

I convegni giuridici del Foro di Roma*

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma - Centro Studi

29 gennaio,
5 e 12 febbraio 2005
ore 10.00
Aula Avvocati
Palazzo di Giustizia
Piazza Cavour

La conciliazione stragiudiziale delle controversie

Prima sessione: 29 gennaio 2005

Programma completo

Conciliazione e mediazione (avv. Fioravante Carletti)

- Tutela dei diritti ed autonomia privata
(Prof. Avv. Alfonso Celotto)
- Conciliazione nel giudizio ordinario (Avv. Carmelita De Finis)
- Remore e vantaggi della conciliazione (Avv. Alessandro Bruni)
- Aspetti psicologici della mediazione (Avv. Roberta Calabrò)
- Etica, deontologia e riservatezza (Avv. Ferdinando Carbone)
- Obbligatorietà ed esecutività della conciliazione
(Prof. Avv. Mario Quinto)
- Conciliazione specializzata e conciliazione generalizzata
(Avv. Francesco Caroleo).
- Orientamenti comunitari (Avv. Doriana Chianese)

Avv. Alessandro BRUNI

“REMORE E VANTAGGI DELLA CONCILIAZIONE”

Prima di esaminare quali siano i vantaggi concretamente ascrivibili ad un procedimento di “*conciliazione stragiudiziale professionale*”, mi sia consentito dare una definizione di conciliazione. La conciliazione è una negoziazione facilitata che si svolge sotto il controllo di un terzo, il conciliatore, con lo scopo di guidare le parti al raggiungimento di un accordo soddisfacente per entrambe, con la auspicata possibilità di porre le stesse parti in una situazione migliore di quella in cui versavano in precedenza.

* Nella presente sezione, la nostra Rivista ha il piacere e l'onore di ospitare e pubblicare le relazioni e gli interventi svolti nel corso e nell'ambito dei più significativi convegni ed incontri giuridici, che il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati

di Roma ha avuto il privilegio - di volta in volta in via esclusiva ovvero con il concorso di altri Enti Istituzioni e/o Associazioni - di organizzare, promuovere o patrocinare (il R.C.).

Risolvere le controversie negoziando con la controparte è di gran lunga preferibile per risparmiare tempo e denaro e, da ultimo ma non ultimo, per ripristinare relazioni compromesse, auspicabilmente migliorandole per il futuro.

Per dare l'idea di come tale istituto si stia espandendo anche in Italia è necessario fornire alcuni dati numerici numeri su ciò che sta accadendo, in materia, nel mondo delle Camere di Commercio italiane.

Le Camere di Commercio nel periodo 1997-2003 hanno gestito complessivamente 5.697 conciliazioni di cui, fino al 2002, 943 relative a controversie nascenti da rapporti tra imprese e 2626 controversie in materia di consumo.

Nel 2002 le domande di conciliazione gestite dalle Camere di Commercio sono risultate 1138: 303 in relazione a controversie nascenti da rapporti tra imprese e 835 relative a rapporti tra imprese e consumatori.

Le domande sono cresciute nel 2002 del 30% in più rispetto all'anno precedente.

Nel 2003 tali domande sono pressoché raddoppiate rispetto al 2002, passando a 2128.

Il valore medio delle conciliazioni è risultato pari ad € 53.164,00 con una durata media di 38 gg. (da intendersi dal giorno della presentazione della domanda ad opera di una parte fino al giorno di stesura del verbale di conciliazione, N.d.A.).

In tutta Italia nel solo anno 2002 sono stati formati 422 conciliatori camerati.

Le parti sono state indotte ad effettuare una domanda di conciliazione per vari motivi:

41% per l'economicità del servizio;

42% per la rapidità e snellezza delle procedure;

17% per l'affidabilità del servizio.

Partendo dalle remore che si possono incontrare nel sottoporre le proprie dispute ad un tipo di procedimento che, sebbene vantaggioso e risolutivo, risulta essere ancora oggi in fase di "lancio" in Italia, esaminiamo quali sono i vantaggi che concretamente le parti possono ottenere.

Professionalità dei conciliatori: la prima remora in cui ci si imbatte, di solito, è lo scetticismo che le parti possono avere nei confronti del conciliatore, di cui non si conosce né la figura né la professionalità. Invero, tutti i conciliatori devono aver seguito corsi di tecniche di conciliazione e composizione dei conflitti, appositamente strutturati per l'acquisizione della professionalità atta a coadiuvare le parti durante gli incontri di conciliazione. Gli stessi, d'altro canto, oltre a seguire le norme deontologiche proprie della professione che esercitano, sono tenuti a rispettare le norme di comportamento ispirate al codice deontologico approvato dall'U.I.A. (Unione Internazionale degli Avvocati) nella sessione 2 aprile 2003.

Attenzione ai veri interessi delle parti: che differenza c'è allora tra un organo giudicante ed un conciliatore? Il conciliatore, a differenza di un giudice o di un arbitro (costretti dal poco tempo a disposizione e da norme procedurali schematiche e tecniche) potrà, anzi dovrà concentrarsi su elementi importantissimi in una disputa come "le emo-

zioni", le "paure e le aspettative" delle parti in lite; ciò per favorire il nascere di soluzioni negoziate nuove e soddisfacenti in maniera totale per tutte le parti: in un'ottica "win-win" (in cui tutti risultano aver ottenuto il massimo di soddisfazione possibile), cioè in un'ottica di creare soluzioni innovative "a somma positiva" in cui tutte le parti sono soddisfatte nei propri interessi e non "win-lose" (che invece è caratteristica quasi sempre presente nei procedimenti ordinari o arbitrari e nelle negoziazioni o transazioni che numerose vengono esperite negli studi dei professionisti).

Per raggiungere un coterale risultato, a tutto vantaggio delle parti, il conciliatore potrà avvalersi della facoltà di incontrare le parti separatamente in incontri singoli del tipo *face to face*.

Proprio per questo la conciliazione aiuta a conservare le relazioni commerciali ed interpersonali tra le parti in maniera più efficiente di quanto avvenga con l'arbitrato o con il processo: con un buon accordo di conciliazione non solo si mantengono le relazioni tra le parti ma in un'alta percentuale di casi si migliorano, a tutto vantaggio delle parti stesse che traggono un utile economico-relazionale non indifferente alla prosecuzione ottimale del rapporto.

Soluzione raggiunta delle parti e non imposta da un terzo: potrebbe porsi un'altra obiezione sul fatto che il conciliatore, soggetto comunque privato, possa inserirsi in una disputa con funzioni giudicanti. Ciò, invero, non succede, perché un indubbio beneficio offerto dalla conciliazione è la possibilità che hanno le parti di gestire in maniera autonoma il processo di risoluzione della controversia, mantenendo un pressoché totale controllo sullo svolgimento del tentativo di conciliazione ed avvalendosi anche, se vogliono, dell'ausilio professionale di propri consulenti (avvocati, commercialisti, ecc...) che possono partecipare al tentativo di conciliazione a fianco del proprio cliente. Il conciliatore, cioè, non avrà alcun potere decisionale (non essendo un giudice e non essendo un arbitro) e non dovrà in alcun modo forzare le parti nel prendere una decisione. Egli è un professionista neutrale ed indipendente rispetto alle parti stesse, con il compito di coadiuvare queste ultime a cercare di trovare una soluzione che ponga termine alla loro disputa, con reciproca soddisfazione dei loro interessi. Semmai lo stesso conciliatore potrà dare un suo parere squisitamente professionale, ma solo se richiesto in tal senso dalle parti.

Possibilità di allargare la "torta negoziale": con la conciliazione le parti potranno raggiungere le soluzioni che soddisfino maggiormente gli effettivi interessi (economici e non) di ognuna, non essendo vincolate al principio processuale della domanda. Poiché sono le parti stesse a scegliere la migliore via di soluzione per risolvere la loro lite, tale soluzione potrà non basarsi solo su diritti ed obblighi reciproci, ma potrà adattarsi alle reali esigenze economiche e commerciali delle parti, anche mediante un accordo che si discosti dalle loro originarie posizioni (cosa che non è solitamente possibile in un giudizio ordinario), ed anche con una soluzione creativa di componimento della loro disputa e di soddisfazione dei propri interessi. Non sono possibili dinamiche di forza e di potere perché il consenso sostituisce la forza: la cooperazione delle parti prescinde dal potere della forza. Anche in caso di mancato accordo, peraltro, l'a-

ver partecipato ad un tentativo di risoluzione stragiudiziale porta le parti ad una conoscenza tale della propria disputa, da risultare fondamentale in caso di successivo giudizio. A volte, poi, le parti riescono comunque a raggiungere un accordo parziale, lasciando il “non risolto” alle aule dei tribunali.

Tempi rapidi di soluzione e costi esigui e prevedibili: a livello di durata - si potrebbe obiettare - un tentativo di conciliazione è pari ad un procedimento ordinario? Assolutamente no. Infatti la durata media di un procedimento di conciliazione è di 38 gg. (fonte Unioncamere). Di solito gli incontri (le sessioni) di conciliazione durano mediamente non più di due giorni consecutivi; naturalmente ciò non significa che tra un incontro ed un altro non possa intercorrere un certo lasso di tempo. Altra remora da sfatare riguarda i costi del procedimento di conciliazione che potrebbero immaginarsi alti, come in un procedimento arbitrale. Così non è, perché la procedura di conciliazione permette un indubbio vantaggio economico, poiché il compenso del conciliatore, di solito, è orario, e le parti, in linea di massima, possono prevedere praticamente da subito quanto andranno a spendere per il tentativo di conciliazione che le occupa (salvo il caso in cui, per la particolare complessità della materia del contendere, sia necessario il parere di consulenti esperti della materia, allorché le spese affrontate per la consulenza tecnica saranno un surplus da pagare ad opera delle parti, di solito divise al 50% ciascuno).

Assenza di rischio e di formalità: ci si può chiedere cosa succeda se una delle parti voglia abbandonare il tavolo delle trattative. Non c'è alcun rischio di incappare in problematiche legate all'eventuale mancata conciliazione delle parti perché il procedimento è volontario. Ciò sta a significare che in qualunque momento, e tanto più in caso di mancato raggiungimento di un accordo conciliativo, le parti, anche disgiuntamente, possono decidere di abbandonare il tavolo delle “trattative conciliative” mantenendo il diritto di ricorrere alle forme tradizionali di giustizia. Il tentativo di conciliazione, cioè, non implica una preventiva rinuncia alle vie giudiziarie che potranno essere adite liberamente nel caso di infruttuoso tentativo.

Tutta la procedura di conciliazione, inoltre, è caratterizzata da informalità: all'infuori del rispetto del regolamento dell'organo che gestisce i tentativi di conciliazione e del non compiere atti contrari alla legge, non vi sono altre regole procedurali, non vi sono cioè i vincoli procedurali che si possono trovare in un giudizio ordinario o in un procedimento arbitrale.

