

La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale

di Chiara Giovannucci Orlandi

Sommario

1. Premessa. – **2. Conciliazione/mediazione: differenza terminologica o concettuale?** – **3. L'Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation.** – **4. La prospettiva comunitaria.** – **5. Il quadro normativo italiano.** – **6. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma.**

1. Premessa

Il titolo della mia relazione faceva inizialmente riferimento alla risoluzione consensuale delle controversie, ma ho ritenuto opportuno modificarlo onde delimitarne chiaramente fin dall'inizio il contenuto.

Infatti, l'ambito degli strumenti di risoluzione consensuale delle controversie è senza dubbio molto più ampio di ciò di cui mi occuperò ed è proprio da un tentativo di definizione che cercherò di partire.

Del resto parlare di questo tema è diventato oggi indubbiamente più facile, anche solo rispetto a pochissimi anni fa. L'evoluzione che c'è stata in materia infatti, è stata estremamente rapida sia per quanto riguarda la conoscenza degli istituti collegati, sia, soprattutto, per quanto riguarda gli interventi legislativi in tema soprattutto di conciliazione. Da ultimo la

Il contributo qui pubblicato è il testo della relazione "La risoluzione consensuale delle controversie: il quadro normativo internazionale comunitario nazionale", presentata a Roma in occasione del IV congresso di Aggiornamento forense svoltosi a Roma il 20 marzo 2009. Ad esso si sono semplicemente aggiunte note di riferimento alle fonti normative citate.

legislazione sul processo societario ha portato alla ribalta la conciliazione quale strumento adatto a risolvere non più solo le piccole liti dei consumatori ma anche le grandi controversie tra imprese.

Uno dei motivi per cui si è parlato sempre di più di conciliazione è l'ormai inarrestabile crisi della giustizia che, a mio avviso, non consiste solo nella sua cronica lentezza ed incapacità di soddisfare le aspettative dei litiganti, ma trova causa ed effetto in un più ampio e diffuso malessere sociale che spinge verso i due estremi che sono: da un lato l'aumento della litigiosità e, dall'altro, il desiderio di trovare strumenti di pacificazione sociale che permettano ad ognuno di superare le difficoltà della convivenza senza trasformare ogni questione in conflitto e ogni conflitto in guerra.

Il movimento a favore di strumenti ADR (*Alternative Dispute Resolution Methods*) partito dagli Stati Uniti negli ormai lontani anni '70 ha di recente trovato, come vedremo, nuova spinta, sia a livello internazionale che europeo.

È indispensabile allora chiarire innanzitutto, che cosa si intenda per ADR. Inizialmente qualunque mezzo che permettesse di risolvere o superare la lite senza adire il giudice è stato di per sé considerato uno "strumento alternativo" alla giurisdizione, a cominciare dagli strumenti di negoziazione diretta tra le parti o i loro rappresentanti, proseguendo poi con le procedure proposte dalle associazioni dei consumatori a favore degli stessi, i vari modelli di conciliazione/mediazione e l'arbitrato. In un secondo momento però ci si è resi conto di una prima fondamentale differenza tra l'arbitrato e tutte le altre forme. L'arbitrato infatti è l'unico di tali strumenti in cui si dà vita ad un vero e proprio giudizio, seppure ad opera di un giudice privato; le parti affidano completamente ad un terzo la risoluzione della lite e sono tenute a rispettarne la decisione. Il lodo in cui sfocia l'arbitrato rituale ha, in concreto, la stessa efficacia di una sentenza giurisdizionale e, previo un semplice passaggio formale davanti al giudice, può essere titolo per ricorrere alle procedure esecutive. Anche nell'arbitrato irrituale, com'è noto,

la natura di giudizio resta intatta, anche se l'efficacia del lodo è quella di un contratto.

Ormai da diverso tempo anche a livello internazionale si è affermata una distinzione fra gli strumenti alternativi cosiddetti *adjudicative* perché portano ad una decisione, e quelli non *adjudicative*, perché lasciano ogni soluzione nelle mani delle parti, limitando a questi ultimi l'acronimo ADR.

