro un cerchio magico, un *ieròs kùklos*, un *temenos*, luogo consacrato e isolato, separato dal mondo del vivere quotidiano⁴.

² R. VON JEHRING, *Der Kampf um's Recht*, Wien, 1872, trad. it. *La lotta per il diritto*, Bari, 1960.

³ W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, Berlin-Leipzig, 1944, trad. it., Milano, 2003, pp. 229 ss.

⁴ Cfr., A. TEDOLDI, *Il processo in musica nel Lohengrin di Richard Wagner*, Pisa, 2017, pp. 39 ss.

La parola greca *dike* ha una molteplicità di significati, che si estendono tra astrazione e concretezza⁵. Accanto a giustizia e diritto indica la porzione spettante o l'indennità: le parti danno e prendono *dike*, il giudice assegna e aggiudica *dike*. *Dike* sta anche per processo, condanna, pena ed evoca il gesto di gettare la sorte, confondendosi con la *thyke*, che dell'alea possiede il significato e il crisma. Nell'ordalia, il giudizio di Dio (*Gottesgericht*) della tradizione dei popoli germanici, la sentenza divina giunge all'esito di una prova di forza o di una lotta a parità d'armi (*Waffengleichheit*) oppure anche dal modo di cadere dei dadi, simboli del gioco. «Mentre gli eruli combattono con i longobardi, il loro re se ne sta ai dadi. Allo stesso modo si gioca ai dadi nella tenda del re Teodorico presso Quierzy»⁶.

Dal giudizio di Dio nasce la giustizia terrena: *iurisdictio* e ordalia sono indissolubilmente radicate in una pratica decisoria agonale, ottenuta con un sorteggio o con una lotta. La lotta per vincere è sacra: quando è animata dalla ricerca della giustizia, virtù divina, si eleva alla sfera del diritto e della fede, il che è lo stesso⁷.

2. «*Nolite iudicare*»: la follia del giudizio

Affermatosi l'Assolutismo politico e giuridico, mentre i giudici venivano trasformandosi in funzionari dello Stato e, nell'utopia illuministica, in mera *bouche de la loi*, dettata dal sovrano o dalla dea Ragione, Voltaire non mancava di lodare da par suo l'opera di pacificazione svolta dai *faiseurs de paix* olandesi⁸: «*La meilleure loi, le plus excellent usage, le plus utile que j'aie jamais vu, c'est en Hollande. Quand deux hommes veulent plaider l'un contre l'autre, ils sont obligés d'aller d'abord au tribunal des conciliateurs, appelés faiseurs de paix. Si les parties arrivent avec un avocat et un procureur, on fait d'abord retirer ces derniers, comme on ôte le bois d'un feu qu'on veut éteindre. Les faiseurs de paix disent aux parties: Vous êtes de grands fous de vouloir manger votre argent à vous rendre mutuellement malheureux; nous allons vous accommoder sans qu'il vous en coûte rien. – Si la rage de la chicane est trop forte dans ces plaideurs, on les remet à un autre jour, afin que le temps adoucisse les symptômes de leur maladie. Ensuite les juges les envoient chercher une seconde, une troisième fois. Si leur folie est incurable,*

⁵ M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019; E. SEVERINO, *Dike*, Milano, 2015; A. JELLAMO, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma, 2005.

⁶ J. HUIZINGA, *Homo ludens*, cit., p. 95; P. DIACONO, *Historia Langobardorum*, I, 20, trad. it. Torino, 1991; H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1892, pp. 553 ss.; B. CAVALLONE, *La borsa di miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016; nonché, A. TEDOLDI, *Il processo in musica*, cit., pp. 17 ss.

⁷ Cfr. V. EHRENBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum. Untersuchungen zur Geschichte des werdenden Polis*, Leipzig, 1921, p. 75.

⁸ VOLTAIRE, *Fragment d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande* (1739), in *Œuvres complètes de Voltaire*, tome 23, ed. Garnier, Paris, 2003, pp. 127 ss.

on leur permet de plaider, comme on abandonne au fer des chirurgiens des membres gangrenés: alors la justice fait sa main».

Andare in giudizio è segno di «follia incurabile», una malattia di cui neppure il trascorrere del tempo allevia i sintomi. Se le parti si presentano al conciliatore con avvocati o procuratori, a questi viene chiesto di allontanarsi, come si rimuove la legna da un fuoco che si vuole spegnere. «Siete dei pazzi a mangiarvi il danaro per rendervi l'un l'altro infelici», dicono i conciliatori alle parti. Se queste non placano i bollenti spiriti e le accuse reciproche, le rinviando a un secondo e poi a un terzo incontro, affinché il tempo addolcisca i sintomi della malattia. Se la follia è incurabile, si consentirà loro di andare in giudizio, come si abbandonano ai ferri del chirurgo le membra in cancrena: allora la giustizia farà il suo corso.

Non si potrebbe immaginare una rappresentazione più efficace della “malattia del processo”, quel labirinto incomprensibile, misterioso e oscuro dal quale, una volta entrati, non è dato uscire, se non con la sentenza finale che, lungi dal *dicere ius* (*dire le droit*), decide la lite (*trancher le litige*) come si recide l'erba zizzania, troncando ogni velleità di umana e terrena giustizia⁹.

Parole e metafore analoghe si trovano non molto tempo prima, ben lungi dall'Europa dell'illuminismo, nell'editto dell'imperatore cinese Kang-he del XVII secolo, ispirato all'ortodossia confuciana¹⁰: «Le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente, se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia. L'uomo sarebbe indotto a farsi delle illusioni su ciò che è bene per lui e in questo modo le contestazioni non avrebbero fine, al punto che la metà degli uomini del nostro impero non basterebbe a risolvere i litigi dell'altra metà. Pertanto, io desidero che quanti si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà e in modo da sentire avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire davanti a un giudice. Così il male sarà tagliato alle radici. I buoni cittadini che abbiano controversie tra loro le comporranno come fratelli, ricorrendo all'arbitrato di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali: questa è la giustizia che si meritano»²³

Anche nella concezione cristiana non si deve andare dal giudice. La giustizia è di Dio, non degli uomini, i quali non debbono giudicare per non essere giudicati: «*Nolite iudicare ut non iudicemini*» (*Mt.*, 7, 2). «Se tu presenti la tua offerta all'altare e lì ti ricordi che tuo fratello ha qualche cosa contro di te, lascia lì il tuo dono davanti all'altare, va' prima a riconciliarti con tuo fratello e poi torna a offrire il tuo dono. Mettiti presto d'accordo con il tuo avversario mentre sei in cammino con lui, perché l'avversario non ti consegni al giudice e il giudice alla guardia, e tu venga gettato in prigione. In verità io ti dico: non

⁹ B. CAVALLONE, *La borsa di miss Flite*, cit., pp. 23 ss.

¹⁰ Cfr. W. MILNE, *The Sacred Edict, containing sixteen maxims of the Emperor Kang-he, amplified by his son, the Emperor Yoong-ching; together with a paraphrase on the whole by a mandarin. Translated from the Chinese original, and illustrated with notes*, London, 1817, pp. 284 ss.

uscirai di là finché non avrai pagato fino all'ultimo spicciolo!» (Mt., 5, 23-26).

3. *Iudiciaria potestas est pars summi imperii*

In occidente lo sviluppo moderno della procedura e del processo vanno di pari passo con l'affermarsi del razionalismo scientifico, dell'assolutismo politico e del positivismo giuridico¹¹. Nel diritto romano e nel medioevo si discorreva di *iudicium* quale «*actus trium personarum: actoris, rei, iudicis*», secondo la celebre definizione contenuta nel *De iudiciis* del glossatore Bulgaro (XII secolo): il giudizio indicava e presupponeva, certo, il *processus*, ma s'imperviava sul contenuto della decisione, non sulla mera sequenza procedurale.

È con l'avvento del moderno Leviatano e della concezione della *iurisdictio* quale *pars summi imperii* dovuta a Bodin, Pufendorf e Hobbes¹² che il processo diviene strumento di esercizio della sovranità statale, realizzazione pratica del comando del sovrano e della volontà astratta di legge, solenne manifestazione e affermazione di questa nella volontà concreta della medesima legge, enunciata dal giudice-funzionario che la traduce in *res iudicata*, la quale «*pro veritate habetur: facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat*». Il tutto accentuando a dismisura i poteri processuali del giudice, secondo una visione, a dir così, 'statolatrica' e asimmetrica della *publica auctoritas*, onde il giudice-funzionario è tecnocrate del diritto.

