

Valeria Santo

La societa moderna e le nuove esigenze di accesso alla giustizia

Studia Prawnoustrojowe nr 24, 269-279

2014

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Valeria Santo

Avvocato del Foro di Taranto e mediatore accreditato presso
Ministero Italiano di Giustizia

La società moderna e le nuove esigenze di accesso alla giustizia

Introduzione

Il cambiamento socio-economico che ha interessato le realtà di tutti gli Stati Membri dell'Unione Europea ha reso necessario il riconoscimento, a livello internazionale, dei diritti e delle libertà fondamentali.

Con la conseguenza che gli interessi a questi sottesi hanno determinato un aumento della conflittualità e, per essa, un aumento del contenzioso giudiziario fino al raggiungimento di livelli ormai insostenibili per l'amministrazione della giustizia¹.

Da qui la ricerca di metodi alternativi di risoluzione delle controversie volti a scongiurare il ricorso alla giustizia ormai troppo onerosa, oltre che inadeguata a garantire una rapida ed effettiva tutela dei diritti, ma soprattutto, finalizzata a ridurre la conflittualità mediante la sollecitazione di comportamenti realmente collaborativi tra le parti che siano finalizzati a ristabilire l'equilibrio compromesso.

La situazione sommariamente delineata è una chiara manifestazione di come sino ad oggi, la giustizia sia stata amministrata dai singoli Stati, ma, soprattutto, di come sia stata percepita ed esercitata dai soggetti di diritto².

¹ Per approfondimenti si veda F. Sitzia, *Mediazione il ricorso al giudice nella società postmoderna*, [in:] a cura di C. Pilia, *Quaderni di conciliazione*, Cagliari 2010, p. 13 e ss, il quale pone in evidenza le conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'eccessivo ricorso alla giustizia, che, da un lato, si traducono in un incremento della conflittualità e, dall'altro, evidenziano una inadeguatezza del processo a soddisfare gli interessi ormai plurimi e mutevoli della società moderna che si contrappongono non perché "portatori di un disvalore, bensì" in quanto "portatori di valori in conflitto tra loro". L'autore evidenzia, quindi, la necessità di dar vita ad una cultura giuridica che sia in grado di superare la visione del diritto quale limite imposto ai singoli individui in favore di una nuova concezione che, al contrario, ponga il diritto come fonte di rapporti tra i diversi soggetti dell'ordinamento e, quindi, come elemento essenziale per il progresso sociale.

² In proposito si veda S. Tafaro (*Mediazione e processo. Crisi del processo e ricorso alla conciliazione*, "Białostockie Studia Prawnicze" 2010, n. 8, pp. 317–335). Secondo l'a. la mediazione "diventa espressione di una visione che investe il modo di concepire l'organizzazione della società (cioè dello Stato e delle aggregazioni di Stati) a tutto tondo, ivi compresi gli aspetti legati all'amministrazione della Giustizia. In altre parole,

Le parti di un conflitto hanno, infatti, perso il ruolo attivo nella composizione delle controversie delegato a professionisti i quali, dinanzi ad organi giudiziari o arbitrali, sono i soli che, di fatto, tutelano attivamente gli interessi rappresentati. Ciò accade in quanto il conflitto non è visto come naturale evolversi delle relazioni sociali, ma come un “evento patologico”³.

Ecco che, in tale ottica il ruolo dei professionisti, quali avvocati, periti e di coloro che a vario titolo prendono parte attiva al processo, risulta determinante. In tal modo le parti di esso, lungi dall’assumere un atteggiamento costruttivo e finalizzato al recupero dei rapporti compromessi in una logica collaborativa, si pongono in netta contrapposizione tra loro in un’ottica competitiva finalizzata unicamente all’attribuzione di colpe, al solo fine di poter ottenere una pronuncia giudiziale o arbitrale a sé favorevole⁴. In tal modo, lungi dal raggiungere una reale soddisfazione degli interessi della parte vincitrice del giudizio, si ottiene solo una mera verifica della rispondenza o meno di una situazione di fatto alla fattispecie astratta prevista da una norma⁵. La soluzione del conflitto ottenuta perseguendo le vie giudiziarie si impone, quindi, alle parti e queste sono obbligate ad accettarla senza alcuna possibilità di adattarla alle proprie esigenze e prospettive reali⁶.

