

**PRIME RIFLESSIONI SULLO SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO DI  
ATTUAZIONE DELLA DELEGA IN MATERIA DI MEDIAZIONE  
EX ART. 60 LEGGE N. 69/2009**

SERGIO CHIARLONI

1.- Premessa: Il diffuso entusiasmo per i meccanismi conciliativi. 2.-Rapporti con lo stato dell'amministrazione della giustizia: conciliazioni buone e conciliazioni cattive. 3.-Gli aspetti positivi dello schema di decreto legislativo: a) La chiarezza delle scelte linguistiche. 3.1- b) L'attenzione per la "giusta procedura conciliativa" 3.2- c) L'apertura a nuove situazioni di terziario avanzato. 3.3- d) L'efficacia allargata del verbale di conciliazione. 4.-Gli aspetti fortemente discutibili: a) l'obbligatorietà della mediazione per alcune categorie di controversie. 4.1- b) L'aumento dei costi complessivi. 4.2-c) La scarsa chiarezza della disciplina della fase introduttiva. 4.3-d) L'estensione della mediazione obbligatoria ai giudizi arbitrali. 5.- Quasi una conclusione.

1.- Esiste da anni nel nostro paese una grande voglia di diffusione dei meccanismi conciliativi. Essa viene oggi recepita dal legislatore italiano, dopo una serie di interventi parziali, tramite l'emanazione di una delega indirizzata ad una loro generalizzazione nell'art. 60 dell'ultima legge di riforma del processo civile, la 69 di quest'anno e la veloce approvazione da parte del governo dello schema di decreto delegato, attualmente all'esame del Parlamento.

L'entusiasmo per la domanda di nuove regole indirizzate alla generalizzazione dei meccanismi conciliativi è certamente giustificato. A prescindere da alcune riserve sui modi della risposta, di cui dovrò rendere conto.

La presentazione degli sportelli di conciliazione presso le camere di commercio rappresenta un ottimo condensato dei pregi. Troviamo scritto che la conciliazione è efficace, perché permette di risolvere la lite fra le parti, senza le pesanti formalità che caratterizzano la giustizia ordinaria.

Riservata perché consente alle parti di comunicare in un ambiente protetto e sicuro. Economica, perché i costi sono ridotti in rapporto a quelli previsti per la giustizia ordinaria. Veloce perché in media, la procedura si esaurisce in un solo incontro. Flessibile, perché le regole procedurali si adattano alle concrete esigenze delle parti. Costruttiva, perché consente di mantenere, rinforzare ed eventualmente recuperare il rapporto professionale fra le parti. Priva di rischi, perché avviata la procedura conciliativa, le parti non sono obbligate a raggiungere un accordo e nessuna decisione viene loro imposta.

2.- Tutto vero, ma si impone subito qui un primo rilievo. Non possiamo fare a meno di concentrare l'attenzione su un aspetto a mio giudizio importante, che a che fare con il contenuto delle conciliazioni.

Nasce il problema del rapporto tra meccanismi conciliativi e stato dell'amministrazione della giustizia. Un problema particolarmente acuto con riferimento al nostro Paese, che come noto, si trova da tempo sotto osservazione del Consiglio d'Europa per non saper garantire la durata ragionevole dei processi, voluta dall'art.

6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo oltre che dall'art. 111 della Costituzione.

Non tutte le conciliazioni sono uguali. Possiamo avere conciliazioni cattive e conciliazioni buone. Sono cattive le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo in quanto non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che ha in mano una qualche arma sotto la cui minaccia l'altra si convince a conciliare. Sono buone le conciliazioni che fanno ottenere alla parte "quello proprio quello tutto quello cui ha diritto", se ci trova di fronte ad una lite da pretesa insoddisfatta, ovvero le conciliazioni che riescono a trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra le parti, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa contestata (i c.d. *good faith disagreements* della letteratura anglosassone).

Riflettiamo sul significato che può assumere la diffusione delle conciliazioni in una situazione di dissesto processuale, quando, come accade con grandissima frequenza, la controversia ha il denaro per oggetto, diretto o

indiretto. Pare evidente il pericolo che molte, troppe, sarebbero le conciliazioni cattive. Conciliazioni dove il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato.