«L'esperienza storica – si è autorevolmente scritto¹³ – evidenzia come il passaggio dalla responsabilità 'professionale' alla responsabilità 'disciplinare' sia avvenuto con gradualità e rappresenti una spia significativa di fenomeni più complessi. La nostra civiltà comunale, da un lato, ed il sistema prussiano del XVIII secolo, dall'altro, possono essere elevati, infatti, a modelli puri, emblematici, rispettivamente, dell'una o dell'altra alternativa. Il primo archetipo privilegia l'indipendenza del giudice nei confronti dei titolari del potere politico, bilanciandola, però, con un controllo esterno, attraverso il giudizio di sindacato. Il secondo modello pone l'accento sul giudice 'funzionario del sovrano', soggetto a forme di controllo interno attraverso condizionamenti disciplinari e paradisciplinari, cui corrisponde, come contropartita, l'immunità da ogni responsabilità nei confronti della parte (*Richterprivileg*). La complessità del mutamento è dovuta al fatto che entrambi i modelli trovavano i loro prolungamenti ed i loro risvolti nella filosofia del processo della loro

¹¹ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, pp. 199 ss.

¹² N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 81 ss.; v. anche C. GALLI, *Sovranità*, Bologna, 2019; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

¹³ A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995, pp. XI ss. e 37 ss.; v. anche N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Riv. dir. Proc.*, LXII (2007), pp. 283 ss.

epoca. La relazione fra parte e giudice veniva configurata sulla base, rispettivamente, di un ‘ordine isonomico’ (*ordo iudiciarius* medievale) e di un ‘ordine asimmetrico’ (*processus* nel senso moderno). I modelli puri sono risultati storicamente effimeri, perché legati ad eccezionali situazioni culturali ed istituzionali. Maggiore fortuna appare riservata ai sistemi misti che rivelano la capacità di equilibrare opposti valori... Nel diritto continentale dell’età moderna una ben diversa ideologia del processo inquisitorio – basato sull’ordine ‘asimmetrico’ – ha legittimato un evento traumatico nella storia della procedura: l’appropriazione, da parte del principe, dell’*ordo iudiciarius*, un settore che tradizionalmente gli era precluso. Il *processus* nel senso moderno costituisce, infatti, il primo e più vistoso risultato dell’affermazione della statualità del diritto: le grandi legislazioni processuali (dal *Code Louis* in Francia al *Codex Marchicus* in Prussia) sono, nello stesso tempo, leggi di riforma dell’ordinamento giudiziario. Processo ed istituzioni giudiziarie vengono prefigurate sulla base di un modello di razionalità che – in opposizione a quella dialettica – potremmo definire burocratica. Un processo *sub iudicis directione* – che marginalizza il problema dei diritti procedurali – finisce per inglobare i giudici fra i ‘governanti’: esso, pertanto, è inconciliabile con ogni forma di responsabilità del magistrato nei confronti dei ‘governati’. In tale clima, la configurazione di una responsabilità del giudice – diversa da quella disciplinare – era destinata ad essere relegata tra le più difficili, ma meno promettenti esercitazioni accademiche»¹⁴.

Riesce in tal modo evidente come su questa dicotomia di modelli o, weberianamente, di idealtipi, che si muovono tra *iudicium* e *processus*, tra *professio iurisprudentiae* e *publica auctoritas*, abbia influito l’avvento e il definitivo affermarsi dell’assolutismo politico e giuridico, mediante subordinazione della *iurisdictio* al *gubernaculum*, appropriazione dell’*ordo iudiciarius* e trasformazione del giudice in funzionario dello Stato inglobato in attività di governo: di lì è scaturito l’asse portante dei vari ordinamenti giudiziari che, da quello napoleonico del 1810, sono passati, per li rami dei secoli, nello Stato piemontese e in quello italiano. Figli diretti, tutti codesti ordinamenti, del *Code Louis* del 1667 di Luigi XIV nonché della stessa Rivoluzione francese attraverso le leggi del 1790, che abolirono alfine la *noblesse de robe* e la trasmissibilità anche ereditaria, con annessa venalità, delle cariche giudiziarie (seppellendo i Parlamenti di Francia ‘ancor vivi’, come dissero i legislatori di allora), ma che, per eterogenesi dei fini, funsero da preludio e strumento del

¹⁴ V. anche A. GIULIANI, *Giustizia ed ordine economico*, Milano 1997, *passim*; ID., *L’ordo iudiciarius medioevale (riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 598 ss.; ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia dir.*, 1986, pp. 81 ss.; B. CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, LXVII (2012), pp. 107 ss.

centralismo statalista napoleonico, che esigeva dal giudice la più perfetta osservanza del *conditoris verbum*¹⁵.

4. Tramonto del positivismo giuridico e del processo

Oggi, traversando mari in perenne tempesta, si è approdati su lidi diametralmente opposti. La magistratura, sotto il vessillo dell'autonomia e dell'indipendenza giustamente protette e salvaguardate dalla Costituzione repubblicana, è divenuta potere autoreferenziale, che esercita la *iurisdictio* non più quale *pars summi imperii*, ma quale *imperium suum*, apparentemente sottratto a ogni forma di controllo sui provvedimenti emanati, che non sia quello interno all'*Istanzenzug* dei gradi di impugnazione, da esercitare ovviamente sempre e solo nell'ambito dell'apparato giurisdizionale, non già al di fuori di questo, neppure quando la decisione sia frutto di colpa grave¹⁶.

Il diritto e le sue fonti sono in frantumi; le leggi sono frenetiche e alluvionali, colme di frasi prolisse, parole inesatte e imprecise, clausole generali e concetti giuridici indeterminati, tecnicismi esoterici ignoti ai più. Il metodo stesso del positivismo giuridico, incentrato sull'analisi degli elementi della fattispecie astratta, è in mille pezzi, di fronte all'incapacità di costruire e di esprimere con parole semplici e comprensibili idee e precetti cartesianamente chiari e distinti. Prevalgono l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni normative in base a principii e valori, che si vorrebbero radicare nella Costituzione o in norme sovranazionali, ma che si prestano, nella loro naturale generalità e per insolubile indeterminatezza, a esser tratti alla bisogna del singolo interprete, ponendoli sul proverbiale letto di Procuste¹⁷. Prende il sopravvento la soggettiva incertezza di un *judge made law* in luogo della legge deliberata dal potere legislativo e precostituita al caso di specie.

Ormai è tramontata anche la vocazione del nostro tempo per la giurisdizione¹⁸, che ha segnato il definitivo superamento dell'utopia illuminista e giuspositivista, intesa a relegare il ruolo del giudice a quello di semplice strumento di applicazione *more geometrico* della legge, secondo la celeberrima concezione espressa da Montesquieu («*Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*»)¹⁹. Siamo, invece, al cospetto di una gravissima crisi del sistema di equilibrio tra i poteri legislativo, esecutivo e giudiziario e di crisi dello Stato di diritto e del *due process of law*, con i suoi tipici strumenti di *checks and balances*.

¹⁵ V., con mirabile sintesi, A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 23 ss.; cfr., inoltre, A. Somma, *Juge naturel e ordinamento giudiziario francese 1790-1795*, Milano 2013, pp. 27 ss.

¹⁶ V., A. TEDOLDI, *Responsabilità civile del giudice, clausola di salvaguardia e «patafisica» del diritto* (Nota a Cass., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747), in *Giur. it.*, 2019, pp. 2421 ss.

¹⁷ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019.

¹⁸ N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 155 ss.

¹⁹ CH. L. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit de lois* (1748), trad. it. Milano, 2010.

Lo smisurato e poco sorvegliato aumento dei poteri giurisdizionali anche nella gestione del processo (*case management* suole ora chiamarsi), cui si è assistito negli ultimi trent'anni mediante continue, insistite e moleste riforme dei riti processuali e con l'apporto normativo, creativo e nomopoietico, anziché propriamente nomofilattico, della giurisprudenza di legittimità e dei magistrati fuori ruolo che compongono i gabinetti e gli uffici legislativi dei ministeri, in nome della durata ragionevole del "giusto processo" civile e perseguendo l'efficienza economica con metodi aziendalistici, ha trasformato il processo in terra incognita e pernicioso, segnato da mille insidie e pericoli. Complicate sequenze procedurali, trappole e trabocchetti a ogni angolo e specialmente nei gradi di impugnazione, formalità scritte molteplici e inutili, assenza e incapacità di dialogo tra giudici e avvocati consegnano le parti alla completa mercé di un apparato giudiziario fatto di meccanicismi goffamente consequenziali, incomprensibili e funesti per i singoli e per la comunità intera²⁰.

I metodi aziendalistici LIFO e FIFO, *last in first out, first in first out*, vengono evocati dal Ministero della Giustizia²¹, secondo un'ottica che lascia oltremodo perplessi, dacché manifesta un approccio esclusivamente economico ai problemi della giustizia civile, come se la tutela dei diritti soggettivi, spesso indisponibili, possa essere ridotta alla «*performance*» dei tribunali e alla durata dei processi in termini puramente statistici e quantitativi, senza badare troppo alla qualità e al contenuto dei provvedimenti, alle ricostruzioni dei fatti in essi operate e alle soluzioni giuridiche che ai singoli casi, attentamente chiariti, meglio si attaglino, rivelando come si insista nel fare del giudice un'asettica macchina burocratica e degli uffici giudiziari inumani «sentenzifici», nei quali la lite tra persone che il giudice è chiamato a risolvere ha un valore puramente cartaceo o telematico e freddamente statistico. Uno scenario degno di *Metropolis* di Fritz Lang (da rivedere oggi, restaurato, aggiornandolo alla nostra temperie socio-economica postmoderna da terziario avanzato).