Riservatezza: perché le parti di una disputa dovrebbero potersi fidare del conciliatore? Non vi è il rischio che il conciliatore possa rivelare particolari salienti e “privati” a terzi, a tutto svantaggio delle parti? Ciò non è possibile perché tutto il procedimento di conciliazione è caratterizzato da riservatezza e confidenzialità: l'esito della procedura e, se del caso, anche l'avvenuto svolgimento della stessa, restano segreti e non accessibili ad alcuno. Questo indubbio vantaggio permette alle parti di non evidenziare pubblicamente l'insorgenza e/o l'esistenza di una disputa che potrebbe, a volte, ritorcersi contro

le stesse in termini di perdita di immagine, cattiva pubblicità ed anche perdita di clientela (se imprese o professionisti). Infatti tutte le parti presenti al tentativo di conciliazione (incluso naturalmente il conciliatore e il funzionario, qualora sia previsto, che espleta le funzioni di segreteria) sono tenute a non rivelare alcuna informazione appresa nel corso del suddetto tentativo. Oltretutto il conciliatore non potrà svelare ad alcun'altra parte le informazioni ottenute confidenzialmente dall'altra, senza l'avallo preventivo della parte che gliel'ha rivelate. La riservatezza è quindi una importante, oserei dire a volte “vitale”, caratteristica di un procedimento conciliativo, mentre è quasi sempre assente in un procedimento ordinario civile che per sua natura è pubblico. Esempio di riservatezza lo troviamo all'art. 40, 3° del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che sancisce che le dichiarazioni rese dalle parti nel corso del procedimento di conciliazione, salvo che per gli effetti in ordine alle spese, non possono essere utilizzate in giudizio, né possono formare oggetto di prova testimoniale.

Accordo di conciliazione: il testo dell'accordo raggiunto al termine della procedura conciliativa (il verbale di raggiunta conciliazione) è scritto direttamente dalle parti, (con l'ausilio solo “tecnico” del conciliatore) sicché queste possono prevedere clausole penali o risolutive in ipotesi di inadempimento. Tale verbale è vincolante per le parti alla stregua di un contratto liberamente concluso. In alcuni casi, poi, il verbale di conciliazione ha efficacia di titolo esecutivo. Alcuni studi specialistici svolti in Gran Bretagna hanno accertato un tasso di esecuzione degli obblighi assunti in procedure conciliative pari al 95 %. Naturalmente il terzo conciliatore aiuta le parti a fissare i termini di un accordo che soddisfi i loro reciproci interessi, sicché un'intesa raggiunta su tali basi difficilmente verrà disattesa e violata.

L'unico modo, ripeto sempre in chiusura delle mie relazioni, per poter eliminare quel velo di scetticismo che comprensibilmente si ha quando per la prima volta si sente parlare di conciliazione, è quello di provarla. Infatti, il vedere soddisfatti i propri interessi in tempi brevi, con costi predeterminati e bassi e con tutti gli altri vantaggi sopra esaminati, servirà a farne apprezzare appieno tutta la validità.

Avv. Roberta CALABRO'

ASPETTI PSICOLOGICI DELLA MEDIAZIONE

Regola generale è che la conciliazione sia sempre preceduta dal tentativo di risoluzione della controversia attraverso il negoziato diretto.

Ove questo non sia possibile o si sia dimostrato sterile, lo strumento della conciliazione consente, nella maggioranza dei casi, di risolvere il conflitto senza ricorso ad un giudice.

● Perché dovremmo consigliare al nostro cliente di ricorrere ad un terzo -che andrà pagato- se il negoziato diretto è fallito? ‡ non potrebbe sospettare che

il fallimento sia dipeso dalla nostra incapacità di negoziare?

● Perché dovremmo consigliare al nostro cliente di pagare un terzo che non avrà mai il potere di emettere alcun giudizio vincolante... di “darci ragione” in modo da far valere il nostro diritto?

● Perché dovremmo consigliare al nostro cliente di impegnarsi ed impegnarci nel perseguire a tutti i costi un accordo invece di impostare al più presto la causa, soprattutto se il cliente è convinto di avere ragione?

Buona parte delle motivazioni risiedono nelle cause che verosimilmente hanno determinato il fallimento del negoziato diretto cause superabili, invece, con la mediazione del conciliatore.

Potrei parlarvi del fatto che spesso nessuna delle parti vuole introdurre l'argomento *transazione* per non rischiare di apparire debole.

Potrei parlarvi della svalutazione reattiva quel meccanismo mentale che determina l'insorgere di immediato ed automatico sospetto nei confronti della proposta formulata dalla controparte...” *per quanto possa star bene pure a noi, se conviene a loro, tanto che lo propongono, forse devo stare attento...forse posso ottenere di più...forse non mi conviene accettare*”.

Potrei parlarvi della maledizione del vincitore un riflesso di quanto precede per cui se la mia proposta viene immediatamente accettata, nessuno mi toglierà dalla testa che avrei potuto chiedere ed ottenere di più.

La componente psicologica gioca sempre un ruolo fondamentale nell'assunzione di decisioni che possono comportare delle rinunce, aspetto connesso al meccanismo della reciproca concessione su cui si basa il concetto giuridico di transazione.

Non vale la pena soffermarci più di tanto su questi argomenti.

Ogni professionista in questa sala sa già esattamente quanti e quali siano i pericoli di *gestire male una trattativa* o, forse peggio, di gestire ottimamente la trattativa senza che questa venga adeguatamente apprezzata dal cliente, che ha la capacità – convinto sempre di avere ragione - di ritenersi, il più delle volte, danneggiato da qualunque accordo che comporti rinunce.

Ciò di cui mi piacerebbe parlare, essendo stata io stessa sorpresa dalle enormi potenzialità della conciliazione professionale su questi argomenti (quando ho approfondito l'argomento attraverso i corsi di formazione, le simulazioni e soprattutto con la pratica prima come consulente di parte all'interno delle procedure e finalmente come conciliatore), è come l'opera del terzo neutrale consenta di superare ed anzi volgere al positivo i punti deboli della negoziazione diretta.

Purtroppo non abbiamo il tempo per approfondire questi aspetti.

E comunque non vorrei rischiare un'esposizione lacunosa di concetti che richiedono un approccio per gradi – non a caso i migliori corsi per conciliatori partono dall'approfondimento degli strumenti e delle tecniche di negoziazione.

Quello che nelle pochissime battute a mia disposizione posso assicurarvi è che l'argomento vincente è che la conciliazione conviene.

Sono sempre di più le aziende che chiedono il supporto di avvocati esperti

nelle procedure di ADR che consentono loro di:

1. risparmiare tempo l'evento conciliazione si misura in termini di ore/giorni
2. risparmiare sinergie impegno necessario a preparare e gestire all'interno il procedimento giudiziario (stress notevole per le persone direttamente interessate)
3. risparmiare denaro gli arbitri costano molto, molto di più di un conciliatore
4. salvaguardare la relazione con la controparte uscirebbe distrutta dalla meno cruenta delle cause
5. trovare soluzioni fantasiose un altro aspetto vincente, forse l'asso nella manica della conciliazione.

In due parole al conciliazione crea ricchezza.

Il conciliatore si pone come soggetto di comune fiducia di entrambe le parti.

Ha il potere di incontrarle separatamente dialogando con esse sotto il vincolo della confidenzialità e assoluta riservatezza.

E', così, in grado di instaurare un rapporto che diviene esclusivo con ciascuna di esse, riuscendo, in tal modo, a vincere la diffidenza naturale che si prova nei confronti di un soggetto che ci rimane estraneo, lontano e soprattutto che ci giudica.

Il conciliatore non è e non deve mai diventare un giudice.

Agisce come operatore del verosimile quando prospetta alle parti le conseguenze del non accordo “portarle sul baratro”, significa far capire loro che il non accordo è una sconfitta in partenza, determinata dalla perdita dei potenziali vantaggi conseguibili con l'accordo e dall'insorgere dei rischi che implica il sottoporsi alla decisione di un giudice.

La conciliazione al contrario è senza rischi.

L'esito del procedimento è solo quello voluto dalle parti. Nessuno ci potrà imporre di sottoscrivere un accordo che non sia tale.

Si badi bene, è utopistico confidare che le parti vadano in conciliazione con atteggiamento assolutamente positivo.

La prima fase della conciliazione tende infatti a costruire fiducia nella procedura e nella persona come nell'opera del conciliatore ma soprattutto a liberare i contendenti da tensioni, frustrazioni, angustie che rendono impossibile una visione razionale della controversia, della convenienza economica dell'accordo e soprattutto che rendono impensabile la cooperazione verso il perseguimento di una soluzione costruttiva condivisibile.

Il conciliatore diviene così è un facilitatore del dialogo tra le parti che attraverso l'indagine delle cause che hanno determinati il fallimento del negoziato diretto e l'esplorazione degli interessi, sottostanti le posizioni espresse, è in grado di superare le barriere psicologiche e fattuali che hanno impedito il negoziato diretto (in parte gli aspetti cui ho accennato prima) e soprattutto di creare, inventare soluzioni nuove per entrambe le parti.

L'abilità del conciliatore, stimola l'iniziativa dei consulenti di parte e delle parti stesse, attraverso la tecnica del *brain storming* fa emergere possibili soluzioni e soprat-

tutto consente di raggiungere un accordo senza che nessuna delle parti ne sia il proponente.

Immaginate di “proporre alla controparte l’accezione delle condizioni richieste a fronte di un diverso contratto al posto del rapporto in contestazione certamente rischio la svalutazione reattiva nuove richieste; ovvero di poter consegnare nelle mani del conciliatore – non della controparte – un’affermazione di questo genere: “*se riesce ad avere il loro assenso su questo tipo di contratto, invece dell’altro, le assicuro che accetteremo le loro condizioni*”.

Ecco che, senza aver “inventato niente”, il conciliatore diventa lo strumento attuativo delle proposte dei contendenti senza che nessuno di loro debba assumere la posizione di proponente.

Riuscendo a creare uno scenario operativo adatto, il conciliatore e i professionisti che assistono le parti possono lavorare “dalla stessa parte del tavolo” per risolvere la controversia.

Il nostro percorso formativo ci insegna ad essere ottimi litigatori. Il processo stesso è un’arena dove misurarsi con lealtà e professionalità con avversari che ci attaccano o si difendono con lo scopo di ... vincere, dobbiamo combattere.

Senza entrare nei luoghi comuni, purtroppo ben noti a tutti gli operatori del settore come ai clienti, sempre più consapevoli delle carenze del sistema giudiziario, del valore di una vittoria che giunge malamente e troppo tardi, vi invito a riflettere sul fatto che il migliore dei successi processuali lascia comunque la relazione tra le parti irrimediabilmente compromessa.

Liti tra condomini.

Problematiche familiari.

Questioni successorie.

Vicende contrattuali.

Controversie di lavoro.

Rapporti societari e commerciali.

Anche se vinco sul piano del diritto, la relazione con la controparte nel migliore dei casi dovrà essere ricostruita, nel peggiore non lo sarà più.

Immaginate, invece, quale maggiore soddisfazione professionale potersi trovare, assieme al proprio cliente, con la controparte dalla stessa parte del tavolo, consapevoli che il problema di entrambi i contendenti può essere spersonalizzato e oggettivizzato il mio problema non è la controparte ma entrambi abbiamo un problema da risolvere. Se saremo in grado di lavorare lealmente e professionalmente (stessi requisiti del processo) abbiamo la possibilità di uscire entrambi vincitori.

Non sono d’accordo con un magistrato che una volta mi disse: “avvocato, sa perché la conciliazione non funzionerà mai in Italia? Perché gli italiani vogliono litigare.”

