

La Conciliazione ed il metodo della *Mediation*

Premessa

Nell'ordinamento italiano esistono molte tipologie di tentativo di conciliazione tra loro profondamente diverse.

Come hanno osservato diversi autori, i molteplici tentativi di conciliazione attualmente previsti nel nostro ordinamento non appaiono affatto frutto di una visione consapevole e di un approccio sistematico alla gestione della conflittualità, ma rappresentano piuttosto una risposta disorganica ad esigenze contingenti di alleggerimento del carico giudiziario¹.

Tra le molteplici tipologie di conciliazione però, una sembra distinguersi dalle altre per il fatto di prevedere l'applicazione di una metodologia per la gestione del conflitto *sui generis*. Si tratta del tentativo di conciliazione che prevede l'applicazione del metodo della "*Mediation*" (*la c.d. conciliazione stragiudiziale professionale, in Italia attualmente praticata dalle Camere di Commercio e da alcune associazioni e società private*)².

Tale tentativo di conciliazione si ispira ad un modello culturale completamente diverso da quello tipico della tradizione italiana e pertanto, anche solo per tale motivo, sarebbe utile identificarlo in modo più chiaro, anche dal punto di vista terminologico.

In ambito internazionale il metodo di gestione del conflitto chiamato *Mediation* è stato fatto oggetto anche di una legge modello da parte dell'UNCITRAL, che lo definisce in modo molto sintetico come segue: "*La Mediation è una procedura, indicata con il nome di mediazione, conciliazione o altra simile espressione, nella quale le parti incaricano una terza persona di assisterle nel proprio tentativo di raggiungere un componimento bonario della loro controversia legale. Il conciliatore non ha alcuna autorità di imporre alle parti una soluzione alla controversia*".³

Questa, naturalmente, non è l'unica definizione della *Mediation*⁴ ma, al di là delle differenze

¹ DI ROCCO M., SANTI A., *La Conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*. Giuffrè Editore, 2003. Pag. 108. DE TILLA M., FERRELLI N., "*Nuovo Arbitrato, Conciliazione e costituzione di camere arbitrali*". Il Sole 24 Ore, Milano, 2006. Pag. 193

² QUINTO M. *Camere di commercio e conciliazione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori*. In *Profili della Riforma 713 Unioncamere*, Roma, 1997. BUZZI I. *Introduzione alla Conciliazione. Principi fondamentali e applicazioni della mediazione ai conflitti aziendali e commerciali*. Giuffrè Editore, 2003. Pagg. 238-241.

³ L'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) è un organo delle Nazioni Unite fondato nel 1966 al fine di ridurre gli ostacoli al commercio internazionale rappresentati dalle disparità di regolamentazione tra i diversi paesi. Il 19.11.2002 l'UNCITRAL ha adottato la definizione di "conciliazione" di cui si è riportata nel testo la traduzione effettuata dall'autore del presente articolo.

La definizione originale in inglese può essere trovata all'indirizzo: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html.

⁴ In ambito internazionale vedi anche la definizione della Camera di Commercio Internazionale (CCI) all'art. 5 della Guida al regolamento di ADR, dove il ruolo del conciliatore è descritto come quello di un

lessicali riscontrabili nelle diverse definizioni, la *Mediation* consiste in una trattativa tra due parti in lite che, anziché avere luogo direttamente tra le stesse, si svolge con l'assistenza di un terzo esperto in tecniche negoziali, che ha il compito di aiutare le parti a ricercare un possibile accordo conveniente ad entrambe, alla luce dei loro stessi interessi.

L'impiego della conciliazione che applica il metodo della *Mediation* è molto diffuso in alcuni paesi (*Stati Uniti, Regno Unito, Argentina ed un crescente numero di paesi nord europei*). Nel nostro paese, visti anche l'elevato grado di litigiosità e la nota inefficienza del sistema giudiziario, l'impiego diffuso di tale metodologia potrebbe rappresentare una vera rivoluzione copernicana nel modo di gestire le controversie (*il conflitto*).

Il *Mediator* (o conciliatore professionale stragiudiziale), a differenza dell'arbitro e del giudice, non si occupa affatto di accertare i "diritti" delle parti in lite e di stabilire chi abbia torto e chi ragione in base a norme giuridiche, ma si adopera invece per facilitare la negoziazione e la comunicazione tra le parti stesse, cercando di metterle in condizione di trovare, se possibile, un accordo che sia soddisfacente in quanto rispettoso degli "interessi" di entrambe.⁵

Il giudizio civile e l'arbitrato infatti, sono entrambi metodi "autoritativi" di gestione del conflitto, che culminano in una decisione suscettibile di essere imposta alla parte soccombente, assunta sulla premessa che certi fatti debbano ritenersi provati e che gli stessi siano inquadrati in una fattispecie normativa astratta. Tale compito viene svolto dal giudicante nel rispetto di una procedura rigida, dettata da norme processuali e dunque di natura pubblicistica.

