



CONSIGLIO NAZIONALE
DEI DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI

La conciliazione delle controversie civili e commerciali nel progetto di riforma Realtà e prospettive L. 18/6/2009 n.69

**Presentazione del C.P.R.C.
Centro per la Prevenzione
e Risoluzione dei Conflitti**

**Centro Congressi Teatro Capranica
Piazza Capranica, 101**

**1° dicembre 2009
9.00 - 14.00**

nel concetto di applicazione del diritto, inevitabilmente si deve fare una scelta tra chi ha torto e chi ha ragione. Questo atteggiamento porta la gente non ad accordarsi. Accordarsi mira a risolvere il problema e a recuperare, concetti estranei alla cultura contenziosa.

Modalità di negoziazione, prima, e di conciliazione, poi, dicono che a monte ci sono gli interessi. Da bravo "estremista negoziale" mi sento di affermare anche il mondo giuridico - sostanziale e processuale - riconosce questo degli interessi sui diritti.

Processuale per promuovere un'azione bisogna avere un "interesse" ad agire. Accordi del diritto dei contratti, al di là dei contratti tipici, possono essere accordi in cui ci siano interessi meritevoli di tutela. di una realtà inoppugnabile.

Il mondo giuridico, oltre quello economico, ruota intorno alla gestione dei processi, essendo i diritti esclusivamente un vestito che si mette sopra gli interessi.

Si può arrivare anche al paradosso di tale estremizzazione: il "vestito" giuridicalizzato per soddisfare processualmente interessi che non erano giuridicamente nella mente delle parti. Così si costruisce artificialmente l'abuso del diritto.

Quali sono i processi attualmente pendenti realmente caratterizzati da "incertezza giuridica"?

Quando un sistema della conciliazione può effettivamente venire in soccorso di un sistema del processo secondo un criterio sostanziale e non solo processuale.

Per far fatto ricorso fino ad oggi ad una vera forma di "giustizia consensuale" si è aver incentivato l'abuso della "giustizia contenziosa" per scopi non propriamente "di giustizia". Questa osservazione seppur banale è nel contempo attuale.

La giustizia "riparativa" dovrebbe venire socialmente prima della giustizia "retributiva" in tutti i campi compreso quello penale. Anche la mediazione penale sta aprendo spazio, visto il valore "diseducativo" della pena in cui il condannato è doppiamente emarginato: prima socialmente e poi formalmente.

Non buona pace degli auspici costituzionali sulla funzione della pena. Esattamente il contrario dovrebbe significare partire tutti dagli stessi punti di partenza. Ma la vera manifestazione, che sta cominciando a far nascere "dal basso" una nuova forma di diritto, un nuovo modo di vedere le relazioni umane, dove la giustizia consensuale (v. la conciliazione) possa essere uno strumento più attuale, più rispondente agli interessi e ai bisogni "reali" delle persone, dei gruppi, delle nazioni invece proprio dalle "differenze".

Una mela è diversa qualora il ladro sia sazio o affamato.

Non di un tempo c'è bisogno di recuperare relazioni e di risolvere i problemi se-

no penale deteriora la relazione e non affronta meno che mai risolve il problema.

È ovvio che la strada sarà lunga in quanto culturalmente più complessa.

Non posso non ricordare che il Capo VI dello Statuto dell'ONU, intitolato "Soluzione pacifica di controversie internazionali" basato sul NEG-MED, dal 1945 a oggi, cioè dalla sua costituzione, non è mai stato applicato.

Vedo in questo testo di legge un "eccesso di giurisdizionalizzazione", un asservimento continuo della conciliazione al processo, dal quale si dovrebbe affrancare in modo più deciso.

La conciliazione, a mio avviso, non è, contrariamente a quanto si crede, un ADR un "metodo alternativo" di giustizia per raggiungere gli stessi scopi della giustizia. In realtà è una "giustizia alternativa"; basata su altri principi aventi pari dignità scientifica e pratica.

