

TOMASO GALLETTO

“PROFILI CRITICI NELLA ATTUAZIONE DELLA DELEGA LEGISLATIVA IN MATERIA DI CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE”

SOMMARIO : 1. Premessa.- 2. Mediazione “facilitativa” e valutativa”.- 3. Mediazione obbligatoria e facoltativa.- 4. Le scelte del legislatore delegato ed i profili di criticità.- 5. Il ruolo degli avvocati: il compito degli ordini forensi e i doveri del singolo professionista.- 6. Gli organismi “speciali” di conciliazione.- 7. La “competenza” degli organismi.- 8. Mediazione e arbitrato.- 9. Miti e realtà della conciliazione.-

* * *

1. PREMESSA.

In attuazione della delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali, contenuta all’art. 60 della legge 19 giugno 2009 n. 69, l’Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia ha predisposto con sollecitudine uno schema del decreto legislativo destinato a regolare la materia.

Il testo ministeriale, reso noto a metà novembre 2009, si ispira ai contenuti della recente direttiva dell’Unione europea in materia (direttiva n. 52/2008) e tuttavia se ne discosta sotto diversi profili operando scelte che appaiono discutibili alla luce dell’esperienza che negli ultimi decenni è maturata – sia a livello internazionale che interno – nel campo della composizione amichevole delle controversie in materia civile e commerciale.

E’ su queste scelte assai discutibili che sembra utile appuntare maggiormente l’attenzione.

In questa prospettiva le osservazioni che seguono non si configurano quale organico commentario dello schema legislativo in esame, e sono invece intese a sottolineare quegli aspetti che suscitano le maggiori perplessità.

Di esse si cercherà di dare conto, assai sinteticamente, attraverso le considerazioni che seguono.

Prima di affrontare nel merito le questioni originate da talune scelte (opinabili) operate dagli estensori dello schema legislativo è comunque opportuno richiamare brevemente alcuni aspetti che assumono particolare rilievo nella materia della conciliazione stragiudiziale delle controversie civili.

2. MEDIAZIONE “FACILITATIVA” E “VALUTATIVA”.

Tra i diversi tipi di procedure conciliative si distingue principalmente tra “*conciliazione facilitativa*” (*facilitative mediation*) e “*conciliazione valutativa*” (*evaluative mediation*).

Nella prima il conciliatore deve guidare la discussione delle parti finché queste non abbiano, autonomamente, trovato un punto di incontro nei rispettivi interessi; si tratta di una procedura che può risultare talvolta lenta poiché il conciliatore non può proporre alcuna soluzione di tipo impositivo.

Nella seconda ipotesi, invece, l’attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione; sono previste delle sedute private in cui le parti in piena libertà possono descrivere il loro punto di vista, presentare documenti e ipotizzare gli aspetti della vicenda su cui sono disposti a raggiungere un accordo; una volta esaminati i diversi aspetti della controversia, spetta al conciliatore proporre una ipotesi risolutiva tentando di convincere le parti ed accettarla.

In merito è stato osservato come il primo tipo di conciliazione appaia più efficace tenuto conto che prevede una scelta liberamente presa dalle parti – le quali sostanzialmente temono invece di doversi adattare a imposizioni di terzi esterni – ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione.

Di fatto, tanto la direttiva comunitaria (n. 52/2008) quanto la Legge Modello in tema di conciliazione internazionale approvata dalla Assemblea Generale della Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (UNCITRAL) nella seduta del 24 gennaio 2003 hanno privilegiato l’opzione per la mediazione “*facilitativa*”, riservando alla richiesta congiunta delle parti l’intervento “*valutativo*” del mediatore.

3. MEDIAZIONE OBBLIGATORIA E FACOLTATIVA.

Un altro aspetto fondamentale della conciliazione riguarda la obbligatorietà o meno dell’esperimento del tentativo di accordo amichevole.

Secondo opinione largamente diffusa l'essenza del fenomeno della conciliazione stragiudiziale consiste nella "volontarietà" dell'accesso alla mediazione assistita e nella "non vincolatività" dell'esito di essa senza il consenso delle parti.