La *Mediation*, al contrario, essendo un metodo collaborativo di gestione del conflitto, ha carattere prettamente negoziale (*consiste in una trattativa tra le parti, che avviene però con l'ausilio di un terzo neutrale opportunamente formato ad applicare il metodo della Mediation*), non è finalizzata affatto a culminare in una decisione e, pertanto, non è assimilabile in alcun modo ad una funzione di giustizia. Lo *jus dicere* infatti, le è totalmente estraneo⁶.

"facilitatore" che aiuta le parti a negoziare per raggiungere un accordo che definisca la loro controversia.

⁵ COMBA D. *ADR: La negoziazione assistita nei conflitti economici*. Il Sole 24 ore, 2005. Pag. 5. DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D. *Manuale del Conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)* Giuffrè Editore, 2004. Pag. 27-29.

⁶ Pressoché in tutti gli ordinamenti giuridici esistono sistemi di composizione delle controversie alternativi al ricorso alla giustizia ordinaria. Tuttavia, lo sviluppo teorico e pratico delle metodologie collaborative di gestione del conflitto (le c.d. ADR), la principale delle quali è proprio la *Mediation*, si è verificato negli Stati Uniti, dove si è assistito per la prima volta alla nascita di vere e proprie tecniche e metodologie di gestione del conflitto standardizzate (pur nella loro intrinseca fluidità) e si è conseguentemente iniziato a prevedere la specifica formazione di figure professionali chiamate a gestire tali procedure. L'origine del movimento delle ADR in generale viene ricondotto al dibattito sul tema dell'opportunità di dirottare la gestione delle controversie verso soggetti ed organi estranei alla giurisdizione, che ha avuto luogo negli USA nel corso degli anni settanta. Cfr. LEVIN A. L., WHEELER R.R., *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul, MN, 1979. Negli Stati Uniti però, le prime ricerche condotte in modo sistematico sulla teoria e la pratica della risoluzione dei conflitti si sono sviluppate già dal secondo dopoguerra. Tali studi si richiamano a concetti e principi di diverse discipline: economia,

La *Mediation*, insomma, non mira affatto a raggiungere una conclusione della controversia fondata sull'accertamento dei diritti e sulla imposizione di una decisione a chi risulti soccombente in favore di chi risulta avere ragione in base ad una astratta norma di diritto, bensì tende alla concreta ricerca ed individuazione, ove possibile, di una soluzione che soddisfi gli interessi di entrambe le parti e si traduca in un accordo accettato da entrambe.

La *Mediation* dunque, in concreto, consiste nell'applicazione da parte di un *Mediator* (conciliatore professionale stragiudiziale) di una metodologia di gestione del conflitto che ha la funzione di favorire, ove possibile, un accordo efficiente, incentrato sugli interessi delle stesse parti.

Se è vero, come già chiarito, che la conciliazione che applica il metodo della *Mediation* non ha nulla a che vedere con il giudizio statale o arbitrale, è anche importante sottolineare che la stessa si ispira inoltre ad un modello culturale di gestione del conflitto completamente diverso da quello a cui appartengono le altre figure di conciliazione tipiche della tradizione italiana. Queste ultime, infatti, sono fondate sul ruolo istituzionale del conciliatore-giudice, oppure ispirate al modello culturale giuslavoristico, ed invero non sembrano essere state concepite tanto per favorire un accordo funzionale ai concreti interessi delle parti in lite, quanto, piuttosto, per cercare di ridurre il contenzioso venendo in soccorso di un sistema giudiziario in palese difficoltà, oppure per tentare di contemperare gli interessi generali di determinate categorie sociali (es. i lavoratori ed i datori di lavoro; i consumatori e le imprese; i conduttori ed i locatori, ecc.).

La *Mediation* invece, prevede l'applicazione di un metodo di gestione del conflitto *sui generis* e funzionale unicamente ai concreti interessi delle parti in lite, ponendosi già da oggi come una concreta opportunità a disposizione delle parti in conflitto per cercare di risolvere la controversia in modo veloce, economico e confidenziale, conservando pur sempre l'opzione di ricorrere alla giustizia statale o all'arbitrato in caso di mancato accordo.

La conciliazione tradizionale

La dottrina tende a distinguere le varie tipologie di conciliazione secondo diversi criteri, il più noto dei quali è probabilmente quello che distingue tra conciliazione giudiziale e stragiudiziale, a seconda che l'attività del conciliatore sia affidata o meno al potere giudiziario.

In base ad altri comuni criteri di distinzione, la conciliazione viene classificata come: conciliazione preventiva e successiva, in relazione al momento in cui si attua il tentativo di conciliazione rispetto al processo giurisdizionale; conciliazione facoltativa e obbligatoria, a seconda che il tentativo di

comunicazione, psicologia, tecniche di redazione contrattuale, ecc. Cfr. VON NEUMAN J., MORGENSTEN O. *Theory of Games and Economic Behaviour*. Princeton University Press, 1944. RAIFFA H., *The Art and Science of Negotiation*. Cambridge. Mass. Belknap Press of Harvard University Press. The Royal Society. 1983.

conciliazione debba essere esperito obbligatoriamente o meno prima di ricorrere in giudizio, ecc.⁷.