Soccorre la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi, ovviamente il creditore preferisce ottenerne "pochi, maledetti e subito", piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando.

Soccorre anche l'esperienza. Gli studi degli avvocati sono sovente un crogiolo di transazioni o, possiamo ben dirlo, di conciliazioni stragiudiziali occulte e i discorsi che ivi si fanno sono molto spesso imperniati sulla convenienza economica di accettare una sistemazione al grande ribasso, piuttosto che attendere per anni l'integrale soddisfacimento. Il che spiega l'enorme percentuale di processi che si chiudono nel nostro Paese con una declaratoria di estinzione per inattività delle pareti, la quale, si sa per esperienza, nasconde una transazione sottostante, al cui contenuto molto spesso non è estranea l'intenzione negoziale di ridurre il danno da giustizia dilazionata.

Insomma, le conciliazioni stragiudiziali, per essere buone, esigono un'amministrazione della giustizia efficiente, in modo che non vi sia una parte indotta a speculare sulle durate processuali per fare accettare al suo avversario una conciliazione cattiva.

Mette in qualche modo il carro davanti ai buoi chi, come il legislatore italiano, si impegna a deflazionare l'amministrazione della giustizia, nella speranza di ottenere per questa strada processi più brevi, indirizzando il più possibile le controversie verso gli istituti conciliativi.

3.a.-Lo studioso di analisi economica del diritto può tuttavia sentirsi piuttosto indifferente alle considerazioni appena fatte, ritenendole magari inficcate di inutile moralismo.

Procediamo dunque nell'esame delle recenti iniziative legislative.

Bisogna riconoscere alcuni aspetti positivi dello schema di decreto delegato.

Innanzitutto la chiarezza delle scelte linguistiche operate, che evitano la confusione tipica della legislazione precedente. Qui, ad indicare tanto la procedura che il risultato, si parla di conciliazione tutte le volte che nel tentativo di soluzione concordata è implicato un giudice, sia che riguardi rapporti patrimoniali, sia che riguardi rapporti di stato, come nei giudizi di separazione e divorzio; sempre di conciliazione si parla quando essendo il tentativo demandato ad un terzo, questo ha per oggetto rapporti patrimoniali; si parla, invece, di mediazione quando di fronte al terzo sono in gioco rapporti caratterizzati da profili pubblicistici: mediazione familiare e mediazione penale.

Nel linguaggio degli specialisti troviamo ulteriori differenziazioni, che vorrebbero usare i due termini per indicare due modelli diversi di risoluzione dei conflitti. Alcuni asseriscono un preteso maggiore livello di incisività nell'opera del mediatore rispetto a quella del conciliatore; secondo altri nella mediazione sarebbe rilevante il rapporto con la giustizia del risultato, che non avrebbe invece rilievo nella conciliazione (ma per alcuni sarebbe vero il contrario, a dimostrazione della confusione che regna nel settore).

La delega e lo schema di decreto delegato, sulla scia di indicazioni che vengono dall'ultima direttiva europea in materia (la 52 del 2008), si adegua all'esprit de geometrie del legislatore francese, seguendone le scelte linguistiche, come si fronteggiano nei titoli VI e VI bis del primo libro del code de procédure civile.

Così, l'art 1 dello schema di decreto legislativo, dedicato alle definizioni, usa alla lettera a) il termine mediazione per connotare la procedura e alla lettera b) il termine conciliazione per connotare il risultato positivo della mediazione stessa.

3.1.b.-Un secondo aspetto positivo dello schema di decreto consiste nella volontà di assicurare quella che si potrebbe definire la "giusta procedura di mediazione". Il legislatore si preoccupa dell'imparzialità e della

professionalità del mediatore, come già avvenuto per la conciliazione societaria (che costituisce il modello dello schema per quanto qui interessa).

L'art 60 comma terzo lettera b della legge 69/2009 indica tra i principi e criteri direttivi il "prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione": la lettera r) della medesima norma indica il "prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni".