In questa prospettiva si ritiene che il legislatore debba astenersi dall'imporre il ricorso a forme di conciliazione stragiudiziale (o quanto meno limitare grandemente le ipotesi di obbligatorietà), proprio per preservare il carattere genuinamente "volontario" del ricorso alla conciliazione.

L'esperienza non solo (italiana) insegna invero che ove le parti siano obbligate ad un tentativo di conciliazione anteriormente all'introduzione del processo, spesso la vicenda si esaurisce con un nulla di fatto, perché le parti vivono questa opportunità come un ostacolo (formale) che occorre superare per poter instaurare la controversia in sede giudiziale.

4. LE SCELTE DEL LEGISLATORE DELEGATO ED I PROFILI DI CRITICITÀ.

Veniamo ora alle scelte privilegiate nello schema di decreto legislativo in esame.

Sin dalla definizione dell'attività di mediazione (art. 1, lett. a)) compare l'ipotesi della mediazione "valutativa" che si sostanzia "nella formulazione di una proposta per la risoluzione" (della controversia).

Ma è all'art. 11 che l'opzione per la mediazione "valutativa" si profila netta. Si prevede infatti che quando l'accordo non è raggiunto direttamente dalle parti il mediatore debba formulare "una proposta di conciliazione" previa informazione alle parti sulle possibili conseguenze di cui al successivo art. 13 (regolazione delle spese del futuro giudizio a carico della parte che abbia rifiutato la proposta se il provvedimento giurisdizionale corrisponde al contenuto di essa).

Questa scelta suscita rilevanti perplessità perché vulnera, di fatto, un principio cardine della mediazione/conciliazione stragiudiziale: quello della riservatezza del relativo procedimento. Il verbale di mancato accordo sulla proposta del conciliatore è destinato a (poter) trasmigrare nel fascicolo del procedimento giurisdizionale, sia pure al dichiarato fine di consentire la regolazione delle spese (anche) in deroga al principio della soccombenza. Non solo. Per poter formulare la proposta il mediatore non potrà che fare riferimento alle informazioni che ciascuna delle parti avrà fornito nella aspettativa che esse non avrebbero potuto essere utilizzate a suo danno.

La funzione aggiudicativa che in tal modo viene assegnata al procedimento conciliativo non trova giustificazione né nella disciplina comunitaria (che non menziona l'ipotesi della mediazione "valutativa") né al prototipo di immediato riferimento, costituito dal

procedimento in tema di conciliazione societaria di cui agli artt. 38-40 del D.lgs. 5/2003 che la prevede soltanto a fronte della concorde richiesta delle parti.

Anche il recente intervento legislativo in materia di procedure di conciliazione e arbitrato nelle controversie tra risparmiatori e intermediari finanziari (D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179 e regolamento attuativo adottato dalla Consob con delibera 16763 del 29 dicembre 2008) nel rinviare alle preesistenti disposizioni in tema di conciliazione societaria ha escluso l'ipotesi di mediazione "*valutativa*" salvo concorde richiesta delle parti.

La diversa scelta ipotizzata dal legislatore delegato si pone quindi in netta controtendenza rispetto alla linea tracciata sia con il D.lgs. 5/2003 sia con i successivi provvedimenti settoriali in materia di conciliazione, che a tale schema base hanno fatto rinvio.

D'altra parte non può sfuggire che l'obbligo per il mediatore di formulare "comunque" una proposta nell'ipotesi in cui le parti non raggiungano direttamente tra loro un accordo, obbligo imposto senza alcun temperamento riferito alla natura della controversia e al grado di conoscenza dei fatti che il mediatore sia stato posto in condizione di acquisire, pone le premesse affinché le parti affrontino il tentativo di conciliazione con cautela e circospezione.

Situazione questa in cui viene mortificata l'essenza dell'istituto della conciliazione stragiudiziale, che presuppone un approccio non circospetto alla negoziazione.

L'obbligo (e non la facoltà) per il mediatore di formulare una proposta destinata a trasmigrare – se non accettata – nel futuro processo per assumere rilievo ai fini della regolazione delle spese sembra porre le premesse per il fallimento della iniziativa.