La maggioranza dei criteri comunemente adottati per classificare le diverse tipologie di conciliazione, dunque, prendono in considerazione quasi esclusivamente aspetti estranei alla vera e propria attività di conciliazione, ossia elementi del tutto estrinseci rispetto al "metodo" in concreto adottato dal conciliatore per tentare di condurre le parti al raggiungimento di un accordo, limitandosi a classificare invece la conciliazione dal punto di vista della sua relazione con il processo giurisdizionale⁸.

Proprio in relazione alla concreta attività svolta dal conciliatore, invece, sembra importante sottolineare delle notevoli differenze di fondo tra i tentativi di conciliazione tradizionalmente presenti nel nostro ordinamento e quello che prevede l'applicazione del metodo della *Mediation* che, essendo di derivazione statunitense, si ispira ad un modello culturale completamente diverso e prevede l'adozione di principi e modalità applicative assolutamente nuovi rispetto ai modelli di conciliazione tipici della tradizione italiana.

La conciliazione che si ispira al modello culturale tradizionale, infatti, così come è stata concepita e concretamente praticata nel nostro paese, ha finito per essere spesso un mero simulacro ed una banale formalità, oppure, nella migliore delle ipotesi, un tentativo di favorire l'accordo tra le parti affidato solamente all'autorevolezza istituzionale del conciliatore, alla sua buona volontà ed al suo intuito, senza che fosse mai prevista l'applicazione sistematica di alcun metodo per gestire il conflitto e raggiungere un accordo efficiente fondato sui reali interessi delle parti, esplorando concretamente tutte le opzioni a loro disposizione⁹.

La sostanziale differenza tra tali tipologie di conciliazione giudiziali o stragiudiziali tradizionalmente presenti nel nostro ordinamento e la tipologia di conciliazione che prevede l'applicazione del

⁷ Cfr. SOLDATI N. *La conciliazione stragiudiziale nel processo societario, nei contratti di franchising e nei patti di famiglia*. In *La Conciliazione* di SOLDATI N., Il sole 24 ore, 2007. Pagg. 42, 43. Secondo l'autore la conciliazione, come prevista dal codice di procedura civile, può suddividersi in tre distinte tipologie: quella precedente ad un procedimento giudiziale o arbitrale, quella endo-procedurale, che avviene durante un procedimento giudiziario o arbitrale e quella c.d. *praeter*-procedimentale, che ha luogo al di fuori di qualsiasi collegamento con una procedura giudiziale o arbitrale.

⁸ Discorso a parte meriterebbe invece la distinzione tra conciliazione facilitativa e valutativa, che attiene al diverso approccio del conciliatore che applica il metodo della *Mediation*, a seconda che il suo ruolo sia solo orientato a facilitare il raggiungimento dell'accordo o anche orientato a fornire un suo parere circa una possibile soluzione.

⁹ Sembra significativo che ancora oggi parte della dottrina giustifichi un presunto "favor" del legislatore per la conciliazione giudiziale e per la validità del principio di affidare il ruolo di conciliatore al giudice, sulla base del fatto che il giudice stesso avrebbe come conciliatore una maggiore "influenza" sulle parti. Salvo poi ammettere che in effetti, tale forma di "influenza", essendo in qualche modo correlata proprio alla sua funzione di giudicante, non appare affatto necessariamente funzionale alla intrinseca bontà dell'accordo che potrebbe provocare." Vedi: BORGHESI D. *La conciliazione come strumento di soluzione delle controversie nel processo civile tra presente e futuro*. in *La Conciliazione* di SOLDATI N., Il sole 24 ore, 2007. Pagg. 1 e 3.

metodo della *Mediation*, consiste proprio in questo: nelle prime l'attività concretamente svolta dal conciliatore non è che un mero dato empirico, considerato in fondo irrilevante anche al fine di qualificare la conciliazione come tale¹⁰. Nella seconda, al contrario, il momento centrale e caratterizzante è proprio la effettiva applicazione di un vero e proprio "metodo" di gestione della controversia (del conflitto) da parte di un conciliatore professionista, ossia, un di conciliatore che ha una idonea formazione ed esperienza a svolgere tale specifico ruolo¹¹.

La *Mediation*

L'applicazione del metodo della *Mediation* per tentare di definire bonariamente una controversia può definirsi come un fenomeno para-giuridico, che si sostanzia nell'applicazione da parte di un terzo idoneamente formato di alcune tecniche negoziali, comunicative e psicologiche e che, pur essendo finalizzato ad estinguere il conflitto (la controversia), di per sé non ha nulla a che vedere con una funzione di "giustizia"¹².