E non sono d’accordo non perché ho fiducia nella bontà e nella buona fede delle persone, come farei a fare l’avvocato! Ma perché litigare non conviene: è semplicemente antieconomico e nessun essere razionale sceglie una strada svantaggiosa se ha una valida alternativa e sempre che sia messo nelle condizioni di ragionare serenamente.

Ecco perché come professionista mi sento sempre in dovere di consigliare al mio cliente di tentare una procedura di ADR, consapevole che il suo interesse – soprattutto trattandosi di imprese (non a caso la conciliazione viene strutturata per legge con il societario) – è quello di massimizzare il risultato economico.

Ecco perché il mio lavoro in questo campo viene apprezzato da clienti e colleghi.

Ecco perché non è vero che la conciliazione riduce le possibilità di guadagno degli avvocati sia che operino come conciliatori che come consulenti che assistono le parti nel corso delle procedure.

Il creare ricchezza, che certamente è valido per il cliente, si traduce in maggiori e più proficue opportunità per l’avvocato che sappia essere meno litigatore (con tutti i rischi e costi che comporta litigare l’esito della causa e *win / lose* o peggio *lose / lose*) e più fautore di ricchezza (sfruttando al meglio snellezza, rapidità, assenza di rischi, soddisfazione tutte componenti di una risoluzione della controversia dove si vince in due – esito *win / win*).

Avv. Ferdinando CARBONE ETICA, DEONTOLOGIA E RISERVATEZZA

Nel nostro ordinamento, la conciliazione non viene definita, ma piuttosto “data per scontata”.

Una buona dose delle difficoltà di inquadramento riscontrate in dottrina e giurisprudenza, e quindi anche nell’ambito dell’avvocatura, sembra derivare dal fatto che essa si discosta ed in qualche maniera rifugge dalle problematiche giuridiche, per attestarsi nell’ambito della realtà fattuale di tutti i giorni.

Una norma, poco studiata, ma idonea a chiarire quale sia l’essenza della conciliazione ritengo sia quella dell’art. 912 del codice civile, non a caso intitolata “Conciliazione degli opposti interessi”.

Afferma il legislatore: “*Se sorge controversia tra i proprietari a cui un’acqua non pubblica possa essere utile, l’autorità giudiziaria deve valutare l’interesse dei singoli proprietari nei loro rapporti e rispetto ai vantaggi che possono derivare all’agricoltura e all’industria dall’uso a cui l’acqua è destinata o si vuole destinare. L’autorità giudiziaria può assegnare un’indennità ai proprietari che sopportino diminuzione del proprio diritto*”.

Vengono qui individuati chiaramente gli elementi fondamentali della conciliazione, e cioè la “valutazione” e non il “giudizio”, sugli “interessi” e non sui “diritti” delle parti in conflitto, sia nei loro rapporti che rispetto ai vantaggi di carattere più generale (l’allargamento della torta).

Gli interessi sono sempre a monte dei diritti, come del resto insegna l’art. 100 c.p.c.; questo spiega le difficoltà concettuali della conciliazione, essendo noi abituati a ragionare più sui diritti che non sugli interessi.

L’indennità, che il giudice può assegnare, è tutto meno che un risarcimento del

danno, bensì solo un equo compenso. Non essendovi giudizio, non c'è condanna.

L'essenza della conciliazione si concreta dunque in quella particolare attività umana, in cui vengono messi a confronto gli interessi sostanziali delle parti, e ne viene esplicitata la loro difesa non già "tecnica", bensì partecipativa.

Parlando di "difesa non tecnica", sembrerebbe siano da mettere da parte tanto i giudici che gli avvocati, proprio in quanto "tecnici del diritto", in favore delle sole parti in conflitto, uniche titolari della potestà di conciliare tra loro ogni controversia, non soltanto su diritti disponibili, ma anche, in una certa qual misura, su alcuni diritti indisponibili, comunque non transigibili e non arbitrabili.

E' questa una notevole fonte di equivoci e "diffidenze", che va sfatata una volta per tutte, proprio alla luce delle considerazioni generate dalla lettura dell'art. 912 c.c. Nella conciliazione, rettammente intesa come valutazione compositiva di opposti interessi, la tecnica giuridica deve cedere il passo a quella negoziale, prevalentemente di natura partecipativa piuttosto che contrattuale.

Tolto di mezzo il tecnicismo giuridico, cosa resta se non l'essenziale, ovvero l'etica e la deontologia, queste materie tanto importanti, ma che purtroppo nessun corso universitario insegna, pur costituendo il miglior bagaglio di umana esperienza e di condotta del bravo giudice, del bravo avvocato e, per quanto riguarda la sola etica, anche della brava parte?

Solo una forte spinta etico/ deontologica può indurre il giudice a non prendere sottogamba il "tentativo di conciliazione", difficile compromesso tra etica e diritto che il codice di procedura civile mette davanti alla sua coscienza con gli articoli 183 ("il giudice...tenta la conciliazione") e 185 ("il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento dell'istruzione"). Questi due articoli, come noto, sono tra le norme meno applicate dell'intero codice, perché non atte a funzionare, almeno così come sono formulate.

Non si può infatti ragionevolmente conciliare, se non si sa di cosa si sta parlando (è il caso dell'art. 183), oppure quando l'istruzione probatoria abbia già prodotto risultanze rilevanti ai fini della decisione (nel caso dell'art. 185, la locuzione avverbiale "in qualunque momento" appare irrealistica, e messa lì solo a titolo semplificativo).

Molto più importante è comunque la spinta etica e deontologica che deve informare le parti ed i loro avvocati, nel quadro di una conciliazione stragiudiziale, senza che esista ancora un giudice, o comunque non alla sua presenza, bensì alla presenza di un terzo neutrale e non autoritario, in veste di "facilitatore", o ancor meglio di discreto "valutatore", allo scopo di pervenire ad un accordo conciliativo.

La terminologia ricorrente "tentativo di conciliazione" induce infatti a banalizzare la materia, mentre quella di "tentativo obbligatorio di conciliazione", costituisce un vero e proprio ossimoro, purtroppo già presente in varie situazioni disciplinate dal nostro ordinamento. Se le parti intendono, o comunque sono propense a conciliarsi, esse non devono semplicemente limitarsi ad un banale "tentativo", pronte a mollare alla prima difficoltà o alla prima incomprensione, per correre finalmente dal giudice.

O non si va affatto alla conciliazione, o se ci si va, si deve farlo "motivatamente",

cioè con forte spinta etica e con seria condotta deontologica. La forte spinta "etica" ovviamente riguarda principalmente le parti, che non hanno un codice deontologico da rispettare, ma coinvolge anche i difensori ed il conciliatore, che oltre ad avere la propria specifica deontologia con cui confrontarsi, debbono sentire soffiare nel loro spirito e nel loro intelletto una motivazione etica di base, atta a convincerli a "tenere accesa la lampadina" e non "staccare la spina", fintanto che non sia diventato obiettivamente impossibile proseguire più oltre.

Ognun vede che qui non si tratta ancora di "deontologia", che attiene ai comportamenti professionali, ma siamo a monte di essa, ossia ci troviamo nel contesto di una tensione morale che fa vedere nel raggiungimento della conciliazione "un piccolo passo avanti per tutta l'umanità", anche se l'espressione può far sorridere, rievocando per certi versi lo sbarco sulla Luna. La qualità della vita si misura dalla vivibilità dell'ambiente, e la conciliazione di opposti interessi ne è senz'altro un parametro non indifferente.

Il conciliatore, non essendo né un giudice né un arbitro, non ha il compito di decidere la controversia, non è il protagonista della conciliazione, e non deve esserlo. La sua prima dote deve essere dunque quella di "saper stare al suo posto", il che non è mai facile. Egli deve essere neutrale, ma non tanto come "equidistante dalle parti", che è veramente il minimo della neutralità, bensì come "dotato di carisma ed affidabilità". Egli deve meritare la fiducia delle parti. In questo senso, la neutralità va intesa come qualcosa di positivo e di propulsivo, e non semplicemente di "negativo". Non prendere posizione in favore di una o dell'altra parte; su questo non si può non essere d'accordo, ma non basta. La conciliazione si basa tutta su elementi "positivi" piuttosto che su elementi "negativi": non far questo o non far quello non chiariscono bene, o non chiariscono affatto, cosa si deve fare per raggiungere l'accordo conciliativo.

Nelle conciliazioni esperite in base al diritto tribale, o nel sistema sociale sino-giapponese, dove i processi hanno poco spazio perché contrari all'etica confuciana, gli accordi vengono raggiunti in base al carisma personale del capo, o del saggio del quartiere. Egli riscuote infatti la fiducia di entrambi i litiganti, perché considerato da sempre "super partes". Questo è l'*appeal* che deve avere il bravo conciliatore, e che deve tendere a conservare, fintanto che vuole fare il conciliatore, altrimenti è meglio che smetta subito e cambi mestiere.

Certo, il conciliatore ha una grossa responsabilità, soprattutto nel corso degli incontri separati, ove la parte gli si confida sotto il vincolo della riservatezza, ma è proprio qui che si gioca la partita della conciliazione, o soprattutto della mediazione conciliativa. Il *caucus*, questa strana figura antitetica al principio processuale del contraddittorio, ha un senso ed una funzione solo se serve al conciliatore a far vincere entrambe le parti, e non una a scapito dell'altra. Egli deve infatti sapere che uso fare, o non fare, dell'informazione riservata, e capire quale sia il momento opportuno per sfruttarla, per sbloccare la situazione in maniera positiva e determinante. L'uso discreto ed intelligente dell'informazione riservata diventa eticamente e deontologicamente lecito in funzione della propensione delle parti a concludere l'accordo conciliativo, altrimenti potrebbe essere rovinoso, e foriero di responsabilità per danni. Come possano riusci-

re a far ciò, come pure ha deciso il legislatore in tema di nuovo diritto societario, un professore universitario, un magistrato in quiescenza, ovvero un avvocato con almeno quindici anni di iscrizione all'albo, ancora qualcuno me lo deve spiegare, se costoro non hanno anche seguito un corso di conciliazione, che abbia approfondito seriamente questo punto nodale. Anche le parti, ed i loro avvocati, debbono sapere perfettamente a cosa vanno incontro, e perché conviene loro farlo, dando informazioni riservate al conciliatore, cosa che ovviamente non farebbero mai e poi mai con il giudice.

La deontologia degli avvocati delle parti in conciliazione deve essere intuitivamente l'esatto opposto della deontologia degli avvocati nel processo. In quest'ultimo caso vige il principio conflittuale del contraddittorio e della lotta per la vittoria. Nel primo, invece, vige il principio della collaborazione negoziale per il raggiungimento di un accordo conciliativo.

Mentre quindi il processo autorizza le parti ad essere "bambine" e farsi i dispetti, pur nel rispetto formale della procedura, la conciliazione spinge le parti ad essere "adulte" e a dirsi la verità, anzi molto di più: anche talvolta a fare un passo indietro, ove occorra, e non voler fare ad ogni costo la guerra di trincea, o la difesa strenua delle posizioni.

