

Francesco P. Luiso

L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea (*)

SOMMARIO: 1. Il ruolo della volontà negli strumenti alternativi; 2. L'arbitrato amministrato; 3. L'attività decisoria della pubblica amministrazione; 4. La cultura della mediazione; 5. La mediazione obbligatoria e la mediazione delegata; 6. La proposta del mediatore e gli incentivi alla conciliazione; 7. Conclusioni.

§ 1. Il quinto rapporto sulla giustizia alternativa elabora i dati relativi al 2010: un anno che, con riferimento alla mediazione, costituisce un periodo di transizione, per le ragioni facilmente intuibili e che esamineremo di seguito più in dettaglio.

Tuttavia, se anche la mediazione in quest'ultimo periodo giustamente attira l'interesse prevalente, il rapporto, come al solito, si occupa anche delle altre forme di giustizia alternativa, in quanto tutte svolgono un ruolo importante nel sistema generale degli strumenti non giurisdizionali di risoluzione delle controversie. Come è ormai noto e pacifico, questi strumenti alternativi si definiscono in negativo rispetto alla giurisdizione: essi perseguono la stessa finalità e dunque necessariamente producono gli stessi effetti – altrimenti non sarebbero realmente alternativi! – della giurisdizione dichiarativa¹.

La fungibilità degli strumenti non giurisdizionali rispetto a quelli giurisdizionali riguarda, infatti, solo la giurisdizione dichiarativa (e purché si tratti di controversie relative a diritti disponibili): le altre fattispecie di intervento giurisdizionale (giurisdizione esecutiva, cautelare, volontaria; nonché la giurisdizione dichiarativa in materia di diritti indisponibili) non possono essere surrogate dagli strumenti alternativi di cui stiamo trattando².

(*) Contributo al <<Quinto rapporto annuale sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia>>, curato da ISDACI.

¹ Sul punto non ci possiamo ovviamente intrattenere in questa sede: sia consentito quindi rinviare a LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano 2011, 8 ss. Il punto non è peraltro pacifico: v. ad es. da ultimo BOVE, *L'accordo conciliativo*, in www.judicium.it, § 2, il quale ritiene che la cosa giudicata sia propria solo degli strumenti che si fondano su un accertamento della realtà sostanziale preesistente; dunque, solo agli strumenti eteronomi si può applicare quanto prevede l'art. 2909 c.c.

² Naturalmente questa affermazione va presa *cum grano salis*: ad es., vi sono ordinamenti nei quali agli arbitri è attribuita la possibilità di emettere provvedimenti cautelari. La tutela esecutiva, poi, può essere fornita anche dalla pubblica amministrazione, come accade in certe ipotesi di procedure concorsuali. Analogamente, il legislatore può assegnare i compiti propri della giurisdizione volontaria a soggetti che non sono giudici: ad es., ai notai, come è accaduto per l'omologazione delle società.

È dato non controverso che la *summa divisio* da operare in sede di giustizia alternativa consente di distinguere gli strumenti autonomi dagli strumenti eteronomi. I primi sono caratterizzati da ciò che l'atto, che risolve la controversia, proviene dagli stessi soggetti, cui si imputano gli effetti dell'atto stesso. Si tratta, quindi, di un atto negoziale, il quale si connota – al di là della sua formale qualificazione³ – fondamentalmente per il fatto che esso diviene vincolante per i suoi destinatari solo dopo che questi ne hanno conosciuto il contenuto, hanno avuto modo di valutarlo, e lo hanno approvato, in quanto lo hanno ritenuto idoneo a soddisfare i propri bisogni ed i propri interessi.

Gli strumenti eteronomi, invece, sono caratterizzati da ciò che l'atto, che risolve la controversia, proviene da un terzo: l'eventuale consenso, che le parti abbiano eventualmente dato, rileva ad altri fini (ad es., per legittimare lo strumento stesso⁴, oppure per determinare l'ambito e gli strumenti di controllo dell'atto risolutivo della controversia⁵), ma in ogni caso esso non riguarda il contenuto dell'atto in questione. In altri termini, il consenso delle parti è necessariamente antecedente e non successivo alla conoscenza che le parti abbiano del contenuto dell'atto. Sicché si può veramente dire che, negli strumenti eteronomi, la decisione del terzo si impone alle parti, ancorché esse abbiano in precedenza manifestato una propria volontà in tale direzione.