Tutto, a cominciare dal nuovo «verbo» propalato attraverso le classifiche «*Doing Business*»²², cospira a far sì che il fascicolo della causa civile venga letteralmente «smaltito» al più presto, per rispettare i fatidici tempi dettati per

²⁰ V. G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, LXVI (2011), pp. 505 ss.; Id., *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, LXXII (2017), pp. 13 ss. e A. TEDOLDI, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.*, X (2015), pp. 375 ss.

²¹ LIFO e FIFO compaiono in un documento apparso l'11 maggio 2015 sul sito del Ministero della giustizia, intitolato «*Misurare la performance dei tribunali*», nell'ambito dei lavori dell'«*Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia*», presieduto dall'ex Ministro della giustizia Prof.ssa Avv. Paola Severino (https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Performance_tribunali_italiani_settore_civile.pdf).

²² Sulle quali v., criticamente, R. CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, CXL (2015), pp. 10 ss.

legge in nome di una fredda efficienza economica, che lascia apparentemente in ombra le persone e le loro situazioni sostanziali, le quali sempre più reclamano risposte concrete e attente, prima ancora che rapide ed efficienti, non certo lo sbrigativo utilizzo di formalistiche finzioni. Se non fosse per l'opera tenace e paziente di moltissimi avvocati, magistrati e volonterosi funzionari, dispersi nel *mare magnum* di un sistema elefantico, l'incubo tratteggiato e febbrilmente perseguito dal legislatore nel corso degli ultimi anni, con plurime inutili e confuse riforme del processo civile, si sarebbe già realizzato: la destinazione dei fascicoli al macero, in un enorme falò che tutto cancelli ed estingua.

Il processo civile non è e non può essere il luogo in cui si pensa soltanto a liberarsi al più presto del fascicolo per passare ad altro. La controversia è un *vulnus* che colpisce non soltanto i singoli, ma l'intera comunità nella sua più intima essenza, in quanto garante della pace sociale attraverso gli organi deputati ad assicurarla «in nome del popolo»: una pace destinata a esser gravemente compromessa senza la costante ricerca di una giusta ed equa composizione dei conflitti, per lasciar posto, in mancanza, al ritorno alla barbarie dell'autotutela, con il completo venir meno delle basi fiduciarie sulle quali si regge il patto tra *concives*.

L'auspicio è, dunque, quello che non si faccia dei dati statistici, degli effetti economici delle riforme e delle più o meno virtuose prassi processuali un feticcio: sono soltanto strumenti di analisi e di intervento, più o meno utili in base al modo in cui vengano adoperati. La durata ragionevole del processo, prestabilita *ex lege* in termini astrattamente matematici, non è che uno dei valori del «giusto processo», neppure il più importante. Il processo civile, storicamente, ne persegue ben altri, di gran lunga preponderanti, che s'assidono sulla giustizia del caso singolo, ricercata e sperabilmente ottenuta attraverso l'attenta analisi dei fatti e l'accurata individuazione, interpretazione e applicazione delle norme e dei principii giuridici che a quei fatti meglio si adattino, mediante il metodico e costante confronto-scontro tra i difensori innanzi a giudice terzo e imparziale. Troppo spesso oggi s'assiste, invece, alla scomparsa dei fatti e di un'attendibile ricostruzione di questi, per lasciar posto a finzioni che producono una giustizia posticcia, nell'ansia produttivistica di togliere il fascicolo dalla scrivania o dalla *consolle* per passare ad altro, rispettando formalmente i termini prescritti dalle norme sulla ragionevole durata del processo.

È il tempo del giudizio a dover essere recuperato, restituendo a ciascun giudice lo spazio temporale necessario per ponderare la decisione, dopo aver ascoltato attentamente le ragioni di tutte le parti e ricercato imparzialmente la verità relazionale che emerge dal confronto dialettico. Un tempo astratto e predeterminato del processo è un non senso: il tempo riguarda la lite nella sua concretezza, poiché nel tempo di questa le parti, i difensori e il giudice sono immersi, nella costante e indefessa ricerca della giustizia del caso singolo. A

questo serve il processo; e a questo si spera che continui a servire, perché possa chiamarsi «giusto», come prescrive l'art. 111 Cost.²³.

Ed invece, tecnocrazia e arbitrio regnano sovrani nelle aule di giustizia, ancor più in questo tempo di pandemia, nel quale ogni possibilità dialogica tra giudice, difensori e parti è ulteriormente e forzosamente compressa dall'emergenza sanitaria, dal distanziamento sociale e da strampalate forme di trattazione scritta o "da remoto" delle udienze, che non sono più, secondo l'etimo (*audiantur partes*), il luogo e il tempo in cui il giudice ascolta e forma il proprio convincimento. esercitando la ragion pratica e un'aristotelica *phrònesis* attraverso il metodo dialettico, ma il momento del burocratico disbrigo del fascicolo, cartaceo o telematico che sia, nella sindrome della scrivania (o della *console*) pulita e liberata dall'impegno e dalla responsabilità del giudizio, contentandosi soltanto che la *consecutio* degli atti sia formalmente rispettata²⁴.

Processo e procedura, frutto del razionalismo moderno, della logica e del metodo del positivismo giuridico, sono tramontati con la crisi della legge, dello Stato e del rapporto tra i poteri di questo. Non è più il tempo della legislazione, non è più il tempo del processo, non è più il tempo del giudizio. È giunto un tempo nuovo per uno spirito nuovo, che faccia nuove tutte le cose: l'*esprit de la médiation*²⁵.

5. Lo spirito della mediazione

Nella conferenza che un giovanissimo Roscoe Pound indirizzò nel 1906 all'*American Bar Association* si denunciavano «*The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*» per l'inadeguatezza dell'apparato giurisdizionale pubblico a offrire risposta alla crescente domanda di giustizia e alla gamma sempre più numerosa ed estesa di controversie tra privati²⁶.

Settant'anni più tardi, nella *Pound Revisited Conference* tenutasi nel 1976, Frank Sander rivolse un «*Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*», sostenendo con vigore la necessità di gestire la *civil litigation* al di fuori della *formal justice*, attraverso una *civil diversion*, che garantisse realmente ed effettivamente il *total redress*, al cospetto di una «*litigious society after the*

²³ Consonanti considerazioni in G. BREGGIA, *L'efficienza (in)significante*, in *Questione giustizia*, (2012), pp. 153 e ss.; EAD., *I tempi della giustizia e il tempo dei diritti*, in *Questione giustizia* (2013), pp. 22 ss.; EAD., *I tribunali al tempo della crisi – Realtà e prospettive di rilancio*, in *Questione giustizia*, 2010, pp. 75 e ss.

²⁴ F. CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, pp. 165 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione*, cit., pp. 233 ss.

²⁵ J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, Paris, 1998, trad. it. *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2016.

²⁶ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, Address Before the Am. Bar Association (Aug. 29, 1906), in 29 *ABA REPORTS*, 1906, 395 (1906), reprinted in American Bar Association, *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, 3, 1976.

litigation explosion», segno peraltro di sviluppo economico e diffusione del benessere nei vari strati sociali. Fu allora che venne proposta l'immagine di una «*Multi-door Courthouse*», quale «*dispute resolution center*» cui proporre la domanda per la risoluzione più appropriata, adeguata, efficace e meno costosa in base alla tipologia e alla complessità della lite²⁷.

Si giunse così alla diffusione degli ADR e a un vero e proprio *ADR Movement*, conforme a una concezione della giustizia civile come servizio pubblico essenziale per la collettività, anziché quale strumento di esercizio di un potere riservato allo Stato per veder dichiarate e realizzate le sue leggi, secondo la concezione assolutistica della *iudiciaria potestas* quale *pars summi imperii*, superata da tempo e che tutti, ivi inclusi i magistrati addetti al processo civile, dovrebbero abbandonare completamente. Così è nel campo del diritto civile, dove la regola della disponibilità dei diritti ha sempre consentito di devolvere la soluzione della lite ad arbitri privati, come si demandava allo sciamano, al saggio del villaggio, al *cadi* o al *consilium sapientis* la soluzione del caso.

Fu certamente e storicamente necessario fare *tabula rasa* di privilegi di stato e di classe e delle correlate forme di giurisdizione speciale e riservata, per garantire l'eguaglianza di tutti dinanzi alla legge, grazie alla formazione e alla precostituzione di giudici ordinari, assunti mediante concorso, facenti parte di un ordine autonomo e indipendente dagli altri poteri, soggetti soltanto alla legge, così da rispondere dei giudizi resi soltanto alla propria coscienza e a null'altro, *sine spe nec metu*. Pur tuttavia, nelle contemporanee società globali e di massa, nel declino della sovranità statale a fronte del prevalere di una plutocrazia finanziaria digitale che impoverisce i singoli e accresce in proporzione geometrica le diseguaglianze²⁸, la giustizia civile resa dallo Stato altro non è che una componente di un complesso e articolato sistema di soluzione delle controversie tra privati. Dello Stato non si può fare a meno, poiché ad esso soltanto spettano il monopolio della forza e il potere di esercitarla nei confronti di chi non intenda ragioni e si ostini a violare i diritti altrui, senza tregua e senza porvi spontaneamente rimedio: ma è la sfera dell'azione

²⁷ F.E.A. SANDER, *Address before the National Conference on the Causes of Popular dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*, in *Federal Rules Decisions*, 1976, 70, pp. 111 ss.; ID., *Varieties of Dispute Processing, The Pound Conference*, 70 F.R.D. 111 (1976).

