

PERCHE' AVVALERSI DELLA CONCILIAZIONE

Sommario: 1. La delega in materia di conciliazione e mediazione – 2. Il modello di conciliazione adottato dal rito societario. – 3. Metodi di gestione dei conflitti. – 4. Il diritto come strumento di convivenza. – 5. L'interesse degli avvocati alla definizione delle liti. - 6. La formazione del ceto forense. – 7. La formazione alla conciliazione. – 8. La mediazione. – 9. Il ruolo dell'avvocato. – 10. Tempi e costi. - 11. Merito. - 12. Conclusioni.

1. In data 26 maggio 2009 il Senato ha approvato definitivamente il cd. “*collegato alla finanziaria*” (D.D.L. n.1082–B), che all'art. 61 attribuisce la delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Tale provvedimento di delega fissa principi e criteri direttivi cui il Governo si dovrà attenere e che si ritiene opportuno riportare integralmente in calce al presente scritto per prontezza di riferimento, ancorché non appaiano comportare necessariamente alcun radicale mutamento della conciliazione/mediazione già introdotta per i rapporti rientranti nell'ambito del rito societario dagli artt. 38, 39 e 40 del D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, che pure si riportano in calce e la cui applicazione è stata in seguito estesa anche ad altri settori per effetto di specifici richiami legislativi¹.

Nell'ambito della riforma del processo civile, in cui si inquadra la disciplina citata sopra, è auspicabile che – fermi sempre gli altri istituti conciliativi conosciuti dall'ordinamento in sede sia giudiziale che stragiudiziale - la conciliazione/mediazione del modello societario possa ulteriormente diffondersi ed essere usata consapevolmente dagli avvocati come strumento per la tutela dei propri assistiti, nei casi che si prestano ad essere trattati con tale metodo.

Va ricordato inoltre che in materia di diritti disponibili, anche al di fuori delle materie cui risulta applicabile il D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, è sempre consentito alle parti rivolgersi agli organismi di conciliazione per promuovere una conciliazione *amministrata*, secondo il modello del rito societario da questi enti normalmente adottato dai rispettivi regolamenti, piuttosto che concordare l'esperimento di una conciliazione cd. “*ad hoc*” affidata ad un professionista, con possibilità pure qui di recepire consensualmente tale disciplina, anche se in tutti questi casi il verbale di conciliazione non potrà essere omologato ed avrà quindi unicamente valore contrattuale, senza poter mai costituire titolo esecutivo, come si dirà oltre.

2. La conciliazione prevista dal rito societario viene amministrata da organismi iscritti in un registro presso il Ministero della giustizia che ne certifica la serietà e l'efficienza, in particolare sotto il profilo dell'adeguata formazione dei conciliatori incaricati di svolgere il procedimento e della loro indipendenza, neutralità ed imparzialità.

Il procedimento conciliativo societario, in sintesi, ha natura:

- *volontaria*, per tutte le parti, quanto alla decisione sia di parteciparvi attivamente sia, soprattutto, di concluderlo o meno con un accordo che estingua la disputa;
- *informale*, nel senso che non vi sono particolari regole di procedura salva l'attribuzione al conciliatore di un potere direttivo in senso lato, nonché della facoltà di sentire anche separatamente le parti;
- *riservata* sotto il duplice profilo che - da un lato - quanto portato a conoscenza da ciascun partecipante al conciliatore nel corso dei colloqui separati non potrà essere rivelato agli altri se non previa autorizzazione espressa (cd. “*riservatezza interna*”) laddove – dall'altro lato - nulla di quanto comunque emerga in sede di conciliazione potrà essere rivelato a terzi, né tanto meno utilizzato in seguito come prova in giudizio (cd. “*riservatezza esterna*”).