Altra scelta che è destinata a far discutere riguarda la previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione (a pena di improcedibilità) rispetto ad una vasta gamma di controversie.

Dispone in proposito l'art. 5 dello schema di decreto legislativo che l'esperimento del tentativo di conciliazione è "*condizione di procedibilità*" di azioni relative a controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa (o altro mezzo di pubblicità), contratti assicurativi, bancari e finanziari (per questi ultimi rinviando ai procedimenti previsti dalle norme di settore: l'art. 128-bis del Testo Unico Bancario, D.Lgs. 385/93, nonché la delibera attuativa del CICR in data 29 luglio 2008 n. 275 per i contratti bancari e il già citato D.Lgs. 179/2007 e la delibera CONSOB n. 16763 del 29.12.2008 per i contratti dei risparmiatori).

La norma non prende in considerazione il procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di utenza delle telecomunicazioni, che è destinato a sopravvivere (anche per effetto della norma di chiusura di cui all'art. 23 comma 2).

L'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249, invero, prevede che le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia debbono essere precedute, a pena di improponibilità, da un tentativo di conciliazione da esperirsi davanti al Comitato Regionale per le Comunicazioni (CORECOM) competente per territorio, secondo il procedimento disciplinato dai successivi regolamenti di attuazione.

In questa scelta si sostanzia la finalità deflattiva del contenzioso civile che è assegnata al provvedimento legislativo in itinere. Gli uffici ministeriali stimano in circa un milione l'anno i procedimenti civili interessati dalla nuova condizione di procedibilità.

Rispetto a tale scelta si evidenziano rilevanti profili problematici che conviene esaminare partitamente.

La relazione di accompagnamento all'articolato si fa carico di un primo rilevante profilo di criticità costituito dalla verifica della compatibilità della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione con l'esercizio del diritto di agire in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost.

La relazione conclude, sul punto, per la compatibilità costituzionale del sistema alla luce dei precedenti della Consulta rispetto ad analoghe previsioni legislative che pongono l'esperimento di un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale (controversie di lavoro e controversie agrarie, per citare le più rilevanti ipotesi).

E' probabile che sotto questo profilo non venga ravvisata una violazione dell'art. 24 Cost., proprio in funzione del rilevante interesse pubblico sotteso alla finalità deflattiva del contenzioso che, in ipotesi, la disposizione in esame vuole (vorrebbe) conseguire.

E' sotto un altro profilo che possono avanzarsi dubbi di legittimità costituzionale della condizione di procedibilità che il legislatore delegato vorrebbe introdurre.

La legge delega, infatti, non contiene alcun principio o direttiva che legittimi la scelta del legislatore delegato, né tale scelta può trovare giustificazione nella direttiva comunitaria n. 52/2008: anzi, la legge delega sembra orientata ad indirizzare il legislatore delegato a modellare il proprio intervento sulla falsariga del D.Lgs. 5/2003 il quale, come è noto, non prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa prospettiva l'ipotesi di incostituzionalità per eccesso di delega si rivela non improbabile.

Ma alla scelta in discussione si possono muovere altre obiezioni.

Intanto, la vastità e l'eterogeneità delle materie in cui la condizione di procedibilità è destinata ad operare.

Il catalogo delle materie è invero molto vasto e spazia da istituti nei quali il contenzioso è oggettivamente esasperato e troppo gravoso per l'amministrazione della giustizia (il condominio) a vicende che hanno un effetto inflattivo della giustizia civile assai moderato (la diffamazione a mezzo stampa).

Indipendentemente dai rilievi che precedono, poi, è intuitivo che la pretesa di fronteggiare – secondo le stesse previsioni ministeriali – circa un milione di tentativi obbligatori di conciliazione per ciascun anno sembra oggettivamente irrealistica, anche alla luce della fallimentare esperienza della conciliazione obbligatoria in materia di lavoro.

Per poter dare una risposta efficiente alla prevista domanda di conciliazione (obbligatoria) occorrerebbero (decine di) migliaia di mediatori professionali e una diffusione capillare degli organismi di conciliazione.