Iniziamo dunque dagli strumenti eteronomi che il rapporto esamina: l'arbitrato e l'attività decisoria della pubblica amministrazione.

§ 2. Il rapporto ovviamente si occupa solo dell'arbitrato amministrato, poiché l'arbitrato *ad hoc* sfugge alla possibilità di rilevazione. Occorre dunque sempre tener presente che il fenomeno arbitrale non si esaurisce nei dati raccolti che, anzi, costituiscono verosimilmente solo la punta dell'*iceberg*.

Ebbene, risulta che, con riferimento al 2010, l'arbitrato amministrato ha evidenziato una sostanziale stasi, ancorché si sia avuto un incremento del valore medio delle controversie. Se focalizziamo l'attenzione sull'arbitrato amministrato delle camere di commercio, la spiegazione di una tale stasi risiede verosimilmente nella – peraltro giustificata – attenzione privilegiata che l'organizzazione camerale ha dedicato negli ultimi anni alla mediazione.

³ È noto, ad es., che parte della dottrina attribuisce natura negoziale al lodo rituale. E, secondo opinione concorde, natura negoziale ha il lodo irrituale. Ciò non toglie che, ai fini che qui interessano, il lodo è sicuramente uno strumento eteronomo, ancorché gli si attribuisca natura negoziale.

⁴ Come accade per l'arbitrato, poiché la giurisprudenza della nostra Corte costituzionale è contraria a qualsiasi forma di arbitrato obbligatorio.

⁵ Come accade per la risoluzione delle controversie da parte della pubblica amministrazione: v., se vuoi, LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 231 ss.

L'arbitrato amministrato ha necessità di essere fatto conoscere: in termini commerciali, si potrebbe dire che esso ha bisogno di *marketing*. E i destinatari di questa opera di diffusione della cultura dell'arbitrato sono i professionisti che assistono le parti nella stipulazione di un contratto o, più in generale, dopo che la riforma del 2006 ha consentito una convenzione di arbitrato anche in materia non contrattuale, che assistono le parti nella gestione dei propri rapporti non contrattuali⁶. È noto, infatti, che l'arbitrato si regge quasi esclusivamente sulla clausola compromissoria: gli arbitrati da compromesso sono praticamente sconosciuti.

Diviene pertanto indispensabile portare a conoscenza degli addetti ai lavori la esistenza ed i vantaggi dell'arbitrato amministrato, per far sì che il professionista lo suggerisca come strumento per la risoluzione delle eventuali, future controversie, ed indirizzi le parti verso l'inserimento di una convenzione di arbitrato per arbitrato amministrato.

La prova della necessità di una costante opera di diffusione sta nel notevole incremento che gli arbitrati amministrati camerale hanno avuto dopo che, nella seconda metà degli anni '90, le camere di commercio si impegnarono sia in corsi per arbitri sia e soprattutto nella propaganda capillare, presso le categorie professionali, dell'arbitrato amministrato.

Fra l'altro, la diffusione della cultura dell'arbitrato presso gli addetti ai lavori, oltre ad incrementare l'arbitrato amministrato, sicuramente porterebbe rilevanti benefici anche nell'arbitrato *ad hoc*: si eviterebbe, così, la redazione di clausole compromissorie che qualificare inopportune è poco – come quelle che prevedono la pronuncia del lodo entro trenta (*sic!*) giorni dalla costituzione del collegio – oppure contraddittorie – come quelle che qualificano l'arbitrato come rituale e poi aggiungono che il lodo varrà per le parti come una determinazione contrattuale, che esse si impegnano ad accettare, lasciando così l'interprete nell'incertezza se le parti abbiano voluto un arbitrato rituale o invece un arbitrato irrituale.

§ 3. L'altro settore della risoluzione eteronoma delle controversie, che è oggetto di esame nel rapporto, è costituito dall'intervento della pubblica amministrazione.