¹ Richiamano espressamente la conciliazione societaria, ad esempio, l'art. 768 octies c.c. in tema di patti di famiglia e l'art. 7 della L. 6 maggio 2004 n.129 in tema di *franchising*,

- *facilitativa*, a seguito di una modifica legislativa introdotta nel 2004², nel senso che il conciliatore ascolta le parti e le aiuta a negoziare, astenendosi dal fornire qualunque valutazione sulla fattispecie, a meno che in caso di mancato accordo siano le parti stesse a richiedere congiuntamente che il procedimento si concluda con una proposta del conciliatore, nel qual caso la procedura acquista invece natura *valutativa*, con obbligo per i partecipanti di prendere definitivamente posizione rispetto a tale proposta, posizione che nel successivo giudizio avrà rilevanza sulla decisione in tema di spese processuali, così come l'eventuale mancata comparizione di una parte che rifiuti di presenziare alla conciliazione fin dal suo inizio.

Nelle materie previste dal rito societario, ovvero in quelle ove la legge lo richiami espressamente, il processo verbale di conciliazione è infine suscettibile, previa omologa, di costituire titolo esecutivo per l'espropriazione forzata nonché per l'esecuzione in forma specifica, consentendo altresì l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

3. La conciliazione *facilitativa*, articolata nei punti essenziali riassunti sopra, evoca il metodo di soluzione dei conflitti attraverso l'accordo consensuale degli interessati, esercizio di autonomia favorito dalla mediazione del conciliatore.

In linea generale gli uomini per loro natura non vivono isolati, bensì in formazioni sociali, e fin dai tempi più remoti le divergenze insorgenti nei rapporti tra singoli o tra gruppi sono state gestite utilizzando metodi classificabili in buona sostanza secondo tre distinte categorie, incentrate rispettivamente:

I - sull'autonomia ed il reciproco consenso dei soggetti coinvolti;

II - sulla decisione di un terzo investito del compito di individuare la regola di condotta applicabile alla fattispecie;

III - sul potere e la forza³.

Nella realtà della vita i tre metodi succitati spesso si sovrappongono ed intrecciano tra loro, trattandosi di approcci che normalmente vengono tutti presi in considerazione dai consociati.

Così, accordi basati sull'autonomia ed il consenso dei soggetti coinvolti hanno spesso come presupposto tacito le prognosi di ciascuna parte circa un'eventuale decisione affidata ad una autorità esterna ovvero in merito ad una prova di forza, prognosi che finiscono per costituire aspettative rilevanti nel determinare in concreto la condotta delle parti ed il raggiungimento di un accordo tra loro, svolgendo un effetto deterrente.

Sempre in linea generale si può ancora osservare come la ricordata classificazione tripartita valga invariabilmente per tutte le dispute presenti nel consorzio umano, a prescindere dalla gravità del contenzioso e dal numero di soggetti coinvolti, si tratti cioè di questioni relative a due soli individui ovvero ad una singola famiglia, piuttosto che riguardanti aziende o comunità di varie dimensioni, gruppi sociali più o meno organizzati e portatori di un'identità comune, fino ad arrivare ai conflitti tra intere nazioni.

4. Nel mondo odierno l'utilizzo del primo tra i metodi ricordati sopra, quello consensuale, risulta diffondersi e rafforzarsi sulla base di una tendenza generale dei rapporti sociali ad abbandonare modelli gerarchici autoritativi, piramidali, a favore del riconoscimento di una maggiore autonomia e partecipazione dei singoli, fondato sull'idea di uguaglianza e pari dignità tra gli uomini, implicante peraltro un corrispondente aumento della responsabilità individuale.

Nel contempo, se da un lato come si è detto si va diffondendo lo schema dell'autonomia sulla base di relazioni tendenzialmente *inter pares*, dall'altro lato l'accelerazione delle

² Art. 4 comma 1, lett. T) del D. L.vo 6 febbraio 2004 n. 37.

³ "Interessi, diritti e potere sono gli elementi base di ogni conflitto. Per risolverlo le parti possono, ..., riconciliare i loro reali interessi; determinare chi ha giuridicamente ragione; accertare chi è più forte" (Vd. Prof. Giovanni Cosi, Perché Conciliare, pag. 41 ss, dal materiale del Corso di conciliazione commerciale e societaria organizzato dall'Ordine degli avvocati di Milano nei mesi di maggio/giugno 2008).

trasformazioni caratteristica della modernità favorisce obiettivamente l'insorgere di divergenze e tensioni⁴, che a loro volta richiedono strumenti di gestione tempestivi ed efficaci.