Lo schema di decreto applica i criteri o principi direttivi appena riferiti all'art. 3 comma 2, il quale stabilisce che il regolamento di ciascun organismo deve garantire modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

Inoltre il capo terzo dello schema, dedicato agli organismi di conciliazione (qui le vecchie abitudini linguistiche tradiscono il legislatore, che avrebbe dovuto parlare di organismi di mediazione) si preoccupa della professionalità dei singoli mediatori, richiedendo garanzie di serietà ed efficienza agli enti, pubblici o privati che intendano costituire gli organismi, (art 14, comma 1), l'iscrizione in apposito registro e la vigilanza sul medesimo operata dal Ministero della giustizia, i requisiti di qualificazione professionale del mediatore da stabilire con decreto ministeriale, la previsione di un albo dei formatori presso lo stesso ministero (art 14 comma 5). Sotto questo profilo è da valutare positivamente anche la previsione di conciliazioni "specializzate" grazie all'istituzione di organismi presso gli ordini professionali ai sensi dell'art. 19 comma 1, indirizzati alla soluzione di controversie nelle materie di competenza dei professionisti aderenti ai singoli ordini.

Diverso lo scopo della istituzione di organismi presso i tribunali su iniziativa dei consigli degli ordini forensi. A mio giudizio, lo scopo principale, da valutare positivamente, è qui quello di diffondere la cultura della conciliazione tra gli avvocati, sia rendendo più agevole l'accesso alla procedura gestita da colleghi in luoghi abitualmente frequentati, sia allargando le esperienze attraverso la rotazione dei legali addetti all'organismo.

Val la pena di spendere ancora qualche parola sugli organismi di mediazione.

È facile prevedere che essi saranno piuttosto numerosi, soprattutto vista l'obbligatorietà della mediazione per alcune categorie di controversie, prevista dall'art 5 comma primo, che sottoporremo ad analisi critica più avanti.

3.2.c.-.-Certamente questi organismi non costituiranno, almeno nel prevedibile futuro, una vera alternativa di massa alla giurisdizione. Ma ad essi va riconosciuta una specifica, notevolissima autonoma importanza. Mi riferisco all'importanza nel mondo dei servizi. Si aprono posti di lavoro e anche opportunità di profitto a persone dotate di istruzione superiore e spesso di elevata professionalità. A questo proposito bisogna aver presente che un'impresa la quale offre servizi di mediazione si regge benissimo grazie agli eventuali finanziamenti pubblici e sovente si regge comunque grazie alle tariffe applicate. In alcuni casi, come capita per il CEDR di Londra, che riceve un piccolo contributo da parte delle imprese associate nel locale sindacato omologo della nostra Confindustria, basta filtrare poche centinaia di casi all'anno per andare in equilibrio.

In un mondo in cui il terziario dei servizi, anche avanzato, va sempre più soppiantando la produzione di beni materiali possiamo pertanto comprendere il crescente interesse delle istituzioni, sia comunitarie che dei singoli stati europei nei confronti delle iniziative private, pubbliche e semipubbliche, indirizzate verso l'organizzazione non solo di organismi di mediazione per le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili che qui ci occupa, ma anche di camere arbitrali, di sportelli di conciliazione presso i giudici onorari, di uffici e associazioni per la mediazione in materia penale e di famiglia.

Questo stato delle cose, che instaura un circolo economico virtuoso anche nell'editoria -sono decine i testi in materia offerti sul mercato ogni anno, naturalmente americani nella stragrande maggioranza- ci consente di constatare come nel mondo globalizzato il diritto, grazie alla sua importanza nel mondo dei servizi, diventa una merce come le altre, oggetto di esportazione e di concorrenza. I meccanismi di ADR sono un esempio eminente. A prescindere dai libri, vediamo famosi mediatori nordamericani,

spesso giudici in pensione delle giurisdizioni superiori, varcare da qualche anno l'Atlantico e percorrere in lungo e in largo l'Europa ospiti di convegni o consulenti profumatamente pagati per diffondere le complesse metodologie ritenute indispensabili per gli appartenenti ad organi di conciliazione, allo scopo di acquistare una buona professionalità grazie all'addestramento impartito.

3.3.d.-Un terzo aspetto positivo consiste nell'ambito di efficacia del verbale di conciliazione omologato dal giudice ai sensi dell'art. 12, 1 comma. Ai sensi del comma 2 della medesima norma il verbale, analogamente a quanto già previsto per la conciliazione societaria, costituisce titolo esecutivo sia per l'espropriazione forzata, sia per l'esecuzione in forma specifica. Precisazione opportuna, di fronte a dubbi sorti in passato con riferimento alla seconda forma di esecuzione. Inoltre, il verbale costituisce titolo per l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale.