In assenza di uno straordinario impegno dell'avvocatura non è prevedibile che la domanda (indotta) di conciliazione possa trovare adeguata risposta ed è per contro del tutto verosimile il rischio che il tentativo di conciliazione si concreti in un differimento puro e semplice dell'inizio del processo.

5. IL RUOLO DEGLI AVVOCATI: IL COMPITO DEGLI ORDINI FORENSI E I DOVERI DEL SINGOLO PROFESSIONISTA.

Il ruolo fondamentale assegnato all'avvocatura nell'ambito della conciliazione stragiudiziale è riconosciuto dalla stessa legge delega con la previsione che i consigli degli ordini forensi possono costituire organismi di conciliazione avvalendosi del proprio personale ma utilizzando locali loro messi a disposizione dall'amministrazione della giustizia.

L'art. 18 dello schema di decreto legislativo ripete sostanzialmente le disposizioni della delega, aggiungendo che gli organismi di conciliazione istituiti dai consigli degli ordini forensi potranno usufruire di locali loro messi a disposizione dal Presidente del Tribunale.

Anche alla luce di quanto si è in precedenza osservato in merito alle numerose ipotesi di conciliazione obbligatoria emerge con evidenza il ruolo fondamentale assegnato ai consigli degli ordini forensi.

Questi sono chiamati ad una grande responsabilità, ben avvertita dal Consiglio Nazionale Forense che ha costituito una apposita commissione i cui lavori sono tra

l'altro finalizzati alla predisposizione di un regolamento-tipo per i procedimenti di conciliazione amministrati presso i vari consigli degli ordini e delle più appropriate regole di formazione dei mediatori, attraverso corsi di perfezionamento a ciò specificamente dedicati.

Non vi è dubbio che gli organismi istituiti dai consigli degli ordini forensi sono destinati a costituire l'ossatura fondamentale, omogeneamente radicata sul territorio, dell'intero sistema di conciliazione stragiudiziale delle controversie.

Si tratta quindi di una grande sfida che l'avvocatura può affrontare cogliendo l'opportunità di lavoro che essa offre per i giovani avvocati: essi infatti possiedono già le nozioni giuridiche di base indispensabili per assistere le parti nella redazione di un accordo valido ed eseguibile anche coattivamente e potranno rapidamente acquisire, attraverso la frequenza ad appositi corsi, la specifica professionalità del mediatore che coinvolge diverse discipline (dalla psicologia all' "*arte della negoziazione*", disciplina quest'ultima che in molti paesi ha ormai dignità scientifica).

Sarebbe importante che il legislatore delegato tenesse in gran conto i suggerimenti che provengono dall'avvocatura e che sono finalizzati a migliorare l'efficienza del sistema. Soltanto un convinto coinvolgimento della classe forense, infatti, può determinare le condizioni necessarie per il successo della conciliazione stragiudiziale.

Venendo ora ai doveri dell'avvocato, si osserva che la bozza di decreto legislativo (art. 4, ultimo comma) prevede l'obbligo per il professionista "*nel primo colloquio con il cliente*" di informare quest'ultimo, chiaramente e per iscritto, della possibilità di usufruire delle forme di conciliazione previste nel decreto e delle agevolazioni fiscali che ad esse sono connesse.

In difetto di informazione scritta la norma sanziona di nullità il contratto d'opera professionale dell'avvocato. Il documento contenente le richieste informazioni deve altresì essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio e in difetto sarà il giudice d'ufficio a informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

La relazione illustrativa, per parte sua, chiarisce che la nullità del contratto d'opera non si riverbererebbe sulla procura alla lite, che trova la sua autonoma disciplina nella legge processuale, e configurerebbe una "nullità di protezione" in favore del cliente. Si evidenzia altresì, nella relazione, l'opinione che il mero vincolo disciplinare al rispetto della previsione in tema di informativa al cliente non sarebbe sufficiente allo scopo.

Rispetto alle previsioni in esame possono essere mossi numerosi rilievi.