È stato posto in evidenza come il diritto e la giustizia si caratterizzino secondo “tre dimensioni”⁷: quella “costituzionale”, quella “transnazionale” e quella “sociale”. La prima determina i valori fondamentali a tutela dei quali il nostro legislatore ha posto gli organi giurisdizionali e che hanno trovato pieno riconoscimento in diversi Stati. La seconda dimensione, sovraordinandosi ai confini dei singoli Stati, giunge sino

le motivazioni che oggi giustificano il ricorso alla mediazione mettono in discussione il modello di organizzazione dello Stato, non foss’altro che per il fatto che i modi d’interazione dei cittadini con le istituzioni, impostati al modello della *democrazia rappresentativa*, sono in crisi, sicché di ciò risente anche la Giustizia (*tout court*) e l’accesso alla Giustizia”.

³ Vedi G. Così, *Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione*, [in:] *Ars Interpretandi*, n. 92004. “Ordine negoziato e ordine imposto: post-modernità e limiti del diritto”, Aa. Vv., D. Farias, *Omaggio alla memoria*, Giuffrè, Milano 2005, p. 3.

⁴ Cfr. S. Tafaro, op. cit.: “In casi sempre più numerosi il commercio ed i contratti investono privati e grandi imprese ed è ovvio che queste ultime dispongono di avvocati e di mezzi molto superiori ai privati, avendo per ciò stesso maggiori probabilità di prevalere davanti ai Tribunali”.

⁵ Cfr: G. Così, op. cit., p. 5: “diversa appare almeno nelle intenzioni, la pace perseguita attraverso il diritto. È la ricerca o il ripristino di un ordine basato sulla certezza dei rapporti: sulla nitida individuazione della separazione della pretesa dall’obbligo, della ragione dal torto. Tale natura della pace che discende dalla sentenza o dal lodo arbitrale o anche dalla transazione, specie se frutto di un mero compromesso intorno a posizioni rigidamente inconciliabili”. In sostanza, l’autore pone in evidenza come il diritto, lungi dal determinare una reale e peculiare soddisfazione dei rapporti intercorrenti tra le parti di un conflitto persegua il solo fine di garantire “ordine e sicurezza” dei rapporti giuridici in ottemperanza al dispositivo di norme disciplinanti fattispecie astratte.

⁶ Cfr: ibidem: il quale evidenzia come nella moderna società prevalgano “sistemi di gestione dei conflitti basati sui sistemi di ordine imposto che non quelli dell’ordine negoziato”. In particolare, mentre nei sistemi del primo tipo le parti non possono determinare l’andamento della procedura dovendosi limitare a soggiacere alle regole procedurali preesistenti ad essa, nel secondo tipo di sistema, invece, le parti si riappropriano del proprio ruolo nella gestione del conflitto.

⁷ M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia*, voce *Giustizia, accesso alla*, [online] <[www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla_giustizia_%28Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali%29/](http://www.treccani.it/enciclopedia/accesso-alla_giustizia_%28Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali%29/>)> (21.05.2012).

alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948. Infine, la terza dimensione interessa, in specie, l'accesso alla giustizia ed al diritto mediante la diffusione della mediazione quale metodo alternativo di risoluzione delle controversie.

Il diritto alla ragionevole durata del processo

Evidenti sono gli ostacoli di carattere sia oggettivo che soggettivo di accesso alla giustizia⁸. In particolare, tra i primi sono stati annoverati i tempi della giustizia ordinaria notoriamente lunghi, nonché l'eccessivo carico di spese legali gravante sulle parti cui spesso non corrisponde un reale vantaggio conseguente alla vittoria del giudizio.

Tra gli ostacoli soggettivi, invece, è stata annoverata l'assenza di cognizione circa la titolarità dei propri diritti, nonché la percezione da parte dei cittadini della propria estraneità agli ambienti giudiziari caratterizzati, come è noto, da un eccessivo formalismo⁹.

Il processo, quale modello di ordine imposto, si pone nella moderna società come strumento di risoluzione delle controversie cui i soggetti di diritto maggiormente ricorrono a fronte di un rapporto tra *ius* e *remedium*¹⁰ che garantisca la rispondenza delle situazioni sostanziali ad un diritto preesistente ad esse. Oggi, però, tale rapporto non è più rinvenibile nella realtà in quanto con lo sviluppo della società si assiste alla nascita di nuovi diritti meritevoli di tutela e all'incrementarsi di situazioni di conflitto che approdano inevitabilmente innanzi agli organi giudiziari. In tal modo si è determinata la crisi della giustizia che va analizzata sotto un duplice aspetto: la ragionevole durata del processo ed il ruolo del giudice in riferimento al nostro ordinamento giuridico.

In proposito è necessario chiarire la portata di alcune norme al fine di poter meglio comprendere la problematica in esame.

In particolare, l'art. 24 della Costituzione stabilisce che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi".

È necessario, in proposito verificare il rapporto esistente tra la norma ora citata e l'art. 111, co. 2, Cost. In particolare, mentre la prima disposizione riconosce un diritto soggettivo ad agire in giudizio, la seconda è rivolta al solo legislatore stabilendo che "ogni processo si svolge in contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti ad un giudice terzo ed imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata"¹¹.

