



PAOLA LUCARELLI

La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro.

Molte sono le ragioni che fanno scolpire la sentenza 8473 sulla pietra dei brutti episodi del nostro paese: una tecnico-giuridica, una socio-culturale e un'altra etica.

La sentenza è dedicata alla qualificazione della partecipazione personale delle parti in mediazione ai sensi del d.lgs. 28/2010 attualmente in vigore. Questo era l'argomento posto dal ricorrente e su questo la Corte ha deciso con argomentazioni che saranno da molti commentate anche nelle varie sedi scientifiche.

Qui, invece, è di altro che desidero parlare: della decisione della Corte su un tema che non era oggetto del ricorso, cioè il presupposto che configura l'avveramento della condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria nel testo del decreto 28/2010. Questa parte della sentenza, infatti, non ha più a che fare solo con il diritto, avendo una rilevanza sul piano certamente giuridico, ma soprattutto sociale, culturale ed etico, come già anticipato.

Perché tutti possano rendersi conto della questione, è importante precisare che la legge prevede che colui che intende portare davanti al giudice una controversia su materie precisamente elencate dalla norma, deve prima esperire un procedimento di mediazione. L'esperimento di tale procedura è, dunque, tecnicamente una "condizione per la procedibilità" dell'azione processuale.

Si può essere d'accordo o meno con la scelta del legislatore, non è questo il punto ora, ma è la regola e su questa si è voluta esprimere la Corte. La pronuncia, però, si pone in termini che non si confanno per nulla al linguaggio tecnico-giuridico di un supremo organo giurisdizionale, probabilmente perché il giudicante si concede di "andare oltre" ciò che deve decidere, scivolando però, purtroppo, nel *pourparler* informale che di certo non gli si addice: prima scrive che "non è questa la sede per valutare le probabilità di successo della creazione forzosa di una cultura della mediazione", ma poi si sofferma proprio su considerazioni, peraltro frettolose e non adeguatamente informate, che gli permettono di suggerire una soluzione interpretativa che impedisca un possibile successo della pratica della mediazione dei conflitti.

Mi spiego. La Corte scrive che nella sentenza d'appello impugnata c'è un "passaggio motivazionale che merita attenzione. Lo stesso non è direttamente censurato". Decisa nel voler "esaminare/sciogliere un altro degli interrogativi che la nuova disciplina pone, e dei punti in cui si stanno registrando **orientamenti non convergenti**", la Corte dimentica però, a quanto pare, di studiare proprio i provvedimenti dei giudici che negli anni si sono susseguiti e soffermati sul problema.

Ecco il dubbio tecnico: la Corte ha elaborato uno studio e un monitoraggio delle decisioni giudiziali in punto di presupposti dell'avveramento della condizione di procedibilità? Ne dubito, perché se lo avesse fatto avrebbe scoperto che su 58 provvedimenti di giudici di primo grado, 54 dispongono che le parti devono procedere all'effettivo tentativo di mediazione e che non è sufficiente la sessione informativa. Su 5 provvedimenti di corti d'appello, 4 dispongono nello stesso modo.

Ma davvero la nostra Corte di Cassazione sceglie di pronunciarsi sul giusto o non giusto **forzoso successo** di una disciplina, senza conoscere le pronunce dei giudici di merito?

Si è trattato di un tema alle origini sofferto, è vero, ma l'orientamento ora è più che dominante: grazie alla competenza, lungimiranza e sensibilità della giurisprudenza di moltissimi giudici, la condizione di procedibilità si ritiene avverata se viene avviato il tentativo effettivo di mediazione. Non è obbligatorio andare oltre il primo incontro, ma occorre avviare una trattazione nel merito della lite.

Sempre sul piano tecnico, con rammarico sincero devo osservare che la sentenza 8473, non solo si espone alla critica della mancata istruttoria puntualmente informata sugli orientamenti giurisprudenziali nel nostro paese (a questo punto sarebbe ultroneo e perfino irrispettoso pretendere anche uno studio delle dottrine accademiche che si sono formate



sul punto), ma manifesta perfino la mancanza di uno studio serio e competente proprio della disciplina contenuta nel d.lgs. 28/2010.