Dovrebbe costituire qui un'osservazione del tutto ovvia quella secondo cui il diritto, fenomeno sociale per eccellenza, offre ai consociati lo strumento naturale per risolvere i conflitti tra loro in modo autonomo e consensuale, ancorché non si possa certo dire che tale compito risulti agevole.

Nel corso della propria formazione invero, sin dall'inizio degli studi universitari, il giurista interiorizza la nozione istituzionale di contratto, il dispositivo umano incentrato per eccellenza sull'autonomia ed il consenso, nel cui ambito si enuclea in particolare la categoria del contratto di scambio, con cui in definitiva viene composta in una sintesi la divergenza tra soggetti con interessi contrapposti e relativi a distinti beni della vita, nonché del contratto associativo o con comunione di scopo, mediante il quale viene programmata un'attività in comune, nel cui ambito le parti cooperano tra loro per il raggiungimento di obiettivi condivisi.

Risulta così davvero paradossale che oggi il diritto, nonostante la sua natura obiettiva di strumento della convivenza civile le cui regole innervano la società, venga comunemente evocato soprattutto – e forse soltanto - sotto gli aspetti della patologia, quando sulla base della violazione reale o presunta di una norma giuridica si richiede l'intervento del giudice affinché sancisca una regola di condotta in maniera autoritativa per le parti.

Il fatto poi che il ceto forense venga normalmente visto in collegamento esclusivo alla lite giudiziaria non è il prodotto di una necessità storica bensì il frutto di un mero pregiudizio, quando non di un vero e proprio fenomeno di “*proiezione*” in cui le parti si scaricano del peso inerente i propri sentimenti poco edificanti o negativi attribuendoli ai loro avvocati, dai quali si recano con il desiderio che combattano i propri nemici.

5. Al di là invero dei luoghi comuni sugli avvocati interessati a promuovere giudizi inutili ed a prolungare la durata delle cause, raffigurazioni grottesche e caricaturali ben note e su cui non c'è qui bisogno certo di soffermarsi⁵, nei compiti di diligente assistenza dell'avvocato rientra pacificamente quello di sconsigliare il proprio assistito dall'intraprendere iniziative giudiziarie temerarie ovvero anche soltanto inutili, come ad esempio quando il risultato ottenibile con una sentenza potrebbe essere raggiunto mediante un accordo consensuale negoziato con la controparte⁶.

Costituisce peraltro un'osservazione di mero senso comune, quella secondo cui il raggiungimento di un risultato utile in concreto per il proprio assistito in tempi ragionevoli consente di meritare compensi non certo inferiori a quelli ottenibili nel corso di una vertenza destinata a languire per anni, tanto più che la stesura di una transazione preventiva rispetto ad un giudizio attribuisce all'avvocato il diritto di richiedere legittimamente gli onorari proporzionali corrispondenti, come previsto dalla tariffa.

Sotto questo profilo non v'è chi non veda come, dalla lunghezza delle cause e dalle disfunzioni della giustizia, che non facilitano certo i componenti bonari, alla fin fine i primi a risultare pregiudicati siano proprio gli avvocati, intesi come categoria nel suo insieme ed a prescindere da singoli casi di professionisti che in spregio a qualunque scrupolo riescono ad avvantaggiarsi della pendenza di un giudizio, casi patologici peraltro marginali, ancorché esistenti e da perseguire nelle sedi competenti con gli strumenti adatti a prendersi cura delle patologie.

E' superfluo dire, infine, che l'ottenimento di un risultato utile in concreto per il cliente, a

⁴ Vd. S. Castelli, *La mediazione* Milano 1996, 7 ss.

⁵ Del resto si tratta di un vezzo ben risalente, basti pensare alla nota frase del personaggio dell'Enrico VI di Shakespeare: “*The first thing we do, let's kill all the lawyers*”.

⁶ Si veda a riguardo in particolare l'art. 36 I del vigente Codice Deontologico Forense.

prescindere dal guadagno immediato di cui si è detto sopra, consente altresì all'avvocato di consolidare nel tempo il rapporto con i propri assistiti e promuoversi efficacemente con il metodo pubblicitario che da sempre gli è permesso, cioè il cd. "passaparola".