Gli avvocati in conciliazione non prenderanno continuamente la palla al balzo per mettere in difficoltà la controparte, ma cercheranno anzi di rimuovere gli ostacoli che si frappongono all'accordo, giocando "pulito". E' ovvio che ognuno di essi, essendo pur sempre avvocato di parte, dovrà far sì che il suo cliente non esca con le ossa rotte dalla conciliazione (in soldoni, non rinunci ai suoi diritti essenziali, che sono poi gli interessi), ma in ciò egli è facilitato dal fatto che non sarà mai lui a dover scrivere la parola fine, come accade nel processo, bensì il suo cliente. Gli basterà quindi rispettarne la definitiva volontà, ma questo è il minimo che gli si possa chiedere. In realtà egli deve fare molto di più, ossia fare quello che non può fare il conciliatore, e quindi cercare di convincere il proprio cliente ad accettare la soluzione che egli, in coscienza, ritenga più favorevole non solo alla parte, ma ad entrambe, in vista della costruzione di un rapporto duraturo e condivisibile.

Ecco una bella differenza tra processo e conciliazione: nel primo caso, l'avvocato deve cercare di convincere il giudice; nel secondo, deve cercare di convincere il proprio cliente, il che non è affatto più semplice. Oltre alla deontologia, gli occorrono carisma ed affidabilità, tali da guadagnarne la fiducia. Carisma ed affidabilità, che abbiamo visto essere anche le doti del conciliatore, che è *super partes* per la natura stessa del suo incarico, mentre all'avvocato si chiede di saper essere anche *super partes* pur dovendo restare sempre avvocato di parte, in funzione della natura conciliatoria dell'accordo. Una volta raggiunto quest'ultimo, l'avvocato dovrà far sì che esso venga eseguito. Egli potrà ottenere ciò, contribuendo innanzitutto a far scrivere un verbale di conciliazione il più chiaro e stringato possibile, e successivamente a redigere quegli atti necessari a mettere in pratica l'accordo, impiegando termini e clausole aderenti allo spirito conciliativo e non equivoci, tali da costituire una base sostanziale atta a consentire l'esecuzione spontanea dell'accordo, e non divenire a loro volta fonte di contrasti e di

ulteriori litigi.

Anche saper scrivere bene i contratti non è materia di insegnamento, e spesso si vede. Per scrivere bene i contratti ci vuole tecnicismo, ma anche una buona spinta etica, che induca a rifuggire dal tentare di "rimischiare le carte", magari per secondi fini.

Le parti debbono andare motivate alla conciliazione, e non per fare un semplice esperimento, o peggio ancora per cercare di carpire segreti alla controparte, in barba all'etica della riservatezza. Esse devono essere preparate per tempo, debitamente istruite prima di tutto dai loro difensori, e poi dal conciliatore, a capire che cosa vanno a fare, quali sono i loro ruoli, e quali sono gli obiettivi da raggiungere; se manca questa preparazione, tanto inutile nel processo quanto essenziale nella conciliazione, tutto il meccanismo salta, perché gli interpreti principali non conoscono la parte o la recitano "a soggetto" cioè secondo i loro umori del momento, e non secondo le buone regole che insegnano "come negoziare l'accordo efficiente".

Avv. Mario QUINTO

INAPPLICABILITA' DEI PRINCIPI CONTENZIOSI DELLA OBBLIGATORIETA' ED ESECUTIVITA' ALLA CONCILIAZIONE CHE SI BASA SULLA CULTURA NEGOZIALE

1. Il diritto aiuta a creare un contratto vantaggioso o solo un contratto valido?

Il diritto, abituato alla visione traumatica della realtà, dice solo cosa non mettere e non cosa mettere in un contratto (strumento per far stare le parti meglio di prima) come fa la negoziazione.

(La sua funzione è solo fissare i limiti formali alla sua creazione, funzionamento e morte)

2. Il processo e l'arbitrato aiutano a risolvere il problema? Aiutano a recuperare il rapporto?

Le procure contenziose servono solo ad attribuire responsabilità e stabilire l'entità dei danni.

(v. prestazione "alternativa" alla restitutio in pristinum a cura e a rischio della parte incolpevole)

Inoltre il processo esaminato dal punto di vista della conciliazione:

1. Rovina il rapporto (v. mercato globale); 2. Crea nuovi problemi lasciando intatti quelli originari (Onere della prova, ricerca della liquidità da assalire, ricerca e rischio della riparazione del danno); 3. Usa principi estranei a quelli tecnici delle parti (Offre strumenti inadeguati alle esigenze della parte attrice); 4. Applica principi astratti e generali (La parte attrice vuole la soluzione del "suo" problema); 5. Può determinare decisioni imprevedibili per gli interessati (La parte attrice ha l'effetto "labirinto"); 6. I danni sono connessi non al grado di colpa ma ai suoi effet-

ti casuali (*La condanna non è in connessione al comportamento del responsabile*); 7. Può creare desiderio di vendetta diretta o collettiva (*La "rivincita" basata su altri codici d'onore*); 8. Inverte la posizione logica dei contendenti (*L'attore è la parte incolpevole che ha tutti gli oneri; è più lineare il decreto ingiuntivo*); 9. La sentenza deriva dalla prova e non dalla ragione (*In questa logica dovremmo premunirci sempre di pezzi di appoggio a conferma di tutte le nostre azioni*); 10. Tra una soluzione giusta in generale ed una soluzione adatta in particolare c'è una grande differenza; (*v. abituale differenza tra i paesi a codice civile e di common law*)

3. Procedure contenziose e negoziali a confronto: "inconciliabilità" reciproca

L'approccio contenzioso mira ad attribuire responsabilità, ad abbattere la controparte massimizzando il vantaggio esclusivo per sé stesso
(*Analisi economica del processo e del suo risultato diretto ed indiretto*)

L'approccio cooperativo mira a recuperare il rapporto massimizzando il vantaggio comune e reciproco
(*Analisi economica della negoziazione per la redditività dell'accordo finale*)

Vanno esaminati i costi ed i benefici nonché l'ampiezza del vantaggio ottenibile attraverso i due differenti approcci nel breve e nel lungo periodo che non sono strategicamente intercambiabili
(*In genere nella conciliazione "arricchente" i vantaggi superano quelli ottenibili da processo*)

Se la conciliazione non funziona la "colpa" non è dello strumento ma del conciliatore.
(*Incapacità di utilizzare gli interessi confluenti per creare ricchezza per entrambi*)

La procedura MED-ARB (in cui lo stesso terzo imparziale agisce prima come conciliatore e poi come giudicante ossia come avviene quasi sempre in Italia) non può funzionare poiché:

▼ Nella fase conciliativa impedisce alle parti ad aprirsi durante gli incontri singoli;

▼ Nella fase contenziosa crea motivi di ritorsione per il terzo giudicante per quanto detto quale conciliatore.

4.4. La filosofia della conciliazione: spontaneismo, arricchimento, rispetto.

Imporre l'obbligo del tentativo di conciliazione la burocratizza, la rende non attraente e la sviscerisce; disincentiva le parti che devono subire qualcosa che non hanno voluto, la riduce ad una transazione non vantaggiosa, attribuisce alle parti rischi nuovi (v. risarcimento danni nella sentenza per il comportamento tenuto nella conciliazione come nel diritto societario), giustifica la parte economicamente più resistente ad interrompere il tentativo, crea aspettative nella parte economicamente più debole di tipo rivendicativo, offre una immagine distorta di quella che dovrebbe essere la ricerca dell'accordo in

quanto arricchente (unico motivo per cui si concludono tutti gli accordi). Imporre la esecuzione coattiva dell'accordo come se fosse una sentenza crea rigetto verso accordo finale presumendolo svantaggioso al pari, per il condannato, della sentenza: rende inaffidabile l'accordo poiché suscita sentimenti di vendetta e provoca la opposizione alla esecuzione alla esecuzione o agli atti esecutivi facendo cominciare una attività contenziosa.

Inoltre la esecuzione forzata è la riprova della incapacità del conciliatore italiano di "allargare al torta".

Essa disincentiva ulteriormente la parte economicamente più resistente che non ha vantaggi a ricevere l'ufficiale giudiziario dopo un mese anziché dopo 10 anni come dopo i tre gradi del giudizio.

Viceversa l'accordo si basa sull'arricchimento reciproco. Se una parte viene meno ai suoi impegni è perché non vi trova più convenienza ed allora è preferibile la Rinegoziazione.

Rinunciare a qualcosa crea ripensamento ed inaffidabilità del contratto
(*la transazione basata sulle reciproche concessioni implica la misurabilità economica della rinuncia*)

Aggredire l'interlocutore significa spingerlo dentro una gabbia di protezione da cui spara colpi di contrattacco
(*Oggetto della negoziazione è il problema non l'interlocutore = spersonalizzazione del problema*)

La Zopa (Zona del possibile accordo) è quella che risulta conveniente ad entrambi ed è data solo dall'utilizzo sinergico degli interessi confluenti.

(*Sensi di vendetta contro l'imposizione altrui o di ripensamento per la remissività propria sono così esclusi anche nel caso di successive alterazioni economiche intervenute durante la vita del contratto: v. clausole di hardship o di rinegoziazione*)

5. I due aspetti del conflitto (di cui la controversia giuridica è una sottospecie): persone e problema

Il conflitto accomuna, ciò che divide è la opinione sulle modalità di soluzione
(*Il conflitto è da trasformare dal conciliatore in una opportunità*)

La personalizzazione delle cause del problema determina il conflitto
(*In Italia si tende a vedere l'attacco personale anche quando non c'è*)

Spesso il conflitto sta solo nel modo di vedere la soluzione e non nel problema
(*La cultura negoziale travalica i due partiti politici "naturali": falchi e colombe; progressisti e conservatori...*)

Vanno trattati separatamente il rapporto interpersonale ed il problema oggettivo
(*Il bravo conciliatore distingue sempre queste due componenti*)

Si può e si deve sempre tentare di negoziare o di far negoziare?

(*Il tentativo, professionalmente strutturato, è sempre giustificato poiché non ha controindicazioni: i grandi numeri dicono che il tasso medio di successo ottenuto dai grandi centri organizzati per offrire servizi di mediatore e di _*)

6. Le sei scienze complementari

SOCIOLOGIA	
Aspetti antropologici	PERSONE
Barriere interculturali	Essere affidabile ed attento
COMUNICAZIONE	
Chiarezza e sintetività	Essere comprensibile e
Attenzione reciproca	comprensivo
PSICOLOGIA	
Empatia	Essere geniale e disponibile
Creatività	
ECONOMIA	
Interessi soddisfatti	PROBLEMA
Sanzioni preconcordate	Essere controllato e rispettoso
ETICA	
Equità delle prestazioni	Essere razionale e critico
scambiate in funzione del tempo	
TECNICA REDAZIONALE DEI CONTRATTI	
Capacità di arricchire le parti	Essere tenace ed elastico
Autosufficienza	
Autoesecutività	

7. La duplice attività dell'avvocato

L'attività giudiziale (o extracontrattuale?) dipende dagli uffici dell'apparato giudiziale e ha tariffe commisurate a tale attività L'attività stragiudiziale (o contrattuale?) è indipendente ed è in proporzione al valore del contratto Le due attività si integrano a vicenda senza confondersi tra loro

Avv. Doriana CHIANESE

A.D.R. IN MATERIA CIVILE E COMMERCIALE NEL DIRITTO DELLE COMUNITÀ EUROPEE

L'esigenza di sviluppare dei metodi di risoluzione alternativa alle controversie civili e commerciali è divenuta una delle priorità all'interno dell'Unione europea, visti gli interessi a livello di iniziativa legislativa degli Stati membri e considerato il più rapido accesso alla giustizia da parte dei cittadini, con l'uso delle A.D.R.