Con riferimento al tentativo di mediazione obbligatorio per legge, la Corte si sofferma sull'art. 8 del decreto al fine di trarne argomenti per avvalorare la sua proposta interpretativa della mediazione "forzosa". Non si può fare a meno di osservare allibiti che la sentenza enuncia che l'onere della parte di dar corso alla mediazione obbligatoria "possa ritenersi adempiuto con l'avvio della procedura di mediazione e con la comparizione al primo incontro all'esito del quale, ricevute dal mediatore le necessarie informazioni in merito alla funzione e alle modalità di svolgimento della mediazione, può **liberamente** manifestare il suo parere negativo sulla possibilità di **utilmente** iniziare (*rectius* proseguire) la procedura di mediazione". E poi che "in questo senso depongono sia la struttura del procedimento, disciplinata dall'art. 8 e suddivisa in un primo incontro preliminare davanti al mediatore e in uno e più incontri successivi di **effettivo** svolgimento della mediazione" (mio il neretto).

Anche a voler prescindere dall'uso di termini, liberamente/utilmente, che ovviamente non hanno riscontro nella disciplina dell'obbligatorietà del tentativo, davvero la Corte non ha letto l'art. 5, comma 2 *bis*, che dispone che "*Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale la condizione si considera avverata se il **primo incontro** dinanzi al mediatore si conclude **senza l'accordo***"?

Lo stupore inevitabile si concentra nell'affermazione della Corte secondo cui la struttura del procedimento prevederebbe che il primo incontro sia solo "informativo" e che nei seguenti incontri si svolga l'effettivo tentativo di mediazione. Come è possibile, allora, che si possa trovare l'accordo alla fine del primo incontro?

Secondo quanto sostiene la Corte, il primo incontro servirebbe solo ad informare le parti gravandole della spesa di avvio della procedura.

Davvero la Corte non ha letto l'art. 4, comma 3, secondo cui "*All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione*"?

Le parti devono ricevere l'informazione completa e chiara dai loro avvocati e se questi non informano, dal giudice. Non c'è alcun dubbio. A cosa servirebbe, dunque, quel primo incontro in quel senso concepito dalla Corte? Forse esclusivamente a gravare le parti di una spesa inutile?

Mi rifiuto di pensare che la Corte abbia ommesso di leggere o dimenticato queste norme che completano, necessariamente, una lettura approfondita della struttura del procedimento di mediazione. C'è sempre una spiegazione per tutto, tante pagine sono state scritte per spiegare una disciplina poco chiara, ma non si può accettare di stravolgere in tal modo il diritto e le conseguenze dell'applicazione del diritto, ché così facendo entriamo nel caos. Non avevamo bisogno di questo e neppure era stato chiesto.

Passo alla seconda ragione, quella socio-culturale. Il motivo dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione prevista dall'art. 5, comma 1 *bis*, del D.lgs. 28/2010 è complesso e a chiunque affronti il diritto e le sue funzioni non può sfuggire una lettura adeguata a tale complessità. Quella che la Corte definisce "forzosa" - con una valutazione evidentemente cinica - è una delle scelte del legislatore più felici per far progredire la cultura professionale della gestione dei conflitti e la cultura sociale dell'autonomia.

Ciò che occorre è che nel giurista si formi una nuova sensibilità sulle ragioni della controversia, sulle riserve ancora vitali del rapporto: un giurista formato come sul processo anche su un percorso anticipato rispetto all'etero-applicazione del diritto, sulla sosta nell'autonomia, cioè nella volontà consapevole, per indagare le cause anche non evidenti della crisi e le reali possibilità della sua soluzione, prima di passare - in via eventuale e comunque solo successivamente - all'applicazione della legge da parte del giudice.



L'autonomia è un valore da promuovere, insegnare e sostenere: non è affatto diffusa fra i professionisti del diritto una cultura che anziché fondarsi solo sulla delega giudiziale per la soluzione dei problemi, coltivi l'abitudine alla scelta, all'assunzione di responsabilità, alla ricerca privata dei rimedi. Al contrario, non penderebbero presso le Corti più tre milioni e mezzo di processi.

Altro che crisi della legge di cui si parla spesso oggi nel nostro paese: con il d.lgs. 28/2010 si è compiuto un passo importante – seppure ancora perfettibile – nella direzione della cultura più avanzata e nobile della gestione della conflittualità, della educazione alla gestione e prevenzione delle liti. Il d.lgs. 28/2010 - che dispone l'obbligo di passare con la necessaria consapevolezza dentro il problema per analizzarne le ragioni, riuscire a vedere quelle dell'altro, generare soluzioni condivise - significa soprattutto educare all'auto-determinazione e all'assunzione di responsabilità, in modo pacifico e con l'aiuto di un facilitatore esperto.

Questo effetto si realizza se si conducono le parti in lite a confrontarsi sul conflitto. Devono provarci: ecco cosa dice la norma. Come quando si è introdotto nell'ordinamento giuridico l'obbligo scolastico.