⁸ Si veda F. Galgano, *Giustizia civile e litigiosità*, "Contratto e Impresa" 1993, I, p. 326.

⁹ La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (si vedano in particolare le pronunce sul ricorso n. 62361/2000 e sul ricorso n. 64897/2001) ha stimato la ragionevole durata del processo in tre anni per il giudizio di primo grado e due anni per il giudizio di secondo grado.

¹⁰ In proposito si veda E. Silvestri, *Controversie, risoluzione delle*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, [online] <www.cedam.com/statici/dir_processuale_2_2006.pdf> (21.05.2012).

¹¹ La norma in esame è stata modificata dalla Legge costituzionale del 23 Novembre 1999, n. 2. L'innovazione apportata consiste nell'aver disposto a carico del legislatore nazionale l'obbligo di introdurre una normativa che garantisca il rispetto del principio in esame e, per esso, l'attribuzione ai giudici della Consulta del potere di dichiarare incostituzionale le disposizioni che determinino lungaggini processuali.

Il principio di “ragionevole durata del processo”, di cui all’art. 111, comma 2, Cost. costituisce una riserva di legge e costituzionalizza il principio di economia processuale in quanto è volto a garantire un risparmio di spese ed energie nella tutela dei diritti durante ogni singolo processo e, contestualmente, assicura una più corretta amministrazione della giustizia in senso ampio. In tal modo, il principio in esame è perfettamente in linea con l’art. 6, § 1, della Convenzione Europea del 1950 il quale stabilisce che: “ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole...”. Si tratta di un diritto soggettivo la cui lesione consente al titolare di adire la Corte Europea la quale, ai fini risarcitori, sarà tenuta a valutare sia l’esercizio di poteri da parte del giudice, sia la contrarietà del processo alle norme, nonché ulteriori elementi caratterizzanti il caso concreto sottoposto all’attenzione della Corte stessa¹².

In merito alla questione relativa la riserva di legge sussistente in riferimento al principio di economia processuale, giova evidenziare come la Corte Costituzionale non possa sindacare le modalità di esercizio dei poteri da parte del giudice, né la condotta assunta dalle parti, ma il compito che la Corte è chiamata a svolgere è unicamente finalizzato a verificare la legittimità di quelle disposizioni normative, dalle quali possano scaturire conseguenze pregiudizievoli per eccessive lungaggini processuali o per inutili formalismi.

Ne consegue che è di tutta evidenza lo stretto legame che sussiste con il principio di difesa di cui all’art. 24 della nostra Carta Costituzionale in riferimento al quale il diritto all’azione, garantito dalla norma da ultimo richiamata, non può non essere strettamente connesso con il principio di ragionevole durata del processo, volto a garantire la tutela effettiva dei propri diritti a mezzo dell’esercizio dell’azione giudiziaria¹³.

In riferimento all’Italia giova evidenziare l’importante ruolo svolto dalla Legge del 21 Marzo 2001, n. 89 (Legge Pinto). Poiché, infatti, il nostro Stato ha subito dalla Corte Europea numerose condanne per violazioni inerenti il principio in esame, il nostro legislatore ha previsto per i cittadini, in via pregiudiziale rispetto al ricorso alla Corte Europea, la necessità di adire direttamente la Corte di Appello appartenente ad un diverso distretto rispetto a quello nel cui ambito pende il processo nel quale si sono verificate le violazioni, sulla base di una tabella allegata alla legge stessa. Contro la decisione emessa in appello è stata poi prevista la possibilità di impugnazione innanzi alla Corte di Cassazione.

L’intento perseguito dal legislatore nazionale con l’emanazione della Legge Pinto è stato chiaramente quello di predisporre una tutela giurisdizionale interna per le violazioni del principio di ragionevole durata del processo, in modo da garantire attraverso gli organi giurisdizionali nazionali il rispetto di quei diritti per i quali il nostro Paese più volte è stato condannato dalla Corte Europea.

¹² Per approfondimenti G. Tarzia, *l’art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile*, [in:] *Riv. Dir. Proc.* 2001, pp. 1–22.

¹³ Si veda Corte Cost., 22 ottobre 1999, n. 388, “Foro it.” 2000, I, pp. 1075–1078.

Il giudice adito, al fine di determinare la violazione del principio in esame, dovrà applicare criteri di valutazione analoghi a quelli adottati dalla Corte Europea quali, ai sensi dell'art. 2, comma 2, L.n. 89/2001: 1) la complessità del caso; 2) il comportamento delle parti e del giudice nel corso del processo; 3) il comportamento di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o comunque a contribuire alla sua definizione.

