



**CAMERA ARBITRALE NAZIONALE
E INTERNAZIONALE DI MILANO**



Atti del convegno

Neutralità e imparzialità nella gestione dei conflitti.
Decisioni, mediazioni, conciliazioni, accordi

Milano, 20 ottobre 2006

Dott. Marcello Marinari*

Neutralità e imparzialità nella gestione dei conflitti.
Quali problemi per il magistrato

È vietata qualsiasi forma di riproduzione e circolazione.
L'utilizzo degli atti è da intendersi finalizzato alla personale formazione del lettore

* Consigliere della Corte d'Appello di Milano

Ringrazio la Camera di Commercio e la Camera Arbitrale che ancora una volta si fanno promotrici di una iniziativa sulla mediazione. Devo dire che in Italia la Camera di Milano è uno tra i primi centri, se non il primo, che ha promosso la pratica della mediazione e della conciliazione. Non mi sento affatto imbarazzato, come giudice, di partecipare a un incontro sulla mediazione, cosa che faccio da tantissimi anni perché, come ha detto Nicola Giudice, sono sempre stato interessato innanzitutto ad imparare da persone come Eligio Resta, con il quale abbiamo spesso discusso di questi problemi. Pertanto non mi imbarazza svolgere una funzione che apparentemente è antitetica rispetto a quella del mediatore. Dico apparentemente, ma sono perfettamente d'accordo che si tratta di due attività che dal punto di vista della formazione e della ricostruzione sono antitetiche. Certamente al giudice si chiede di decidere. Questo è stato detto, questo c'è nella cultura, non solo giuridica, da sempre. Come dice Shylock nel Mercante di Venezia,: *"I will have my bond"*, "Io voglio la mia obbligazione", ciò che mi spetta, come dicono le persone che vengono davanti a noi magistrati. Noi non gli rispondiamo come Porzia, perché non gli diciamo "Stai attento a chiedere giustizia, perché nessuno si salverà". Se chiediamo giustizia, noi dobbiamo rispondergli secondo le regole. È interessante notare come si potrebbe entrare nel contenuto della decisione giudiziale e nel contenuto della stessa formazione della legge, del testo della legge, per vedere quanto di mediazione ci sia già nella legge, o nelle decisioni giudiziarie. Rispetto a quando si diceva prima: "Perché i giudici si mascherano?". Ebbene, essi si mascherano perché tendono a far vedere che non sono più loro, non sono più la persona fisica, che ha un nome e un cognome, ma rappresentano la legge - questo è molto chiaro, questo simbolismo - e noi dobbiamo esserne consapevoli, dobbiamo esserne consapevoli perché il nostro è un compito diverso. Il tema di oggi, però, è di interrogarsi su quali siano i problemi per il giudice riguardo alla neutralità e all'imparzialità. Non entro nel problema dell'organizzazione giudiziaria e del perché non riusciamo a produrre dei risultati soddisfacenti perché sarebbe un discorso lungo, e altrettanto importante, ma non abbiamo il tempo e non è questa la sede per entrarci. Sono d'accordo con Eligio Resta, ma lo dico da sempre, che non sarà il ricorso alle tecniche alternative a salvare la giustizia dall'inflazione di cause, anzi non deve essere questo lo

scopo, perché altrimenti noi tradiremo sia la mediazione, che la giurisdizione, sia la risoluzione alternativa, che la giurisdizione. Su questo sono assolutamente d'accordo, ma non per motivi di principio, o almeno non soltanto, soprattutto per motivi pratici, perché noi vediamo che la giustizia non funziona e che solo i sistemi nei quali la giurisdizione è in grado produrre dei risultati soddisfacenti possono convivere con un sistema di risoluzione alternativa soddisfacente. Pensare che la giustizia alternativa sia il rimedio ai mali della giustizia ordinaria significa porre un falso problema. Poi, probabilmente, nel lungo periodo, ci saranno anche effetti sulla ricaduta sul sistema giudiziario; è però importante rendersi conto, noi per primi, noi magistrati, gli avvocati e tutti coloro che vivono nel mondo giudiziario e che tendono a immaginare tutto compreso nel mondo giudiziario, che non c'è soltanto il nostro mondo per risolvere i conflitti. Prima questo poteva essere una astratta aspirazione, negli ultimi anni è diventata una precisa presa di coscienza di giuristi ad ogni livello, nel mondo, compresi i costituzionalisti italiani, tra i quali ricordo le voci più autorevoli, come quelle di Zagrebelski, di Mirabelli, che ci dicono che la giustizia non è solo la giurisdizione. La conciliazione non è una diminuzione, per il nostro ruolo. Deve esserci per i magistrati la consapevolezza che non siamo gli unici ad avere titolo, e ad avere degli strumenti efficaci per risolvere i conflitti. Dobbiamo sapere utilizzare in maniera sapiente il nostro lavoro non soltanto quando svolgiamo una funzione strettamente decisoria, quella che ci ricordava Eligio Resta, ma anche quando, potremmo dire, amministriamo una lite e possiamo porre i presupposti perché qualcun altro la risolva in un modo e con strumenti diversi dallo strumento giudiziale. Al tempo stesso dobbiamo ricordarci che nel nostro Paese, a differenza di quello che è avvenuto in tante altre parti del mondo, e almeno nel passato nell'Inghilterra, dalla cui cultura poi nasce l'idea moderna di mediazione, nel nostro mondo, dicevo, la conciliazione è stata sempre inserita nei processi. Questa è una caratteristica sulla quale bisogna riflettere.