6. Le osservazioni di cui al punto precedente hanno carattere pragmatico e sono ispirate al senso della realtà, perché sussistono obiettive ragioni di convenienza affinché il ceto forense, lungi dal fomentare le liti, si occupi del loro componimento, in un mondo in cui tale competenza tende a costituire una risorsa sempre più richiesta e preziosa, tanto più che gli avvocati si trovano in una posizione privilegiata per cogliere i paradossi del pensiero e della comunicazione, di regola implicati nelle dispute⁷.

La classe forense nel suo insieme, peraltro, non è esente da responsabilità se gli avvocati vengono considerati, anche a prescindere dalle patologie, come maggiormente interessati al litigio che alla definizione bonaria e se sono spesso imbevuti di cultura cd. "avversariale" tale da rendere loro più facile promuovere e coltivare una causa che non assistere le parti in sede di trattativa negoziale, alla ricerca di un componimento bonario della disputa.

Sin dall'ambito formativo – sia detto con il dovuto rispetto e tutta l'umiltà del pratico – l'università non pare invero curarsi di coltivare nei giuristi le competenze utili a comporre i conflitti, anche per un pregiudizio invalso in forza del quale viene tradizionalmente privilegiato l'approccio razionalistico proprio delle scienze esatte, alle quali il giurista guarda quasi con un senso di inferiorità visti gli straordinari risultati dell'applicazione tecnologica di tali conoscenze, laddove vengono visti invece con sospetto approcci più umanistici, quali ad esempio quello della psicologia.

Ciò mentre altrove la contaminazione senza pregiudizi tra varie discipline consente sviluppi decisivi, si pensi ad esempio alle ricerche dello psicologo cognitivo Daniel Kahneman al quale è stato assegnato nel 2002 il Premio Nobel per l'economia insieme a Vernon Smith, con la motivazione di avere integrato "risultati della ricerca psicologica nella scienza economica, specialmente in merito al giudizio umano e alla teoria delle decisioni in condizioni d'incertezza"⁸.

Così, agli studenti di legge in una prima fase vengono fornite le nozioni giuridiche istituzionali ed il lessico specialistico corrispondente, per poi impartire loro nei corsi monografici l'insegnamento del ragionamento giuridico, laddove risulta del tutto trascurato l'aspetto relazionale dell'attività del giurista, che si sviluppa in seguito al di fuori dell'università, durante l'esercizio della pratica forense per chi sceglie tale professione, piuttosto che durante l'apprendistato delle rispettive attività, per chi preferisce altri sbocchi.

Le competenze relazionali necessarie a svolgere la professione forense vengono così tradizionalmente acquisite dai giovani avvocati per imitazione e quasi per osmosi, seguendo il *dominus*, il che tra l'altro comporta oggi altresì l'interrogativo, sulla base del numero notevolmente aumentato dei professionisti legali iscritti agli albi negli ultimi anni, circa le effettive possibilità ed occasioni per i più giovani di maturare tali competenze frequentando avvocati più anziani.

7. Il conflitto comporta l'innescò di dinamiche emotive, in chi viene coinvolto, tali da avere implicazioni cognitive, arrivando fino ad impedirgli di prendere in considerazione iniziative e soluzioni del tutto ovvie e di senso comune, per chiunque altro.

Aiutare gli altri a gestire i propri conflitti presuppone così anzitutto un lavoro su sé stessi, il confronto con i propri vissuti e le modalità attraverso cui il proprio stile di relazione si esprime, con una acquisizione di consapevolezza dell'aggressività implicitamente o

⁷ Vd. in particolare la sesta delle sette regole enunciate in Marianella Sclavi, *Arte di ascoltare e mondi possibili*, Milano, 2003.

⁸ Per un approfondimento, si veda il paragrafo *La Teoria del Prospetto* in M. Piattelli Palmarini, *Le scienze cognitive classiche: un panorama*, Torino, 2008, 273 ss.

esplicitamente veicolata nella relazione tra gli individui, nonché delle paure a questa sottostanti.