All'interno di questi strumenti alternativi, in Italia ha acquisito sempre maggiore rilievo l'istituto della conciliazione/mediazione che oggi, pur non essendo l'unico, è senz'altro il più importante.

Senza dubbio, ad esempio, come già detto, rientrano nel concetto di ADR anche la transazione e tutti gli strumenti sempre più spesso offerti dalle grandi aziende per favorire i rapporti con i consumatori, compresi quelli in cui manca la presenza di un terzo neutrale, delegando le parti la loro rappresentanza ad organismi paritari. Essi hanno svolto e continueranno a svolgere una funzione utile proprio nell'indicare un possibile approccio diverso alla soluzione della lite⁽¹⁾.

La nostra attenzione, però, verrà dedicata esclusivamente alla conciliazione, istituto che ha senz'altro avuto il maggior impulso negli ultimi anni, sia a livello legislativo che di prassi. È la conciliazione inoltre che potrebbe contribuire a migliorare anche la situazione della giustizia ordinaria.

Non dobbiamo dimenticare infatti, che i due settori, quanto più sono efficienti, tanto più tendono ad influenzarsi reciprocamente in modo positivo.

2. Conciliazione/mediazione: differenza terminologica o concettuale?

Il primo riferimento alla "conciliazione" intesa in questo senso è stato inserito dal nostro legislatore nella legge sulla

(1) V. la parte IV del *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, a cura di A. BUONFRATE e C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Torino, Utet, 2006.

subfornitura del 1998⁽²⁾. In realtà in dottrina si è cominciato subito a parlare di mediazione per prendere le distanze da quei modelli di conciliazione già presenti, con scarso successo, nel nostro ordinamento e fare riferimento alla *mediation* del mondo anglosassone. Ad altri il compito di dimostrare, anche storicamente, che i due termini hanno trovato entrambi spazio nel nostro ordinamento, così come va ricordato che, attualmente, è prassi in Italia, l'uso del solo termine mediazione per tutte le forme di conciliazione non commerciale (mediazione familiare, interculturale, ambientale ecc.).

Nella mia relazione io farò riferimento solo ad un istituto per definire il quale i due termini sono praticamente equivalenti.

Ciò che rileva è la presenza di tre elementi diversi: una lite, un terzo equidistante e l'impossibilità per il terzo stesso di emettere una decisione vincolante per le parti. Questo, come vedremo, è quanto si ricava dall'art. 1 della *Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation*⁽³⁾, dall'art. 2 della direttiva comunitaria e dall'art 2, comma 1, del decreto ministeriale 222/2004 con cui si è attuata la riforma societaria.

Quello che invece dobbiamo ricordare, anche proprio grazie alla legislazione ed alla prassi italiana, è l'esistenza di diversi modelli di conciliazione, cui si è fatto nel tempo riferimento.

Nel primo la conciliazione/mediazione diventa simbolo di un approccio diverso alla risoluzione delle liti. Approccio basato sul desiderio di soddisfare gli interessi delle parti, senza necessariamente implicare la valutazione delle loro pretese e quindi il soddisfacimento dei loro diritti. Le parti si riappropriano completamente della gestione del conflitto; il terzo semplicemente le aiuta ad identificare i loro interessi, sì da far scaturire un accordo risolutore imputabile solo ed esclusivamente alle parti stesse. Alludo qui al c.d. modello facilitativo di conciliazione (*interest-based mediation*) che potremmo definire come: pro-

(2) Pubblicata nella G.U. n. 143 del 22 giugno 1998, art. 10, comma 1.

(3) Uncitral, *Model Law on International Commercial Conciliation*, 2002, in www.uncitral.org.

cedura stragiudiziale attraverso la quale un terzo imparziale, il conciliatore, assiste le parti in conflitto facilitandone la comunicazione, facendone affiorare gli interessi, identificando i punti della controversia ed orientandoli verso il raggiungimento di accordi reciprocamente soddisfacenti.

A questo si affianca un modello che si basa esattamente sulla stessa metodologia, ma che vede, in un secondo momento la partecipazione più attiva del terzo che, a richiesta delle parti, formulerà una proposta non vincolante per le stesse che decideranno se farla propria, sottoscrivendo l'accordo. Da qui la definizione di conciliazione valutativa (*interest and right-based mediation*).