²⁸ V. la *Lettera enciclica Fratelli tutti del Santo Padre Francesco sulla fraternità e l'amicizia sociale*, firmata ad Assisi il 3 ottobre 2020, 12: «*“Aprirsi al mondo” è un'espressione che oggi è stata fatta propria dall'economia e dalla finanza. Si riferisce esclusivamente all'apertura agli interessi stranieri o alla libertà dei poteri economici di investire senza vincoli né complicazioni in tutti i Paesi. I conflitti locali e il disinteresse per il bene comune vengono strumentalizzati dall'economia globale per imporre un modello culturale unico. Tale cultura unifica il mondo ma divide le persone e le nazioni, perché «la società sempre più globalizzata ci rende vicini, ma non ci rende fratelli». Siamo più soli che mai in questo mondo massificato che privilegia gli interessi individuali e indebolisce la dimensione comunitaria dell'esistenza. Aumentano piuttosto i mercati, dove le persone svolgono il ruolo di consumatori o di spettatori. L'avanzare di questo globalismo favorisce normalmente l'identità dei più forti che proteggono sé stessi, ma cerca di dissolvere le identità delle regioni più deboli e povere, rendendole più vulnerabili e dipendenti. In tal modo la politica diventa sempre più fragile di fronte ai poteri economici transnazionali che applicano il “divide et impera”».*

esecutiva, cioè dell'attuazione pratica e materiale dell'interesse protetto, che invade la sfera del soggetto obbligato, a restare *ex necesse* riservata esclusivamente allo Stato e agli apparati pubblici nelle varie articolazioni di questi.

La “cognizione del dolore”, per dirla con Carlo Emilio Gadda, la conoscenza e la soluzione della lite su diritti disponibili non è affatto necessario che vengano affidate all'apparato pubblico, che finisce per burocratizzarla e spersonalizzarla nel senso deteriore del termine, allontanando le persone dalla giustizia del caso singolo, anziché tentare di ricondurle a ragione, placare rivendicazioni, discordie e istinti di *revanche*, per ricercare anzitutto con loro, da loro e per loro la soluzione migliore, contemperando tutti gli interessi che vengono in gioco e in rilievo.

6. Comporre le liti in epoca postmoderna

Il codice di procedura civile del 1865, come quello napoleonico del 1806, iniziava all'art. 1 con “la conciliazione”. Tutto all'opposto, l'art. 1 del c.p.c., emanato nel 1940 in epoca di Stato totalitario e ancor oggi vigente, è dedicato alla *giurisdizione*, da concepire quale strumento di manifestazione della «volontà concreta della legge» promanante dallo Stato-apparato, come scriveva il padre per antonomasia del diritto processuale civile italiano, il liberale Giuseppe Chiovenda²⁹.

Non è più questa una concezione adeguata della giurisdizione nel nostro tempo. La risoluzione delle controversie *ut sit finis litium* è servizio pubblico reso alla collettività, allo Stato-comunità: dalla comunità viene l'investitura, il *munus* del giudice; alla comunità e “in nome del popolo” il servizio deve essere reso nel miglior modo e nel minor tempo, osservando l'eguaglianza di tutti dinanzi alla legge. Lo *ius dicere* non è potere, imposizione del *dictum* giudiziale, costi quel che costi, indifferente ai bisogni delle parti: è servizio da rendere mediante l'ascolto e l'intelligenza delle cose del mondo, capacità di leggere dentro (*intus-legere*) le situazioni umane in conflitto; è comprensione (*cum-prehendere*), cioè accogliere e abbracciare con lo sguardo e con l'intelletto – come il mantello della Madonna della Misericordia di Piero della Francesca – le parole, le aspettative, le speranze, le delusioni, gli interessi che si dibattono nella disputa portata alle cure di chi spenda generosamente sé stesso per favorirne la composizione pacifica, attraverso l'autonomia delle parti medesime, anziché quale effetto del comando eteronomo imposto da un giudice-funzionario.

²⁹ V. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, pp. 906 ss.; v. anche E. ALLORIO, *Natura della cosa giudicata*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, pp. 161 ss.; E. FAZZALARI, *Il lungo cammino della sentenza e della “cosa giudicata”*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, pp. 595 e ss.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, pp. 475 e ss.; I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, pp. 63 ss. e 103 ss.

Tutto ciò si può fare solo se si hanno tempo e un'autentica e inestinguibile passione per la giustizia. Se si ritiene sempre di non avere tempo a sufficienza e ci si adagia nella *routine* dell'impiego pubblico, guardando annoiati e distratti solamente scartoffie dietro le quali le persone e i loro bisogni scompaiono, formalismo e finzioni imperano indifferenti alle sorti della giustizia, con l'unica preoccupazione di osservare estrinsecamente le forme, smaltire i fascicoli e l'opprimente quantità di carta o di *file* sulla *console*, supplizio di Tantalò al quale chiunque vorrebbe sfuggire. Lo spiegava già Salvatore Satta³⁰: il formalismo nella giurisprudenza è una fuga dalla decisione sul merito per la fatica e la responsabilità che questa comporta. Ed è anche, pur tuttavia, un'autodifesa naturale, uno scudo che trova nella pura forma agevole protezione e sicuro riparo.

La mediazione è l'occasione per cambiare rotta nella giustizia civile in Italia, il modo di vederla e di concepirla: e occorre farlo fin dalla formazione universitaria. Ci devono essere corsi dedicati alla mediazione e agli ADR e occorre definitivamente comprendere un aspetto fondamentale che gli americani, nel loro empirico pragmatismo, hanno capito da un pezzo: la giustizia civile e, fisicamente, lo stesso palazzo di giustizia debbono essere «*multi-door Courthouse*», secondo l'immagine di Frank Sander, non già i guardiani delle porte, come ne *Il processo* di Kafka, sulla soglia di un tribunale che «non chiede nulla da te. Ti accoglie quando vieni, ti lascia andare quando vai»³¹: nell'incubico apologo kafkiano, la porta della legge rimane socchiusa, ma non è dato al contadino varcarla, finché la vita stessa non si consuma ed esaurisce, senza poter mai penetrare il mistero della legge, del processo e della giustizia.

Qui e ora il servizio della giustizia civile deve essere aperto ai singoli che compongono la comunità ferita dalla lite, deve saper offrire la via giusta per ciascuna tipologia di controversia, dove la via giudiziaria è soltanto l'*extrema ratio*, riservata a chi non intenda sedersi a un tavolo né ascoltare ragioni.

Con un arretrato di milioni di processi e un apparato burocratico affetto da invincibile lentezza, il legislatore cerca a ogni piè sospinto di introdurre vane misure che consentano di smaltire i fascicoli e di deflazionare il carico giudiziario, devolvendolo al di fuori dei palazzi di giustizia, ad ausiliari o alla magistratura onoraria (v. l'impressionante elenco di materie attribuite alla competenza del giudice di pace dal novellato art. 7 c.p.c., fortunatamente non ancora entrato in vigore), con insistenti forme di *outsourcing*, di cui la negoziazione assistita da avvocati e la *translatio iudicii* in sede arbitrale (nonché, la separazione e il divorzio innanzi all'ufficiale dello stato civile, in assenza di figli minori o economicamente non autosufficienti: cfr. il d.l. 132 del 2014) costituiscono soltanto una delle tante e certo non ultime epifanie. Oppure si insiste in continue e più o meno variabili riforme del rito, nel segno di una presunta semplificazione che altro non fa che disumanizzare definitivamente

³⁰ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, rist. 1994, pp. 102 ss.

³¹ F. KAFKA, *Der Prozess*, 1925, trad. it. Milano, 1971, pp. 177 ss.; v. anche B. CAVALLONE, *La borsa di miss Flite*, Milano, 2016, pp. 57 ss.

il processo, la *machina machinarum* dell'apparato giurisdizionale, creando procedimenti *self-made* lasciati alla mercé di chi è chiamato ad applicarli, come avviene con la ricorrente formula «omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio» o con il procedimento in Cassazione, trasformato in un rito puramente scritto con metodologia normativa, a dir poco, “carsica”, ché le nuove disposizioni scritte dagli stessi destinatari sono spuntate all'improvviso in sede di conversione in legge del d.l. 168/2016 sulla proroga del pensionamento riservata ai soli magistrati che allora si trovavano sugli scranni più alti delle Corti superiori.