Proseguendo nella nostra analisi, è fondamentale evidenziare il ruolo che il legislatore ha attribuito al giudice nel tentativo, purtroppo rivelatosi vano, di garantire l'attuazione del principio di ragionevole durata del processo.

Gli organi giurisdizionali, infatti, non sono più in grado di fornire le garanzie di speditezza e celerità della giustizia e, per questo, il legislatore ha posto in capo al giudice la titolarità di ulteriori poteri processuali. In proposito vi è stato chi¹⁴ ha individuato due correnti, l'una "endoprocessuale" volta a garantire che il processo si svolga in tempi ragionevoli, l'altra "esterna" al processo volta a sollecitare il ricorso a forme di tutela in sede non contenziosa.

È stato osservato come gli interventi del legislatore volti a garantire "il giusto processo" e la "ragionevole durata" dello stesso, sia siano rivelati inidonei ad intervenire sulle cause della crisi della giustizia, al fine di garantirne l'efficienza¹⁵.

Nell'ottica di ridurre il carico di contenzioso giudiziario e nel tentativo di garantire un processo "equo" e "giusto", finalizzato all'uguaglianza delle parti nel contraddittorio, nonché il controllo della durata del processo, il legislatore è intervenuto a disciplinare l'*officium iudicis* mediante la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione disposto dal giudice mediante l'ordine di comparizione delle parti¹⁶.

Ma lo scopo perseguito non ha trovato attuazione in quanto questo metodo di risoluzione delle controversie è stato percepito dalle parti in causa come un mero

¹⁴ Si veda L.P. Comoglio, *Il giudizio e le forme alternative di risoluzione delle controversie*, [in:] *Relazione predisposta per l'incontro di studio sul tema "Giudicare, conciliare, mediare"*, organizzato dal C.S.M. in Roma nei giorni 4-6 Dicembre 2006.

¹⁵ Per approfondimenti M. Cappelletti, op. cit., l'autore sottolinea come, sebbene il legislatore sia intervenuto a garantire l'uguaglianza, in realtà si sia limitato a disciplinarla solo da un punto di vista "giuridico-formale", tralasciando, invece, l'aspetto "economico-sociale" afferente, sia le possibilità economiche dei soggetti di diritto di adire la giustizia, sia la coscienza che questi hanno circa la titolarità dei propri diritti. Aspetto quest'ultimo che resta sconosciuto al comune cittadino in quanto conosciuto solo da coloro che abitualmente frequentano le aule giudiziarie, quali i giudici, gli avvocati e tutti coloro che a diverso titolo prendono parte attiva nei procedimenti giudiziari. L'autore sottolinea, quindi, l'importanza al perseguimento di tre fondamentali obiettivi, quali la garanzia dell'accesso alla giustizia mediante la previsione di procedure "più semplici e razionali, più economiche, efficienti e specializzate per certi tipi di controversie", la diffusione delle procedure conciliative e forme di controllo più pregnanti sull'attività pubblica.

¹⁶ Si veda R. Caponi, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28)*, [online] <<http://www.diritto.it/docs/30912-mediazione-obbligatoria-e-sistema-di-tutela-giurisdizionale-riflessioni-sulla-costituzionalita-del-decreto-legislativo-4-marzo-2010-n-28?page=3>> (21.05.2012), l'autore osserva come "La concezione che vede nell'amministrazione della giustizia una funzione essenziale propria dello Stato moderno al servizio della attuazione della "volontà della legge", con i crismi della relativa incontestabilità sul piano del diritto sostanziale e nel corso dei futuri processi, si rende interprete di una tradizione, ma relega sullo sfondo l'utilità che le parti del processo ricavano dall'esercizio della giurisdizione. Lo scopo del processo tende ad essere colto attualmente, piuttosto, nell'attuazione dei diritti soggettivi dei privati. Se questo è vero si profila in primo luogo l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo".

obbligo procedurale che, quindi, non è in grado di garantire la partecipazione di queste ultime in un'ottica di collaborazione, quanto, piuttosto, è visto come un ostacolo ulteriore per giungere ad una decisione giudiziale¹⁷.

Si rinviene una particolare differenza intercorrente tra la procedura di mediazione innanzi al mediatore ed il tentativo di conciliazione esperito dal giudice.