Ci sono state molte discussioni sulla distinzione tra la conciliazione, che si fa nel processo, e la mediazione che si fa all'esterno; sono perfettamente d'accordo sulle obiettivi differenze che ci sono, ma intanto riflettiamo sul fatto che la conciliazione giudiziale è una caratteristica di molti sistemi dell'Europa occidentale dopo il diritto comune, ma anche dalla codificazione del diritto comune.

Pensiamo che qui, nella stessa Milano, alla fine del 700 operava il codice di Giuseppe II di Asburgo, che prevedeva il tentativo obbligatorio di conciliazione in prima udienza. Questo avveniva nel Regno di Napoli, avveniva nel Gran Ducato di Toscana. È una cosa diversa perchè, come diceva Eligio Resta, quando qualcuno dotato di un'autorità che è sopra le parti consiglia a queste parti di mettersi d'accordo esercita una forma di pressione, che lo voglia o no, e tante volte è proprio questo che si cerca da noi. Qualche volta gli avvocati stessi dicono: "Noi abbiamo fatto qualcosa, ma se li chiama lei, e glielo dice lei, forse ottiene un risultato maggiore". Non certo perché sono più autorevole, ma forse perché si pensa che poi dovrò essere io a decidere la causa. Ma è proprio quello che, secondo quanto ci ha detto Eligio Resta, è antitetico rispetto alla funzione di un vero mediatore il fatto di essere dotato di un potere di condizionamento sulle persone con le quali noi stiamo discutendo. E allora cos'è il tentativo di conciliazione giudiziale? È una cosa molto diversa dalla mediazione, perché è un modo per cercare di trovare una soluzione sempre in un ambito in qualche modo collegato all'amministrazione del conflitto sul piano giudiziario. Questo, legato alla funzione che noi svolgiamo, non è tanto una questione di capacità personale, dal momento che pure può esserci tra noi chi sarebbe capace di fare molto bene anche il mediatore. È proprio il ruolo che svolgiamo a rendere più difficile l'essere il soggetto rispetto al quale le parti si aprono liberamente e che può svolgere una serie di rapporti con le parti con una libertà ed una tecnica che sono quelle abitualmente usate da chi fa mediazione. Questa è la difficoltà nel nostro lavoro perché le persone che vengono dinanzi a noi difficilmente vogliono mostrare le proprie debolezze. Non parlo solo della mediazione familiare, che sicuramente ha caratteristiche molto particolari. Parlo, in generale, dei conflitti civili, commerciali, di qualunque genere. Anche noi amministriamo conflitti dietro ai quali ci sono ben altre dinamiche, oltre al mero interesse economico. Si pensi a quando dividiamo, come capita spesso a me, enormi patrimoni immobiliari, dove ci sono 10 famiglie dietro e si dividono condomini, palazzi, lottizzazioni. Lì non c'è soltanto la forza dell'interesse del denaro ma anche conflitti generazionali, tra persone, invidie, gelosie e recriminazioni. Su questi elementi deve intervenire chi fa mediazione, noi giudici possiamo intervenire poco su queste cose, anche se le intuiamo. Qualche volta può capitare di intervenire; io sono riuscito, un po' rischiando, a trovare