Si tratta, come già osservato nei precedenti rapporti⁷, di un fenomeno relativamente nuovo, finora poco esplorato, e tuttavia in costante incremento, quantomeno in certi settori⁸. Oltre all'oramai noto, ed oramai sperimentato capostipite costituito dall'autorità garante dei dati

⁶ Si pensi, ad es., al notaio in tema di successioni ereditarie. Le controversie successorie costituiscono, infatti, uno dei possibili settori di applicazione dell'art. 808-bis c.p.c.

⁷ *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* (a cura di ISDACI), Milano 2010, 131 ss.

⁸ Il rapporto dà atto che talune ipotesi di risoluzione delle controversie da parte della pubblica amministrazione, pur astrattamente previste, non hanno concreta attuazione.

personali⁹, nel 2010 si è avuto un notevole incremento dell'attività decisoria dell'autorità garante delle comunicazioni; ed in futuro ci si aspetta che altrettanto si verifichi con riferimento all'autorità per l'energia elettrica ed il gas, in considerazione anche degli obblighi derivanti dalle direttive comunitarie¹⁰.

Certo, al contrario di quanto accade per l'attività decisoria del garante dei dati personali – che è compiutamente, ed a mio avviso anche soddisfacentemente disciplinata – nelle altre ipotesi manca una sufficiente regolamentazione normativa, in quanto le fonti primarie si limitano a prevedere la possibilità che le autorità decidano talune categorie di controversie, e la concreta disciplina di tale attività decisoria è rimessa ad atti interni delle singole autorità. Basti pensare che manca totalmente qualsiasi riferimento, a livello di normativa primaria, circa i controlli esperibili nei confronti degli atti decisori delle autorità. Sicché le eventuali previsioni contenute nei regolamenti interni¹¹ risultano inidonee ad individuare strumenti, tempi e modi per attuare il principio costituzionale contenuto nell'art. 24 Cost., che garantisce comunque l'accesso alla giurisdizione.

Non c'è dubbio che l'attività decisoria della pubblica amministrazione, soprattutto delle autorità indipendenti, presenta elementi positivi ed elementi negativi. È sicuramente positivo il fatto che il soggetto che decide abbia una competenza specifica notevolmente superiore a quella del giudice il quale, nella stragrande maggioranza dei casi, è costretto nella sostanza a delegare la decisione ad un consulente tecnico. È sicuramente negativa la commistione dei ruoli fra la cura dell'interesse pubblico che la legge affida all'amministrazione e l'attività decisoria: il pericolo è che l'amministrazione non riesca ad essere sufficientemente neutrale rispetto agli interessi in conflitto, e che utilizzi il proprio potere decisorio come una surrettizia prosecuzione dell'attività amministrativa.

Solo la concreta evoluzione ci dirà se gli elementi positivi prevarranno su quelli negativi: certo è che, se le amministrazioni non riusciranno ad essere sufficientemente terze ed imparziali, l'attività decisoria ad esse affidata avrà la stessa infelice sorte dell'attività propriamente giustiziale della pubblica amministrazione¹².

⁹ La cui nascita risale al 1998. È da sottolineare come il modello italiano sia stato fatto proprio anche dal legislatore europeo, in quanto l'art. 32 del regolamento 18 dicembre 2000 n. 45 prevede che la tutela possa essere alternativamente richiesta al garante o al giudice.

¹⁰ Il riferimento è all'art. 37 della direttiva 2009/72/CE del 13 luglio 2009, relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica.

¹¹ Si v., ad es., l'art. 11, comma decimo, del regolamento concernente la risoluzione delle controversie fra operatori, adottato dall'Autorità per la garanzia nelle comunicazioni (AGCOM) con delibera 352/08/Cons., e l'art. 6, comma decimo, della delibera ARG/elt 123/08 dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG), i quali ambedue indicano come competente il giudice amministrativo.

¹² Con attività giustiziale della pubblica amministrazione ci si riferisce alle ipotesi in cui essa ha il potere di risolvere una controversia che la vede come parte interessata – al contrario di quanto accade nelle ipotesi sopra individuate, nelle quali l'amministrazione è terza fra due parti in conflitto.