La parola è brutta, però la raccomandazione che proviene dai “sacri palagi”, ovunque essi siano (Roma, Bruxelles, New York) è questa: smaltire i rifiuti (non riciclabili) mediante strumenti di *junk-justice*, che siano gli ADR o l'eliminazione d'ogni formalità o il moltiplicarsi di inutili formalismi o l'ingresso (poco o punto sorvegliato) di ausiliari e di giudici non togati nell'apparato giudiziario poco importa. Prendere fascicoli ormai stagionati e dire alle parti: «non venite a bussare alle porte della giustizia; andate altrove, in mediazione, in negoziazione assistita, in arbitrato e cercate di mettervi d'accordo o di farvi risolvere la grana da qualcun altro, visto che non riuscite a farlo da soli... se non vi sta bene, rivolgetevi pure a Domineddio oppure andate al diavolo...», cioè non a Berlino (dove proverbialmente «c'è un giudice», bensì) a Strasburgo o in Lussemburgo, dove siedono le Corti europee: il che, nella *coniunctio oppositorum* del *mysterium iniquitatis*, è poi lo stesso.

Sovviene alla memoria quel passo del *Gargantua et Pantagruel* di Rabelais³², il quale narra come un abile conciliatore di paese, il mitico Perrin Dandin, riuscisse a conciliare tutte le dispute: anche l'oste era felice, perché ad ogni conciliazione tutti andavano a festeggiare e brindavano con «vino conciliativo». Il figlio voleva seguire le orme del padre, ma non riusciva a risolvere una lite che fosse una: «insomma, la gente è sempre più litigiosa» – diceva – «sono cambiati i tempi». Anche l'oste si lamentava, perché non riusciva a vendere più il «vino conciliativo». Il padre lo prese allora in disparte, lo portò in osteria e, davanti a un buon bicchiere di vino, gli disse: «tu sbagli, prendi le liti ancora acerbe. Devi aspettare: quando i contendenti hanno le tasche vuote per le spese del processo, allora sono meglio disposti a conciliare».

Quando vi sono arretrati di cause pendenti da anni, magari con attese per la decisione dopo lustri di ibernazione del fascicolo, ben venga che le parti s'incontrino o siano inviate dal giudice, attraverso la mediazione demandata di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. n. 28/2010, davanti a un mediatore che abbia istituzionalmente il tempo di ascoltarle, per discutere non sul processo cartaceo o telematico e sulle infinite ed eleganti questioni formali che questo trae seco, ma delle situazioni sostanziali, degli interessi, dei bisogni, delle necessità delle parti: il mediatore è al loro servizio, pronto all'ascolto e a favorire

³² F. RABELAIS, *Le tiers livre des faits et diets héroïques du bon Pantagruel*, trad. it. di A. FRASSINETI, *Gargantua e Pantagruel*, II, Milano, 1995, pp. 852 ss.

la ricerca di una soluzione comune, perché è questa la vocazione che lo deve animare e soltanto così s'invera quell'intrinseca attitudine all'ascolto che dovrebbe essere quintessenza dello stesso processo, giusta l'inveterato brocardo, mai più tradito come oggi nella sua pratica realizzazione, dell'*audiatur et altera pars*.

Ci si deve, insomma, liberare dalle lenti formalistiche di chi vede nel processo la soluzione d'ogni problema. Certo, il processo è metodo e logica del discorso giuridico, che consente di impostare correttamente il *thema decidendum*, avviandone la soluzione secondo un preciso *ordo quaestionum ac probationum*, che neppure il Papa o l'Imperatore potevano violare, come si diceva dell'antico *stylus curiae* nel processo romano-canonico. Ma non esiste solo il processo per risolvere una lite tra privati: «*ci sono più cose in cielo e in terra, Orazio, di quante ne sogni la tua filosofia*».

7. L'avvento in Europa e in Italia della mediazione

In base alla Direttiva 2008/52/CE, la mediazione costituisce una modalità di «*risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti. Gli accordi risultanti dalla mediazione hanno maggiori probabilità di essere rispettati volontariamente e preservano più facilmente una relazione amichevole e sostenibile tra le parti. Tali benefici diventano anche più evidenti nelle situazioni che mostrano elementi di portata transfrontaliera*». La direttiva europea sottolinea che la mediazione non deve essere ritenuta un'alternativa deteriore rispetto al procedimento giudiziario, quale strumento di composizione delle liti che le parti gestiscono e possono organizzare come desiderano, ponendovi fine in qualsiasi momento. È fatta salva la legislazione nazionale, che rende il ricorso alla mediazione obbligatoria oppure soggetto a incentivi o sanzioni, purché tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario, nei termini chiariti da un importante *arrêt* della Corte di giustizia (sul caso *Alassini*), dove si è stabilito con assoluta chiarezza che i principii di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano a una normativa nazionale che imponga il previo esperimento di una procedura di conciliazione stragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca a una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi ovvero questi non siano ingenti per le parti, e a condizione che la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo imponga³³.

³³ Corte di giustizia, 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08, in *Foro it.*, CXXXV (2010), p. 361, con note di G. ARMONE e P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario*; v. anche Corte giustizia Unione europea, 14-06-

Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, emanato in attuazione della delega contenuta nell'art. 60 della l. n. 69/2009 anche al fine di recepire la direttiva europea, disciplina la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Dal quadro di valutazione della giustizia pubblicato dalla Commissione europea nell'aprile 2019 risulta che, su venticinque Stati membri scrutinati, l'Italia è terzultima per la durata dei processi civili in primo grado; per una sentenza di secondo grado occorrono mediamente due anni e mezzo e per il grado di legittimità in Cassazione più di tre anni e mezzo: i tempi sono i più lunghi fra gli Stati UE e ci collochiamo all'ultimo posto per arretrato.

Il congelamento del servizio giustizia imposto dall'emergenza sanitaria, pur se inevitabile, ben doveva e poteva portare a incrementare l'utilizzo degli strumenti di soluzione delle controversie alternativi al giudizio, ponendo in campo interventi e misure che tentino di assorbire o, quantomeno, di mitigare gli effetti del prolungarsi dei procedimenti civili e commerciali e di aggravamento del peso dell'arretrato, che inesorabilmente sono conseguiti al *lock-down* e alla riduzione dell'attività dei tribunali.

L'art. 83 del d.l. n. 18/2020, dettato per la celebrazione dei processi civili in tempo di emergenza pandemica, ha comportato, nella gran parte dei casi, il rinvio d'ufficio delle udienze per molti mesi, se non anni. Multinazionali e investitori stranieri hanno fatto più volte palese la ferma volontà di evitare accuratamente il sistema giudiziario italiano. Per non parlare di difetti endemici nella gestione dei casi, sia in primo grado sia nei gradi di impugnazione, in forme burocratiche, con tempi dilatati, sostituzioni continue dei magistrati assegnatari dei fascicoli e trattazione meramente cartolare, ormai radicatasi nell'*usus fori* imposto *ex officio*, a dispetto di quel che prevede l'art. 180 c.p.c. («*La trattazione della causa è orale*»), attraverso un arabesco in forma di legge vergato nell'art. 221 del d.l. n. 34/2020, conv. dalla l. 77/2020, e poi nell'art. 23 del d.l. 137/2020, che evoca il celebre aforisma di Ennio Flaiano, onde «*in Italia la linea più breve tra due punti è l'arabesco*». La pandemia pare, insomma, aver assestato al sistema giudiziario italiano il proverbiale

2017, causa C-75/16, in *Foro it.*, CXLII (2017), p. 551, con note di A.M. MANCALEONI, *La mediazione obbligatoria nelle controversie bancarie alla luce della direttiva 2013/11/UE sull'Adr dei consumatori*, e di N. SCANNICCHIO, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie di consumo. Rimedi alternativi o diritti senza rimedio?*.

Cfr., inoltre e da ultimo, Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, dove, con riferimento al tentativo di conciliazione obbligatorio in materia di telecomunicazioni e con riguardo anche alla disciplina generale di cui al d.lgs. n. 28/2010, si chiarisce che già con riferimento al tentativo obbligatorio disciplinato dall'art. 412 *bis* c.p.c., nel processo del lavoro il meccanismo processuale secondo il quale il giudice, su eccezione di parte o d'ufficio, disponeva la sospensione del giudizio e la correlativa fissazione di un termine entro il quale intraprendere il tentativo obbligatorio di conciliazione veniva ritenuto espressione di un principio più generale, valevole per tutte le ipotesi di giurisdizione condizionata, idoneo a realizzare «una felice sintesi» fra l'esigenza di non vanificare la prescrizione dell'obbligo di preventiva conciliazione con quella di evitare diseconomie processuali e di non incidere in misura troppo grave sul diritto di azione garantito dall'art. 24 Cost.

colpo di grazia. «*Dum Romae consulitur, Saguntum expugnatur*»: la cittadella della giustizia, spiace dirlo, cade sempre più in rovina e occorre un trattamento intensivo e d'urgenza per ricondurla a canoni di giustizia effettiva e di efficienza.