delle soluzioni, consapevole che se avessi fallito avrei compromesso il futuro della causa, rischio che non è molto prudente correre per noi. Però, dicevo, la conciliazione giudiziale è altro e fa parte della storia della giustizia. Oggi l'ultima versione del codice ha eliminato l'obbligatorietà del tentativo e proprio per questo ritengo che - tranne che in alcuni tipi di cause, dove rimane - sia un errore, perché la conciliazione obbligatoria in questa sede può essere utilmente mantenuta per un tentativo di conciliazione legata a questi parametri giuridici che possono permettere di trovare una compromissione, ma anche per favorire poi la selezione di quei casi che possono andare davanti a un mediatore per essere adeguatamente risolte, più appropriatamente risolti, molte volte, rispetto a quello che possono esserlo davanti a noi. Quindi è una sede importante questa e gli interlocutori che sono al mio fianco lo sanno bene, perché lavoriamo insieme in una Commissione che si propone proprio di facilitare, negli uffici giudiziari, il cammino delle controversie che vanno all'esterno, presso mediatori che possono risolverle. Quella del giudice è una funzione importantissima, ripeto, non soltanto quando giudica, ma anche quando favorisce la conciliazione, nei casi in cui non la può praticare in quella dimensione più giuridica che avevo detto. Per favorire la conciliazione ha bisogno, naturalmente, di essere formato, di essere consapevole, ha bisogno di qualcuno che lo assista anche in questo.

Finché i Tribunali italiani, saranno in questa condizione di disorganizzazione totale, nella quale si trovano, di mancanza di risorse, di mancanza di gestione, non ci potrà mai essere un funzionamento adeguato e questo non passa solo attraverso l'opera personale, individuale dei singoli giudici, una specie di *bricolage* che è destinato a produrre ben poco, insomma, passa attraverso un lavoro organizzato, serio e dotato di mezzi. Quindi anche sul versante dell'assistenza alla facilitazione della conciliazione, della mediazione, richiede che ci siano delle Corti organizzate che sappiano fare quello che si chiama *case management*, la gestione delle cause, e il saper distinguere quelle che dovranno arrivare ad una soluzione giudiziale dalle altre e favorire anche questo secondo cammino. Quindi, come vedete, al di là della differenza dei ruoli, della differenza della funzione, c'è molto da fare e molto si può fare, noi, per facilitare, per agevolare, per promuovere questa alternativa, che poi per noi è un'alternativa, ma in molte parti del mondo è la regola. Anche questo era sottinteso nelle

parole che diceva Eligio Resta, perché lui diceva sempre: “L’occidente, l’occidente”, e ha ragione, perché per l’oriente è quella dei Tribunale la giustizia alternativa, non perché poi l’ha scritto qualcuno in una legge, ma perché è la tradizione che porta a questo, se vediamo quali sono i metodi ordinari di risoluzione dei conflitti nell’Asia, o anche in alcune società africane, e non perché sia più arretrata questa forma di risoluzione del conflitto, dal punto di vista culturale, rispetto a quella dei Tribunali e delle Corti. Il tribunale è una costruzione del nostro mondo e come tale va sicuramente utilizzata, perché nessuno deve rinunciare alle proprie radici, ma occorre esserne consapevoli per farlo funzionare meglio. Abbiamo visto, in Asia, qualcuno che vuole forzare la situazione perché le controversie vadano in giudizio e che si trova di fronte spesso a persone che dicono: “Ma ci sono gli anziani, ci sono i collegi, ci sono le - come in Afghanistan - la Jirga, ci sono altre... i comitati, commissioni”. Ecco, certe volte vanno viste con sospetto, perché quando questo si traduce in un blocco, in un condizionamento che impedisce alle persone di far valere i propri diritti, sulla base di pregiudizi sociali o controllo sociale esercitato da alcune classi sulle altre o da alcuni soggetti su altri, allora non va visto come solo una libera esplicitazione delle proprie scelte, ecco. Anche questo va visto, perché quando noi parliamo di rivendicazioni, di *litigation explosion*, di tutte queste cose, dobbiamo anche pensare che, al di là della strumentalizzazione utilitaristica di qualcuno su questo fenomeno, c’è anche il fatto che le persone fanno valere di più i propri diritti, ecco. Non è che il mio ideale sia una società in cui non ci sono le cause perché chi fa causa è visto male, e forse anche qualcuno in oriente dice: “Io non vado dal giudice perché mi fa perdere la faccia di fronte agli altri, perché è una cosa disonorevole andare al giudice”.

Questo non è sempre così bello, perché poi si scopre perché è disonorevole, perché si viene emarginati se si fanno valere i propri diritti, perché ci deve essere qualcun altro che lo decide per lui, ecco. E questo non mi piace, ecco, francamente, non la trovo una cosa molto accettabile. Quindi dobbiamo essere consapevoli di questo, ciascuno ha il suo ruolo, ma possiamo fare molto l’uno per l’altro.