Le parti interessate a tentare la conciliazione, infatti, se la loro controversia verte in materia di diritti disponibili, così come sono sempre libere in forza della loro autonomia contrattuale di trovare un accordo negoziando direttamente tra di loro, sono altrettanto libere di rivolgersi a qualsiasi privato che le assista cercando di favorire l'accordo. Normalmente in Italia, anche in conseguenza di una scarsa "cultura negoziale", è improbabile che le parti che vogliono tentare la conciliazione / *Mediation* si rivolgano direttamente ad un *Mediator* per una conciliazione *ad hoc* e, normalmente, si rivolgeranno invece ad un centro privato che metta a disposizione una lista di conciliatori / *Mediators*, oppure alle Camere di Commercio che, con una organizzazione ormai capillare su tutto il territorio nazionale, offrono già da oltre un decennio l'opportunità di tentare la via della *Mediation*.

Il metodo della *Mediation* è strutturato in una serie di fasi che si concatenano in una sorta di "procedura". Il termine procedura però, in tale ambito, deve essere inteso in senso assolutamente atecnico dal punto di vista giuridico.

¹⁰ Cfr. ROSSI A., Voce "Conciliazione" I) 1.2 in ENCICLOPEDIA GIURIDICA – Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani. – Vol. VII. 1988; ove, tra l'altro, viene richiamata quella risalente dottrina secondo la quale: "l'elemento decisivo ai fini dell'esistenza di una conciliazione è da ricercare in un fattore istituzionale – la funzione tipica e costante di equilibrata mediazione che l'ordinamento assegna e che le parti stesse riconoscono all'organo conciliativo – e non in un dato empirico qual è l'attività in concreto svolta da tale organo".

¹¹ L'utilizzo di "forme tecnicamente programmate" come peculiarità del modello di conciliazione di derivazione statunitense ed elemento di distinzione rispetto al modello di conciliazione tradizionale "caratterizzato al contrario da forti connotati di improvvisazione, e da una accentuata casualità dei risultati" è evidenziata, tra gli altri, da MARINARI M. In Prefazione a *La Via della Conciliazione*. (a cura di) GIACOMELLI S. Ipsoa, 2003. Pag. VII e pag. X.

¹² Anche se le parti sono assistite da un terzo neutrale che opera per facilitare l'accordo, la *Mediation*, dal punto di vista giuridico, sembra consistere semplicemente in una trattativa tra le parti. L'instaurarsi di una *Mediation* pertanto, nel nostro ordinamento, potrebbe rilevare ai sensi degli artt. 1337 e 1338 del cod. civ.

Infatti, lo svolgersi della Mediation si sostanzia nell'applicazione da parte del conciliatore (*Mediator*) di tecniche negoziali, comunicative e psicologiche. Anche se l'applicazione di tale metodologia ha una sua struttura tendenzialmente definita¹³ però, questa è determinata solamente da criteri di opportunità legati alla efficace gestione del conflitto e non è in alcun modo assimilabile ad un processo o ad una procedura, ove le varie fasi sono, invece, previste ed imposte da norme giuridiche processuali¹⁴.

Anche se, in materia di conciliazione professionale stragiudiziale, non tutti gli autori richiamano uno stesso numero di fasi e sotto-fasi per descrivere lo svolgimento della *Mediation*, la sequenza delle attività poste in essere dal *Mediator*, pur avendo una sua intrinseca fluidità, è sostanzialmente sempre la medesima.

Senza alcuna pretesa di completezza, ma a fini meramente descrittivi e in estrema sintesi, si può suddividere la concreta applicazione del metodo della *Mediation* nelle seguenti fasi: I) Fase Iniziale: preparazione dell'incontro, presentazione del conciliatore; II) Fase Esplorativa: esposizione della controversia da parte di ognuna delle parti con indicazione delle rispettive posizioni, sintesi del conciliatore della esposizione di ogni parte, incontri separati del conciliatore con ogni parte; III) Fase Creativa: ricerca e produzione delle possibili opzioni; IV) Fase Conclusiva: verifica delle opzioni concretamente accettabili e scelta di una possibile soluzione, raggiungimento dell'accordo / constatazione del suo mancato raggiungimento, redazione dell'accordo.

Nella *Mediation* insomma, il conciliatore si limita ad applicare liberamente le tecniche di soluzione del conflitto nell'ambito della trattativa che si svolge tra le parti stesse, favorendone la comunicazione ed il superamento degli aspetti emotivamente negativi ed aiutandole a trovare soluzioni che siano rispettose degli interessi di entrambe.