Anche la sentenza della Consulta che, nel 2012, ebbe improvvidamente a dichiarare illegittima la mediazione obbligatoria per un (inesistente) eccesso di delega, paralizzandone l'utilizzo per circa un anno e cagionando l'infelice novella approvata con d.l. n. 69 del 2013, fu costretta a riconoscere che dalla direttiva europea attuata con il d.lgs. 28/2010 «non si desume alcuna esplicita o implicita opzione a favore del carattere obbligatorio dell'istituto della mediazione. Fermo il *favor* dimostrato verso detto istituto, in quanto ritenuto idoneo a fornire una risoluzione stragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale, il diritto dell'Unione disciplina le modalità con le quali il procedimento può essere strutturato («può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal diritto di uno Stato membro», ai sensi dell'art. 3, lettera a, della direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008), ma non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata)». La Consulta, dopo aver richiamato la già ricordata sentenza della Corte di giustizia sul caso *Alassini*, conclude ribadendo che «la disciplina dell'UE si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri, purché sia garantito il diritto di adire i giudici competenti per la definizione giudiziaria delle controversie».

Anche il Parlamento UE è intervenuto in materia con la Risoluzione del 12 settembre 2017 sull'attuazione della direttiva 2008/52/CE, formulando cinque raccomandazioni finali, che appaiono vere e proprie linee guida per lo sviluppo della mediazione nell'ambito dell'Unione europea³⁴. La Direttiva

³⁴ «*Raccomandazioni*

1. invita gli Stati membri a approfondire maggiori sforzi per incoraggiare il ricorso alla mediazione nelle controversie civili e commerciali, anche attraverso opportune campagne di informazione che forniscano ai cittadini e alle persone giuridiche informazioni adeguate e complete sulla validità della procedura e sui suoi vantaggi in termini di economicità dei tempi e delle spese, nonché per assicurare una migliore cooperazione tra i professionisti della giustizia a tal fine; sottolinea al riguardo la necessità di uno scambio di migliori pratiche nelle varie giurisdizioni nazionali, sostenuto da misure adeguate a livello di Unione, al fine di aumentare la consapevolezza dell'utilità della mediazione;

2. invita la Commissione a valutare la necessità di elaborare norme di qualità a livello di Unione relative alla fornitura di servizi di mediazione, segnatamente sotto forma di norme minime a garanzia della coerenza, pur tenendo conto del diritto fondamentale di accesso alla giustizia e delle differenze locali nelle culture della mediazione, così da promuovere ulteriormente il ricorso a tale istituto;

3. invita inoltre la Commissione a valutare la necessità per gli Stati membri di creare e mantenere registri nazionali dei procedimenti mediati, che potrebbero costituire una fonte di informazione per la Commissione, ma anche essere utilizzati dai mediatori nazionali per trarre vantaggio dalle migliori pratiche europee; sottolinea che qualsiasi registro deve essere creato

52/2008 viene definita una pietra miliare per l'introduzione e la diffusione della mediazione, nonostante la sua attuazione sia notevolmente diversificata tra i diversi Stati membri e pur dovendosi prendere atto che la strada da percorrere è ancora lunga: «occorre dare priorità al cambiamento di mentalità giuridica attraverso lo sviluppo di una cultura della mediazione basata sulla risoluzione amichevole delle controversie».

Da ultimo, anche la Corte di cassazione ha dato atto dell'importanza della mediazione nell'attuale contesto³⁵. Nel sancire la necessità della partecipazione personale delle parti al procedimento di mediazione e pur ammettendo la possibilità per la parte di delegare un rappresentante sostanziale, purché abilitato a conciliare e transigere la controversia, la Suprema Corte ha sottolineato come il legislatore abbia cercato di accelerare la creazione di una cultura di risoluzione alternativa delle controversie con finalità deflattiva, imponendo la mediazione obbligatoria per una vasta serie di materie. Si tratta di un procedimento deformatizzato, che si svolge davanti al mediatore e nel quale la migliore garanzia di riuscita è costituita anzitutto dalla stessa professionalità della figura del mediatore e dall'offrire alle parti un momento di incontro, perché possano liberamente discutere dinanzi a un «*vir bonus mediandi peritus*», prima che le rispettive posizioni si irrigidiscano entro gli schemi processuali e secondo le linee difensive ritenute più utili e convenienti. Il successo dell'attività di mediazione è riposto nel contatto diretto tra le parti e il mediatore professionale, il quale può, grazie a un'interlocuzione diretta e informale, aiutarle a ricostruire i loro rapporti pregressi, per ricercare e rinvenire una soluzione che, senza alcuna preconstituita rigidità, consenta alle parti di definire amichevolmente una vertenza con reciproca soddisfazione, favorendo al contempo la prosecuzione dei rapporti commerciali, quando si tratti di una lite tra soggetti qualificabili come professionisti.

nel pieno rispetto del regolamento generale sulla protezione dei dati (regolamento (UE) 2016/679);

4. chiede alla Commissione di effettuare uno studio dettagliato sugli ostacoli alla libera circolazione degli accordi di mediazione esteri nell'Unione e sulle varie opzioni esistenti per promuovere l'utilizzo della mediazione quale modalità valida, accessibile ed efficace di risoluzione delle controversie interne e transfrontaliere nell'Unione, tenendo conto dello Stato di diritto e degli attuali sviluppi internazionali in questo ambito;

5. invita la Commissione, nel contesto della riflessione sulla revisione normativa, a trovare soluzioni al fine di estendere, se possibile, l'ambito di applicazione della mediazione anche ad altre questioni civili o amministrative; sottolinea tuttavia che è necessario prestare particolare attenzione ai risvolti che la mediazione può avere su alcune tematiche sociali, ad esempio il diritto di famiglia; raccomanda al riguardo alla Commissione e agli Stati membri di applicare e mettere in atto misure di salvaguardia adeguate nei processi di mediazione al fine di limitare i rischi per le parti più deboli e proteggerle da eventuali abusi di processo o di posizione imputabili alle parti più forti, nonché di fornire dati statistici pertinenti ed esaustivi; sottolinea inoltre l'importanza di assicurare il rispetto di criteri di equità in materia di costi, con particolare riguardo alle tutele per le categorie svantaggiate; osserva tuttavia che la mediazione potrebbe perdere attrattività e valore aggiunto se dovessero essere introdotti standard troppo stringenti per le parti».

³⁵ Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, in *Foro it.*, CXLIV (2019), p. 3250, con note di D. DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, e di A. ZANELLO, *Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità*.

Quanto alla presenza dell'avvocato – prosegue la Cassazione – essa originariamente non era neppure prevista: venne introdotta nel 2013 con il comma 1 *bis* dell'art. 5 d.lgs. 28/2010, che prevede che chi intenda esercitare l'azione debba promuovere preventivamente la mediazione obbligatoria assistito dal proprio avvocato. L'avvocato, oltre che esperto in tecniche processuali per rappresentare la parte nel processo, dovrà acquisire le tecniche negoziali, onde assisterla nella procedura di mediazione: si avrà, in tal modo, la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale, negoziale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle posizioni assunte e delle pretese giuridiche avanzate.

Non è questa la sede – conclude la Cassazione – per valutare le probabilità di successo nella creazione di una cultura della mediazione. Occorre prendere atto che la legge impone in una vasta serie di casi la necessità di esperire la mediazione: «il legislatore ha previsto e voluto la comparizione personale delle parti dinanzi al mediatore, perché solo nel dialogo informale e diretto tra parti e mediatore conta che si possa trovare quella composizione degli opposti interessi soddisfacente al punto da evitare la controversia ed essere più vantaggiosa per entrambe le parti. Ha imposto quindi alle parti (o meglio, alla parte che intende agire in giudizio) questo impegno preliminare mediante il quale fida di poter evitare (alle parti, e allo Stato più in generale) un buon numero di controversie, ben più onerose e lunghe rispetto ai tempi della mediazione obbligatoria»³⁶.

8. La mediazione demandata dal giudice

L'art. 5, comma 2, del d.lgs. 28/2010 disciplina la mediazione demandata: «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 è 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 giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine [di tre mesi] di cui all'art. 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione».

Si attua in tal modo un'osmosi tra giurisdizione e mediazione, una felice, coordinata e integrata complementarietà, onde prestare «assistenza a tutti quei cittadini e a quelle imprese che hanno bisogno di trovare una soluzione celere per la gestione dei loro conflitti che, se già pendenti presso i giudici del Paese

³⁶ Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, cit.

vedranno rinviarne necessariamente l'esito, se ancora non azionati rimarranno senza risposta per lungo tempo»³⁷. Infatti, come si legge anche nella relazione della Commissione ministeriale per la riforma delle ADR, «...legare l'economia della giustizia all'economia dello sviluppo è operazione al tempo stesso semplicistica e riduttiva: il ritardo nell'amministrazione della giustizia, le esitazioni in tema di certezza del diritto, le difficoltà nel recupero dei crediti sono certamente fattori da deprecare e disagi da superare; ma non si può concentrare l'attenzione della giustizia solo su questi aspetti, sì che anche le ADR, pur funzionali all'approccio efficientistico, devono compiutamente soddisfare l'esigenza di una giustizia rapida, poco costosa ma anche soddisfacente, incidendo sui diritti dei cittadini e quindi sul ruolo sociale della persona, in ambito familiare, associativo, lavorativo e così via»³⁸.