Intanto è opportuno osservare che sul punto la legge delega (art. 60, comma 3, lettera n) della legge n. 69/2009) si limita a prevedere "il dovere" dell'avvocato di informare il

cliente della possibilità di avvalersi della mediazione assistita. Ne consegue che la previsione sanzionatoria della nullità del contratto d'opera professionale in difetto della prescritta informativa potrebbe configurare un eccesso di delega con conseguente incostituzionalità della disposizione non sorretta da specifica indicazione legislativa che la legittimi.

Ma anche volendo superare il possibile rilievo di eccesso di delega, sfuggono le ragioni della previsione in esame.

E' noto infatti che una delle situazioni tipiche riconducibili alla funzione dell'azione di indebito arricchimento di cui all'art. 2041 cod.civ. è proprio quella del contratto nullo in cui una delle parti abbia eseguito la sua prestazione. Ne consegue che dalla nullità del contratto d'opera professionale per difetto della richiesta informativa deriverà il diritto dell'avvocato che abbia eseguito il mandato professionale ad agire per indebito arricchimento.

Il Consiglio Nazionale Forense ha espresso netto dissenso rispetto all'ipotesi di nullità del contratto d'opera introdotta dalla bozza e non è escluso un ripensamento ministeriale in proposito.

L'effetto deterrente della sanzione disciplinare per violazione dell'obbligo di informativa al cliente, infatti, non dovrebbe essere sottovalutato; per rendere più efficace tale sanzione sarebbe sufficiente la previsione dell'obbligo del giudice, che verifichi il mancato deposito del documento contenente le prescritte informazioni, di procedere d'ufficio alla segnalazione del fatto al competente consiglio dell'ordine.

6. GLI ORGANISMI “SPECIALI” DI CONCILIAZIONE.

Fermo restando il ruolo preminente assegnato all'avvocatura nella istituzione di organismi di conciliazione, lo schema di decreto legislativo all'art. 19 prevede che altri consigli degli ordini professionali possano – previa autorizzazione ministeriale – costituire “*organismi speciali*” di conciliazione.

Secondo quanto emerge dalla relazione illustrativa questi “*speciali*” organismi di conciliazione dovrebbero avere una competenza limitata alle specifiche materie tecniche oggetto delle varie professioni regolamentate (medici, ingegneri, commercialisti e così via).

Da un lato è evidente la differenziazione di questi “*speciali*” organismi di conciliazione rispetto a quelli istituiti dai consigli degli ordini forensi: questi ultimi godono, per così dire, di una competenza generale, indipendentemente dalla materia del contendere. Dall'altro lato, tuttavia, non si può non rilevare che rispetto all'ambito di operatività

degli “*speciali*” organismi di conciliazioni istituiti dai consigli degli ordini professionali diversi da quelli forensi si pone un problema delicato.

Ove la materia del contendere coinvolga un appartenente all’ordine che gestisce l’organismo di conciliazione, infatti, vengono necessariamente messi in discussione i profili di imparzialità e di indipendenza che connotano la figura del mediatore.

Di tale situazione si è dimostrato consapevole il legislatore in materia di arbitrato amministrato, prevedendo all’art. 832 c.p.c. che *“le istituzioni a carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi delle categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi”*.

Si potrà naturalmente obiettare che le due situazioni non sono equiparabili perché quella presa in considerazione dall’art. 832 c.p.c. riguarda una procedura aggiudicativa in senso stretto qual è l’arbitrato e non una procedura conciliativa, ma resta il fatto – ineliminabile – della dubbia sussistenza, nell’ipotesi considerata, dei necessari requisiti di terzietà del mediatore.

7. LA “COMPETENZA” DEGLI ORGANISMI.

Un aspetto della normativa in itinere che merita particolare attenzione è quello dell’accesso ai vari organismi di conciliazione.

La modalità di avvio del procedimento si sostanzia nel deposito della domanda di conciliazione presso un organismo abilitato (art. 4 della bozza). Nulla si dispone in ordine ai criteri di individuazione di tale organismo, consentendo così alle parti, ma anche a quella che unilateralmente decide di avviare la procedura, di scegliere liberamente a quale organismo rivolgersi.