¹³ Cfr. DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D. *Manuale del Conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)* Giuffrè Editore, 2004. Pag. 63-136. COSI G. In *La via della Conciliazione*, a cura di GIACOMELLI S. IPSOA, 2003. Pag. 105-134. CICOGNA M., DI RAGO S., GIUDICE G.N. *La Conciliazione Commerciale*. Maggioli Editore, 2004, Pag. 153-154. LOVENHEIM P. *Mediate don't litigate*. New York, N.Y. McGraw-hill, Inc., 1989, Pag. 80-103. MOORE C. *The Mediation Process. Pratical Strategies for resolving conflict*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1996. Pag. 193-300. La "procedura" (più correttamente, l'applicazione del metodo) della *Mediation*, implica semplicemente l'impiego di una metodologia di gestione del conflitto che, se pure presenta delle fasi tendenzialmente ricorrenti è comunque flessibile e, soprattutto, non ha nulla a che vedere con la procedura di natura pubblicistica del processo giudiziario o con il procedimento amministrativo, ma viene applicata dal Conciliatore / *Mediator* in base alle sue capacità in modo da essere il più efficace possibile nella soluzione della specifica controversia affrontata. Nel senso dell'opportunità di intendere l'applicazione della *Mediation* come un "flow chart" piuttosto che come uno schema lineare. Cfr. FALLBERG J., TAYLOR A. *Mediation. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1990, Pag. 38-71

¹⁴ La "procedura" di conciliazione / Mediation è sostanzialmente una trattativa assistita da un terzo ed ha dunque natura negoziale, non processuale. Pertanto, i principi cardine del processo, come ad esempio il contraddittorio, le sono del tutto estranei. Questo però non significa che nell'applicazione di tale tipologia di conciliazione non siano esistenti delle "garanzie" per le parti ma, semplicemente, che sono necessarie e sufficienti garanzie di tipo del tutto diverso, come ad esempio, quello della confidenzialità.

L'applicazione di tale metodo di gestione del conflitto è possibile in riferimento a qualsiasi controversia, ma appare particolarmente indicato per le controversie dove le parti hanno la necessità o l'interesse di mantenere buoni rapporti personali, commerciali o professionali, come ad esempio nel caso di controversie tra *partners* commerciali, tra soci, nei contratti di affiliazione commerciale, ecc.

In caso di esito positivo la *Mediation* si conclude con un accordo e, dunque, con un documento che avrà valore contrattuale tra le parti.

Secondo la maggioranza degli esperti di *Mediation* il conciliatore, oltre ad essere per definizione estraneo a qualsiasi attività decisionale, non dovrebbe neanche esprimere un proprio parere sulla possibile soluzione della controversia, limitandosi a favorire la comunicazione e la produzione di possibili opzioni da parte delle stesse parti. La conciliazione insomma, almeno di norma, dovrebbe essere facilitativa e non valutativa ¹⁵.

L'applicazione del metodo della *Mediation* ha avuto notevole successo nei paesi in cui è stato introdotto in modo generalizzato, anche perché prevede che le parti siano presenti al tentativo di conciliazione di persona, magari accompagnate dai propri legali, offrendo comunque alle stesse l'opportunità di incontrarsi per cercare di risolvere direttamente il proprio conflitto, ma in un ambiente neutrale ed in presenza di un conciliatore professionista.

Infatti si è osservato che, in concreto, un elevato numero di controversie legali non sono affatto causate da conflitti propriamente giuridici ma, piuttosto, da conflitti emotivi, comunicativi e relazionali¹⁶. Coerentemente con tale analisi, in ogni fase della *Mediation* il conciliatore si adopera per stemperare il contenuto emozionale insito nelle posizioni delle parti, cercando di rivelare alle stesse il conflitto nel suo aspetto obiettivo.

Il tentativo di conciliazione ispirato alla *Mediation* inoltre (*a differenza di quanto avviene con i tentativi di conciliazione tradizionali*), prevede l'assoluta confidenzialità di tutto quanto viene affermato nel corso della stessa ed anche nel corso della eventuale fase dei colloqui diretti e privati tra le parti ed il conciliatore. In tale modo il conciliatore stesso, pur senza mai far pervenire ad una parte le informazioni confidenziali ricevute dall'altra, ha anche la possibilità di indirizzare le parti verso opzioni e soluzioni che le stesse non avrebbero potuto individuare negoziando direttamente ¹⁷.

¹⁵ LOVE, The top ten reasons why mediators should not evaluate. In: Fla. St. U. L. Rev. Vol 24, 1997.

¹⁶ Appartiene all'esperienza di qualsiasi legale la constatazione che all'origine di molte controversie relative, ad esempio, alla proprietà di un muro di confine, alla richiesta di ricalcolo di tabelle millesimali condominiali, alle contese in materia ereditaria, ecc., vi sono sovente preponderanti motivazioni emotive e relazionali, magari provocate dall'improvviso incrinarsi di rapporti personali, piuttosto che motivazioni legate ad incertezze di natura strettamente giuridica.