Una cosa è creare il consenso (accordarsi), un'altra è stabilire chi ha torto e chi ha ragione (litigare).

Una cosa è vedere l'altro come controparte (termine usato anche nel linguaggio contrattuale!), un'altra è vederlo come interlocutore con cui trattare per arrivare ad una soluzione condivisa.

Sono molto propenso al NEG-MED a conferma del mio appellativo: la conciliazione è, e deve essere, solo una negoziazione facilitata da un terzo.

Tutto quello che viene aggiunto a tale concetto mi dà l'idea di una sorta di "consenso sommario", assimilabile ad una "giustizia sommaria".

Un contratto più o meno imposto eseguito "per forza", crea senso e voglia di vendetta, magari per altra strada.

Un contratto più o meno transattivo dove le parti rinunziano a qualche cosa per amore di pace, crea senso e voglia di ripensamento.

Le due culture dell'imposizione e della transazione - per opposti motivi - creano entrambe accordi destinati a durare poco.

Anche in Gregoriana è accettato il concetto secondo cui la pace fatta per amore di pace, porta alla guerra.

Quindi l'accordo non deve essere amichevole, come sta scritto nel testo, ma "efficiente", ossia capace di soddisfare gli interessi economici e i bisogni psicologici di entrambe le parti, nell'ottica delle parti.

Nel testo si parla, invece, di proposta avanzata dal conciliatore. Secondo la logica di cui sopra, è un modo di vedere che non appartiene alle parti, è l'esatto contrario della filosofia della conciliazione ed è la violazione del principio fondamentale in base al quale il conflitto appartiene alle parti.

È una forma di invadenza e di arroganza cui si ricorre quando non si è capaci di spiegare e di farsi capire.

La conciliazione è una procedura molto complessa, basata necessariamente su principi interdisciplinari in cui il diritto interviene, come gli è connaturato, solo quando le relazioni umane raggiungono aspetti patologici.

come fonte di arricchimento, di gioia e di socializzazione reciproca. Conciliazione e l'attività del conciliatore devono andare al di là di quelle che regolano le regole tradizionali del diritto con le quali non condivide né mezzi né scopi. Si accenna alla tecnica del MED-ARB e sulla sua materiale impraticabilità concettuale ed operativa. Si tratta di una procedura di mediazione strutturata o di una procedura contenziosa, dove al centro c'è lo stesso terzo im-

che agisce, prima come mediatore e poi come giudice. Non è fisicamente a girare il cappello e rimanere seduto sulla stessa sedia! La differenza delle due procedure - quella conciliativa e quella contenziosa - è sostanzialmente e necessariamente l'altra, autodistruggendosi entrambe! Per questo motivo questa contaminazione culturale ha determinato il fallimento della conciliazione "obbligatoria" in Italia, dove la prima fase è ritenuta solo un fastidioso ostacolo amministrativo prima di cominciare a fare sul serio.

Per questo motivo di queste elaborazioni stiamo approfondendo in un lavoro di ricerca la possibilità - amichevolmente - di modifica del nome del Ministero della Giustizia, per assumere la dualità del sistema qui solo accennato.

La mia proposta è chiamarlo: *Ministero della Giustizia Consensuale e Contenziosa*. Conferma dell'esistenza di due culture e di due applicazioni profondamente diverse *ne cives ad arma ruant*" dove per "arma" si intendono anche le forme di oppressione, la famosa violenza strutturale di Galtung, invisibile ma molto pericolosa di quella esplicita, l'unica - quest'ultima - contemplata dal diritto.

Al punto potrei fare infiniti giochi di parole sul fatto che il processo si basa sul principio: cos'è il sacro principio del contraddittorio se non una forma protetta di dialogo?

Ma che ascolto commenti sulla conciliazione, basati utilizzando criteri consensuali. Mi piacerebbe, invece, commentare come funzionano il processo e l'arbitrato esaminati secondo i criteri della conciliazione! Nulla è perfetto, nessuna procedura è buona per tutte le occasioni.