L’unico criterio richiamato per la selezione tra più domande di conciliazione relative alla medesima controversia è quello della prevenzione, ancorata al dato temporale del deposito della prima domanda.

La relazione ha cura, in proposito, di precisare le ragioni della scelta di non ancorare l’accesso alla conciliazione a rigidi criteri di competenza *“territoriale”*, ravvisate da un lato nelle difficoltà applicative anche ai fini della risoluzione di contrasti sulla scelta e, dall’altro, nella previsione che – almeno in alcune materie – gli organismi di conciliazione *“ben difficilmente conosceranno una distribuzione così capillare da riprodurre la competenza degli uffici giudiziari”*.

E’ innegabile che l’introduzione di qualsiasi criterio selettivo della *“competenza”* degli organismi di conciliazione in ragione della loro ubicazione territoriale ponga delicate

questioni (quale criterio adottare? Chi decide sui conflitti di competenza?) e che la soluzione più semplice è quella al momento ipotizzata.

Ma se le ragioni che inducono a prevedere l'assenza di regole sulla competenza territoriale si giustificano certamente con riferimento all'ipotesi della conciliazione volontaria, molti dubbi in proposito si pongono con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa ipotesi, infatti, il legislatore intende porre una “*condizione di procedibilità*” dell'azione giurisdizionale costituita dall'esperimento del tentativo di conciliazione.

Ma in tutte le ipotesi in cui il legislatore impone un tentativo obbligatorio di conciliazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, si rinviene una precisa individuazione dell'organismo incaricato della relativa procedura (così in tema di controversie di lavoro l'art. 410 c.p.c.; in materia agraria l'art. 46 della legge n. 203/82; in tema di telecomunicazioni l'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249 e regolamenti attuativi; in tema di sub-fornitura l'art. 10 della legge 18 giugno 1998 n. 192, per citare le principali ipotesi).

L'attuale previsione della bozza di decreto legislativo prevede non solo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in un rilevante elenco di materie (riferibili a circa un milione di controversie per ciascun anno), ma anche l'obbligatorietà della mediazione “*valutativa*” in caso di insuccesso di conciliazione su base volontaria.

In questa prospettiva la previsione che il tentativo di conciliazione debba avere luogo davanti ad un organismo avente sede nell'ambito della circoscrizione territoriale del giudice che sarebbe competente per il merito della controversia sembrerebbe auspicabile.

Resta naturalmente aperto il problema relativo alla regolamentazione dei possibili contrasti sulla competenza territoriale dell'organismo adito, ma si tratta di un problema comune a tutti i tentativi obbligatori di conciliazione già noti, rispetto ai quali il legislatore non ha apprestato alcun rimedio esplicito: in ogni caso potrebbe essere previsto che l'organismo di conciliazione debba verificare d'ufficio la propria competenza ai fini dell'utile esperimento del tentativo di conciliazione obbligatorio.

8. MEDIAZIONE E ARBITRATO.

Per quanto concerne il rapporto tra mediazione ed arbitrato la bozza di decreto legislativo (art. 5, comma 7) prevede che il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie individuate costituisca altresì condizione di procedibilità dell'arbitrato previsto dalle parti per la risoluzione dei loro conflitti.

Le ragioni di tale previsione sono giustificate dalla relazione accompagnatoria con la natura aggiudicativa della pronuncia arbitrale.

Per converso, non si applica all'arbitrato la disciplina delle spese in deroga al principio della soccombenza di cui all'art. 13, perché – sempre secondo la relazione – nel procedimento arbitrale la disciplina delle spese sarebbe “*peculiare*” e non vi sarebbe necessità, per l'arbitrato, di scongiurare l'abuso del processo.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche in sede arbitrale è assai opinabile, in quanto invasiva dell'autonomia privata nel cui ambito, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, si esaurisce il fenomeno arbitrale.

Né sembrano persuasive le argomentazioni, sopra ricordate, con le quali la relazione cerca di giustificare la scelta.