§ 4. Venendo ora agli strumenti autonomi di risoluzione delle controversie, come già detto il rapporto, che ha ad oggetto i dati del 2010, si occupa di un momento di passaggio della mediazione. Il d. lgs. 28/2010 è del marzo 2010 e il d.m. 180/2010, di attuazione dello stesso, è dell'ottobre dello stesso anno. Sicché gli organismi di mediazione, previsti dal d. lgs. 28/2010, sono divenuti operanti solo nel corso del 2011. Dal canto suo, l'obbligatorietà della mediazione, per talune categorie di controversie, è entrata in vigore nel marzo del 2011; e per altre categorie entrerà in vigore nel marzo del 2012.

I dati raccolti non sono quindi utilizzabili per testare la <<resa>> della nuova normativa. Rispetto al 2010, tuttavia, qualche interessante conclusione comunque può essere tratta dagli elementi raccolti.

Anzitutto, la flessione, sia pur leggera, dei numeri assoluti e la persistente prevalenza, sia pur in diminuzione percentuale, delle mediazioni (obbligatorie) in materia di telecomunicazioni confermano la fondatezza di quanto evidenziato nel rapporto: e, cioè, che la cultura della mediazione è ben lungi dall'essersi radicata. E ciò non deve essere fonte né di meraviglia né di scoraggiamento.

In realtà, è ormai da più di cento anni che prevale una visione ieratica e sacrale della giurisdizione, tale da farla ritenere l'unico vero strumento di risoluzione delle controversie, di fronte al quale gli altri mezzi sono solo dei ripieghi, figli di un dio minore. Non c'è quindi da stupirsi se la grande maggioranza dei legali si connota per un riflesso quasi pavloviano nel senso che, quando si presenta una controversia, vede immediatamente materializzarsi il giudice, e quindi fraintende il fondamento e la funzione della risoluzione negoziale delle controversie, e si predisponga al procedimento di mediazione come si predisporrebbe ad un processo giurisdizionale: con memorie, documenti, istanze istruttorie e così via.

Del resto, se anche illustri esponenti dell'avvocatura affermano che la funzione dell'avvocato è quella di tutelare i diritti del proprio assistito anziché, come sarebbe corretto, i suoi bisogni ed i suoi interessi – magari, ma non necessariamente, attraverso la tutela dei suoi diritti – non c'è da stupirsi che la mediazione sia stata accolta con sospetto, e che quindi sia necessaria una paziente opera di chiarimento per spiegare che la risoluzione negoziale delle controversie, quando è possibile, non è un ripiego ma riesce ad attingere un risultato qualitativamente superiore rispetto a quello che si ottiene attraverso una qualsiasi decisione eteronoma.

Sempre dall'analisi dei dati, risulta peraltro che è cresciuta la percentuale sia delle adesioni della parte chiamata alla mediazione sia degli accordi raggiunti. Nella stessa direzione, la diminuzione dei procedimenti di mediazione relativi alle controversie con i consumatori e l'aumento dei

procedimenti relativi alle altre controversie dimostra che la mediazione risente, assai più che la giurisdizione, di fattori extragiuridici. Questi sono tendenzialmente irrilevanti nella risoluzione giurisdizionale delle controversie, ove al massimo il valore della controversia stessa incide sul rito applicabile – si pensi al procedimento europeo per le controversie di modesta entità – senza però che la tecnica di risoluzione sia diversificata: si tratta pur sempre di verificare la fondatezza delle rispettive pretese, applicando il diritto sostanziale ai fatti accertati.

Nella mediazione, invece, oltre al valore è rilevante una serie variegata di altri fattori: la gratuità, che – come rilevato nel rapporto – incide per le controversie dei consumatori molto più che per le altre controversie; la facile accessibilità del luogo ove si svolge il procedimento o, in alternativa, la utilizzabilità di strumenti telematici che consentano lo svolgimento a distanza dell'incontro; scelta di politica aziendale volte a favorire o sfavorire taluni organismi¹³; e soprattutto la consapevolezza, anche ma non solo da parte dei professionisti chiamati ad assistere la parte, che può essere utile cercare una soluzione negoziale, visto il valore aggiunto che essa ha rispetto alla soluzione contenziosa.