Chi, pur preparato tecnicamente alla gestione delle dispute, ne resta invischiato, si spaventa o contrattacca alla prima difficoltà relazionale, ben difficilmente potrà aiutare altre persone a trasformare in modo costruttivo e non aggressivo i loro conflitti⁹.

Il lavoro necessario all'avvocato per acquisire le competenze necessarie a svolgere la mediazione, cioè in definitiva ad aiutare gli altri a risolvere i propri conflitti imparando anzitutto ad ascoltarli, attribuisce capacità utilizzabili in tre distinti ambiti:

- I. anzitutto in quello specifico dell'esercizio della mediazione come terzo facilitatore, previa adeguata formazione;
- II. nell'esercizio della professione forense in generale, in cui l'affinamento delle competenze relazionali può essere proficuamente speso dall'avvocato nella propria attività, a cominciare naturalmente dai rapporti con i propri assistiti nonché con i collaboratori, ma anche con le controparti ed i loro professionisti, senza poi trascurare in alcun modo quelli con i giudici ed i loro ausiliari;
- III. su un piano ancora più generale, ma che non va sottovalutato, può poi ben dirsi senza alcuna enfasi che l'acquisizione e l'utilizzo delle competenze relazionali fornisca degli strumenti utili per vivere meglio in tutti i rapporti umani, quindi anche al di fuori dell'attività e della vita professionale.

8. A fronte delle innate potenzialità dell'istituto della conciliazione facilitativa e dell'approccio ad esso sotteso, occorre peraltro avvertire subito che non si tratta di una panacea suscettibile di risolvere magicamente tutti i mali della giustizia, bensì di un procedimento da utilizzare con consapevolezza e prudenza, evitando di alimentare speranze ingenuo e velleitarie, suscettibili di generare in tempi brevi cocenti disillusioni.

La conciliazione non si basa invero su una generica bontà delle intenzioni, ma sull'autonomia e sulla responsabilità individuale nonché sulla convenienza del singolo, e ha natura per così dire *trasversale*, nel senso che prescinde da qualunque professione di fede ideologica.

Considerare poi la conciliazione come rimedio deflattivo del contenzioso ordinario, come sembra alcuni facciano, rischia di essere semplicistico ed improprio perché la conciliazione è anche un *test* di realtà e la parte inadempiente, consapevole delle difficoltà che la controparte incontrerà per ottenere il riconoscimento del suo diritto da una giustizia poco efficace, ben difficilmente si sentirà incentivata a conciliare, tanto meno a condizioni eque.

La conciliazione potrà così coadiuvare un sistema di amministrazione della giustizia efficiente, diminuendone il carico, ma da sola non potrebbe certo mai rimediare, come per magia, al dissesto della giustizia.

La conciliazione può inoltre far emergere del contenzioso sommerso, specie in materia consumeristica, che difficilmente verrebbe portato davanti ai giudici per la esiguità degli importi in gioco ma potrebbe riuscire a trovare voce ed, eventualmente, componimento nell'ambito della giustizia cd. "*coesistenziale*¹⁰", sulla base di ragioni inerenti il rapporto tra le parti, diverse dal timore di soccombenza.

Ancora, nell'ambito del procedimento conciliativo, poiché la soluzione della lite è rimessa in definitiva al consenso delle parti, risulta concreto il rischio che quella più forte o semplicemente più astuta riesca ad ottenere un accordo iniquo: sotto tale profilo diventa senz'altro rilevante l'assistenza dell'avvocato "*con la schiena dritta*" quale difensore tecnico capace di scongiurare tale rischio, visto che al conciliatore - quale terzo - non è consentito di

⁹ Questo periodo ed il precedente sono tratti, quasi letteralmente, dalla presentazione del corso biennale di mediazione dei conflitti di Maria Martello presso l'Università Cà Foscari di Venezia, per l'anno accademico 2007/2008.

¹⁰ Secondo la nota definizione del Cappelletti (vd. Mauro Cappelletti, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 698; Mauro Cappelletti, *Dimensioni della giustizia nella società contemporanea*, Bologna, 1994)

entrare nel merito dell'accordo.