Io mi permetto di fare osservare una cosa che forse è interessante, che anche in Inghilterra, proprio negli ultimi anni, per la prima volta da moltissimo tempo, anche le Corti hanno cominciato

a fare conciliazione. Quest'anno, alla Corte della Tecnologia e delle Costruzioni, che è una delle Corti che si trovano presso la High Court, si è svolta una sperimentazione di conciliazione giudiziale. Questo è un fatto che può sembrare rivoluzionario, in un mondo come quello, che ha sempre visto come assolutamente estranea a quella del giudice la funzione del conciliatore, eppure anche lì ci si sta muovendo in quest'ottica. È sempre un'ottica, molto più che da noi, legata al risparmio, all'utilitarismo, in senso buono intendo, per ridurre l'impatto sulla giustizia dei conflitti. Però questo sta avvenendo e direi c'è un'altra prospettiva che va vista, quella di un ruolo se non di conciliazione, che appunto, vi ripeto, può avvenire solo in alcuni casi e va tuttavia utilizzato, di supervisione. Intendo una cosa diversa da un atteggiamento paternalistico del giudice. Questo è un rischio che ci può essere in molte delle culture europee, della giustizia dei giudici europei, il fatto di vedere con diffidenza la mediazione perché viene condotta da degli estranei al mondo giudiziario e che non tutela le cosiddette parti deboli. Questa è una tendenza che esiste, in alcune correnti di pensiero della magistratura non solo italiana, che ha delle basi da non sottovalutare, ma che contiene in sé un qualcosa di paternalistico, dal mio punto di vista, che io non accetto perché non ritengo che l'unica soluzione sia sempre quella che possiamo trovare noi magistrati. Ben inteso, ci deve essere una qualità in chi svolge un'attività come quella del mediatore. Oggi l'abbiamo detto, se fossero credibili tutti i requisiti di cui ci parlava poco fa Eligio Resta, nessuno potrebbe fare il mediatore, probabilmente nemmeno il giudice, non lo potrebbe fare nessuno, perché se guardiamo a un profilo astratto, ideale, così, è quasi impossibile raggiungerlo. Ma quelle sono le linee guida, che devono indirizzare chi svolge questo lavoro. Questa è una cosa che ho sempre creduto vedendo all'opera, in tante parti del mondo, i mediatori. È la loro qualità che fa il successo della mediazione; è la loro qualità e anche deontologia, come diceva appunto Eligio Resta. La deontologia non è mica il galateo, la buona educazione; in questo caso è professionismo per chi svolge questo lavoro. E in questo lavoro il successo è garantito dalla qualità di chi lo svolge.

Dico un'altra cosa però, quella alla quale facevo cenno prima: il ruolo del giudice può diventare importante, nella supervisione della mediazione, dove ci sono degli interessi che vanno al di là del singolo. Questo sta avvenendo nel mondo esterno al nostro, e potrebbe anche entrare nel

nostro. Alcuni mesi fa è stato raggiunto un importante accordo alla Corte Federale di New York, nel caso Enron, un accordo raggiunto da uno *special master*, come spesso vengono nominati dalle Corti federali nelle *class actions*. L'accordo non sarà operativo da solo, perché dovrà approvarlo la Corte. Riflettiamoci: quello è un mondo nel quale c'è questo concetto della sussidiarietà anche della legge molto forte, non per nulla è lì che ha operato Locke tanti anni fa, secoli fa, enunciando questi principi nella giustizia e nel governo, nel buon governo, ed è un concetto molto sentito. Eppure, riflettiamo, anche lì e soprattutto lì si vuole e si pretende che ci sia una supervisione nelle controversie di massa, dove ci sono decine di migliaia di persone che sono coinvolte da un accordo. Anche in Italia è il giudice che deve omologare il risultato della conciliazione, quando vi partecipano le organizzazioni rappresentative dei consumatori. È una cosa diversa, intendiamoci, ma pensate a quello che può avvenire se un domani una controversia di massa, non soltanto gestita dagli organismi rappresentativi, diciamo dalle associazioni, ma proprio da gruppi di persone, di individui, che promuovono queste controversie raggiunge un accordo e questo accordo deve coinvolgere anche decine o centinaia di migliaia di persone che non fanno parte di questo gruppo, impegnarle per sempre a questa soluzione. Ecco, qui c'è un altro spazio per l'intervento dei giudici perché questo non ha nulla a che vedere con la mediazione, però è uno strumento indispensabile quando si potrà arrivare a gestire questo grande fenomeno che è la standardizzazione del conflitto e l'aumento del numero dei soggetti che si trovano in una situazione paragonabile, quindi che possono far parte del conflitto in una identica posizione. E questo è un grande potere, perché può essere un sistema di terapia sociale, quello della mediazione collettiva, che può alleggerire molto la giustizia senza far perdere il senso di giustizia nella ricerca delle soluzioni.

Con questa piccola apertura verso un futuro non troppo lontano chiudo il mio intervento e mi scuso se sono andato oltre i limiti del tempo. Grazie.