In entrambi i modelli (facilitativa e valutativa) la fase di conciliazione resta comunque completamente separata da un'eventuale fase di giudizio, al massimo potranno essere ricavati "argomenti di prova" dalla mancata partecipazione al tentativo di conciliazione da parte di un soggetto che si fosse impegnato ad effettuarlo con la sottoscrizione di una clausola contrattuale in tal senso. La *ratio* e lo scopo sono quelli di un approccio radicalmente diverso alla gestione del conflitto.

L'effetto deflattivo del contenzioso si ottiene indirettamente attraverso l'espansione della conciliazione e la maggior conoscenza dell'istituto da parte dei professionisti, che potranno scegliere la procedura più adatta alle caratteristiche specifiche ed al contesto di ogni singola controversia.

Questo è il modello certamente più utilizzato nella pratica in Italia, che è alla base di quel regolamento uniforme di conciliazione adottato dalle camere di commercio ormai da molti anni e che non contrastava in nulla con la normativa nazionale di riferimento ad una conciliazione consensuale commerciale.

Infine, il legislatore italiano con il d.lgs. 5/2003⁽⁴⁾ sembra

(4) D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 "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", in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003, suppl. ord. n. 8, così come modificato dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

voler introdurre un modello diverso che solo la pronta reazione degli studiosi della materia ha relegato alla sola ipotesi in cui “entrambe le parti lo richiedano”. Si ricorderà infatti come l’art. 40, comma 2 abbia subito una immediata modifica legislativa proprio allo scopo di limitare i danni che la previsione generalizzata avrebbe potuto avere sullo sviluppo dell’istituto della conciliazione.

È importante però parlarne, perché lascia trapelare una pericolosa tendenza del legislatore che si affaccia anche nei progetti di legge che si richiamano alla normativa societaria.

La norma in esame, descrive un modello di conciliazione valutativa che giustamente è stata definita “aggiudicativa” (*right-based mediation*) e che potremmo definire: procedura stragiudiziale attraverso la quale è richiesto al conciliatore di formulare una proposta, non vincolante per le parti, di soluzione del conflitto. La proposta sarà basata sulle pretese delle parti e il diritto applicabile. Il modello di per sé, se non particolarmente utilizzato, è senza dubbio rinvenibile anche a livello internazional-comparato, ma quello che è distorto è l’uso che il legislatore italiano ne propone.

L’articolo in oggetto recita: “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 richiedono. Il conciliatore dà altresì atto con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all’esperienza del tentativo di conciliazione” (art. 40, comma 2, come modificato dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37) e ad esso si collega il comma 5 che prevede: “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”.

La *ratio* e lo scopo non sono più quelli di un approccio *radicalmente diverso alla soluzione del conflitto*, ma assumono l'aspetto di un semplice tentativo di spingere le parti ad accettare la proposta conciliativa come “male minore”, nell'illusione che ciò incida favorevolmente sulla riduzione del carico giudiziario.

Al contrario la generalizzazione di un tale modello, non solo sarebbe probabilmente inefficace, spingendo semplicemente le parti a ritirarsi prima della formulazione della proposta da parte del conciliatore, per evitarne le conseguenze negative, ma soprattutto provocherebbe la sfiducia delle parti nei confronti non solo di questo specifico modello, ma di tutta la conciliazione, in un momento cruciale per la sua diffusione e la sua corretta applicazione.

Questa lunga premessa mi è stata indispensabile per definire l'oggetto del mio intervento e poter sottolineare il quadro internazionale e comunitario nel quale la legislazione societaria va inquadrata e con il quale il legislatore italiano dovrà fare i conti nel momento in cui si accingerà a varare una nuova legislazione.

3. *L'Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation*

Negli ultimi anni vi è stato un forte movimento in favore della conciliazione con un rinnovato rafforzamento delle normative a livello internazionale, comunitario e nazionale in molti paesi dove l'istituto sta suscitando grande interesse ed attenzione.