Ancor meno giustificata appare la previsione di una condizione di procedibilità dell'arbitrato alla luce della ratio deflattiva del contenzioso giurisdizionale che giustifica, secondo talune decisioni della Corte Costituzionale, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Detto ciò, non si vuole sostenere in astratto l'incompatibilità della conciliazione con l'arbitrato, ma in concreto l'inopportunità che il tentativo di conciliazione sia obbligatorio anche in presenza di clausola compromissoria o compromesso.

Se è vero, infatti, che nella prassi gli arbitri verificano comunque in via preliminare la sussistenza delle condizioni per giungersi ad una soluzione non contenziosa della controversia, non può sottacersi che le differenze ontologiche tra conciliazione ed arbitrato consentono la coesistenza degli istituti attraverso le cosiddette clausole “multi – step” con le quali le parti prevedono di impegnarsi all'esperimento di un tentativo di conciliazione assistita e, in caso di insuccesso, il deferimento della controversia in arbitrato.

Ma in questa ipotesi si tratta di una scelta volontaria delle parti e non della introduzione di un procedimento obbligatorio nell'ambito dell'autonomia privata.

Nell'attuale assetto dei rapporti tra esercizio della giurisdizione e arbitrato la scelta in discussione costituisce una (probabilmente inutile) forzatura che non merita consenso.

9. MITI E REALTÀ DELLA CONCILIAZIONE.

Occorre fare cenno, in conclusione, a taluni fraintendimenti che spesso accompagnano i dibattiti in tema di conciliazione stragiudiziale.

Questa forma di composizione stragiudiziale delle controversie non può essere mitizzata al punto di farla assurgere al ruolo di soluzione capace di per sé di risolvere le croniche disfunzioni del nostro sistema di giustizia civile.

E' sufficiente leggere le considerazioni di Piero Calamandrei sullo stato della giustizia civile in Italia (nel 1921), recentemente riproposte nel volume "*Sine causidicis*" edito dal CNF, per rendersi conto che la situazione, a quasi un secolo di distanza, non è poi così diversa (o migliore) da quella allora descritta.

Non sarà certo l'ampliamento della ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione che potrà porre rimedio alla inefficienza della giustizia civile, che abbisogna di ben altri interventi che presuppongono peraltro l'utilizzo di risorse oggi (apparentemente) non disponibili.

Anzi, come molti hanno osservato, il successo della conciliazione stragiudiziale presuppone (o dovrebbe presupporre) un efficiente sistema della giustizia civile che induca a preferire la soluzione negoziata al rischio della soccombenza totale in giudizio.

Se poi guardiamo il fenomeno della conciliazione stragiudiziale quale oggi si presenta nel nostro ordinamento possiamo agevolmente constatare che i dati non sono molto confortanti.

E' vero che, alla luce delle statistiche diffuse da UNIONCAMERE (le uniche disponibili), nell'ultimo decennio si è assistito ad una crescita esponenziale delle conciliazioni (peraltro con diffusione non omogenea nel territorio): ma si tratta di poche migliaia di controversie evitate, con effetto pressochè nullo sul contenimento del contenzioso.

Un altro mito da sfatare riguarda l'ipotesi, che si vorrebbe accreditare, che la mediazione non ha bisogno degli avvocati, ben potendo le parti raggiungere un accordo soddisfacente con il solo ausilio del mediatore.

Se la situazione giuridica di ciascuna parte non ha formato oggetto di esame da parte di un avvocato non vi sarà consapevolezza dei profili di debolezza di ciascuna posizione, e ciò non favorisce certamente un accordo.

Ancora, non si vede come – senza l'ausilio di un avvocato – le parti possano ragionevolmente confidare sulla efficacia e vincolatività dell'eventuale accordo raggiunto con la sola assistenza di un mediatore non giurista.

La conciliazione ha quindi bisogno degli avvocati per avere successo; beninteso, di avvocati che ne abbiano colto le molte opportunità positive per la categoria.

Questa è la vera sfida che l'introduzione di un sistema organico di conciliazione stragiudiziale pone all'avvocatura. Ed è una sfida che si può vincere.