9. In definitiva, come già si è detto, l'avvocato dovrebbe prendere in considerazione la conciliazione come possibile strumento per la tutela degli interessi del proprio assistito, così come prende in considerazione le varie opzioni offerte dall'ordinamento, che come è noto offre gli strumenti dei procedimenti di cognizione, esecutivi o cautelari, nonché la volontaria giurisdizione.

Sotto questo profilo, un primo problema che spesso si pone al pratico è che il proprio assistito, una volta risoltosi a ricorrere all'avvocato per combattere la controparte, possa sentirsi tradito nel vedere che proprio il professionista prescelto allo scopo specifico di litigare gli propone di ricercare una soluzione pacifica, con il rischio oltretutto che la capacità tecnica di tale professionista risulti svalutata nella percezione del cliente.

Così, le competenze relazionali dell'avvocato devono essere utilizzate in primo luogo per gestire l'emotività del proprio assistito e consentirgli di capire correttamente quelli che sono i vantaggi dell'approccio conciliativo e dell'assistenza legale in tale ambito, approccio che non ha alcuna natura irragionevolmente altruistica od imbellè, ma risulta al contrario diretto al lucido e realistico perseguimento dell'interesse individuale.

10. In primo luogo, sul piano dei tempi, la promozione di un tentativo di conciliazione consente di evitare perdite di tempo in trattative inconcludenti suscettibili di protrarsi per mesi, specie nel caso di vertenze sufficientemente complesse o di clienti irrisolti.

La promozione di un tentativo di conciliazione permette invero di verificare la disponibilità della controparte a presentarsi entro un paio di settimane ad un incontro nel corso del quale le possibilità di componimento vengono esplorate insieme al conciliatore, con conseguente definizione della controversia contestuale ovvero, ove si renda necessario un aggiornamento nel caso concreto, entro un termine breve, rimesso comunque alla volontà delle parti.

Nel caso in cui la controparte rifiuti il tentativo di conciliazione o questo abbia esito negativo, la parte assistita dall'avvocato che l'ha proposta potrà far rilevare in modo documentale la circostanza al giudice nella successiva vertenza, stigmatizzando l'intransigenza della controparte ed evitando perdite di tempo in giudizio per ulteriori nuovi tentativi di conciliazione prospettati in tale sede, il che già di per sé non è trascurabile, tenuto conto dei tempi ordinari dei rinvii a tutti noti, necessitati dall'obbiettivo affollamento dei ruoli dei giudici.

Sul piano dei costi, le tariffe degli organismi di conciliazione accreditati presso il Ministero della Giustizia risultano fissate dal regolamento 23 luglio 2004 n. 223 emanato a norma dell'articolo 39 del d. lgs. 5/2003¹¹, secondo parametri che non possono certo definirsi esosi e che nulla vieta di adottare nelle conciliazioni *ad hoc*.

11. Quanto al merito, la conciliazione, o mediazione, offre alle parti coinvolte in dispute

¹¹ Tabella delle indennità allegata al D.M. 23 luglio 2004 n.223

Valore della lite	Spesa	(per ciascuna parte)
Fino a Euro 1.000		Euro 40
da Euro 1.001	a Euro 5.000	Euro 100
da Euro 5.001	a Euro 10.000	Euro 200
da Euro 10.001	a Euro 25.000	Euro 300
da Euro 25.001	a Euro 50.000	Euro 500
da Euro 50.001	a Euro 250.000	Euro 1.000
da Euro 250.001	a Euro 500.000	Euro 2.000
da Euro 500.001	a Euro 2.500.000	Euro 4.000
da Euro 2.500.001	a Euro 5.000.000	Euro 6.000
Oltre Euro 5.000.000		Euro 10.000

economiche – tra imprese o tra imprese e consumatori, ovvero tra privati in generale - la possibilità di scongiurare il ricorso all'autorità giudiziaria valutando soluzioni consensuali a tutto campo, al di fuori della rigidità formale delle procedure giudiziarie, per mettere a fuoco i termini della controversia nonché gli effettivi interessi delle parti e perseguirne il soddisfacimento, valorizzando la responsabilità individuale e salvaguardando la continuità dei rapporti.