Infatti, mentre nella prima, a garanzia del buon esito della procedura, vi è, non solo, la maggiore professionalità del mediatore, rispetto al giudice, nell'utilizzo delle tecniche di mediazione, quanto, soprattutto, il diverso ruolo che le due figure ricoprono nel perseguire l'intento di conciliare i contrapposti interessi. È, infatti, innegabile che le parti si pongano in un diverso approccio alla conciliazione, a seconda che questa si svolga innanzi al giudice o innanzi al mediatore. Mentre innanzi al giudice esse si mostrano solitamente ben poco collaborative nella ricerca di una risoluzione della controversia, in quanto consapevoli che, nel caso di fallimento del tentativo di conciliazione, il processo proseguirà sino alla decisione giudiziale, saranno restie a palesare i propri reali interessi, nonché i punti di forza ed i punti deboli della propria strategia difensiva ciò al fine di poter meglio influenzare il convincimento del giudice circa la fondatezza delle rispettive ragioni nel prosieguo del processo.

Nel caso della procedura di mediazione, invece, poiché il mediatore è privo di potere decisionale e stante il fatto che il processo è solo una eventualità futura conseguente al fallimento della stessa, ecco che le parti saranno maggiormente propense ad una reale e proficua collaborazione, sia pur con le dovute difficoltà dettate dalla comprensibile sfiducia iniziale nei confronti della controparte, così come pure del mediatore. Ma potranno convincersi più facilmente della necessità di farsi reciproche concessioni in un'ottica collaborativa che, lungi dal risultare pregiudizievole per le proprie strategie, sia, in realtà, necessaria a facilitare la composizione della lite, in grado di ristabilire l'equilibrio compromesso dal conflitto.

Mediazione quale metodo alternativo di accesso alla giustizia

Emerge dalla situazione attuale che il rispetto del principio di ragionevole durata del processo, i costi contenuti ed il "giusto" processo sono gli obiettivi che sia a livello nazionale che comunitario è necessario garantire ai cittadini. Nel Libro Verde del 2002 vengono individuati i principi necessari al perseguimento di tali obiettivi che si sono tradotti nella consapevolezza di individuare l'attuazione mediante l'adozione di metodi

¹⁷ L.P. Comoglio, op. cit., il quale, inoltre, osserva che "al di fuori dei poteri di iniziativa, attribuiti al giudice »dir ettore« del processo per favorire, con la comparizione personale delle parti, la conciliazione giudiziale della causa – non appartenga sul piano istituzionale all'*officium judicis*, nei sistemi processuali di *civil law* (e tantomeno nel nostro), la potestà di stimolare le parti a valersi, ove possibile, di mezzi *alternativi* di tutela stragiudiziale. Al contrario, negli ordinamenti processuali di lingua inglese, le cui radici culturali e tecniche si rinvergono nelle tradizioni di *common law*, siffatta potestà appare, oggi, come una componente del tutto *normale* del c.d. *active case management*".

alternativi di risoluzione delle controversie che abbiano ad oggetto i diritti disponibili in materia civile e commerciale. Ha, quindi, fatto seguito l'emanazione della Direttiva 2008/52/CE che, per la prima volta, dispone l'adozione della procedura di mediazione quale metodo privilegiato nella risoluzione delle controversie ora richiamate in quanto, come esplicitamente enunciato nel considerando 5, l'obiettivo è di garantire nell'ambito della politica comunitaria uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia che si concretizzi in una migliore garanzia al diritto di accesso alla giustizia, ma, soprattutto, ai metodi alternativi di risoluzione delle controversie, con particolare favore espresso per la procedura di mediazione (considerando 6).

In attuazione di tali obiettivi il considerando 8 specifica che, pur facendo riferimento alle controversie transfrontaliere, la Direttiva comunque consente agli Stati Membri di adottare la procedura di mediazione anche per i procedimenti interni, quindi in ambito civile e commerciale, purchè relativi ai soli diritti disponibili. Il favor espresso dall'Unione Europea per tale procedura trova giustificazione nella peculiarità che presenta rispetto agli altri metodi alternativi di risoluzione delle controversie, che consiste nella volontarietà della procedura cui si affianca la professionalità del mediatore.

In tal modo, la giustizia recupererebbe la sua funzione ordinatoria, oggi fortemente messa in crisi a causa del carico del contenzioso che inficia la garanzia del risultato. Affiora tra i soggetti del diritto solo la convinzione che essa non sia in grado di garantire risultati soddisfacenti in tempi ragionevoli, né a costi sostenibili per i cittadini. I metodi alternativi di risoluzione delle controversie ed, in particolare, la mediazione hanno l'indubbio vantaggio di essere scevre dal rigido formalismo processuale e, quindi, di indurre le parti a riappropriarsi della gestione del conflitto in un'ottica collaborativa nella quale sono le parti stesse a determinare sostanzialmente la composizione dei propri reali interessi configgenti. Tali regole hanno il solo scopo di garantire che i fatti di causa siano riconducibili ad una fattispecie normativa astratta, in modo da determinare quale parte sia soccombente e quale vincitrice in una logica di attribuzione di responsabilità. In tal modo, però, le parti in causa restano sostanzialmente estranee al processo che si svolge alla sola presenza di professionisti delegati. Il contrario accade nella mediazione che, invece, si svolge in un'ottica collaborativa¹⁸.