La Commissione sottolinea l'importanza dell'istituto della mediazione demandata dal giudice (art. 5, co. 2, d.lgs. 28/2010) per la promozione e il corretto impiego dell'istituto, dal momento che, a differenza della mediazione obbligatoria imposta prima del giudizio in base ad una valutazione astratta del legislatore, il giudice può svolgere una valutazione della mediabilità in concreto del conflitto. «Se oggi la domanda di giustizia è ancora incanalata in modo preponderante nel processo, è proprio dal processo che può nascere la spinta per una riflessione sull'adeguatezza dello strumento giudiziario e sulla maggiore adeguatezza di modi diversi di risolvere i conflitti per soddisfare gli interessi delle parti in lite. Affinché tale spinta sia autentica e non nasca solo da esigenze non meditate di deflazione, occorre tuttavia che la mediazione demandata sia esperita quando ne ricorrano davvero i presupposti. Per questo la Commissione ha ritenuto di introdurre l'obbligo di motivazione per il giudice che disponga l'invio in mediazione. La previsione mira a garantire la serietà e la proficuità dell'invio e quindi l'aumento delle *chances* di accordo. Nella motivazione, di natura succinta (art. 134 c.p.c.), il giudice potrà infatti dar atto degli indici di mediabilità della controversia che ha preso in considerazione ai fini di un invio selettivo e calibrato sul caso concreto e

³⁷ Così il *Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione* del 28 marzo 2020, promosso dal Tavolo Tecnico istituito presso il Ministero della giustizia con d.m. 23 dicembre 2019. Sulla mediazione demandata v. la vivida testimonianza di M. MORICONI, *Non solo sentenze*, Roma, 2020. Sulla mediazione in Italia la letteratura è ormai imponente: v., *ex plurimis*, C. BESSO (cur.), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; M. BOVE (cur.), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; L. BREGGIA, *Mediazione e alternative dispute resolution*, in *Libro dell'anno del diritto - Enc. giur. Treccani*, Roma, 2017; M. CARADONNA, C. MEZZABOTTA, P. RIVA (cur.), *La mediazione civile*, Milano, 2011; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Bologna, 2013; S. DALLA BONTÀ (cur.), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020; F. DANOVÌ, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; E. SILVESTRI (cur.), *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020.

³⁸ AA.VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, pp. 17 ss.

fornire altresì alle parti e al mediatore elementi utili da valutare per lo svolgimento della mediazione»³⁹.

Un tale invio – aggiunge la Commissione – unito alle previsioni di partecipazione personale delle parti ed effettività del primo incontro, dovrebbe portare ad un aumento dei casi in cui le mediazioni vengono davvero svolte con la partecipazione di tutte le parti (anche vista la sanzione rafforzata per la mancata partecipazione), casi che registrano il raggiungimento di un numero maggiore di accordi, come emerso in occasione di progetti locali già svolti sperimentalmente in base a tali presupposti. «La Commissione ritiene comunque che il buon uso della mediazione demandata risieda anche in percorsi di formazione della classe forense e della magistratura, richiedendo un mutamento culturale di tutte le categorie coinvolte».

Inoltre – conclude la Commissione – l'analisi e la trattazione della causa svolta anche ai fini della conciliazione della stessa o dell'invio delle parti in mediazione è frutto di uno studio della causa e degli indici di mediabilità, nonché di un'attività di trattazione che andrebbero valorizzati, inserendo tra i criteri di valutazione della professionalità dei magistrati anche il corretto impiego dei provvedimenti di invio in mediazione e della proposta conciliativa *ex art. 185 bis c.p.c.*

9. Il mediatore come *faiseur de paix*

Quella del mediatore è una professionalità formata e acquisita negli anni attraverso una preparazione specifica, fatta di studio e di esperienza sul campo. Non ci s'improwvisa mediatore: deve conoscere le leggi e le tecniche di composizione della controversia, sul piano psicologico prima ancora che rudemente giuridico-economico. Ha di fronte a sé persone e ai bisogni di queste deve, anzitutto, pensare e rispondere con le parole e con le opere.

Occorre rendere, *hic et nunc*, viva testimonianza di questa esperienza giuridica nuova e ancora troppo poco diffusa nel nostro difficile tempo: quella di chi compie quotidiana opera di pacificazione e giustizia, senza esercizio autoritativo di *iurisdictio*, senza *dicere ius* imponendo *Diktaten* alle parti con efficacia imperativa e cogente, bensì spingendole, quale demiurgo colmo di spirito e scienza, a ricercare e a trarre maieuticamente da sé la soluzione della lite, la norma del caso concreto e, così, una soluzione sperabilmente duratura nel tempo, poiché frutto di pur faticoso e difficile accordo e di comprensione vera e reale della controversia e dei bisogni delle parti in tutta la loro complessità e nelle molteplici sfaccettature, anziché entro gli angusti limiti delle tecniche procedurali, troppo spesso ridotti a vuoti formalismi fini a sé stessi. Frutto, insomma, di autonomia, non di eteronomia, di *nomos* pazientemente raggiunto e concordato dalle parti medesime, anziché dettato e imposto da sentenza del giudice.

³⁹ *Ivi*, pp. 26 ss.

«*Dulcior est fructus post multa pericula ductus*»: è più dolce quel che si coglie e raggiunge pur dopo le fatiche e le contrapposizioni della controversia giudiziaria, *duorum bellum* in veste moderna e con armi processuali e retoriche, eppure incapace, a petto della frettezza delle nostre opere e giorni, di rispondere a coloro che hanno inestinguibile fame e sete di pronta giustizia, non potendo attendere a lungo, e per vero neppure per breve tratto di strada, di sentir proclamate *erga omnes* le loro aspirazioni, spesso desideri per non dir soggettivi capricci che l'odierno contesto di acritica esaltazione dei diritti e delle libertà individuali trasforma in dogmi indiscutibili, mettendo in ombra quei doveri e quelle responsabilità, individuali e collettive, che altro non sono se non l'altra faccia della medaglia, l'altra parte del mondo, il Giano bifronte sul quale volentieri si stende l'oblio per eccitar solo i primi. Non esistono diritti senza doveri, non vi sono libertà senza responsabilità, non si esercitano facoltà né poteri *ex munere proprio*, ma per investitura e a servizio della comunità, grande o piccola che sia, ognuno nella posizione che occupa e con i pesi e gli oneri, piccoli o grandi, che la funzione ed il ruolo recano in sé e con sé, non a proprio vantaggio esclusivo, ma per quello altrui e dei più.

Il giudice non svolge oggi il proprio delicatissimo compito *uti singulus*, ma nel contesto sociale e oggidi, per sovrappiù, nella cornice assillante della durata ragionevole del processo e dei modelli dettati dal nuovo legislatore planetario attraverso le classifiche *Doing Business* della Banca Mondiale⁴⁰, secondo il contemporaneo verbo che pone l'*homo oeconomicus*, *videns et consumans*, con i suoi *desiderata* individuali, spesso capricciosi e confusi eppur fatti assurgere a dignità di inalienabili diritti, quale centro esclusivo della realtà e della considerazione giuridica delle corti non meno che del *conditor*

⁴⁰ R. CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, CXL (2015), pp. 10 ss.; M. MORANI, *Molte buone ragioni per non citare più il rapporto Doing Business in tema di giustizia civile*, in *Foro it.*, CXLII (2017), pp. 130 ss. Secondo i paradigmi del *Report Doing Business*, il modello di giudizio ideale consiste nella decisione eteronoma di un terzo, «in base a considerazioni di fairness, con poca conoscenza o uso di diritto, niente avvocati, niente atti scritti, niente vincoli procedurali su trattazione e deduzioni probatorie, niente impugnazioni» e i sistemi di *civil law* presentano «maggiore durata dei processi, minore coerenza, minore onestà, minore lealtà nelle decisioni giudiziali e maggiore corruzione»: così DJANKOV, LA PORTA, LOPEZ-DE-SILANES, SCHLEIFER, *Courts*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, p. 455; penetranti critiche a questa impostazione, oltre che nello scritto di Caponi, loc. ult. cit., in KERN, *Justice between Simplification and Formalism. A Discussion and Critique of the World Bank Sponsored Lex Mundi Project on Efficiency of Civil Procedure*, Tübingen 2007, *passim*. In effetti, si ha l'impressione che gli autori del *Report* si siano ispirati al famoso passo in cui Francesco Guicciardini denigrava, *et pour cause*, la giustizia de' Turchi: «Io credo siano manco male le sentenze de' Turchi, le quali si espediscono presto e quasi a caso, che el modo de' giudici che si usano comunemente tra' Cristiani: perché la lunghezza di questi importa tanto, e per le spese e per e' disturbi che si danno a' litiganti, che non nuoce forse manco che facessi la sentenza che s'avessi contro el primo dî; senza che, se noi presuppognamo le sentenze de' Turchi darsi al buio, ne séguita che, ragguagliato, la metà ne sia giusta; senza che, non forse minore parte ne sono ingiuste di quelle date tra noi, o per la ignoranza o per la malizia de' giudici» (F. GUICCIARDINI, *CCIX in Ricordi*, ed. BUR, Milano, 1951).