Ed è per questo che anche le fattispecie di risoluzione negoziale delle controversie che non prevedono l'intervento di un terzo imparziale e che quindi non realizzano una mediazione – come accade per la negoziazione paritetica – hanno una loro utilità: vi sono, infatti, tipologie di controversie nelle quali il procedimento di mediazione risulta eccedente in termini di costi, impegno personale e così via.

Da ultimo, non è senza significato che i primi dati disponibili dimostrino che l'istante, nell'84 % dei casi, si fa assistere nel procedimento di mediazione da un professionista e che l'altra parte si fa assistere da un professionista nel 52 % dei casi. I dati sono ancora pochi e dovrebbero poi essere ulteriormente verificati alla luce della tipologia delle controversie. Essi confermano, comunque, ciò che già si poteva immaginare, e cioè che difficilmente – tranne che si tratti di controversie (per lui) di scarso interesse – l'interessato rinuncia all'assistenza del proprio professionista di fiducia.

§ 5. Ancorché non attengano ai dati relativi al 2010, non può essere trascurato un cenno alla mediazione delegata ed alla mediazione obbligatoria.

Quanto alla prima, la stessa scarsa o non corretta conoscenza della mediazione da parte della classe forense si estende anche alla magistratura. Del resto, la formazione dei magistrati e degli

¹³ Così, ad es., il rapporto riferisce di un accordo fra Unioncamere e Telecom, in virtù del quale quest'ultima si impegna a non rifiutare le istanze di mediazione presentate dai propri clienti alle camere di commercio. Altre società, al contrario, rifiutano di partecipare ai procedimenti di mediazione delle camere di commercio, accettando solo di prendere parte agli incontri presso i Corecom.

avvocati è unitaria, e se una buona parte di questi ultimi non ha una adeguata conoscenza della mediazione, non si vede perché per la magistratura dovrebbe valere qualcosa di diverso.

Ben più complesso è il problema della mediazione obbligatoria. Tralasciamo in questa sede i problemi relativi alla legittimità costituzionale della stessa per un eccesso di delega (che può anche esservi) o per la contrarietà con l'art. 24 Cost. (che sicuramente non c'è, visti i precedenti della stessa Corte costituzionale¹⁴). Come pure difficilmente, a mio avviso, vista la propria recentissima decisione¹⁵, la Corte di giustizia della comunità europea darà una risposta negativa alla questione pregiudiziale che le è stata sottoposta¹⁶.

Come è stato evidenziato anche nei precedenti rapporti¹⁷, la natura intrinsecamente volontaria della conciliazione non è incompatibile con la obbligatorietà della mediazione¹⁸. Gli esiti positivi della mediazione obbligatoria non divergono percentualmente dagli esiti positivi della mediazione volontaria. È rilevante, piuttosto che l'altra parte decida di aderire all'invito e che quindi il procedimento di mediazione abbia svolgimento. Ma è necessario pure che l'altra parte abbia interesse a concludere l'accordo: sul punto torneremo nel prossimo paragrafo.

Nell'ottica di incentivare la partecipazione della parte chiamata in mediazione, l'art. 8, comma quinto, del D. Lgs. 28/2010 nella sua versione originaria si limitava a prevedere che <<dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, secondo comma, del codice di procedura civile>>. A questo comma il D.L. 138/2011 ha aggiunto la seguente disposizione: <<il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio>>¹⁹.

Dunque, nelle ipotesi di mediazione obbligatoria per legge o per accordo delle parti, nonché nei casi di mediazione delegata, fermo rimanendo che la mancata partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo può essere rilevante ai fini del merito, la parte chiamata alla mediazione, che non si presenta alla stessa senza un giustificato motivo, va incontro ad una

¹⁴ Corte cost. 4 marzo 1992 n. 82; Corte cost. 13 luglio 2000 n. 376; Corte cost. 30 novembre 2007 n. 403.

¹⁵ Corte giustizia 18 marzo 2010, nella controversia C-317/08.

¹⁶ Da Trib. Palermo 16 agosto 2011, in *Guida al Diritto* 2011, 43, 18.

¹⁷ *Secondo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* (a cura di ISDACI), Milano 2009, 149 ss.