In particolare, con lo sviluppo dei servizi su internet, definire anche dei metodi di risoluzione delle controversie on line (O.D.R., che significa *Online dispute resolution*), soprattutto in caso di controversie transfrontaliere, diventa di interesse collettivo e comunitario.

Subito si pongono questioni di indubbio interesse giuridico in ordine alla applicazione delle tecniche di A.D.R. relative ai termini di prescrizione, all'esigenza di riser-

vatezza, alla validità dei consensi, all'efficacia dell'accordo maturato dopo l'uso delle A.D.R., alla formazione di coloro che svolgono le A.D.R., al riconoscimento della loro attività, al regime di responsabilità.

Ciascuno di questi temi dovrà essere analizzato e sarà occasione di ulteriore elaborazione giuridica, atteso che la materia sia in ambito nazionale che comunitario è di recente elaborazione e, pertanto, possiamo sin da ora dire che stiamo vivendo all'interno di un laboratorio sperimentale e progettuale dove le riflessioni giuridiche di ciascuno e le esperienze territoriali europee trovano ampio dibattito di non immediata definizione giuridica, attesa l'esigenza di armonizzazione legislativa tra i diversi Paesi europei.

Partendo dall'analisi delle esperienze esistenti si può fare una distinzione tra A.D.R. nell'ambito del procedimento giudiziario, esercitate da un giudice o affidate da un giudice a un terzo e A.D.R. convenzionale, voluta dalla libera adesione delle parti¹ e a cui ricorrono le parti in conflitto al di fuori della procedura giudiziaria.

Il diritto al ricorso effettivo e l'accesso alla giustizia più rapida che può essere garantito dalla scelta delle A.D.R. sono due facce della stessa medaglia che appaiono tra loro confligenti soprattutto in caso di controversia transnazionale.

Si pensi ad un ordinativo in Francia da parte di un'azienda italiana di un prodotto che, poi, risulta essere difettoso, oppure al mancato pagamento della ditta italiana alla francese dell'intero prezzo pattuito. Le due società potranno utilizzare la via giudiziaria oppure scegliere un procedimento di A.D.R. convenzionale.

Nella scelta delle tecniche A.D.R., temi quali la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione della decisione, potrebbero essere superati, perché tutto verrebbe regolato dalla libera volontà negoziale delle parti.

In realtà, se le parti non aderiscono alla decisione scaturita dalla A.D.R., si pone il problema se possa essere applicato il Regolamento "Bruxelles I", efficace dal 1 marzo 2002 e sostitutivo della Convenzione di Bruxelles del 1968, che definisce e regola la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.²

A tal riguardo, vi sono delle perplessità, visto che l'arbitrato è escluso dal campo di applicazione della Convenzione, ma la Commissione nulla dice in ordine alle altre A.D.R.

E' di particolare interesse, per l'argomento trattato, la Sezione 7, intitolata «pro-ruga di competenza» che permette alle parti di derogare alle competenze di un giudice di uno Stato membro a conoscere delle controversie, attraverso una clausola attributiva di competenza esclusiva ad un solo giudice, conclusa tra le parti.

Si potrebbe, altrettanto, pensare alla possibilità di derogare alla competenza giurisdizionale con l'adesione delle parti a una clausola che introduca l'uso delle A.D.R. in luogo della sede giurisdizionale di uno Stato comunitario, alla sede dell'ente/organo addetto alla A.D.R..

¹ Libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale (presentato dalla Commissione): Commissione delle Comunità europee: Bruxelles, 19.04.2002 COM(2002) 196 definitivo. Il libro verde tratta unicamente dei metodi alternativi di

risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, comprese quelle di diritto del lavoro o in materia di consumo. Sono esclusi i diritti indisponibili e che interessano l'ordine pubblico.

Occorre, precisare, che in ambito non A.D.R., la Commissione ed il Consiglio, hanno presentato una proposta di regolamento che crea un titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati, miranti a creare una procedura europea per le ingiunzioni di pagamento e per le controversie relative a crediti di lieve entità, attuando così concretamente il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni in materia civile e commerciale.³

Sin da ora, si può comprendere che il contesto normativo è in via di costruzione giuridica, infatti, la Commissione, sensibile all' "elaborazione partecipata", nel Libro verde sulle A.D.R. aveva posto un questionario rivolto a tutti gli ambienti interessati nel risolvere questioni relative alla loro applicazione, diffusione e formazione.⁴

Possiamo dire che in sede comunitaria, per garantire l'accesso alla giustizia dei cittadini europei, si stanno elaborando e disponendo degli strumenti più rapidi e meno costosi, che trovano la loro espressione nelle A.D.R..

Occorre osservare che l'uso delle A.D.R., attualmente, presenta alcuni aspetti non risolti quali la possibilità di prescrizione dell'azione qualora non si adisca il giudice ordinario ma direttamente l'A.D.R. a cui non segue l'esito dirimente: si dovrà prevedere, allora, che l'uso delle A.D.R. opererà un effetto interruttivo alla prescrizione dell'azione.

Una sospensione dei termini di prescrizione in caso di A.D.R. potrebbe rendere necessaria una modifica delle norme di procedura civile, cioè, peraltro, comporterebbe la necessità di provare, dinanzi al giudice adito, l'effettivo ricorso ad un metodo A.D.R. e dimostrare che tale procedura si sia svolta in un determinato lasso di tempo.

Di ancor più difficile soluzione appare essere il principio dell'obbligatorietà delle A.D.R. in caso di controversie, soprattutto in materia di consumo, perché confligente con gli ordinamenti costituzionali di alcuni Stati europei, che prevedono il diritto alla difesa con il ricorso effettivo alla giustizia ordinaria.

La costruzione di un sistema di accesso alla giustizia, in cui siano utilizzate le A.D.R. soprattutto in materia di consumo e nelle attività delle piccole e medie imprese, in particolare nel commercio elettronico, è una priorità della Commissione europea, ma è chiara la necessità di ravvicinamento delle diverse disposizioni legislative in materia da parte di ciascun paese comunitario.

La scelta della base giuridica delle regole A.D.R. a livello comunitario dovrà

essere conforme ai principi di sussidiarietà e proporzionalità, previsti all'art.5 del Trattato C.E. e nel protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Nonché l'elaborazione giuridica dovrà essere supportata dalla promozione della ricerca e della cooperazione in materia di diritto comparato, tra universitari, operatori del settore, magistrati ed esperti per poter giungere all'elaborazione di codici di condotta specifici per le A.D.R. ed il loro uso nei vari settori del diritto.

Infatti, si discute se possa essere utilizzato un medesimo regolamento per tutte le materie, quali consumo, famiglia, lavoro, crediti oppure se occorre valutare dei criteri ad hoc per le singole materie, come anche è utile ragionare e decidere se sia meglio avere dei codici di condotta a livello europeo o addirittura a livello mondiale, soprattutto in caso di commercio elettronico.⁵

A.D.R. e accesso alla giustizia

La caratteristica propria delle A.D.R. è il suo carattere consensuale, ad esempio in un rapporto contrattuale le parti sono libere di inserire una clausola che introduca il ricorso alle A.D.R. dopo l'insorgere di una controversia.

Stabilire il carattere vincolante alle medesime tecniche appare a dir poco contraddittorio con lo spirito di queste procedure che si fondano sulla libera volontà delle parti a prestare il loro consenso all'uso. E' pur vero che, introdotta la clausola nel contratto, il rifiuto al suo uso potrebbe costituire una violazione di un obbligo contrattuale e, come accade per la clausola arbitrale, il non uso e l'immediato accesso al giudice ordinario, renderebbe irricevibile il ricorso.

Allo stesso modo, si potrebbe parlare di violazione dell'obbligo di buona fede e correttezza, qualora fosse inserita la clausola per accedere alle A.D.R. e, poi, una delle parti si volesse sottrarre al rispetto della medesima.⁶

Altro dubbio interpretativo, in caso di squilibrio di rapporti tra le parti contraenti, porterebbe a definire la clausola introduttiva delle A.D.R. quale clausola abusiva e, quindi, come tale inefficace perché limitativa dell'esercizio dell'azione legale dinanzi al giudice ordinario, a meno che il contraente debole, non voglia, consapevolmente, usare tale clausola.

In ambito comunitario, è altresì utile ragionare in ordine a quali norme contrattuali debbano essere applicate in caso di una pratica A.D.R., qualora si rifletta sulla possibilità di creare dei centri di azione A.D.R. su tutto il territorio comunitario, slegati da logiche giuridiche nazionali.

A tal proposito, non si può fare a meno di considerare il lavoro della Commissione per il diritto europeo dei contratti che, nel corso di un ventennio, a partire dagli anni ottanta, ha elaborato i «Principi di diritto europeo dei contratti» che non hanno assunto ancora dignità legislativa, ma che possono essere adottati dai giudici e

2 Regolamento (CE) n.44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, G.U. n. L012 del 16/01/2001. Art. 23 «(comma 1)..... La clausola attributiva di competenza deve essere conclusa: a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato. 2. La forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una

registrazione durevole della clausola attributiva di competenza».

3 Comunicazione Commissione del 30 ottobre 2001 recante l'aggiornamento semestrale del quadro di controllo per l'esame dei progressi compiuti nella creazione di uno spazio di "libertà, sicurezza e giustizia" nell'Unione europea, Com (2001) 628 def.

4 Vedi nota 1 «Obiettivo del Libro Verde. Il presente libro verde ha come obiettivo quello di avviare un'ampia consultazione degli ambienti interessati su un certo numero di questioni di ordine giuridico che si pongono nel campo della risoluzione alternativa delle controversie in materia civile e commerciale»

5 I Principles dello Stato del Massachusetts sono usati quale regolamento A.D.R. in molti contratti di e-commerce

dagli arbitri quando le parti hanno convenuto che il contratto sia regolato dai principi generali del diritto, dalla lex mercatoria o le stesse non hanno scelto altro sistema di regole o altre norme di diritto per disciplinare il contratto.⁷

A conclusione, si vuole sottolineare la volontà della Comunità europea di utilizzare gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in modo ampio e soprattutto nelle liti transfrontaliere, la diffusione dipenderà soprattutto dagli operatori del diritto ed in particolare dagli avvocati che avranno la possibilità di soddisfare i bisogni dei propri clienti con un nuovo strumento quale è la mediazione/conciliazione stragiudiziale.

La conciliazione stragiudiziale delle controversie

Seconda sessione: 5 febbraio 2005

Programma completo

Conciliazione e mediazione (avv. Fioravante Carletti)

- Camere di conciliazione (Avv. Piero Amenta)
- Organismi di conciliazione (Avv. Sebastiano La Greca)
- La figura del conciliatore (Avv. Laura Nicolamaria)
- Il giudice nella conciliazione (Avv. Filippo Cammarano Guerritore)
- L'avvocato nella conciliazione (Avv. Angela Soccio)
- Le parti nella conciliazione (Avv. Tiziana Stega)

Avv. Piero AMENTA

LE CAMERE DI CONCILIAZIONE

DNella prima sessione di questo nostro “*Mediation Round*” è stato ampiamente illustrato il sistema, nel quale muove il complesso percorso della conciliazione stragiudiziale.

Questa seconda sessione è, ora, dedicata all’individuazione dei soggetti, che promuovono quella conciliazione e partecipano al suo esperimento.