Si è inteso dare attuazione alla direttiva dell'UE 2008/52/CE dando delega al Governo affinché provvedesse ad introdurre e disciplinare la mediazione e conciliazione¹⁹; assunto attuato con il successivo decreto legislativo del 4 marzo 2010, n. 28²⁰.

¹⁸ Si veda M. Bouchard, G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Mondadori 2005, p. 195.

¹⁹ L. 19 giugno 2009, n. 69 *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*. Art. 60 *Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali*. La direttiva 2008/52/CE è pubblicata nella "Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea" serie L 136/3 del 24 maggio 2008.

²⁰ Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28. *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*. Per approfondimenti L.P. Comoglio, op. cit., il quale sottolinea come nell'ambito del quadro delle riforme il legislatore sia intervenuto, al fine di garantire la celerità e speditezza del processo, ad attribuire al giudice

Da un punto di vista meramente personale le parti di una controversia dovrebbero guardare alla mediazione come una vera opportunità per la tutela dei propri interessi personali. È stato, infatti, sottolineato il ruolo che la mediazione ricopre nell'ambito dell'autonomia privata in quanto gli accordi che tramite questo metodo le parti di una controversia raggiungono sono l'esito di una diretta regolamentazione dei propri interessi²¹. Si sottolinea, in proposito, che la mediazione, lungi dall'essere finalizzata alla determinazione di colpe e alla attribuzione di responsabilità, mira, come ora evidenziato, alla reale soddisfazione degli interessi che avviene lontano dal rigido formalismo processuale e nell'ottica di una reale collaborazione delle parti le quali, piuttosto che dirsi soddisfatte dalla condanna della controparte, mirano, in un'ottica di collaborazione, al recupero del rapporto mediante forme di riparazione in favore del danneggiato che, spesso, possono anche essere meramente simboliche²². In sostanza evidenzia come nella procedura di mediazione vi sia una maggiore attenzione agli interessi sostanziali delle parti ed una sensibile attenuazione del formalismo della procedura²³.

Le controversie che si prestano ad essere risolte più proficuamente mediante la procedura di mediazione sono quelle di modico valore. Si tratta di quelle in cui una delle parti è il consumatore o l'utente di un pubblico servizio. Particolarmente, queste tipologie di cause evidenziano la funzione della mediazione quale è quella di garantire l'accesso alla giustizia a tutti i soggetti che in tal modo evitano di sostenere costi senza dubbio maggiori e contestualmente l'esito incerto della decisione finale del giudizio²⁴.

La mediazione assume, quindi, un ruolo funzionale di deflazione del contenzioso civile e commerciale e di rallentamento dell'accesso alla giustizia. Ma è innegabile la funzione sociale cui essa assolve in quanto promuove il dialogo tra i soggetti portatori di opposti interessi, incentivandone l'impegno ad una reale e proficua collaborazione.

ulteriori poteri ad esse finalizzati. L'a. ripercorre, poi, le figure di conciliazione esistenti nel nostro codice di procedura civile, in particolare, quella di natura giudiziale, esperita nel corso del procedimento o in sede di trattazione o, successivamente, durante l'attività istruttoria e persino nel secondo grado di giudizio. Di segno contrario S. Tafaro secondo il quale: "la direttiva europea e lo spirito della mediazione sono stati traditi dalla normativa italiana. Infatti, mentre la direttiva, pur nella sua ottica ristretta al contenzioso giudiziario, ipotizza una mediazione a tutto campo, in Italia, proprio per la predetta finalità pre-processuale (tendente a ridurre i processi civili), la mediazione è poco libera, essendo imposta in via obbligatoria, ed ha margini ristretti, poiché interviene solo sulla stessa materia dell'eventuale futura lite. Di conseguenza, viene meno allo scopo principale: quello di consentire una valutazione che travalichi gli aspetti di legge, per esperire accomodamenti di reciproco gradimento". Sul punto v. altresì, le caustiche osservazioni di G. Scarselli, *La nuova mediazione e conciliazione. Le cose che non vanno*, [in:] *Judicium il processo civile in Italia e in Europa*, 2010 [online] <www.judicium.it>.

²¹ Si veda C. Troisi, *Conflitto, mediazione e diritto*, [in:] *Riv. it. di conflittologia*, n. 1-3, Labrys 2007.

²² Sul punto v. anche R. Caponi, *Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio e della crisi coniugale)*, "Foro it." 2008, p. 162.