¹⁸ Si utilizza la terminologia del D. Lgs. 28/2010, intendendosi per mediazione il procedimento, e per conciliazione l'esito positivo dello stesso.

¹⁹ Il D. L. 22 dicembre 2011 n. 212 ha specificato che la sanzione è irrogata <<con ordinanza non impugnabile pronunciata d'ufficio alla prima udienza di comparizione delle parti, ovvero all'udienza successiva di cui all'articolo 5, comma 1>>.

conseguenza negativa certa, e non meramente eventuale come quella di cui alla prima parte dello stesso comma: il pagamento di una sanzione pecuniaria.

Tuttavia, tale conseguenza negativa non riguarda la parte che decide di rimanere contumace nel successivo processo giurisdizionale: il nostro legislatore continua²⁰ quindi, del tutto incomprensibilmente, a trattare con i guanti proprio chi, con il suo comportamento, dimostra di non essere interessato all'esito del processo.

Vi è poi da considerare che, in termini puramente economici, la partecipazione al procedimento di mediazione comporta il pagamento del compenso al mediatore, mentre l'assenza della parte chiamata – dopo la modifica dell'art. 16 del d.m. 180/2010 da parte del d.m. 145/2011 – comporta il solo pagamento di un compenso di € 40,00 per le controversie di valore fino a 1.000,00 €, e di € 50,00 per tutte le altre controversie. Facciamo un esempio: ipotizziamo che la controversia abbia un valore di 100.000,00 €, per il quale è previsto un contributo unificato di €. 660,00 ed un compenso che ciascuna parte deve corrispondere al mediatore di € 666,66 (se si tratta di mediazione obbligatoria *ex lege*) e di € 1.000,00 (per le altre ipotesi previste dall'art. 5 del D. Lgs. 28/2010: mediazione delegata o clausola di conciliazione).

Se la parte chiamata in mediazione si presenta, deve pagare 666,66 € oppure 1.000,00 €. Se non si presenta, pagherà una sanzione di € 660,00 €. Evidentemente la minaccia della sanzione pecuniaria, da sola, serve a poco.

§ 6. Un ultimo punto, ovviamente ancora tutto da verificare alla luce dell'evoluzione dei prossimi anni, è quello che riguarda la proposta del mediatore.

Dai dati disponibili – peraltro relativi solo alle mediazioni esterne al sistema camerale – emerge che essa viene avanzata dal mediatore di propria iniziativa in meno dell'1% dei procedimenti di mediazione, e su richiesta congiunta delle parti solo nello 0,5% dei casi.

Una volta fatta, la proposta viene accettata nel 28,5% dei casi, e rifiutata da una o da entrambe le parti nel 71,5% dei casi.

Vi è poi da aggiungere che, nelle ipotesi in cui la proposta è rifiutata, è ancora tutto da vedere se essa abbia i requisiti perché operi la previsione di cui all'art. 13 del D. Lgs. 28/2010²¹. Infatti,

²⁰ Il riferimento, com'è chiaro, è all'art. 115 c.p.c., che – dopo la riforma del 2009 – obbliga l'attore, quando il convenuto sia contumace, a dimostrare tutti i fatti costitutivi del suo diritto mentre, se il convenuto è costituito, egli può limitarsi a dimostrare i fatti specificamente contestati dal convenuto

²¹ Il quale, lo ricordiamo, stabilisce che «quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di

perché ciò accada, occorre che il contenuto della proposta sia omogeneo rispetto al contenuto della decisione del giudice: e quindi è necessario che la mediazione abbia carattere valutativo, il che si verifica quando ciò di cui si parla nel procedimento di mediazione attiene alla fondatezza della rispettive pretese. Se, invece, come di solito accade, la mediazione ha carattere facilitativo, e quindi nel procedimento di mediazione si parla di bisogni ed interessi, l'eventuale proposta del mediatore ha contenuto disomogeneo rispetto alla futura decisione, e dunque non è valutabile in termini di corrispondenza / non corrispondenza con la sentenza. Bisogni ed interessi da un lato, e diritti dall'altro si pongono su piani diversi e non commensurabili fra di loro.