Peccato, però, che il legislatore non abbia approfittato dell'occasione per unificare l'efficacia dei verbali di conciliazione che stanno fuori dalle previsioni del decreto. Non credo di essere vittima di un eccesso di mentalità sistematica. A parte i procedimenti obbligatori di conciliazione rimasti intatti con la vecchia disciplina, ai sensi della art. 23 comma 2, pare a me piuttosto incongruo che la conciliazione giudiziale non costituisca titolo per l'iscrizione dell'ipoteca.

4.-a) L'ultimo rilievo rappresenta un buon punto di passaggio per l'analisi degli aspetti discutibili dello schema di decreto.

In proposito va segnalata un'improvvisa inversione di rotta. Il passaggio da un regime di facoltatività del tentativo di conciliazione, verso il quale sembrava orientato il legislatore nei suoi ultimi interventi, ad un regime di obbligatorietà. Questo per un rilevante numero di controversie, stimate in un milione l'anno nella relazione tecnica sui profili fiscali, sub art. 20.

Da parte di chi si è sempre dichiarato contrario all'introduzione di siffatto regime, anche sulla base del pessimo risultato sperimentato con l'introduzione del tentativo obbligatorio nelle controversie di lavoro, un primo rilievo si impone. La delega non ne fa cenno alcuno. Anzi, l'art. 60, comma 3, lettera c della legge 69, nell'enunciare i principi e criteri direttivi, parla di disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5. La normativa comunitaria non indirizza verso ipotesi di tentativi obbligatori, lasciando libera la scelta al legislatore nazionale, ai sensi dell'art 2 della direttiva 52/2008. Il tentativo di conciliazione societaria, cui si riferisce la norma appena richiamata, è facoltativo.

Non sembra dunque campato in aria il dubbio di uno sconfinamento dalla delega con conseguente esposizione del primo comma dell'art. 5, una volta definitivamente approvato, ad una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Ovviamente la speranza del legislatore è di ottenere una forte deflazione del contenzioso ordinario grazie all'esito positivo in una percentuale rilevante delle controversie portate in mediazione a pena di improcedibilità della domanda, come dispone il primo comma dell'art. 5. Ed infatti il Ministro della giustizia ha presentato lo schema di decreto come "l'introduzione di un nuovo istituto giuridico finalizzato alla deflazione del sistema giudiziario italiano"

Certo, non ci sarà risparmiato un effetto di annuncio opportunamente amplificato dai media al momento della definitiva approvazione del decreto legislativo.

Temo tuttavia che la speranza sia frutto di un'illusione.

È legittimo il dubbio che lo schema non contenga novità capaci di smentire i risultati dell'esperienza sia interna, sia comparativa.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione nel processo del lavoro ha comportato, in buona sostanza, un aumento di due mesi della durata del processo, poiché nella grande maggioranza dei casi gli uffici provinciali del



lavoro e della massima occupazione non riescono a espletare il tentativo entro quel termine.

Il fallimento del tentativo obbligatorio per un ampio spettro di controversie viene ugualmente denunciato in Argentina, dove è stato recentemente introdotto in numerose province.

Per non parlare dell'antico tentativo obbligatorio di conciliazione presso il giudice di pace francese per tutte le controversie di competenza dei giudici togati, previsto dal codice napoleonico e finalmente soppresso dal legislatore nel 1906, ormai ridotto ad un relitto grazie al fortissimo depotenziamento operato dalla giurisprudenza assistita dalla dottrina lungo tutto il XIX secolo.

L'art. 6 comma primo dello schema di decreto prevede una durata massima di quattro mesi del procedimento di mediazione, (quindi doppia rispetto al tentativo di conciliazione nelle cause di lavoro).