²³ Sull'assimilazione della procedura di mediazione al procedimento giudiziario si registrano in dottrina opposte opinioni tra le quali: S. Giavarrini, [in:] *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di A. Castagnola e F. Delfini, Padova 2010, commento all'art. 8, p. 130, ne sottolinea la natura strettamente processuale.

²⁴ Si veda F.P. Luiso, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, [in:] *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, p. 1203, critica la visione dei metodi alternativi delle controversie quale strumento deflativo del carico giudiziario. Si tratterebbe, infatti, del principio di sussidiarietà per il quale il ricorso alla tutela giurisdizionale sarebbe l'*extrema ratio* a disposizione delle parti in caso di fallimento della procedura di mediazione.

Il nostro Stato si è affacciato a questa esperienza, già in passato in ambiti diversi e di non scarso rilievo giuridico, quali la procedura di conciliazione in ambito lavoristico, quella in sede di Camere di Commercio, Industria e Artigianato. Ma l'adesione alla scelta comunitaria è innegabile che abbia una valenza sociale. La scelta comunitaria, infatti, si è concretizzata nella emanazione nel 2002 del Libro Verde con cui tale strumento di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale veniva privilegiato quale valida alternativa alla giustizia ordinaria in ragione della valenza sociale di cui è portatrice, posto che, come innanzi evidenziato, induce i soggetti di diritto ad intraprendere la strada della proficua collaborazione per la soluzione dei conflitti. Sembrano privi di rilievo i dubbi di costituzionalità sollevati in riferimento alla introduzione nel nostro ordinamento giuridico della procedura di mediazione. Già con l'introduzione della obbligatorietà della conciliazione in ambito lavoristico, la Corte Costituzionale aveva espresso il suo orientamento favorevole in quanto condizione di proponibilità e di procedibilità della domanda giudiziale. Infatti, la previsione del metodi conciliativi in via obbligatoria quale soluzione stragiudiziale delle controversie, non contrasta con i principi costituzionali purché non renda difficoltoso l'accesso alla giustizia. Nel caso di specie, la procedura di mediazione, in riferimento alla questione di procedibilità della domanda giudiziale, non pone alcun rilievo negativo. Quindi, come anche statuito dalla Corte di Giustizia (Corte di Giust. CE 18 Marzo 2010 n. 318/08) "l'accesso obbligatorio alla fase stragiudiziale, oltre a non limitare le garanzie del diritto di azione e difesa in giudizio, neppure deve essere eccessivamente oneroso per le parti. Stabilisce, infatti, la Corte di Giustizia nella sentenza n. 317 del 10 Marzo 2010, che "i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, non ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad 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 generi costi non ingenti per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a questa procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".

Nonostante tale pronuncia, sembra difficilmente superabile il dubbio circa la rispondenza dell'obbligatorietà della procedura di mediazione all'art. 24 della Costituzione che stabilisce il diritto alla sentenza. Tale diritto, infatti, sarebbe ostacolato dalla norma di legge che frapponga al suo libero esercizio l'obbligo di previa esplicitazione della procedura conciliativa.

Conclusioni

In conclusione, dall'analisi svolta è evidente la funzione sociale che la procedura di mediazione è chiamata a svolgere. Il superamento tanto da parte del legislatore

comunitario quanto da parte del legislatore nazionale della visione che vede nel conflitto un evento patologico in favore di un orientamento che, al contrario, intende le controversie come il naturale evolversi dei rapporti che tra i soggetti di diritto si instaurano, ha favorito la scelta della procedura di mediazione quale metodo alternativo al ricorso alla giustizia ordinaria per la risoluzione delle controversie sorte in ambito civile e commerciale.

È evidente che tale scelta risponde alla volontà del legislatore di consentire alle parti di recuperare il ruolo attivo nella risoluzione dei conflitti, sino ad oggi delegato ai validi professionisti, veri protagonisti dei procedimenti giudiziari, ma che rende la giustizia una realtà estranea ad esse.

Poiché la tutela giurisdizionale si manifesta in questi termini, spesso le decisioni dell'autorità giudiziaria, lungi dall'essere il risultato della ricerca dei reali motivi sottesi al conflitto, mirano solo ed unicamente a garantire che una condotta sia o meno rispondente alla norma cui essa è ricondotta. Al contrario, nella procedura di mediazione, le parti, partecipando attivamente alla procedura, recuperano un ruolo attivo nella ricerca delle motivazioni che hanno determinato il sorgere del conflitto, nonché dei loro interessi ed aspettative ed alla necessaria ricerca di una o più soluzioni possibili al fine di garantire tra loro la durevolezza del rapporto stesso.