¹⁷ La caratteristica della confidenzialità è un altro elemento che sottolinea la profonda differenza culturale e di metodo rispetto alla conciliazione tradizionalmente presente nel nostro paese. Si pensi infatti a come

Una volta stemperata la controversia dal suo contenuto emozionale negativo, ottenuta la fiducia delle parti ed esplorati a fondo i reali interessi delle stesse parti anche grazie alle confidenze ricevute negli incontri privati, il conciliatore potrà sfruttare il migliore clima emozionale e la maggiore disponibilità alla comunicazione delle parti per procedere alla c.d. fase creativa, ossia a quella fase nella quale le parti ed il conciliatore ricercano insieme le possibili opzioni per raggiungere un accordo.

Nel corso dell'intero svolgimento di questa metodologia negoziale di gestione del conflitto, il conciliatore avrà il compito di continuare a stemperare gli aspetti emotivi del conflitto stesso, rappresentando alle parti anche i costi e le conseguenze a cui andrebbero incontro in caso di mancato accordo.

La *Mediation*, però, non si fonda certo unicamente sugli aspetti emozionali e psicologici del conflitto. L'accordo finale infatti è possibile ed auspicabile solo ove sia realmente conveniente ad entrambe le parti, anche alla luce di una concreta ed obiettiva valutazione economica e materiale dei propri reali interessi.

Uno dei principi cardine della *Mediation*, come di ogni metodo di gestione collaborativa del conflitto, consiste nello stemperare l'aspetto emozionale della controversia, migliorando la comunicazione tra le parti e la loro capacità di affrontare il conflitto da un punto di vista obiettivo; ciò consente di trovare soluzioni non limitate alla mera spartizione delle risorse in contestazione, ma fondate sulla individuazione di ulteriori risorse ed opportunità di comune utilità.

Alla base di tale assunto vi è l'osservazione che, nella realtà, i conflitti non sono quasi mai assimilabili ad un gioco a somma zero, nel quale le risorse sono fisse ed ogni parte può solo acquisire qualcosa sottraendola all'altra, ma offrono invece quasi sempre la possibilità di estendere l'oggetto della negoziazione anche a risorse aggiuntive di interesse comune¹⁸.

In caso di esito positivo della *Mediation* le parti addiverranno ad un accordo che idealmente, soprattutto nei casi di una certa complessità, dovrebbe essere redatto ad opera dei legali delle parti stesse, poiché il conciliatore non è certo tenuto ad occuparsi lui stesso degli aspetti

tale elemento sia totalmente trascurato nella conciliazione giudiziale, dove il ruolo di conciliatore è affidato al giudice, ossia alla stessa persona che poi dovrà decidere la controversia in base a diritto.

Le difficoltà culturali del legislatore italiano nel recepire il principio di confidenzialità come un elemento necessario ad una applicazione efficace della conciliazione / *Mediation* sembrano evidenti. Basti pensare all'art. 40, co 3°, ultima parte del D-Lgs n. 5 del 2003 (c.d. *Conciliazione stragiudiziale nel processo societario*). Tale norma infatti, pur riferendosi ad un tentativo di conciliazione ispirato al metodo della *Mediation*, prevede contraddittoriamente l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese dalle parti durante la conciliazione al fine di condanna alle spese di giudizio in caso di fallimento del tentativo di conciliazione ed instaurazione di un processo giurisdizionale, in tale modo, minando gravemente l'esigenza di assoluta confidenzialità connaturata alla *Mediation*.

¹⁸ PIETRONI D., RUMIATI R., *Negoziare*. Raffaello Cortina Editore, Milano, 2004. CERA S., DI GREGORIO M., *A.D.R. - Analisi economica della negoziazione nelle Piccole e Medie Imprese: analisi costi/benefici*. In: Riv. Flaminia, Luglio 2005;

strettamente legali della redazione contrattuale, essendo tale compito estraneo al suo ruolo.

Il valore aggiunto dell'accordo che scaturisce da una efficace applicazione della *Mediation*, dunque, non va ricercato tanto nel tipo di contratto concluso dalle parti (che, nella maggioranza dei casi, sarà pur sempre una transazione) ma, piuttosto, nella qualità dell'accordo stesso.

Infatti, anche quando l'accordo scaturito dall'applicazione della *Mediation* dal punto di vista giuridico è riconducibile ad un contratto di transazione, spesso il contenuto di tale transazione è qualitativamente migliore, in conseguenza del fatto che l'accordo viene raggiunto all'esito di una compiuta ricerca della migliore soluzione possibile alla luce degli effettivi interessi delle stesse parti.

Pertanto, a differenza di quanto sovente avviene nelle trattative dirette o in altre tipologie di conciliazione, l'eventuale accordo finale non è affatto la mera conseguenza di reciproche rinunce conseguenti ad uno scontro di posizioni (nel corso del quale ogni parte cerca di esercitare pressioni sull'altra mirando ad ottenere a suo discapito ogni risorsa disponibile) ma, piuttosto, un'intesa concordemente ritenuta vantaggiosa e ragionevole.