In particolare penso a quanto è avvenuto nei primi anni

2000, a cominciare dal rinnovato interesse dell'Uncitral (*United Nations Commission on International Trade Law*) verso il tema, che ha portato infine all'emanazione nel 2002 della ricordata *Model Law on International Commercial Conciliation*, la quale propone ai vari Stati la regolamentazione di alcuni degli aspetti più importanti della materia e che è già stata adottata da diversi stati: Canada (2005), Croatia (2003), Ungheria (2002), Nicaragua (2005), Slovenia (2008) (e i cui principi hanno, ad esempio, influenzato la legislazione uniforme degli Stati Uniti con l'*Uniform Mediation Act* del 2001).

Come più sopra ricordato, l'art. 1 ("Ambito di applicazione e definizioni"), nel comma 3 prevede: "Ai fini della presente legge, per 'conciliazione' si intende una procedura, a prescindere dal termine con cui ci si riferisce ad essa, quale conciliazione, mediazione o un'altra espressione di significato equivalente, tramite la quale le parti richiedono l'assistenza di un terzo o terzi nel tentativo di raggiungere un accordo amichevole rispetto ad una controversia derivante da o in relazione ad un rapporto contrattuale o un altro rapporto legale. Il conciliatore non ha il potere di imporre una soluzione della controversia alle parti". Sono elencati tutti gli elementi fondamentali e qualificanti dell'istituto, quali la vincolatività della clausola, la qualificazione dei conciliatori, l'efficacia dell'accordo, con particolare attenzione ai problemi di riservatezza, per citarne i principali.

In questo quadro normativo internazionale, si inserisce l'emanazione della direttiva comunitaria nel maggio del 2008, su cui torneremo, ma che giunge alla fine di un dibattito incentrato sulla difficoltà di accesso alla giustizia per le controversie di scarso valore ed in particolare per quelle in materia di consumo.

4. *La prospettiva comunitaria*

Già nel 1993 la Commissione europea ha emanato il libro verde relativo all'accesso alla giustizia dei consumatori e agli

strumenti di risoluzione delle liti in materia di consumo nel mercato unico⁽⁵⁾. Successivamente, due importanti raccomandazioni, rispettivamente nel 1998⁽⁶⁾ e nel 2001, si sono occupate dei possibili diversi strumenti *out-of-court*.

La prima raccomandazione, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle materie di consumo. In essa si affronta il problema sottolineando che ci si vuole riferire esclusivamente “alle procedure che, indipendentemente dalla loro denominazione, portano ad una risoluzione della controversia tramite l’intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione”. In quest’ottica si indicano quelli che devono essere i principi da rispettare da parte degli “organismi esistenti o che saranno creati in futuro e che avranno come competenza la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo”. Vengono così elencati e illustrati il principio di indipendenza, principio di trasparenza, principio del contraddittorio, principio di efficacia, principio di legalità, principio di libertà e principio di rappresentanza. Tutto il testo della raccomandazione, così come gli interventi successivi della Commissione, rendono chiaro il riferimento a quelle forme di soluzione alternativa delle controversie cosiddette *adjudicative* o decisorie, prima fra tutte l’arbitrato, ma non solo. Oggi infatti, alla luce di quanto più sopra descritto, la previsione dell’art. 40 (commi 2 e 5) del d.lgs. 5/2003, con la sua configurazione di una conciliazione valutativa aggiudicativa, sembra rientrare a pieno titolo in questa raccomandazione, con tutte le conseguenze a ciò collegate sul piano dei principi da rispettare nel corso della procedura.

A fare completa chiarezza, la Commissione delle Comunità europee ha emanato, il 4 aprile 2001, una nuova “Raccoman-

(5) Libro verde *L'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico*, COM (93) 576 def. del 16 novembre 1993.