Ma per affrontare adeguatamente tale argomento è opportuno, a mio avviso, ritornare brevemente sul fenomeno delle ADR e sulle sue implicazioni sociali e giuridiche.

ADR sta per “*Alternative Dispute Resolution*” ed è fenomeno che nasce nel mondo anglosassone; esso fa riferimento ad ogni forma di definizione di una controversia, che si sostituisca alla definizione in sede giurisdizionale della controversia stessa.

In origine, ragion d’essere delle ADR era quella di agevolare l’accesso alla giustizia da parte dei soggetti deboli, i quali per ignoranza, per scarsità di risorse economiche, per timore di procedure di lunga durata, per esiguità del danno lamentato rinunciavano alla domanda di giustizia e soccombevano - psicologicamente, prima che economicamente - alla lesione dei loro diritti.

Oggi, a distanza di circa un trentennio dalle prime prospettazioni dottrinarie e pratiche sperimentazioni, le ADR hanno acquisito più complesse funzioni, ponendosi come composito sistema, sussidiario alla giustizia ordinaria nell’espletamento

6 I Principi di diritto europeo dei contratti, Commissione per il diritto europeo dei contratti, Ed.italiana a cura di Carlo Castronovo, Giuffrè editore .p. 45.
«Art.1:201 Buona fede e correttezza. (1) le parti devono agire nel rispetto della buona fede e della correttezza. (2) Le parti non possono escludere o limitare questo obbligo.»G. Cabras, D. Chianese, E. Merlino ,D. Novello , *Mediazione e conciliazione per le imprese*, G.Giappichelli Editore -Torino , p.158

7 I Principi di diritto europeo dei contratti, op. cit., I Principi sono una formulazione moderna della lex mercatoria per regolamentare il contratto forniscono il fondamento giuridico necessario alle innovazioni legislative in ambito comunitario, obiettivo nel lungo periodo è quello di aiutare a realizzare l’armonizzazione del diritto dei contratti in generale all’interno dell’Unione europea.

di attività, alternative a quelle istituzionalmente spettanti ai giudici togati.

Ma questa evoluzione delle ADR, che si avvicina ad una sorta di “privatizzazione della giustizia”, non deve essere intesa come un’abdicazione o soltanto come un “*vulnus*” alla funzione giurisdizionale.

Nelle letture fatte a pro di questo convegno mi ha sconvolto un dato: la durata di un processo di primo grado era, nel 1900, di 116 giorni; oggi, un secolo dopo, è di oltre 1300 giorni, dodici volte di più !

Com’è, purtroppo, banale osservare la giustizia ordinaria non è oggi in grado di assicurare uno svolgimento ordinato, efficiente e sollecito dell’amministrazione giudiziaria; in una parola, non è in grado di assolvere al dettato costituzionale sul giusto processo.

Da un lato, dunque, possiamo dolerci, ma non meravigliarci del manifestarsi di forme anomale di potere, alle quali il cittadino più debole possa talvolta ricorrere per ottenere rimedio a quella giustizia altrimenti negatagli.

Dall’altro lato, dobbiamo riconoscere l’utilità e l’esigenza sociale di un diffuso sistema di ADR, che non è soltanto un deflattore della crisi della funzione giurisdizionale, ma può essere considerato espressione di una nuova cultura della pacificazione nella convivenza civile. Ed infatti:

- ◆ mentre il processo dinanzi al giudice togato è la celebrazione di un conflitto e si conclude con l’accertamento di un vincitore e di un vinto; un esperimento di ADR si svolge nella ricerca del consenso fra le parti ed è finalizzato ad un risultato condiviso;
- ◆ mentre il *decisum* di un giudice togato conferma normalmente la dissoluzione del rapporto conteso e non è sempre di facile esecuzione, la conciliazione raggiunta all’esito di un esperimento di ADR è ricognitoria o surrogatoria di quel rapporto e normalmente è di facile esecuzione; anzi, ha maggiore probabilità di tenuta temporale;
- ◆ in buona sostanza, mentre la sentenza ripristina d’imperio l’ordine sociale, ma non sempre elimina il conflitto, che vi ha dato origine; la positiva conclusione di un esperimento di ADR elimina sempre quel conflitto, perché ripristina il consenso.

II) Veniamo, allora, al tema specifico di mia competenza: le Camere di conciliazione.

Negli ultimi anni, anche in Italia, il dibattito sulle ADR è stato ravvivato, in particolare, dalle sollecitazioni della Commissione europea, la quale ha più volte invitato tutti i Paesi membri ad avviare procedure alternative di risoluzione delle controversie giudiziali.

La Commissione europea, invero, ha predisposto un “Libro verde, relativo ai modi alternativi di “risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, presentato il 19 aprile 2002, n. Com (2002) 196 e, da ultimo, ha formulato una proposta di Direttiva, relativa a “determinati aspetti “della mediazione in materia civile e commerciale”, presentata in data 22/10/2004, n. Com (2004) 718.

In Italia sono attualmente all’esame della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati varie proposte di legge, tutte finalizzate alla creazione di una procedura, in cui un terzo neutrale, diverso dal giudice e facente parte di un organismo di conciliazione, pubblico o privato, promuove ed agevola la negoziazione tra le parti in contestazione, volta al raggiungimento di un accordo, definitivo della controversia.

Presso quella Commissione è stato anche costituito un Comitato ristretto, il cui lavoro si basa sostanzialmente sulle linee-guida, contenute nella proposta di legge n. 2463, recante “Norme per la “promozione della conciliazione stragiudiziale professionale”, approvata dalla Commissione stessa in data 11 novembre 2003, quale testo per la continuazione dei lavori.

Per quanto specificatamente riguarda l’argomento di nostro interesse, poi, è da osservare che le diverse proposte di legge sono in prevalenza favorevoli alla costituzione di Camere di conciliazione da parte dei Consigli degli Ordini degli Avvocati, presso i Tribunali di rispettiva pertinenza, per la cui gestione ciascun Consiglio debba impegnare i propri iscritti, ma possa fare ricorso alla risorse degli uffici giudiziari.

In particolare la proposta di legge n. 3559 si preoccupa dei principi, che debbono uniformemente regolare le Camere di conciliazione ed individua cinque obiettivi per assicurare a ciascuna Camera adeguate garanzie procedurali:

- ◆ il primo obiettivo riguarda l’indipendenza, imparzialità e qualifica professionale del soggetto incaricato di gestire la procedura di conciliazione: ciò, non per giurisdizionalizzare gli esperimenti di ADR, ma per garantire l’affidamento delle parti verso quegli esperimenti;
- ◆ il secondo obiettivo riguarda l’omogeneità, sul territorio nazionale, degli organi deputati ad amministrare la conciliazione stragiudiziale: sedi, strutture, personale dovranno essere sostanzialmente uniformi per tutti gli organismi conciliativi, da istituire presso i Tribunali;
- ◆ il terzo obiettivo riguarda il controllo e la pianificazione, da attuare tramite un organismo nazionale, che funga da osservatorio dei soggetti, che parteciperanno al sistema di conciliazione;
- ◆ infine, con il quinto obiettivo si prevedono incentivi alla conciliazione: esenzione dall’imposta di registro dei verbali di conciliazione; attribuzione di efficacia esecutiva agli accordi raggiunti dinanzi agli organismi istituzionalmente riconosciuti.

Tuttavia, come già precisato, tutte le suaccennate proposte di legge sono lontane dall’approvazione e nessuna delle previste Camere di conciliazione ha ancora iniziato a funzionare.

Ma varie iniziative sono sorte spontaneamente; fra queste, sono gli stessi proponenti il disegno di legge n. 3559 a segnalare la Camera di conciliazione, istituita circa dieci anni fa dal nostro Consiglio dell’Ordine, in unione con la Corte d’Appello di Roma.

E la segnalazione è formulata in termini che val la pena di riportare:

“A differenza degli esperimenti di “conciliazione ed arbitrato” avviati ... nel settore dei servizi (SIP) “e dei consumi (CONFCOMMERCIO), la caratteristica dell’iniziativa è quella di provenire dagli “stessi operatori di giustizia, ... in quanto è la stessa avvocatura che, rendendosi conto dello stato di “degrado della giustizia civile,... sta prendendo atto che la sua funzione professionale e sociale si “sviluppa anche attraverso la risoluzione accelerata delle controversie e la diffusione di una nuova “cultura della conciliazione”.

Sull’attività svolta, dunque, da questa Camera di Conciliazione, nella quale da anni anch’io svolgo la funzione di conciliatore, è interessante fornire un breve rapporto.

La Camera è disciplinata da un regolamento che le attribuisce “funzioni di composizione “conciliativa extragiudiziale di controversie attinenti ai diritti disponibili”.

Essa è retta da un Consiglio, composto da tre membri, di cui il primo è un avvocato delegato dal Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Roma, il secondo è un magistrato designato dal Presidente della Corte d’Appello di Roma, mentre il terzo membro è nominato dai primi due.

E’ organo della Camera anche un Comitato di Garanti, che tutela l’imparzialità della Camera stessa “anche sotto il profilo della idoneità morale e professionale dei singoli avvocati che svolgono le “funzioni di Conciliatore”.

Il Comitato dei Garanti, infatti, nomina gli avvocati-conciliatori, che prestano gratuitamente la loro opera. Attualmente gli avvocati-conciliatori sono 23.

Alla Camera di conciliazione possono essere presentate istanze di conciliazione, senza limiti di competenza. Ma per le controversie superiori a 10 milioni di vecchie lire è necessaria l’assistenza legale.

All’incontro di conciliazione le parti devono comparire personalmente e la trattazione è esclusivamente orale e priva di ogni formalità.

Al termine della trattazione il Conciliatore formula una propria proposta: se la conciliazione riesce, le parti sottoscrivono la convenzione conclusa; se la conciliazione non riesce, se ne dà atto in un apposito verbale, nel quale sono sinteticamente riportate le posizioni assunte dalle parti e la proposta formulata dal Conciliatore.

La Camera ha stipulato un’importante convenzione con il Comune di Roma, approvata con delibera del Consiglio comunale del 24/6/1996 n. 126.

Con tale convenzione il Comune si è obbligato a comporre dinanzi alla Camera controversie con cittadini, aventi ad oggetto diritti disponibili, relativi a beni mobili per un valore non superiore a 25 milioni di vecchie lire.

Per la presentazione delle istanze il Comune ha costituito uno Sportello di Conciliazione, gestito dal Comune stesso, senza alcun onere a carico del cittadino interessato.

Nella convenzione la durata complessiva dell’iter di conciliazione è fissato

in 40 giorni dalla presentazione dell’istanza ed il Comune si è impegnato al pagamento delle somme previste nel verbale di conciliazione entro 60 giorni dalla data di esecutorietà per il Comune della conciliazione stessa.

Con delibera del Consiglio Comunale del 6/4/1998 n. 29 la convenzione è stata, poi, modificata: è stata prevista, infatti, un a preventiva istruttoria delle istanze da parte dell’Avvocatura comunale - un cui rappresentante è sempre presente agli incontri di conciliazione - con conseguente esperibilità della conciliazione soltanto per le istanze positivamente valutate.

Sono state altresì modificate le modalità di pagamento delle somme conciliate: attualmente - con evidente soddisfazione delle parti istanti - il pagamento avviene all’atto della sottoscrizione del verbale di conciliazione ed a tal fine è presentata alla riunione anche un rappresentante della Società assicuratrice del Comune.