Occorre, poi, considerare che – al di là della concreta utilizzazione dell'istituto – la finalità deflativa che il legislatore intendeva perseguire con la proposta del mediatore difficilmente può essere raggiunta, perché è lo stesso istituto ad essere stato mal consegnato, in quanto le conseguenze che l'art. 13 del D. Lgs. 28/2011 ricollega alla mancata accettazione della proposta del mediatore costituiscono un deterrente solo per l'attore (*rectius*, per chi richiede una prestazione) e non già per colui, nei cui confronti la pretesa è avanzata.

Basta un esempio per dimostrare quanto affermato: si immagini che Tizio avanzi nei confronti di Caio una pretesa al risarcimento di un danno. Il mediatore propone 100. Se Tizio non accetta, ed il giudice riconosce che egli ha diritto a 100, Tizio paga le proprie spese, quelle di Caio e versa all'erario un'ulteriore somma pari al contributo unificato. Se Caio non accetta, e il giudice riconosce che Tizio ha diritto a 100, Caio paga le proprie spese, quelle di Tizio e versa all'erario un'ulteriore somma pari al contributo unificato. Se non vi è una proposta, Caio paga comunque le spese proprie e quelle di Tizio. Dunque, se Caio non accetta la proposta, l'unica differenza per lui è solo il pagamento in più di una somma pari al contributo unificato. Dall'altro lato Caio, non accettando la proposta e pagando dopo tre anni (tempo medio di un processo di primo grado), ha il vantaggio di finanziarsi, in questi tre anni, a spese di Tizio ed al tasso di interesse legale.

Dicevamo poc'anzi che, per concludere un accordo, questo deve essere valutato conveniente da tutte le parti: più in generale, dunque, ed anche a prescindere dalla proposta del mediatore, che convenienza ha Caio a conciliare, se il mancato accordo gli consente di finanziarsi al tasso di interesse legale durante tutto il tempo necessario per arrivare ad una sentenza di primo grado?

Il fatto è che il legislatore, per cercare di diminuire il carico giudiziario, cerca con tutta una serie di strumenti di disincentivare le domande, ma non fa niente per impedire che si realizzi la necessità di proporre la domanda stessa. Il comportamento <<colpevole>> è individuato dal legislatore, in

un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4>>.

maniera miope e meccanica, in quello di chi si rivolge al giudice: nessuna attenzione è rivolta a scoraggiare il comportamento di chi mette la controparte in condizione di doversi rivolgere al giudice.

Il meccanismo deflativo, a parte ogni altra considerazione sulla sua concreta possibilità di funzionare, avrebbe avuto senso se si fosse minacciato il preteso obbligato non già del pagamento delle spese processuali – che egli comunque sarebbe tenuto a pagare – ma, ad es., del pagamento degli interessi al tasso del 10%, o di una sanzione pecuniaria pari al 30% del capitale.

§ 7. Avevamo accennato all’inizio che dal 2010 la mediazione si trova in uno stato di veloce evoluzione.

La mediazione obbligatoria è stata fatta oggetto di contestazioni, più o meno strumentali, in parte infondate – perché proprio i rapporti di questi anni hanno evidenziato che non esiste una sensibile differenza fra gli esiti positivi della mediazione volontaria e gli esiti positivi di quella obbligatoria – ma in parte sicuramente fondate, perché non è opportuno e tutto sommato neppure possibile utilizzare la mediazione per finalità deflative del carico giurisdizionale: soprattutto, poi, quando gli incentivi / disincentivi delineati dal legislatore sono stati costruiti male, come abbiamo appena constatato. Tuttavia, è anche indubbio che la mediazione non avrebbe ricevuto, nel bene o nel male, così tanta attenzione se non fossero state previste delle fattispecie di obbligatorietà.

L’importante è continuare a diffondere pazientemente la cultura della mediazione, consapevoli che sarà necessario un cambio generazionale perché gli operatori giuridici perdano quella mentalità statolatrica che si è affermata nell’ultimo secolo e mezzo, e gli avvocati ritornino a svolgere il loro vero compito – *cavere, consulere, agere* – smettendo di fungere da meri intermediari fra la parte ed il giudice.