(6) Commissione europea, 30 marzo 1998, *Raccomandazione sui principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle materie di consumo*, in G.U.C.E., L 115, 17 aprile 1998, 31.

dazione sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo” (7). Anche questa seconda raccomandazione non usa esplicitamente il termine ADR, ma fa riferimento semplicemente a risoluzioni delle controversie *out of court*, ed ancora una volta solo in materia di consumo. La novità consiste nel fare riferimento per la prima volta a strumenti di risoluzione consensuale delle controversie, stabilendo principi applicabili a “qualsiasi procedura basata sull’intervento di terzi, indipendentemente dalla sua denominazione, che agevoli la risoluzione di una controversia di consumo facendo incontrare le parti e assistendole, ad esempio formulando suggerimenti informali sulle opzioni di composizione, nel raggiungimento di una soluzione di comune accordo (punto 9)”. La Commissione si preoccupa anche, giustamente, di sottolineare la necessaria distinzione tra queste procedure e quei “meccanismi di reclamo dei consumatori gestiti da un’azienda o condotti direttamente coi consumatori anche laddove tali servizi sono affidati a terzi per conto dell’impresa”. Viene infatti sottolineato come questi meccanismi costituiscano “parte delle usuali discussioni tra le parti prima che si materializzi una controversia suscettibile di essere sottoposta a un organo terzo responsabile della soluzione delle controversie o a un tribunale”. Qui i principi enunciati (imparzialità, trasparenza, efficacia ed equità) si riducono ed acquistano connotati diversi. L’assenza di una procedura decisoria fa sì, ad esempio, che non venga più richiamato il principio del contraddittorio in senso stretto. Si sottolinea l’importanza che venga salvaguardata l’imparzialità dei responsabili della procedura che deve essere equa e quindi, in sintesi, deve comunque garantire alle parti un trattamento corretto ed imparziale. La procedura che viene così delineata è quella che si svolge davanti ad un terzo che non abbia alcun “conflitto di

(7) Commissione europea, 4 aprile 2001, *Raccomandazione sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo*, in G.U.C.E., L 109, 19 aprile 2001, 56.

interessi apparente o reale con nessuna delle parti”); è quella la cui trasparenza è garantita da una chiara e precisa informazione ai consumatori sui vari passaggi concreti e sui costi ad essa collegati; è quella che deve garantire un’efficacia per quanto riguarda i bassi costi, l’assenza di obbligo a ricorrere ad un professionista legale, la massima rapidità possibile. L’equità della procedura si deve concretizzare nella volontarietà della stessa in ogni sua fase, nella garanzia di riservatezza e nella massima chiarezza rispetto al valore della eventuale soluzione consensuale raggiunta.

Si delinea così la procedura di conciliazione vera e propria cui si farà riferimento in seguito, ma ancora limitatamente alle controversie in materia di consumo.

La svolta si ha con libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale⁽⁸⁾. Per la prima volta si inquadrano i meccanismi in oggetto nell’ambito delle ADR e si valuta l’opportunità della loro estensione dalle materie di consumo all’intera materia civile e commerciale. Come sempre lo scopo del libro verde è quello di fare il punto della situazione a livello comunitario e di sottoporre alla pubblica discussione una serie di quesiti, le risposte ai quali possano aiutare la Commissione a decidere gli interventi da adottare. Di conseguenza, non troviamo qui una serie di principi, ma possiamo ricavare delle linee di tendenza, cui il movimento ADR in Europa sembra ispirarsi, così come i principali problemi che ad esso sono collegati.

La lettura del libro verde appare di estremo interesse, poiché esamina alcuni tra gli aspetti principali delle procedure di conciliazione, quali, a puro titolo di esempio, la vincolatività della clausola e l’efficacia del verbale di conciliazione, dedicando inoltre ampio spazio all’importanza della formazione

(8) Commissione europea, 19 aprile 2002, *Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, COM(2002) 196 def. Non pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, http://europa.eu.int/documents/comm/index_it.htm.

del terzo chiamato ad aiutare le parti ed ai vari modelli di conciliazione.

Il dibattito sviluppatosi in seguito ha portato ad una proposta di direttiva che è stata emanata nell'ottobre del 2002⁽⁹⁾ e che, dopo aver subito numerosi aggiornamenti ed interventi non sempre migliorativi dal Consiglio europeo e dal Parlamento, è sfociata infine nella ricordata direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

Al fine di evitare complicazioni a quei paesi che già hanno una normativa nazionale in materia di conciliazione, si è deciso, in fine, di limitare l'ambito di applicazione della direttiva alle sole controversie transfrontaliere (art. 1, comma 2), precisando però che "nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti di mediazione interni" (punto 8 dei consideranda).