Conclusioni

Parte della dottrina italiana tende ad enfatizzare il fatto che nel nostro ordinamento giuridico la "conciliazione" avrebbe una lunga tradizione, ricordando che il codice di procedura civile del 1865 richiama la conciliazione già all'art. 1 e che inoltre, fino ad un tempo recente, nel nostro ordinamento esisteva anche la figura del "giudice conciliatore".

A parere di chi scrive però, con il richiamo a tale tradizione, si rischia di disconoscere che esistono profonde differenze tra i modelli di conciliazione tradizionalmente presenti nel nostro paese ed il metodo della *Mediation*, che è stato invece recepito in tempi molto più recenti ed è fondato su principi e tecniche applicative ispirate ad un modello culturale completamente diverso da quello proprio della richiamata tradizione italiana.

Al contrario, l'uso invalso nel nostro paese di riferirsi in modo indistinto con il termine "conciliazione" a metodi di gestione del conflitto molto eterogenei (come, ad esempio: i tentativi di conciliazione di ispirazione istituzional-burocratica tipici della tradizione italiana, alcune procedure ideate da società private e associazioni dei consumatori a scopo di ridurre il contenzioso con determinate imprese, che con la conciliazione nulla hanno a che vedere, oltre alle stesse ipotesi in cui viene applicato il metodo della *Mediation*) è fonte di una notevole confusione terminologica, che finisce per rendere più difficile comprendere che, il recepimento e la concreta possibilità di applicazione del metodo della *Mediation*, rappresenta nel nostro paese una sostanziale novità¹⁹.

¹⁹ Le profonde differenze culturali e di metodo tra la conciliazione tradizionale italiana e la *Mediation* di derivazione statunitense possono ricondursi anche ad un diverso modo di concepire il rapporto tra

Infatti, l'impiego diffuso di un metodo di risoluzione del conflitto come la *Mediation*, che pone al centro l'interesse delle parti della controversia a trovare una soluzione conveniente ad entrambe anziché quello dello stato a ridurre il contenzioso, che è fondato sul potere negoziale delle parti anziché sul ruolo istituzionale del conciliatore e che, soprattutto, prevede l'effettivo impiego di una apposita metodologia di gestione del conflitto da parte di un professionista, nel nostro paese, rappresenta una vera e propria rivoluzione copernicana nel modo di affrontare il conflitto ed una reale opportunità per ridurre i costi ed i tempi di molte controversie legali.

L'ostacolo maggiore alla conoscenza ed alla diffusione della *Mediation*, è però rappresentato, ancora oggi, oltre che dalla richiamata confusione esistente sul piano culturale e terminologico tra le diverse tipologie di conciliazione, anche dalla scarsa conoscenza di tale metodologia da parte di privati, imprese e professionisti, inclusi gli avvocati, che sarebbero invece i primi a dover valutare l'opportunità di suggerirla ai propri clienti prima di ricorrere al sistema giudiziario.

Invero, la limitatissima (*o meglio quasi assente*) formazione universitaria e post-universitaria in materia di ADR (*negoziiazione e Mediation*)²⁰, i risultati pratici notoriamente deludenti ottenuti dalla conciliazione tradizionale, l'abitudine invalsa di attribuire il termine "conciliazione" a forme di prevenzione del conflitto che non hanno nulla in comune con la stessa, l'utilizzo infelice anche da parte del legislatore di una terminologia processualistica e l'imposizione di un inadeguato modello culturale istituzional-burocratico anche là dove dovrebbe applicarsi il metodo della *Mediation*, hanno sinora impedito, nel nostro paese, non solo l'adozione sistematica e generalizzata di tale specifica metodologia di gestione del conflitto, ma anche la sua stessa conoscenza da parte dei professionisti che potrebbero promuoverla.

La scarsa formazione e la confusione terminologica e culturale in materia di metodologie per la gestione collaborativa del conflitto, inoltre, ha finito per provocare in molti giuristi ed avvocati una diffusa ed aprioristica sfiducia in qualsiasi forma di gestione alternativa del conflitto accomunata dal termine "conciliazione", che viene spesso percepita unicamente come un ennesimo ed inutile ostacolo burocratico imposto a chi voglia far valere i propri diritti.

cittadini ed istituzioni nei sistemi di c.d. *Civil law*, come quello italiano, e di *Common law* come quello americano. Sui possibili effetti di vero e proprio "shock culturale" che possono conseguire dalla progressiva odierna osmosi di modelli culturali, Cfr. FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Il Mulino, Bologna, 2000. Pagg. 27 e ss.

²⁰ Con l'acronimo ADR (*Alternative Dispute Resoluton [Methods]*) si indicano tecniche e metodi di gestione negoziale delle controversie legali alternativi al ricorso immediato all'autorità giudiziaria. Tali metodi collaborativi di gestione del conflitto sono volti a ricercare una soluzione volontaria e concordata delle stesse parti e pertanto si distinguono nettamente dai metodi di gestione del conflitto aggiudicativi, come il processo innanzi al giudice statale o l'arbitrato. Per un approfondimento sulle teorie negoziali e sull'utilità del loro impiego in funzione di ADR si veda: FISHER R., URY W. PATTON B., *Getting to yes. Negotiating an agreement without giving in*. Random House, London, 1999. K.A. SLAIKEU K.A., HASSON R.H., *Controlling the Costs of Conflict. How to design a system for your organization*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1998.