Attraverso un procedimento informale le parti, aiutate dal conciliatore quale terzo indipendente/imparziale e con la possibilità di essere assistite dai loro professionisti, vengono ascoltate ed interloquiscono liberamente per ricercare in modo riservato soluzioni condivise e su misura, suscettibili di esecuzione spontanea da parte degli stessi interessati, evitando una sentenza che designi un vincitore ed un vinto desideroso di rivalsa, senza quindi pregiudicare i loro rapporti per il futuro.

Rispetto alla negoziazione diretta, ovvero attraverso professionisti mandatari, va tenuta in debita considerazione la possibilità per ciascuna parte di parlare in tutta libertà nei colloqui separati al conciliatore, che non decide la causa ed è tenuto alla riservatezza, svelandogli informazioni che non sarebbe opportuno fornire alla controparte o al suo legale, ma la cui conoscenza da parte del conciliatore può essere utile per imbastire un accordo proficuo per tutti.

Anche laddove il tentativo di conciliazione non avesse poi esito positivo, il lavoro preparatorio ed il confronto con la controparte, pur nei limiti della riservatezza del procedimento conciliativo che non consente di utilizzare come prova ciò che è emerso, risulterà comunque utile per l'impostazione della successiva vertenza¹², tanto più che le preclusioni processuali oggi vigenti rendono estremamente opportuni programmazione e studio della causa effettuati con congruo anticipo, senza improvvisazioni.

12. In definitiva la conciliazione - o mediazione che dir si voglia - costituisce una tecnica lecita e potenzialmente efficace per il trattamento e la gestione del contenzioso, che dovrebbe quindi far parte del bagaglio di competenze di tutti coloro che se ne occupano per lavoro, a cominciare dagli avvocati, ma non è una sorta di missione salvifica diretta a purificare il mondo dai conflitti ed a pacificarlo¹³, quasi fosse una pratica magica.

Gli avvocati che propongono tale tecnica, dal canto loro, devono essere professionisti preparati che esercitano il loro mestiere in modo leale e che, in tale prospettiva, intendono assistere in maniera efficiente e concreta i propri assistiti, senza sentirsi peraltro investiti di alcuna missione etica e, soprattutto, senza dare agli altri la sensazione di crederlo.

Riccardo Maggioni

Avvocato e Conciliatore in Milano

Art. 61 (Delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali)

1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale.

2....

3. Nell'esercizio della delega di cui al comma 1, il Governo si attiene ai seguenti principi e

¹² Vd. M.Cicogna, G. Di Rago e G.N. Giudice, *La conciliazione commerciale*, Rimini, 2004, 248.

¹³ Vd. R. Fisher e W. Ury, *L'arte del negoziato*, Milano, 2007, 203

criteri direttivi:

- a) prevedere che la mediazione, finalizzata alla conciliazione, abbia per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia;
- b) prevedere che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione;
- c) disciplinare la mediazione, nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di un Registro degli organismi di conciliazione, di seguito denominato «Registro», vigilati dal medesimo Ministero, fermo restando il diritto delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel medesimo Registro;
- d) prevedere che i requisiti per l'iscrizione nel Registro e per la sua conservazione siano stabiliti con decreto del Ministro della giustizia;
- e) prevedere la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione che, per il loro funzionamento, si avvalgono del personale degli stessi consigli;
- f) prevedere che gli organismi di conciliazione istituiti presso i tribunali siano iscritti di diritto nel Registro;
- g) prevedere, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali;
- h) prevedere che gli organismi di conciliazione di cui alla lettera g) siano iscritti di diritto nel Registro;
- i) prevedere che gli organismi di conciliazione iscritti nel Registro possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche;
- l) per le controversie in particolari materie, prevedere la facoltà del conciliatore di avvalersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti presso i tribunali, i cui compensi sono previsti dai decreti legislativi attuativi della delega di cui al comma 1 anche con riferimento a quelli stabiliti per le consulenze e per le perizie giudiziali;
- m) prevedere che le indennità spettanti ai conciliatori, da porre a carico delle parti, siano stabilite, anche con atto regolamentare, in misura maggiore per il caso in cui sia stata raggiunta la conciliazione tra le parti;
- n) prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione;
- o) prevedere, a favore delle parti, forme di agevolazione di carattere fiscale, assicurando, al contempo, l'invarianza del gettito attraverso gli introiti derivanti al Ministero della giustizia, a decorrere dall'anno precedente l'introduzione della norma e successivamente con cadenza annuale, dal Fondo unico giustizia di cui all'articolo 2 del decreto-legge 16 settembre 2008, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 novembre 2008, n. 181;
- p) prevedere, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile, e, inoltre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 (L) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115;
- q) prevedere che il procedimento di conciliazione non possa avere una durata eccedente i quattro mesi;