Per questo che si arrivi ad una sorta di "consenso sommario" che prima o poi sarà fonte di nuovi conflitti, vorrei fare alcune osservazioni: l'accordo c.d. amichevole.

Una controversia giuridica con una transazione "a metà strada" renderà necessaria la creazione di un accordo duraturo. Pertanto propongo di sostituire l'amichevole con "efficiente". Efficiente significa un accordo capace di essere eseguito *motu proprio*, in quanto l'accordo è idoneo - attraverso i suggerimenti del conciliatore - ad "allargare la torta" a favore di entrambe le parti e a soddisfare così i bisogni reali e concreti delle parti.

La soddisfazione è la migliore garanzia concreta del buon funzionamento dell'accordo e della sua esecuzione spontanea ed immediata. L'intervento del conciliatore parziale serve ad aiutare le parti a distinguere tra ciò che vogliono e ciò che possono ottenere.

Le abilità richieste al conciliatore e a proposito dell'opportunità di modernizzare il processo in senso più operativo.

- L'art.4 appare un inciampo concettuale quando afferma che "Le parti possono avanzare loro pretese". Queste ultime fanno parte della cultura contenziosa, è nel processo che si avanzano pretese tra cui la richiesta di condanna della "controparte". All'inizio ci si deve limitare a presentare delle doglianze, in modo da delimitare l'ambito in cui costruire l'accordo con la parte interlocutrice (e non con la controparte). Col dire "io soffro per questo - implicitamente si chiede al conciliatore - aiutami a trovare una soluzione capace di *allargare la torta* perché non ci riesco da solo". Avanzare pretese contrapposte fa necessariamente sorgere quel problema valutativo che deve restare estraneo alla cultura della conciliazione.

- La proposta in caso di non accordo delle parti a cura del conciliatore. Se questo concetto deve sopravvivere per non snaturarne l'aspetto politico della legge in senso deflattivo, almeno se ne dichiara esplicitamente lo scopo.

Così si potrà prevedere l'esistenza di "due" conciliatori: il conciliatore "facilitativo" farà il suo sforzo nell'allargare la torta per tutte le parti onde favorire il loro accordo;

in caso di fallito tale tentativo, il conciliatore "valutativo" (che non deve assistere agli incontri riservati ai quali non è per altro strutturalmente interessato), farà la sua proposta tenendo conto dei precedenti giurisprudenziali.

Così facendo si giustificerebbero due livelli di formazione dei conciliatori:

Livello base: conciliatori valutativi, ossia coloro che applicano principi giuridici già affermati.

Livello avanzato: conciliatori facilitativi, ossia coloro che hanno una specializzazione sia nell'immedesimarsi nei problemi delle parti (empatia), sia nel suggerire soluzioni che non verrebbero mai in testa alle parti (creatività).

La ragione del doppio conciliatore qui proposta è seria.

Lo strumento fondamentale del conciliatore è costituito dai *caucus* - incontri riservati del conciliatore con ciascuna parte in assenza dell'altra parte - esso è importante, per motivi diametralmente opposti, come lo è il contraddittorio nel processo e nell'arbitrato. Anche questa banale osservazione è una ennesima riprova di come i principi della conciliazione si trovino agli antipodi di quelli processuali.

I *caucus*, nel caso di un conciliatore unico, contestualmente facilitativo e valutativo, non funzionerebbero, abbassando così il *rating* di successo della procedura consensuale, perché la gente avrebbe paura ad esprimere le proprie incapacità in sede di incontro riservato, qualora sapesse che quella stessa terza persona sarebbe poi chiamata in un certo qual modo a valutare, perché fare un qualsiasi tipo di proposta implica sempre l'idea di valutazione.

Si pensi al problema di un mancato pagamento dovuto a illiquidità che nella con-

ciliazione è un problema da risolvere e nel processo è un motivo per condannare. Tutti i maggiori manuali americani sull'argomento dicono che i conciliatori devono astenersi da qualsiasi valutazione e per illustrarvi le motivazioni ricorrono ad una metafora calcistica. Pensiamo all'attività dell'allenatore e quella dell'arbitro, che nessuno confonderebbe mai nel calcio.