Per concludere, questi sono i dati riassuntivi dell’attività svolta dalla Camera nel biennio 2001/2003:

- ◆ lo Sportello di Conciliazione ha istruito 728 domande;
- ◆ ne sono state definite positivamente poco meno del 60%;
 - ◆ la durata media di ogni procedimento non ha mai superato i 40 giorni lavorativi;
- ◆ la somma totale dei risarcimenti richiesti è stata di circa due milioni di euro;
 - ◆ la somma totale delle conciliazioni concluse è stata di quasi mezzo milione di euro.

Tale andamento è confermato dai dati aggiornati al primo settembre 2004, dai quali risulta che in tale periodo sono state presentate circa 250 istanze, di cui 95 hanno avuto dal Comune parere favorevole all’esperibilità della conciliazione.

Considerate, poi, anche le istanze presentate in un precedente periodo, in cui l’attività della Camera era sospesa, le istanze trattate nel detto semestre sono state 165, di cui 102 - cioè, oltre il 60% - sono state conciliate.

Le somme erogate sono state pari ad Euro 77.000,00 circa, a fronte di somme richieste, pari ad Euro 290.000,00 circa.

La Camera di Conciliazione, inoltre, ha svolto e sta svolgendo una notevole attività di formazione dei conciliatori, da ultimo, con la partecipazione all’organizzazione di un Master promosso dal nostro Consiglio dell’Ordine, i cui corsi sono appena iniziati.

Infine, è del novembre scorso la firma di una convenzione, denominata “Accordia”, con l’Ordine provinciale di Roma dei Medici e degli Odontoiatri.

Quell’Ordine si è impegnato a comporre dinanzi alla Camera le controversie, che siano insorte fra medici iscritti all’Ordine di Roma e cittadini; che riguardino eventi verificatisi nella Provincia di Roma; che non abbiano natura penale; che non superino il valore di Euro 25.000,00 e che non siano state preventivamente sottoposte all’Autorità giudiziaria ordinaria.

La convenzione diventerà operativa, probabilmente, già dal marzo prossimo. Questo, molto succintamente, è quanto è stato fatto dalla nostra Camera di

conciliazione. Non è poco, ma molto di più può essere fatto. E siamo noi avvocati che possiamo farlo.

III) In conclusione, è evidente che simili iniziative meritino maggiore attenzione e partecipazione da parte dei cosiddetti operatori del diritto, ma ciò presuppone il (non facile) superamento di quel tabù della nostra cultura giuridica, che assume la certezza del diritto come (chimerico) cardine dell'ordinamento e vede il giudice togato come unico officiante nel rito del processo.

In sostanza, occorre riconoscere che la giustizia possa essere resa anche fuori dalla giurisdizione, così restituendo fiducia, se non alla giurisdizione, almeno alla giustizia.

Avv. Sebastiano Vittorio LA GRECA
GLI ORGANISMI DI CONCILIAZIONE

L'art. 12, comma 4, della L. 366/2001, recante la delega per la riforma del diritto societario, imponeva al Governo di prevedere "forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, che diano garanzie di serietà ed efficienza e che siano iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia".

E' chiaro che la scelta del legislatore delegante è stata quella di favorire lo sviluppo della cultura della conciliazione, al fine, da un lato, di pervenire a deflazionare il contenzioso, e, dall'altro, di offrire alle parti in conflitto un sistema alternativo di composizione della lite, che permetta la continuazione del rapporto tra le parti stesse. Infatti, ove la conciliazione abbia esito positivo, non esistono né vinti, né vincitori, ma solo due parti che hanno raggiunto un accordo completamente soddisfacente. Appare, altresì, rilevante la previsione del legislatore delegante di affidare la soluzione delle controversie "in materia societaria" non solo ad organismi istituiti da enti pubblici, quali, in primo luogo, le camere di commercio, ma anche "in condizioni di concorrenza paritaria" ad organismi istituiti da enti privati, aventi determinati requisiti ed iscritti in un elenco presso il Ministero della Giustizia.

In attuazione della delega, è stato, quindi, emanato il D. Lgs. 17 gennaio 2003, n.5, il quale, in ordine alla conciliazione stragiudiziale "in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia" (ampliando così la materia oggetto di delega) prevede un apposito titolo, il sesto, composto di tre articoli: l'art. 38, rubricato "Organismi di conciliazione"; l'art. 39, rubricato "Imposte e spese. Esenzione fiscale"; l'art. 40, rubricato "Procedimento di conciliazione".

In particolare, l'art. 38 prevedeva l'emanazione di un apposito regolamento ministeriale per l'istituzione del registro degli organismi sia pubblici, che privati, deputati a gestire le procedure di conciliazione nella materia oggetto di riforma; l'art. 39 prevedeva, poi, anch'esso l'emanazione di apposito regolamento, di concerto con il

Ministro dell'economia e delle finanze, contenente la determinazione dell'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e il criterio di calcolo, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi istituiti da enti privati.

Ambedue le predette previsioni hanno avuto attuazione con i regolamenti, di cui ai decreti ministeriali in data 23 luglio 2004, n.222 e n.223, recanti, il primo "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", il secondo "approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'articolo 39 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.5".

Orbene, quanto al registro degli organismi autorizzati alla gestione del tentativo di conciliazione, l'art. 3 del D.M. n.222 del 2004 ne prevede la collocazione presso il Ministero della Giustizia "nell'ambito delle risorse umane e strumentali già esistenti presso il Dipartimento per gli affari di giustizia" e ne attribuisce la responsabilità al direttore generale della giustizia civile, ovvero a persona da lui delegata, appartenente allo stesso ufficio, con qualifica dirigenziale; detto responsabile può avvalersi, con compiti meramente consultivi, di un comitato di tre giuristi esperti nella risoluzione alternativa delle controversie (ADR), il cui incarico, del tutto gratuito, non può essere superiore a due anni.

L'iscrizione nel registro - che è suddiviso in due parti, una per gli enti pubblici, un'altra per quelli privati - avviene su domanda e ciò vale anche per gli organismi costituiti presso le camere di commercio, per le quali però è prevista la presentazione di "semplice domanda", con esenzione, quindi, dal deposito della documentazione richiesta per gli altri organismi. Tale posizione di vantaggio per le camere di commercio evidentemente deriva dal fatto che esse risultano già oggi strutturate ed organizzate per la nomina dei conciliatori e per la gestione dei procedimenti, in virtù della nota legge 29 dicembre 1993, n.580 sul "Riordinamento delle Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura".

Per l'iscrizione degli enti pubblici non nazionali è previsto l'intervento del Ministero degli Esteri, che deve essere "sentito" (art.5, comma 2).

In linea generale è, altresì, da rilevare che gli organismi di conciliazione non svolgono direttamente funzioni di conciliatori, ma provvedono soltanto alla gestione logistica e di segreteria del procedimento di conciliazione, sul modello delle cancellerie dei tribunali.

Per la iscrizione nel registro, il responsabile, ai sensi dell'art. 4 del D.M. 222, deve verificare, relativamente agli organismi diversi da quelli costituiti dalle CCIAA, la sussistenza dei requisiti di "professionalità ed efficienza", ivi comprendendovi, come previsto dal comma 4 del cit. art., i requisiti di "onorabilità" dei soci, associati, amministratori o rappresentanti degli enti stessi (con richiamo, in proposito, alle norme dettate in materia d'intermediazione finanziaria dall'art. 13 D.lgs. 58/1998). La verifica si estende, tra l'altro: alla consistenza dell'organizzazione, anche sotto il profilo patrimoniale e, a tal fine, è richiesta la produzione di polizza assicurativa non inferio-

re a 500.000 euro “per le conseguenze patrimoniali comunque derivanti dallo svolgimento del servizio di conciliazione”(art.4,co.3,lett.b); al numero dei conciliatori, che non deve essere inferiore a sette, oltre alla dichiarazione di questi di disponibilità alle funzioni in via esclusiva per l’ente richiedente l’iscrizione (art. 4,co.3,lett.f).

Il comma 5 dell’art. 4 stabilisce, poi, che, qualora l’ente costitutivo dell’organismo sia un’associazione tra professionisti o una società tra avvocati, all’organismo devono essere destinati con prevalenti compiti di segreteria, anche non in via esclusiva, almeno due prestatori di lavoro subordinato, con trattamento retributivo e previdenziale previsto dal rispettivo CCNL; in ogni altro caso, deve essere previsto lo svolgimento dei compiti di segreteria da parte di almeno due persone nominativamente indicate anche con riferimento al tipo di trattamento applicato.

E’ espressamente escluso che i conciliatori, i soci e gli associati possano svolgere i suddetti compiti di segreteria (co. 6 dell’art. 4).

Con riguardo al procedimento d’iscrizione al registro, l’art. 5 del D.M. 222 prevede l’approvazione, da parte del responsabile, di un modello di domanda, al quale dovrà essere data adeguata pubblicità, anche attraverso il sito internet del Ministero; alla domanda devono essere allegati “in ogni caso” il regolamento di procedura e la tabella delle indennità redatta in conformità delle disposizioni contenute nel regolamento, di cui al D.M. n.223 del 2004, emanato in attuazione, come si è detto, dell’art. 39 del decr. legisl. n. 5 /2003.

Per gli enti privati, l’iscrizione nel registro comporta l’automatica approvazione delle tariffe.

Nel cit. art. 5 è, altresì, stabilito che il procedimento d’iscrizione deve essere concluso nel termine di novanta giorni dalla data di ricevimento della domanda, salvo che sia richiesta, e per una sola volta, documentazione integrativa, in modo che il predetto termine s’interrompe e comincia di nuovo a decorrere dalla data di ricevimento della documentazione integrativa richiesta. Se il responsabile del registro non provvede entro il termine come dianzi previsto, si procede comunque alla iscrizione dell’organismo richiedente, venendosi in tal modo ad introdurre una forma di silenzio-assenso. E’, peraltro, da osservare che, a tutt’oggi, non avendo il Ministero provveduto a preliminarmente varare il modello di domanda, il procedimento d’iscrizione degli organismi di conciliazione nel registro non ha avuto ancora inizio.

E’ previsto anche nel D.M. 222, all’art. 6, che alla domanda d’iscrizione sia allegato l’elenco dei conciliatori dichiaratisi disponibili, con formale dichiarazione, allo svolgimento del servizio, stabilendosi, altresì, quale limite individuale, che nessuno può dichiararsi disponibile per più di tre organismi, ferme, s’intende, le dichiarazioni d’esclusività, di cui all’art.4,co.3,lett.f.

Successivamente all’adozione del provvedimento d’iscrizione, il rapporto con il Ministero prosegue e, in particolare, l’organismo iscritto è obbligato a comunicare tempestivamente tutte le vicende modificative dei requisiti, dei dati e degli elenchi comunicati ai fini dell’iscrizione (art.8,co.1); a partire dal secondo anno d’iscrizione, poi, ogni organismo, entro il 31 marzo di ogni anno, trasmette al Ministero il rendi-

conto della gestione (art.9,co.3). Ciascun organismo è anche tenuto ad istituire un proprio registro degli affari di conciliazione, nonché a conservare, a norma dell’art. 2961, primo comma, cod.civ., per almeno tre anni copia degli atti dei procedimenti trattati (art.12).