È evidente che l'aver introdotto tale procedura come obbligatoria nell'ambito di materie tassativamente elencate evidenzia la necessità di garantire ai soggetti del conflitto la ripresa dei rapporti che si sostanzia nella soddisfazione dei reali interessi da esse perseguiti proprio affinché la risoluzione del conflitto, raggiunta con la procedura di mediazione, possa rivelarsi durevole nel tempo e realmente riparatoria della conflittualità²⁵.

Sebbene i vantaggi che le parti in lite riceverebbero dall'espletamento della procedura di mediazione siano pregnanti, ad oggi sono molte le perplessità espresse da più parti circa l'adeguatezza di tale procedura a tutelare gli interessi che di volta in volta emergono dalle situazioni conflittuali.

Così come dubbi sono stati espressi in merito alla possibilità, pure auspicata dal legislatore nazionale, che tale metodo possa ridurre il carico di contenzioso dinanzi alle autorità giudiziarie.

Si è parlato in proposito di ordine dato, quale è quello del diritto che si pone come "rigido, verticale e gerarchizzato" al quale si contrappone "l'ordine negoziato" nel quale ben può ricondursi la mediazione, che, invece, è "orizzontale e consensuale", in cui le parti si riappropriano della gestione del conflitto²⁶.

²⁵ Per approfondimenti F.P. Luiso, op. cit., critica la visione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie quale strumento deflativo del carico giudiziario. Si tratterebbe, infatti, del principio di sussidiarietà per il quale il ricorso alla tutela giudiziaria sarebbe l'*extrema ratio* a disposizione delle parti in caso di fallimento della procedura di mediazione.

²⁶ Si veda in proposito M. Bouchard e G. Mierolo, op. cit., pp. 194-195, i quali sottolineano come il ricorso alla procedura di mediazione consenta al diritto di recuperare "la sua forza ordinatrice restituendo la giustizia ad una dimensione più umana nei rapporti con la cittadinanza costretta a scegliere percorsi burocratici e altamente formalizzanti solo in mancanza di soluzioni alternative consensuali". Una interessante riflessione è,

Nonostante siano state avanzate da più parti perplessità circa la possibilità che la scelta di tale procedura come obbligatoria nella risoluzione delle controversie in ambito civile e commerciale possa raggiungere gli obiettivi auspicati dal legislatore comunitario e per conseguenza dai legislatori degli Stati Membri, non può, comunque, negarsi il fondamento di tale scelta che, come evidenziato, mira a garantire che i soggetti di diritto si riappropriino del loro ruolo nella gestione del conflitto posto che è innegabile che questo trovi la propria causa proprio nei soggetti del rapporto stesso.

Summary

The modern society and the changing needs of access to justice

Key words: mediation, development, justice, interest, resolution.

The development of modern society is revealed with a socioeconomic change which necessitated the recognition of fundamental rights. From knowledge of the ownership of such rights they have resulted in increased conflict, resulting in increased load of controversy within the judicial authorities. This has led to a sharp slowdown in legal proceedings and increased costs and time required to obtain a final judicial decision which, although aimed at ensuring the compliance of a factual situation in this case provided for in the abstract rules of law, resulting in mere announcement of the winner and an unsuccessful court proceedings without, however, provide no real composition of the interests underlying the conflict. Here, in this social context, the Community legislature has intervened with the Directive 2008/52/EC by means of which, by requiring Member States to adopt the procedure of mediation as an alternative method to the ordinary justice to resolve conflicts, returned to the subjects of law, have become strangers to the reality of the courtroom because of the strict formalism, active role in conflict management. The purpose of this paper is therefore to analyze the access to justice against the development of modern society and the consequences that this development occurs on the principle of reasonable duration of the process and, therefore, the right of the parties in conflict to have justice quickly, cost-effective and, above all, both the composition of the underlying real interest to any dispute. Within this reality, will be considered in particular the mediation procedure.

inoltre, svolta in merito alla distinzione della giustizia in "impositiva" e "compositiva". In particolare, la mediazione consentirebbe il recupero di un "finalismo sostanziale" che il ricorso al procedimento giudiziario non è più in grado di garantire in quanto, piuttosto, che consentire la ricostruzione dei fatti che hanno determinato il sorgere del conflitto, la tutela giurisdizionale sembra maggiormente incentrarsi sulla ricostruzione dei fatti al solo fine di verificarne la riconducibilità a fattispecie astratte ipotizzate dalle norme di diritto ed, in tal modo, giungere all'attribuzione di responsabilità meramente giuridiche. Al contrario, la mediazione consentirebbe alle parti di ricostruire la verità naturale dei fatti, scevra dai meri aspetti giuridici e, per questo, più adatta a far emergere gli interessi sottesi al conflitto affinché la soluzione cui le parti dovessero giungere rispecchi i loro reali interessi e non la mera rispondenza a norme giuridiche.