- r) 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;
- s) prevedere che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

* * * * *

DECRETO LEGISLATIVO 17 gennaio 2003 n. 5 (in Suppl. ordinario n. 8 alla Gazz. Uff., 22 gennaio, n. 17). - Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366.

...

TITOLO VI DELLA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

Art.38

Organismi di conciliazione

1. Gli enti pubblici o privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza, sono abilitati a costituire organismi deputati, su istanza della parte interessata, a gestire un tentativo di conciliazione delle controversie nelle materie di cui all'articolo 1 del presente decreto. Tali organismi debbono essere iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia.
2. Il Ministro della giustizia determina i criteri e le modalità di iscrizione nel registro di cui al comma 1, con regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto. Con lo stesso decreto sono disciplinate altresì la formazione dell'elenco e la sua revisione, l'iscrizione, la sospensione e la cancellazione degli iscritti. Le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'articolo 2 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, hanno diritto ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nel registro (1).
3. L'organismo di conciliazione, unitamente alla domanda di iscrizione nel registro, deposita presso il Ministero della giustizia il proprio regolamento di procedura e comunica successivamente le eventuali variazioni. Al regolamento debbono essere allegate le tabelle delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti privati, proposte per l'approvazione a norma dell'articolo 39 .

(1) Comma modificato dall'articolo 6 del D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310. Il Regolamento di cui al presente comma è stato emanato con D.M. 23 luglio 2004, n. 222.

Art.39

Imposte e spese. Esenzione fiscale

1. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura.
2. Il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro.

3. Con regolamento del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, da adottare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e il criterio di calcolo, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati.
4. L'ammontare dell'indennità può essere rideterminato ogni tre anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istituto nazionale di statistica, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatasi nel triennio precedente.
5. Le tabelle delle indennità, determinate a norma del presente articolo, debbono essere allegare al regolamento di procedura (1).

(1) Il Regolamento di cui al presente comma è stato emanato con D.M. 23 luglio 2004, n. 223.

Art.40

Procedimento di conciliazione

1. I regolamenti di procedura debbono prevedere la riservatezza del procedimento e modalità di nomina del conciliatore che ne garantiscano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.
2. Se entrambe le parti lo richiedono, il procedimento di conciliazione, ove non sia raggiunto l'accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione, del quale viene rilasciata copia alle parti che la richiedano. Il conciliatore dà altresì atto, con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione (1).
3. Le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento non possono essere utilizzate, salvo quanto previsto dal comma 5, nel giudizio promosso a seguito dell'insuccesso del tentativo di conciliazione, nè possono essere oggetto di prova testimoniale.
4. Dal momento della comunicazione alle altre parti con mezzo idoneo a dimostrare l'avvenuta ricezione, l'istanza di conciliazione proposta agli organismi istituiti a norma dell'articolo 38 produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale. La decadenza è impedita, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale di cui al comma 2 presso la segreteria dell'organismo di conciliazione.
5. La mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell'eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile. Il giudice, valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente.
6. Qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato. Se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a norma dell'articolo 297, primo comma, del codice di procedura civile, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.

7. Nel verbale conclusivo del procedimento debbono essere indicati gli estremi dell'iscrizione dell'organismo di conciliazione nel registro di cui all'articolo 38.

8. Se la conciliazione riesce è redatto separato processo verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore. Il verbale, previo accertamento della regolarità formale, è omologato con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo di conciliazione, e costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (2).

(1) Comma modificato dall'articolo 4 del D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

(2) Così corretto in Gazz. Uff., 9 settembre 2003, n. 209.