Orbene, se si considera che circa un milione l'anno di controversie dovranno passare il filtro della mediazione, almeno se dobbiamo credere alla relazione tecnico-fiscale; se si considera che molte di queste controversie avranno una tipologia molto più complessa rispetto alle cause di lavoro; se si considera, altresì, che molti esistenti organismi di conciliazione -a cominciare da quelli delle camere di commercio, specializzati solo nelle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori- sono prive della necessaria organizzazione e competenza; se si considera, infine, che i 18 mesi previsti dall'art. 24 per l'efficacia delle norme relative alla mediazione obbligatoria sono pochi per preparare in modo adeguato le molte migliaia di conciliatori per i nuovi organismi "deputati a gestire il procedimento di mediazione" ai sensi dell'art. 16[1]: credo non azzardato prevedere, che tantissimi processi vedranno soltanto aumentare di quattro mesi la loro durata.

Peraltro, si poteva forse immaginare un meccanismo di riduzione del danno.

Prima di tutto occorre mettere a regime la disciplina soltanto dopo che i nuovi organismi di conciliazione fossero istituiti, al termine di un congruo periodo di tempo necessario per la formazione dei conciliatori.

Dopodiché si sarebbe potuto approfittare della smisurata lunghezza del termine di comparizione, prevedendo che, entro la scadenza avvocati e parti debbano partecipare ad una sessione di mediazione della durata (in ore) predeterminata. Un meccanismo simile, nel senso che la mediazione avviene dopo la pendenza della lite è previsto dal programma di mediazione obbligatoria vigente dal 1999 nella provincia di Ontario, Canada per tutti i processi civili a contenuto patrimoniale[2].

In conclusione mi aspetto che l'effetto di deflazione sul processo ordinario sarà trascurabile. Sia perché in regime di tentativo obbligatorio non si può capire se almeno una delle parti ha disponibilità alla conciliazione o se invece il procedimento di mediazione viene attivato solo per adempiere al comando legislativo, sia e soprattutto perché l'enorme numero di procedimenti potrà indurre i conciliatori ad un atteggiamento di resa burocratica senza un particolare impegno a procurare la conciliazione. Né si può fare a meno di prendere in considerazione gli interessi e i possibili atteggiamenti delle parti. Sovente la controversia civile vede una parte ( di solito il futuro convenuto) interessata a speculare sulle durate processuali. Sovente appariranno sulla scena convenuti interessati a tirare in lungo la procedura di mediazione e a tenere l'atteggiamento opportuno per ottenere questo risultato. Senza contare poi che i quattro mesi previsti dall'art 6 potranno incoraggiare i violatori più scaltri dei diritti dell'avversario a farsi attori in accertamento negativo, magari scegliendo un organismo lontano e scomodo da raggiungere, nella speranza che la controparte preferisca non presentarsi. Il che offre il destro per osservare che non aver legato la scelta dell'organismo di conciliazione alla competenza dell'organo giurisdizionale può prestarsi ad abusi. Senza contare l'eventualità che i diversi organismi sparsi sul territorio vengano investiti delle procedure di mediazione secondo quantità irrazionalmente disomogenee, con eccessiva concentrazione presso alcuni, a danno di altri.

Con riferimento ai tentativi di mediazione che si riuscirà ad esperire nei termini sono poi da tenere in conto i possibili atteggiamenti dei mediatori.

Il loro compenso è comunque garantito, anche se la conciliazione non riesce.

È vero che non si avrà la maggiorazione (massima del 25 per cento) per il caso di successo della mediazione e che anzi si andrà incontro ad una riduzione ai sensi dell'art. 17 lettera d. per i casi di mediazione obbligatoria

Ma, dal punto di vista dei redditi del conciliatore, meglio dieci conciliazioni non riuscite, perché il procedimento di mediazione si è svolto in maniera affrettata e senza il necessario approfondimento dei termini della controversia, piuttosto che una mediazione riuscita grazie a tutto l'impegno necessario per ottenere il risultato. Né si obietti che va incontro a responsabilità professionale il mediatore che non studia a fondo le carte, non approfondisce i problemi nelle controversie complesse anche attraverso i colloqui separati con le parti e non si fa assistere, quando opportuno, da esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali secondo la previsione dell'art. 8 comma 4. Se così operasse la procedura non potrebbe esaurirsi nei quattro mesi allo spirare dei quali viene meno la causa di improcedibilità (come risulta indirettamente dal comma 1 dell'art 5 quarto periodo, ai cui sensi "Il giudice, ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6, comma 1.