La crisi, dunque, non è della legge, ma semmai di quel giurista che non è neppure consapevole delle potenzialità e del valore della pratica della mediazione, ovvero di una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro, seppure aiutato dal mediatore. La crisi è del giurista che è talmente concentrato sul suo ruolo di decisore esclusivo della sorte delle controversie, da dimenticare che i conflitti appartengono prima di tutto alle persone, che a queste - in una società evoluta - occorre dare strumenti validi ed efficaci di gestione e di prevenzione dei loro problemi, per lasciare poi alla giurisdizione la decisione della lite quando non ci sono possibilità di soluzione privata pacifica o non ci sono le condizioni perché le parti possano decidere. Con ciò riducendo il carico di lavoro della giurisdizione e permettendo che si produca una Giustizia celere come risposta al vero bisogno dei cittadini.

È la consapevolezza di questa nobile funzione della mediazione dei conflitti che ha indotto studiosi, giudici e professionisti, illuminati a investire le loro energie in un processo culturale di radicamento della mediazione dei conflitti. Gli esempi sono molti e di natura diversa: gli Osservatori per la giustizia civile, prima di tutto, le buone pratiche nelle sedi giudiziarie, la formazione degli avvocati e dei mediatori, banche dati dei provvedimenti giudiziari e degli accordi conciliativi, tutte iniziative che qui non è il caso di descrivere nei dettagli ma che fanno sperare che il nostro paese possa guarire la piaga di una giustizia che non funziona. Oggi, a distanza di un quarantennio si assiste a un fenomeno del quale Mauro Cappelletti andrebbe fiero: città, organizzazioni private e pubbliche, università sono impegnate in un movimento per la Giustizia, che allora si sarebbe chiamata "co-esistenziale". È quanto sta avvenendo a Firenze con il progetto Giustizia Semplice e a Perugia con il progetto Giustizia Condivisa.

Osservi la Corte ciò che avviene in alcuni distretti, prima di decidere che le parti assolvono alla condizione di procedibilità solo se pagano l'inutile informazione offerta dall'organismo di mediazione, prima di decidere che la mediazione vale così poco che il mediatore non deve neppure essere pagato. Osservi la Corte tutti quei Giudici che hanno percepito il senso profondo di una importante trasformazione culturale nella gestione dei conflitti ed hanno aiutato la mutazione a realizzarsi, con prudenza, con competenza ed etica professionale.

E arriviamo così alla terza ragione.

La giustizia che non riconosce il valore nobile della mediazione del conflitto, semplificandone e stravolgendone il significato, è una giustizia che mangia se stessa, come il serpente che si alimenta solo di sé.

Di che cosa si tratta? Forse si teme che avvenga la trasformazione di una società sempre più individualizzata di bambini incapaci di decidere in una società della convivenza responsabile nella quale cresce il ruolo del professionista mediatore che facilita la comunicazione, il riconoscimento reciproco, la consapevolezza, l'*empowerment*, delle persone? Non è forse questa una componente etica fondamentale nella vita professionale di tutti coloro che lavorano perché le persone convivano pacificamente superando ostacoli, crisi relazionali, contrasti e differenze? Forse si tratta della paura di vedere ridimensionato il ruolo professionale e sociale del giudice decisore in una società di persone adulte che acquistano la capacità di gestire i propri problemi prima di delegare la decisione della controversia?



Judicium

IL PROCESSO CIVILE IN ITALIA E IN EUROPA


Pacini
Giuridica

Se questo è il problema, allora bisogna che i giudici siano rassicurati: di contenzioso nelle aule giudiziarie ce n'è abbastanza da giustificare il ruolo imprescindibile della giurisdizione in un paese evoluto. Solo che oggi i numeri del contenzioso giudiziario non permettono ai cittadini di ricevere la Giustizia di cui hanno bisogno e il serpente, mangiando sé stesso, non può generare soluzioni.

Se è vero, come penso, quanto sostiene Amartya Sen, bisogna occuparsi della vita concreta e di come giustizia e istituzioni la migliorino. Tutti possono contribuire, ciascuno nel proprio ruolo: il giudice concedendo lo spazio che merita all'autonomia, l'avvocato imparando la modalità collaborativa nella gestione della lite nell'interesse del cliente, il professore insegnando ai giovani studenti i percorsi alternativi al processo, il cittadino rivolgendosi al mediatore quando il suo problema gli impedisce di comunicare con l'altro generando soluzioni, il legislatore riscrivendo al più presto le regole della mediazione dei conflitti per rendere funzionante la Giustizia e migliorare la vita delle persone.