Nel testo si usa il termine mediazione, ma, ancora una volta, appare chiaro come i due termini debbano essere considerati equivalenti nella formulazione della definizione contenuta nell'art. 3: "Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: *a*) per 'mediazione' si intende un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore". Inoltre il modello scelto sembra proprio essere quello della conciliazione-facilitativa secondo il testo dell'art. 1, comma 1: "La presente direttiva ha l'obiettivo di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e di promuovere la composizione amichevole delle medesime incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario".

(9) Proposta di direttiva relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, Bruxelles, 22 ottobre 2004, COM(2004) 178 def.

I principi fondamentali già affermati in tutti gli interventi comunitari sono confermati, con particolare riferimento alla riservatezza, agli effetti sostanziali della domanda di conciliazione ed alla qualità della procedura.

5. Il quadro normativo italiano

Tornando in Italia, ed in particolare alla legislazione in materia di conciliazione, possiamo distinguere due differenti periodi. Il primo può avere come data di partenza la legge 580/1993 sul riordino delle camere di commercio, con la quale il legislatore invita tali istituzioni a “dar vita a commissioni di arbitrato e conciliazione che contribuiscano alla soluzione delle controversie nascenti tra imprese e tra imprese e consumatori”⁽¹⁰⁾.

Il secondo invece inizia nel 2003 col ricordato d.lgs. 5/2003 che disciplina il processo in materia di controversie societarie. In realtà la Commissione Vaccarella⁽¹¹⁾ aveva già cominciato a lavorare sul tema della conciliazione in sede di disegno di legge delega per la riforma del processo civile; in particolare l’art. 57 conteneva un elenco di principi da applicare alla conciliazione, assolutamente in linea con le linee prevalenti sia a livello internazionale, che a livello comunitario. Purtroppo però la ricordata Commissione si è arenata ed anche nei successivi recenti interventi legislativi in materia di processo civile non vi è traccia di disciplina specifica della conciliazione convenzionale. Al contrario l’art. 12, comma 4, della legge delega 3 ottobre 2001, n. 366 ha trovato completa attuazione negli articoli 38-40 del ricordato d.lgs. 5/2003. Risultato finale è che

(10) Cfr. legge 29 dicembre 1993, n. 580 “Riordino delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura”, in G.U. n. 7 dell’11 gennaio 1994, art. 2, comma 4.

(11) Commissione di studio istituita con d.l. 23 novembre 2001 che prende il nome dal suo presidente, prof. Romano Vaccarella, per la predisposizione di uno schema di disegno di legge delega per la riforma del processo civile costituita presso l’ufficio legislativo del Ministero della giustizia.

nel nostro ordinamento abbiamo una interessante legislazione di settore senza però avere una normativa generale comune. In conseguenza di ciò, convivono in questo momento due modelli di conciliazione: uno, cosiddetto di diritto comune, che si avvale di tutta la libertà negoziale lasciata dall'ordinamento ai singoli cittadini, ma privo di alcune caratteristiche che potrebbero garantirgli un maggiore successo. L'altro, il modello di conciliazione societaria, rispetta essenzialmente i principi fondamentali sanciti a livello internazionale sotto vari profili, come la vincolatività della clausola, l'efficacia del verbale, gli effetti sostanziali della domanda e così via. Lo stesso principio di riservatezza è sufficientemente garantito anche se estremamente discutibile rimane la già ricordata previsione dei possibili effetti negativi di quanto avvenuto in conciliazione sul successivo giudizio davanti al giudice.

Meritevoli di attenzione, infine, anche se perfettibili, appaiono alcuni incentivi ad esempio sul piano fiscale.

Manca qui la possibilità di commentare gli interventi compiuti dal legislatore con i decreti ministeriali di attuazione 222 e 223/2004⁽¹²⁾, ma valgano per tutte due osservazioni, una in positivo ed una in negativo.