*legum*⁴¹. Con in più l'evidente crisi del diritto positivo e della legge in generale, ormai caduti in uno stato di "entropia giuridica", nella quale l'apporto creativo di coordinamento di molteplici e contraddittorie norme e di adattamento delle decisioni ai caratteri di variegata e sempre più complesse fattispecie pone l'attività giudiziale al centro del fenomeno giuridico, in quella che è stata definita, parafrasando il titolo del celebre *pamphlet* ottocentesco di Savigny, come «vocazione del nostro tempo per la giurisdizione»⁴².

Così il ruolo del giudice civile ha conosciuto una trasformazione, un'autentica metamorfosi, quasi d'ovidiano carattere, quantomeno nel *wollen* e nel *sollen*, se non propriamente nel *sein* e nel viver quotidiano della giustizia nei vetusti palazzi. Il giudice non è più solitario *decision maker*, che non parla e che si esprime esclusivamente attraverso i provvedimenti, bensì *case manager* e *problem solver*, che padroneggia tutti gli strumenti processuali del proprio mestiere, dialoga con i difensori e con le parti, coordina e si relazione con tutti gli ausiliari, per rendere opera di giustizia nella comunità, per la comunità e nel nome di questa, come si legge nell'art. 101, c. 1, Cost. («*La giustizia è amministrata in nome del popolo*»), espressione anch'esso di quella sovranità popolare che fonda la democrazia e lo Stato di diritto e che molti, pur continuando a riempire *ad nauseam*, pomposamente e farisaicamente, i discorsi pubblici di codeste belle parole, vorrebbero nei fatti e in cuor loro cancellare e obliterare del tutto.

Il giudice civile non è più monade isolata e a sé stante, non è *sic et simpliciter* un pubblico funzionario che afferma e fissa la "volontà concreta di legge"

⁴¹ Si legge nell'Enciclica *Fratelli tutti*, cit., parr. 13 ss.: «13. Per questo stesso motivo si favorisce anche una perdita del senso della storia che provoca ulteriore disgregazione. Si avverte la penetrazione culturale di una sorta di "decostruzionismo", per cui la libertà umana pretende di costruire tutto a partire da zero. Restano in piedi unicamente il bisogno di consumare senza limiti e l'accentuarsi di molte forme di individualismo senza contenuti. In questo contesto si poneva un consiglio che ho dato ai giovani: «Se una persona vi fa una proposta e vi dice di ignorare la storia, di non fare tesoro dell'esperienza degli anziani, di disprezzare tutto ciò che è passato e guardare solo al futuro che lui vi offre, non è forse questo un modo facile di attirarvi con la sua proposta per farvi fare solo quello che lui vi dice? Quella persona ha bisogno che siate vuoti, sradicati, diffidenti di tutto, perché possiate fidarvi solo delle sue promesse e sottomettervi ai suoi piani. È così che funzionano le ideologie di diversi colori, che distruggono (o de-costruiscono) tutto ciò che è diverso e in questo modo possono dominare senza opposizioni. A tale scopo hanno bisogno di giovani che disprezzino la storia, che rifiutino la ricchezza spirituale e umana che è stata tramandata attraverso le generazioni, che ignorino tutto ciò che li ha preceduti». 14. Sono le nuove forme di colonizzazione culturale. Non dimentichiamo che «i popoli che alienano la propria tradizione e, per mania imitativa, violenza impositiva, imperdonabile negligenza o apatia, tolgono che si strappi loro l'anima, perdono, insieme con la fisionomia spirituale, anche la consistenza morale e, alla fine, l'indipendenza ideologica, economica e politica». Un modo efficace di dissolvere la coscienza storica, il pensiero critico, l'impegno per la giustizia e i percorsi di integrazione è quello di svuotare di senso o alterare le grandi parole. Che cosa significano oggi alcune espressioni come democrazia, libertà, giustizia, unità? Sono state manipolate e deformate per utilizzarle come strumenti di dominio, come titoli vuoti di contenuto che possono servire per giustificare qualsiasi azione».

⁴² C.F. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814; v. anche N. PICARDI, *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, pp. 41 ss.

risolvendo d'imperio la lite, come scriveva Chiovenda, che lo poneva sotto il segno della cosa giudicata, secondo una visione pubblicistica del processo fondata sul *Richterprivileg*, dacché «*res iudicata pro veritate habetur*», secondo inveterato brocardo⁴³.

Se il diritto è esperienza quotidiana di vita e se, come scriveva Capograssi⁴⁴, la vita degli individui, nel costruire le relazioni giuridiche con gli altri all'interno delle quali realizzano sé stessi, resta sempre sotto il segno dell'assoluto, di una legge universale che si pone senza essere posta, non esiste miglior modo per inverare giorno dopo giorno, volta per volta di fronte alla singola ferita aperta nel tessuto connettivo sociale, quell'esperienza giuridica e quella perenne tensione, quello *streben* inesausto alla continua ricerca di giustizia, di un senso che, oltrepassando il caso singolo, restituisca le persone in lite alla vita sociale, quali costruttori della loro medesima pace, anziché sudditi ad autoritario *dictum*, così conciliando l'insopprimibile tendenza della natura umana alla verità e il perenne impedimento che questo *streben* trova in un'oscura rovina, che lo spirito ha subito e che ha disordinato e tolto vigore alle umane forze.

Solo chi riconosca pazientemente il dolore recato dalla ferita sofferta, piccola o grande che sia, può guarirla; solo chi assista umilmente e pazientemente alla *krisis* del rapporto *inter partes*, diagnosticandone le cause più intime, può avventurarsi a esprimere la prognosi, producendo la *katharsis* e, con questa, la trasformazione stessa della relazione intersoggettiva, sino a giungere alla guarigione completa, senza operare mediante chirurgiche amputazioni, al solo scopo di *trancher le litige*, ma curando *ab intra* il male oscuro che toglie il vigore.

Questo spirito nuovo, che fa nuove tutte le cose, si respira, qual aria salubre oggi: l'*esprit de la médiation*, che è spirito di giustizia vera ed autentica, poiché nasce da comprensione e intelligenza profonde delle vicende umane⁴⁵: è *iurisprudencia* nel significato più alto del termine, «*iusti atque iniusti scientia, divinarum atque humanarum rerum notitia*».

Accanto a questo, per non sentir rimproverare, come avviene spesso con sarcasmo, che il mediatore non deve esser dedito *tout court* alla «caffeomanzia» (la «lettura di fondi del caffè»), il suo bagaglio culturale non può prescindere dallo studio del diritto, ivi incluse la storia e la filosofia del diritto, e dell'economia, oltre ad ulteriori specializzazioni in altri campi del sapere, a seconda del ramo in cui eserciti la sua assai lodevole attività (ad es., in materia medico-sanitaria o di tecnica bancaria o di famiglia o di lavoro, ecc.). Maggiore sarà la cultura del mediatore, migliore sarà l'ascolto che potrà prestare ai bisogni effettivi delle parti e migliore sarà il servizio ch'egli potrà rendere, con vera e approfondita cognizione di causa.

⁴³ G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 482.

⁴⁴ G. CAPOGRASSI, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), in *Opere*, I, Milano, 1959, p. 331.

⁴⁵ J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, cit., *passim*.

Soltanto in questo modo si potranno superare gli ostacoli culturali e corporativi che ancora oggi vengono disseminati sul cammino dell'accesso alla giustizia: le generazioni a venire apprenderanno, in tal modo, a non far aggio solo sulla tutela giurisdizionale dei diritti, che (beninteso) non può né deve mancare per la sicurezza dei rapporti e la protezione della comunità, piccola o grande che sia; ma a percorrere vie alternative, che ben possono rimarginare la ferita aperta nel tessuto connettivo sociale, riducendone o eliminandone davvero gli effetti in tempi più rapidi e con minor dispendio di costi.

Avvocati, magistrati e mediatori sono operatori di pace e devono avere fame e sete di giustizia: non saranno forse saziati, almeno nell'immediato e a breve tempo, anche in senso materiale anziché spirituale; ma sono e restano fondamentali operatori di pace. Solo i pazzi vanno a fare le cause e, se proprio non guariscono dalla loro follia, vadano pure sotto i ferri del chirurgo, quando ormai le membra sono in cancrena perché vengano amputate, come scriveva Voltaire.

Questi operatori di pace debbono essere adeguatamente formati sul piano culturale e dei valori; e saranno sicuramente beati se si impegneranno nella loro opera che, seppur oggi da molti spregiata oltre che poco e male retribuita, è opera di vera giustizia: la massima aspirazione che possano avere una donna e un uomo di legge, una donna e un uomo *tout court*.