L'allenatore crea l'armonia all'interno della propria squadra al fine di ottenere un risultato. *Goal* in inglese, infatti, significa proprio risultato.

L'arbitro si disinteressa di questo aspetto, addirittura interrompe l'armonia della squadra quando vede che c'è qualcosa che non va, per sanzionare il colpevole di un fallo. Quanto duri questa interruzione gli è del tutto irrilevante, pur di far trionfare la giustizia sportiva.

Invece nell'amministrazione della giustizia "*ne cives ad arma ruant*" c'è tanta confusione tra il ruolo del conciliatore e il ruolo del giudice (o dell'arbitro).

Ancora oggi sento molti colleghi che definiscono la conciliazione una sorta di "arbitratino".

Non si può ottenere un accordo efficiente attraverso la sanzione, attraverso un approccio basato su chi ha torto e chi ha ragione, tra chi vince e chi perde.

Tutti i manuali americani sulla conciliazione dicono che l'accordo deve contemplare un approccio *win-win*.

Una volta per tutte solleviamoci culturalmente dal concetto di "carota e bastone" per recuperare l'armonia e l'integrazione sociale: la complessità delle relazioni umane meritano un approccio più sofisticato.

- In linea con questo approccio da "estremista negoziale", devo confessare che ho notevoli perplessità sull'effetto pubblico che possa avere l'omologazione del tribunale.

La conciliazione ha come intrinseca natura quella di far nascere un accordo tra le sole parti, visto che il conflitto appartiene a loro.

Su tale premessa di fondo è naturale che il vantaggio stesso dell'accordo rimanga riservato, onde evitare che cada nelle trappole dei giornalisti mirate a creare pubblico ludibrio.

La riservatezza della intera conciliazione e del suo accordo finale è un enorme e specifico vantaggio di tale procedura, soprattutto nel mondo delle imprese.

In modo del tutto irriverente vorrei concludere parafrasando García Lorca: "La cultura negoziale costa molto, l'incultura negoziale costa molto di più".

(Applausi)

Ringrazio il Consiglio dell'Ordine dei Commercialisti di Roma e il Consiglio Nazionale per avermi offerto questa opportunità. Ringrazio coloro che hanno fatto echeggiare in questa sala il mio nome forse un po' troppo. Considero tale forma di attenzione un omaggio alla mia età avanzata e alla mia anzianità di servizio, visto che la fondazione del CESNACOM è culturale nella quale io ed alcuni amici studiamo la negoziazione prima di arrivare poi - risale ormai al lontano 1993, ossia ben sedici anni fa. Ricordo che fu in tale "nostro" ambito che sono nati culturalmente i concetti di conciliazione delle camere di commercio nel 1998-2000 e delle prefetture nel 2003.

Le Scienze politiche dell'Università Roma Tre gli studenti mi prendono in giro chiamandomi l'appellativo di "estremista negoziale" nel senso che sono in grado di attraversare aspetti negoziali in qualsiasi luogo, qualsiasi situazione, in qualsiasi contesto, ovunque ci siano più persone con un problema in "comune". Mi piace dare un contributo a questa tavola rotonda già sufficientemente calda e animata. Tentare di entrare ulteriormente, rispettando, ovviamente, il principio negoziale di "non offendere le persone e duro con il problema" soprattutto su alcune verità a cui si deve arrivare per legge in esame. Ciò potrà servire per controllare come tali verità siano state rispettate o contraddette nel testo normativo.

Adesso tutti i presenti sul fatto che è mia intenzione parlare effettivamente per un po' di tempo, mi assegnatemi distinguendo, due momenti, uno teorico ed uno pratico.

In questo primo momento cercherò di illustrare i principi che dovrebbero essere a monte della legge che qui commentiamo, la filosofia della *consensuologia* : "perché la gente si mette d'accordo?". Tutti studiano perché si litiga, e perché ci si accorda.