Benvero che, come inopportuno stabilisce l'art. 11, comma 1 'quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore formula una proposta di conciliazione dopo aver informate le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13. Ma a parte il fatto che si tratta di una norma estremamente criticabile che snatura il concetto stesso di mediazione, l'obbligo del mediatore, che non è il giudice, non può andare al di là, una volta constatato che tra le parti non si è raggiunto l'accordo, di una proposta che prescindendo da un successivo studio approfondito della controversia, ma che si limiti a tener conto degli elementi sorti nei colloqui tra le parti, con un contenuto fortemente transattivo.

4.1.-b) Non c'è solo il problema dell'impatto dei quattro mesi sulla durata di molti processi. Si profila anche il problema di un non irrilevante rincaro dei costi per le parti. Non tanto per il compenso da corrispondere al conciliatore, comunque non trascurabile quando il valore sia elevato, come capiterà per una percentuale non piccola delle controversie sottoposte a mediazione obbligatoria. Quanto per gli onorari dovuti all'avvocato a causa dell'aumento delle incombenze che gli vengono richieste.

Al riguardo va rilevato che la tipologia di controversie per le quali è prevista la mediazione obbligatoria, elencate secondo una scelta che sembra

fatta a casaccio essendo difficile trovarvi un denominatore comune, si connota per avere caratteristiche tali da non poter prescindere dall'intervento del legale già in sede di previa contemplazione dei sidera litis. Di ciò si rende ben conto lo stesso legislatore dove prevede, comma terzo dell'art. 4, che l'avvocato è tenuto, nel primo colloquio con l'assistito, a informarlo della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. Certamente l'avvocato non abbandonerà a se stesso il cliente nel corso del procedimento di mediazione. Senza bisogno, come alcuni vorrebbero, che l'assistenza sia prevista come necessaria.

Non mi soffermo sulla successiva previsione, nel medesimo comma, ultima parte, di nullità del contratto di patrocinio in mancanza dell'informazione scritta e sottoscritta dalla parte "nel primo colloquio con l'assistito.

Si tratta di un ulteriore aspetto negativo, o meglio di una pessima e insostenibile trovata, per ragioni così ovvie da non doverle neppure sfiorare. Basti dire che la c.d. nullità di protezione potrà al massimo legittimare il cliente a non compensare l'avvocato qualora, addivenuto alla mediazione su indicazione del giudice, questa abbia esito positivo, senza l'assistenza dell'avvocato stesso. Caso che sembra piuttosto improbabile. Ragionevole si presenta la diversa proposta di modifica del Consiglio Nazionale Forense, secondo cui l'omissione dell'informazione costituisce per l'avvocato illecito disciplinare.

Devo segnalare che l'art. 7 dello schema di decreto legislativo dispone che il periodo di quattro mesi non è computabile ai fini della durata ragionevole del processo. Ma, se la cosa è comprensibile quando si tratti di mediazione facoltativa, lo è assai meno nei casi di mediazione obbligatoria e cioè imposta dal legislatore ai cittadini.

4.2. c)-Qualche ulteriore profilo discutibile, ma di minore importanza, deve essere rilevato.

Non risulta chiara la disciplina della fase introduttiva della procedura di mediazione. L'art 4 dello schema dice che la domanda di mediazione si presenta presso un organismo (a scelta del domandante, come è già stato sottolineato). Si dice poi che per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione (anche se non è precisato, si deve intendere: all'altra parte). Non si dice in questa norma chi debba effettuare questa comunicazione. Risulterebbe[3] però dal comma 1 dell'art. 8 che essa deve essere attuata dal responsabile dell'organismo assieme alla fissazione di un primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dalla presentazione della domanda (termine ordinatorio che sarà ben difficilmente rispettato) Ora, con riferimento alla mediazione obbligatoria, potrebbe sembrare poco ragionevole lasciare alla discrezionalità dell'organismo la determinazione del "tempo della domanda"

ai fini della prevenzione quando si abbiano più domande davanti ad organismi diversi per la medesima controversia. Come avviene, visto che tale tempo si calcola dalla ricezione della comunicazione, appunto curata dall'organismo.