Questa percezione è particolarmente grave ove si consideri che la *Mediation* potrebbe essere già oggi utilmente adottata anche in Italia per cercare di comporre numerose tipologie di controversie e che, in un'ottica di adeguata gestione della conflittualità, il ricorso all'autorità giudiziaria dovrebbe rappresentare l'ultima risorsa da utilizzare quando le altre non hanno funzionato e non, come invece ancora oggi avviene, l'esito scontato ed automatico di qualsiasi controversia legale.

Roma, 2 maggio 2008.

Marco Di Gregorio

INDICE BIBLIOGRAFICO

- 1 - BORGHESI D. *La conciliazione come strumento di soluzione delle controversie nel processo civile tra presente e futuro*. In *La Conciliazione* di SOLDATI N., Il sole 24 ore, 2007.
- 2 - BUZZI I. *Introduzione alla Conciliazione. Principi fondamentali e applicazioni della mediazione ai conflitti aziendali e commerciali*. Giuffrè Editore, 2003.
- 3 - CERA S., DI GREGORIO M., *A.D.R. - Analisi economica della negoziazione nelle Piccole e Medie Imprese: analisi costi/benefici*. In: Riv. Flaminia, Luglio 2005;
- 4 - CICOGNA M., DI RAGO S., GIUDICE G.N. *La Conciliazione Commerciale*. Maggioli Editore, 2004.
- 5 - COMBA D. *ADR: La negoziazione assistita nei conflitti economici*. Il Sole 24 ore, 2005.
- 6 - COSI G. In *La via della Conciliazione*, a cura di GIACOMELLI S. IPSOA, 2003. Pag. 105-134.
- 7 - DE PALO G., D'URSO L., GOLANN D. *Manuale del Conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)* Giuffrè Editore, 2004.
- 8 - DE TILLA M., FERRELLI N., "Nuovo Arbitrato, Conciliazione e costituzione di camere arbitrali". Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.
- 9 - DI ROCCO M., SANTI A., *La Conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*. Giuffrè Editore, 2003.
- 10 - FALLBERG J., TAYLOR A. *Mediation. A comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1990.
- 11 - FERRARESE M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Il Mulino, Bologna, 2000.
- 12 - FISHER R., URY W. PATTON B., *Getting to yes. Negotiating an agreement without giving in*. Random House, London, 1999.

- 13 - LEVIN A. L., WHEELER R.R., *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul, MN, 1979.
- 14 - LOVE, The top ten reasons why mediators should not evaluate. In: Fla. St. U. L. Rev. Vol 24, 1997.
- 15 - LOVENHEIM P. *Mediate don't litigate*. New York, N.Y. McGraw-hill, Inc., 1989.
- 16 - MARINARI M. In Prefazione a *La Via della Conciliazione*. (a cura di) GIACOMELLI S. Ipsoa, 2003.
- 17 - MOORE C. *The Mediation Process. Pratical Strategies for resolving conflict*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1996.
- 18 - PIETRONI D., RUMIATI R., *Negoziare*. Raffaello Cortina Editore, Milano, 2004.
- 19 - QUINTO M. *Camere di commercio e conciliazione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori*. In Profili della Riforma713 Unioncamere, Roma, 1997.
- 20 - RAIFFA H., *The Art and Science of Negotiation*. Cambridge. Mass. Belknap Press of Harvard University Press. The Royal Society. 1983.
- 21 - ROSSI A., Voce "Conciliazione" I) 1.2 in ENCICLOPEDIA GIURIDICA – Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani. – Vol. VII. 1988;
- 22 - SLAIKEU K.A., HASSON R.H., *Controlling the Costs of Conflict. How to design a system for your organization*. Jossey-Bass Publishers, San Francisco, 1998.
- 23 - SOLDATI N. *La conciliazione stragiudiziale nel processo societario, nei contratti di franchising e nei patti di famiglia*. In *La Conciliazione* di SOLDATI N., Il sole 24 ore, 2007.
- 24 - VON NEUMAN J., MORGENSTEN O. *Theory of Games and Economic Behaviour*. Princeton University Press, 1944.

Autore del presente articolo è l'Avv. Marco Di Gregorio

E' vietato copiare il presente articolo per una parte superiore ad un decimo dello stesso ed, in ogni caso, anche per la citazione in riviste telematiche o cartacee, è sempre obbligatoria l'indicazione della fonte. L'articolo può essere citato nel seguente modo:

<<

Marco Di Gregorio, *La Conciliazione ed il metodo della Mediation*, In "Sito Internet dell'Avv. Marco Di Gregorio" <www.marcodigregorio.eu/conciliazione>, 2 maggio 2008.

>>