Adesso tentare di suggerire le cinque migliori al testo, secondo i principi che fanno del consenso "efficiente" sulla base della *consensuologia*.

La prima verità in cui mi pongo non è quella tipica della cultura giuridica del cosa fare "ex post" se il consenso non ha funzionato, ma cosa fare "ex ante" affinché il consenso funzioni e la sua esecuzione sia facilitata dalla convenienza per tutte le parti senza intaccare gli interessi della collettività.

La seconda verità di partenza è lampante, anche se oggi è sempre più dimenticata: **il conflitto appartiene alle parti.**

Il conflitto e il conflitto intendo un concetto molto più ampio di quello di controversia comprendendo anche le divergenze di opinioni che non abbiano la loro origine in un principio giuridico ma semplicemente in interessi di fatto.

Le parti sono le padrone del conflitto anche se gli effetti della soluzione

Le persone "estranee" chiamate a gestire dovrebbero tener conto che non hanno nulla a che vedere in concreto con il conflitto come percepito dalle parti.

Gli avvocati, ad esempio, rappresentano davanti al giudice una realtà "giuridica" sostanzialmente diversa dalla percezione che le parti hanno della propria "sofferenza". Tant'è vero che essi la trasformano in quella che è denominata "posizione processuale". Il giudice abitualmente aggiunge del proprio alle posizioni assunte dagli avvocati, essendo tenuto ad inventare la sua sentenza secondo il "proprio" modo di vedere.

In queste tre rielaborazioni del conflitto (i due avvocati ed il giudice) cosa rimane della percezione originaria delle parti?

Non si corre il rischio che il servizio di giustizia "offerta" faccia nascere sentimenti di ingiustizia "percepita"?

Ecco la prima conclusione: se è vero che il conflitto appartiene alle parti e che tutti gli altri, come dire, dovrebbero dare solo un contributo, senza mai sostituirsi ad esse, dovremmo ri-attualizzare alcuni concetti e/o perplessità giuridico - processuali che abbiamo ereditato dal diritto romano per adattarli alle esigenze sociali esistenti al giorno d'oggi.

Con il termine "oggi" intendo l'attuale fase di globalizzazione che tocca i mercati nazionali ed i relativi conflitti giuridici e non giuridici, tra persone, tra gruppi, tra imprese, tra nazioni. Dal punto di vista sociale si può ritenere efficiente un sistema giuridico basato sul "*ubi remedium, ibi ius*", ossia un sistema che contempla solo la repressione e la punizione "ex post"?

Oggi, in un contesto in cui tutto è più veloce e gli effetti di tale velocità possono aversi anche ad enormi distanze è normale che la "sanzione economica" costituita dall'esclusione dell'impresa dal mercato arrivi abitualmente della dichiarazione di inadempimento di qualsiasi giudice?

Forse c'è qualcosa da rivedere. D'altro canto già i romani avevano qualche dubbio su un sistema giuridico troppo astratto quando affermavano "*summum ius, summa iniuria*".

In altri termini il diritto tradizionale svolge ancora una funzione sociale oppure, attraverso il suo fare autoreferenziale, si sta trasformando in un sistema potenzialmente antisociale? "*Dura lex, sed lex*" oggi è persino inquietante.

I principi della conciliazione possono essere utili anche per far riflettere sui principi processuali ed arbitrari. A conferma di ciò si sta diffondendo nel mondo un movimento di pensiero, denominato *empowerment*, secondo il quale sempre più la gente è propensa a non affidare ad altri la gestione dei propri affari.

Ad esempio: i cittadini vogliono essere più consapevoli del comportamento tenuto da coloro per cui hanno votato, v. il bilancio partecipato; i malati in ospedale vogliono sapere in che modo vengono curati, v. il consenso informato. L'individuo vuole stare di più al centro del mondo, al centro della soddisfazione dei propri interessi. Sono un po' sorpreso che all'inizio del nostro testo di legge si parli di diritti dispo-