Anche la normativa italiana, grazie all'art. 1, comma 1, lettere *d*) e *e*), contiene una corretta definizione della conciliazione/mediazione: "*d*) 'conciliazione': servizio reso da uno o più soggetti, diversi dal giudice o dall'arbitro, in condizioni di imparzialità rispetto agli interessi in conflitto e avente lo scopo di dirimere una lite già insorta o che può insorgere tra le parti, attraverso modalità che comunque ne favoriscono la composizione autonoma"; "*e*) 'conciliatore': le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la prestazione del servizio di conciliazione rimanendo prive, in ogni caso del

(12) Decreto 23 luglio 2004, n. 222 "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5"; decreto 23 luglio 2004, n. 223 "Regolamento recante approvazione delle indennità

potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”.

Decisamente discutibili invece restano alcune previsioni, così come l'interpretazione che ne è stata data, in materia di organismi di conciliazione e di formazione dei conciliatori.

6. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma

Dal 2003 ad oggi, infine, il legislatore è intervenuto senza ordine apparente o continuando a fare riferimento più o meno completo alla legislazione societaria⁽¹³⁾ o, viceversa, apparentemente ignorando l'elaborazione legislativa nel frattempo intercorsa⁽¹⁴⁾.

Nel frattempo molti progetti di legge più o meno interessanti si sono susseguiti. Il migliore di questi è senz'altro il già ricordato art. 57 della proposta di legge delega presentata dalla Commissione Vaccarella.

Ora sembra che il governo con il disegno di legge n. 1082 sia deciso a prevedere l'emanazione di una normativa generale in materia, inserendo nell'art. 39 una “delega al governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali”.

Altri esamineranno la norma in modo specifico, ma, per concludere, desidero sottolineare come sia importante richiamare l'attenzione del legislatore sul mancato richiamo ad alcuni principi fondamentali che pure erano già tutelati nella disciplina societaria. In particolare non si fa riferimento né alla vincolatività della clausola di conciliazione, né agli effetti sostanziali

spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'articolo 39 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5”.

(13) V. la legge 14 febbraio 2006, n. 55 “Modifiche al codice civile in materia di patto di famiglia” pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 50 del 1° marzo 2006.

(14) V. la legge 22 febbraio 2006, n. 84, “Disciplina dell'attività professionale di tintolavanderia”, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 60 del 13 marzo 2006, che riprende alla lettera la formula della legge 580/1993.

della domanda di conciliazione, ma, soprattutto, nulla si dice sulla tutela della riservatezza.

È pur vero che alla lettera dell'art. 39, si prevede che venga disciplinata la mediazione “nel rispetto della normativa comunitaria anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5”, ma questo non pare di per sé sufficiente.

In oltre nella lettera *p*) sembra riproporsi quel modello di conciliazione aggiudicativa che, come ho cercato di sottolineare più sopra, appare uno dei pochi aspetti negativi della legislazione societaria.

L'idea del legislatore è palesemente quella di spingere la parte ad accettare la proposta per evitare conseguenze peggiori, ma credo sia impossibile dimostrarne l'efficacia positiva, essendo, per contro, più probabile che finisca per provocare un rifiuto dello strumento proprio in un momento così delicato per il suo sviluppo.

Tra le due sarebbe forse preferibile tentare la via di una parziale o temporale obbligatorietà del tentativo, allo scopo di fare realmente conoscere lo strumento ai litiganti e dimostrarne loro l'utilità. Sono convinta però che il successo dell'istituto, anche al fine della riduzione del contenzioso giurisdizionale, sia possibile solo se viene dagli stessi litiganti vissuto come un'opportunità in più, non come una sorta di “conciliazione a mano armata” che darebbe loro la sensazione di essere spinti forzatamente non a trovare soddisfazione ai loro interessi, ma a dover rinunciare alla decisione del giudice.

Abbiamo come tutti gli Stati europei ancora solo due anni di tempo per emanare una disciplina della conciliazione/mediazione in linea con la direttiva comunitaria, ma sarebbe assurdo pensare di anticipare i tempi con una normativa non adeguata, perdendo un'occasione storica di contribuire in modo significativo a fornire ai cittadini utili strumenti per la soddisfazione dei loro interessi e dei loro diritti.