Ma non è questo il problema vero. Piuttosto, non va dimenticato che il termine per calcolare la massima durata del procedimento decorre "dalla data di deposito della domanda di mediazione" e non dal "tempo della domanda". La possibile conseguenza è che in molti casi l'organismo non riesca neppure a fissare entro i dovuti quattro mesi il primo incontro, come sarebbe avvenuto se il termine fosse decorso dalla comunicazione invece che da deposito, consentendo uno scaglionamento entro i quattro mesi dell'incontro per tutte le domande, grazie ad un simmetrico scaglionamento delle comunicazioni. Ci si deve comunque rendere conto di quanto sia ostica la scelta tra consentire in ogni caso la mediazione con un allungamento oltre i quattro mesi del tempo complessivo ad essa dedicato o correre il rischio, a mio giudizio molto attuale come si è visto sopra, di vedere decorrere inutilmente il periodo. Bisognerebbe saper divinare il tasso di esito positivo della procedura di mediazione, così da poter preferire la prima scelta nel caso di un tasso elevato, e la seconda nel caso di un tasso insignificante.

Sempre per la mediazione obbligatoria mi pare molto discutibile il potere concesso al giudice di invitare le parti al procedere di nuovo alla mediazione, dopo che il tentativo è fallito una prima volta. Qualcuno obietterà che lo sviluppo della situazione processuale e in particolare dell'istruttoria può aver fatto emergere l'opportunità di un secondo tentativo. Ma mi pare che, anche se questo fosse vero, un banale principio di economia processuale dovrebbe indirizzare al tentativo di conciliazione operato dal

giudice. Il rischio di una inutile perdita di tempo, con pregiudizio della ragionevole durata del processo, mi pare elevato. E si badi, anche nel caso che le parti o anche una sola di esse dovessero rifiutare l'invito a procedere verso la nuova mediazione.

4.3- d) Infine, ritengo inopportuna l'applicazione della mediazione obbligatoria ai giudizi arbitrali. Sia perchè si tratta di una forma di giustizia privata che non dovrebbe consentire, per così dire, l'imposizione di oneri ad essa estranei alle parti che l'hanno scelta. E che semmai, come a volte succede, saranno le parti stesse a prevedere una doppia clausola, prima di conciliazione e poi di arbitrato per il caso che il tentativo di conciliazione fallisca. Sia e soprattutto perché il giudizio arbitrale si connota per la rapidità della decisione, che non deve essere messa a rischio da scelte legislative e si connota anche per la ben conosciuta idoneità degli arbitri anche per le caratteristiche del giudizio, ad ottenere che le parti si concilino.

5.-Una tenue speranza, di fronte alla necessaria astrattezza delle critiche avanzate. Per provare la bontà della torta bisogna mangiarla. L'esperienza dirà se il necessario coinvolgimento degli avvocati nei meccanismi della mediazione fin dai primi contatti con il cliente e la creazione di organismi presso i consigli dell'ordine contribuirà a diffondere la cultura della conciliazione nel mondo del foro. Se questo accadrà, possiamo attenderci una forte diffusione di conciliazioni procurate direttamente tra i legali delle due parti, con successiva rapida visita dal mediatore per ottenere al verbale di conciliazione la futura efficacia esecutiva e di titolo per l'iscrizione dell'ipoteca a seguito dell'omologa operata dal giudice. E magari un qualche effetto deflattivo sulla giurisdizione ordinaria, certo non in grandi percentuali, finirà con il verificarsi, a dispetto di tutte le prognosi infauste.

---

[1] Prendendo per buona la cifra di un milione di controversie l'anno da sottoporre alla procedura di mediazione e supponendo che ogni mediatore (presumibilmente non impegnato a tempo pieno) sia in grado di esperire 100 tentativi all'anno ne risulta la cifra di diecimila mediatori.

[2] Cfr. HANICZ e WATSON: Recenti tendenze in tema di risoluzione delle controversie: la prospettiva canadese, in VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, p. 189 ss.

[3] Uso il condizionale, in quanto si potrebbe anche pensare che la comunicazione di cui all'art.1 sia a cura della parte e che quella dell'organismo di cui all'art 8 sia una seconda comunicazione, relativa alla fissazione dell'incontro.