Ulteriore e rilevante obbligo per l’organismo iscritto è quello previsto dall’art. 8, co. 2, di trasmissione “senza ritardo” del verbale positivo di conciliazione al responsabile del registro, il quale, a sua volta, ad istanza di parte (senza che, peraltro, sia previsto alcun termine finale di presentazione dell’istanza), lo trasmetterà al Presidente del Tribunale, nel cui circondario ha sede l’organismo di conciliazione, perché provveda con decreto, previo riscontro della regolarità formale, alla omologazione (e il verbale omologato costituisce titolo esecutivo, ai sensi dell’art. 40 D. Lgs. 5/2003). Il Presidente del Tribunale è, da parte sua, tenuto a comunicare al responsabile del registro, i fatti e le notizie rilevanti ai fini dell’esercizio dei poteri disciplinari (art. 13, co. 1), nonché i provvedimenti di diniego di omologazione dei verbali di conciliazione conclusi per il tramite degli organismi (art.13, co. 2).

Ruolo fondamentale in ordine allo svolgimento dell’attività conciliativa è attribuito dagli artt. 38 e 40 del D.Lgs. n.5/2003 ai regolamenti di procedura, avendo il legislatore previsto che, nella predisposizione degli stessi, è sempre da salvaguardare “la riservatezza del procedimento e modalità di nomina dei conciliatori, che ne garantiscano l’imparzialità e l’idoneità al corretto e sollecito espletamento dell’incarico”; principi questi, è appena da rilevare, dai quali non può assolutamente prescindere sia per la credibilità dello strumento della conciliazione, sia per la credibilità dell’organismo deputato a gestire la relativa procedura. E, evidentemente, la verifica in tal senso viene operata dal Ministero al momento dell’esame del regolamento depositato unitamente alla domanda d’iscrizione nell’ambito della verifica finalizzata alla iscrizione nel registro.

L’intero art. 7 del D.M. n.222/2004 è, quindi, interamente dedicato al regolamento di procedura e si apre con il richiamo ai principi, cui il regolamento stesso deve ispirarsi, di informalità, rapidità e riservatezza, oltre a quelli indicati nell’art. 40 citato. E, inoltre, previsto: che il regolamento deve contenere l’indicazione del luogo di svolgimento del procedimento conciliativo, che è derogabile soltanto su accordo delle parti per singoli atti; che qualunque altra disposizione regolamentare può essere patteggiatamente derogata. Nel regolamento devono essere anche stabilite le cause d’incompatibilità, con la precisazione che i giudici di pace, tuttavia, finché dura il loro mandato, non possono svolgere la conciliazione se non nelle forme stabilite dall’art. 322 c.p.c.. Rilevante è, poi, la disposizione del quarto comma dell’art. 7, in base alla quale nel regolamento deve essere in ogni caso previsto che il procedimento di conciliazione possa avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del conciliatore designato della dichiarazione d’imparzialità nelle forme di cui all’art. 15, comma 3, lettera a).

Per quanto concerne la figura del conciliatore, che ben può essere collocata al centro del procedimento conciliativo, il D.M. 222 del 2004 la delinea attraverso diver-

se disposizioni. In primo luogo, ne tratta l'art. 4, in relazione ai criteri per l'iscrizione nel registro dell'organismo di appartenenza: numero minimo, dichiarazione di esclusiva, requisiti di qualificazione professionale e di onorabilità; l'art.6, poi, stabilisce che la violazione dell'obbligo di esclusività costituisce illecito disciplinare sanzionabile ai sensi delle amministrazioni o ordini professionali di appartenenza del conciliatore; nell'art. 14, inoltre, è sancita la responsabilità solidale dell'organismo di appartenenza del conciliatore per le conseguenze dannose dell'operato del primo, che deve eseguire personalmente la sua prestazione.

A chiusura, nel D.M. n.222 v'è una specifica norma, l'art. 15, che disciplina gli "Obblighi del conciliatore e dei suoi ausiliari" e che sostanzialmente pone a carico dei singoli conciliatori le garanzie d'indipendenza, d'imparzialità e di riservatezza richieste all'organismo di appartenenza, ai fini dell'iscrizione nel registro, dall'art.4, comma 3, lett.e. L'obbligo di riservatezza è esteso a "chiunque presti la propria opera o il proprio servizio nell'organismo di conciliazione su tutto quanto appreso in ragione del servizio prestato".

Riguardo all'obbligo d'indipendenza, è fatto espresso divieto al conciliatore ed ai suoi ausiliari di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, nonché di percepire compensi direttamente dalle parti. Al solo conciliatore è, poi, richiesta, per ciascun affare, la dichiarazione sottoscritta d'imparzialità, con obbligo, altresì, d'immediata informazione all'ente o organismo di appartenenza, ed eventualmente alle parti, delle "vicende soggettive che possono avere rilevanza agli effetti delle prestazioni conciliative e dei requisiti individuali richiesti ai fini dell'imparzialità dell'opera". Il conciliatore è anche tenuto a "corrispondere immediatamente" alle richieste del responsabile del registro, chiaramente in relazione alle funzioni di controllo a costui attribuite dal regolamento ministeriale.

Circa l'altrettanto importante aspetto della professionalità del conciliatore, l'art. 10, comma 5, del D.M.222 - a completamento di quanto previsto dal precedente art.4, lett.a) sui "requisiti di qualificazione professionale" - conferisce al responsabile del registro il potere di stabilire i requisiti di accreditamento dei soggetti abilitati a tenere i corsi di formazione per conciliatori, prevedendo che, in via transitoria, saranno applicati dal responsabile i criteri elaborati dall'Unione italiana delle CCIAA per il corso base (durata non inferiore a 32 ore di lezione, di cui almeno 16 di pratica e 4 ore per la valutazione, per un numero massimo di 30 partecipanti).

Nell'art. 10 del D.M. 222 sono previste, altresì, ipotesi di sospensione e di cancellazione dal registro degli organismi già abilitati e la competenza per tali provvedimenti è sempre del responsabile del registro. Segnatamente, la sanzione della sospensione e "nei casi più gravi" quella della cancellazione dal registro, può essere irrogata - rispettate, come specificato "le norme che regolano il procedimento amministrativo" - in presenza di notizie o eventi che, se già conosciuti o comunque verificatisi successivamente, sarebbero stati di ostacolo all'iscrizione, oppure in caso di violazione degli obblighi di comunicazione contemplati dall'art. 8 del D.M. (obbligo di comunicazione di tutte le vicende modificative dei requisiti indicati ai fini dell'iscrizione e obbligo

di trasmissione del verbale di esito positivo della conciliazione).

La sanzione della cancellazione è, poi, espressamente prevista dall'art. 10, comma 2, nel caso di mancato svolgimento di almeno cinque procedimenti di conciliazione nel corso di un biennio (è da presumere che nel D.M. si faccia riferimento a procedimenti con esito positivo di conciliazione, essendo soltanto per questi previsto l'obbligo di trasmissione all'amministrazione del relativo verbale per l'omologa). La medesima norma, al comma 3, prevede anche per l'organismo, che è stato cancellato, la preclusione di ottenere una nuova iscrizione prima che sia decorso un triennio; dalla stessa norma, è lasciata, inoltre, alla disciplina dei regolamenti di procedura degli organismi colpiti da cancellazione la sorte dei procedimenti in corso al momento dell'applicazione di detta sanzione.

Come sopra già accennato, in concomitanza con il regolamento, di cui al D.M. n. 222, è stato emanato il regolamento, di cui al D.M. n.223, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, in attuazione dell'art. 39 del D.Lgs. n.5/2003, che prevedeva, appunto, la predisposizione di un regolamento in ordine alla determinazione dell'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione costituiti da enti pubblici e il criterio di calcolo, nonché i criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi costituiti da enti privati.

Anzitutto, nel D.M. n.223, all'art.1, si è provveduto a chiarire il termine "indennità" usato nel provvedimento, spiegando che con tale termine si indica l'importo posto a carico per la fruizione del servizio di conciliazione fornito dagli organismi di conciliazione; nell'art. 3, comma 1, viene, poi, precisato che l'indennità è comprensiva sia delle spese di avvio del procedimento, sia di quelle di conciliazione.

Circa le spese di avvio, nell'art. 3, commi 2 e 3, è previsto che da ciascuna parte del procedimento è dovuto un importo di trenta euro, da versarsi dalla parte istante al momento del deposito della domanda di conciliazione e dalla parte aderente alla procedura al momento del deposito della risposta. Le spese di avvio non sono dovute qualora le parti depositino una domanda di conciliazione congiunta. Per le spese di conciliazione, dovute in solido da ciascuna parte che abbia aderito al procedimento, il comma 4 dell'art. 3 rinvia alla tabella A allegata al D.M. n. 223 e così limitatamente agli organismi costituiti da enti di diritto pubblico interno (il D.M. n.222 parifica gli enti pubblici non nazionali agli organismi costituiti da enti privati).

Il sistema adottato è quello a scaglioni progressivi, collegato al valore della controversia, da indicarsi nella domanda e da calcolarsi secondo le consuete regole del codice di procedura civile.

L'importo massimo delle spese di conciliazione per ciascuno scaglione di riferimento può anche essere aumentato, in misura tuttavia non superiore al 5%, nel caso di particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare. Le spese di conciliazione comprendono anche l'onorario del conciliatore per l'intero procedimento, indipendentemente dal numero di incontri svolti e rimangono fisse anche nel caso in cui il procedimento prosegua a cura di un collegio di conciliatori. Le spese devono essere corrisposte prima dell'inizio dell'incontro di conciliazione in misura non inferiore alla

metà; in caso contrario, l'organismo comunica la sospensione del procedimento; questo è successivamente riassunto una volta intervenuto il pagamento (che costituisce, quindi, condizione di procedibilità della conciliazione). In base all'art. 39 del D.Lgs. 5/2003, l'importo dell'indennità può essere rideterminato ogni tre anni in relazione alla variazione, accertata dall'Istat, dell'indice dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati verificatisi nel triennio precedente.

Per gli organismi presso enti privati o enti pubblici non nazionali, l'art. 3 del D.M. n.223 del 2004 non prevede autonomi criteri di calcolo, ma si limita a disporre che "ferma ogni altra disposizione di cui al presente articolo" le spese di conciliazione possono essere liberamente stabilite.

E' da ricordare, infine, che il legislatore, oltre alla previsione di un tariffario dai livelli contenuti, ha anche previsto un regime di esenzione fiscale.

Secondo l'art. 39 del D.Lgs. 5/2003, infatti, tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di conciliazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura; quanto al verbale di conciliazione, lo stesso è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di venticinquemila euro.

Avv. Laura NICOLAMARIA LA FIGURA DEL CONCILIATORE

La conciliazione e la mediazione (da "*mediation*" termine acquisito dalla lingua inglese, dove ha un significato diverso rispetto a quello che gli viene attribuito nel linguaggio comune e nella nomenclatura legislativa del nostro Paese, vale a dire *mediatore=sensale*) tendono entrambe alla definizione della lite attraverso un accordo tra le parti.

Un'ulteriore precisazione si rende necessaria per non svilire l'operato del conciliatore, considerandolo solo un mezzo per evitare le lungaggini, l'onerosità, lo stress di un procedimento ordinario, quando invece svolge un compito altamente qualificato e di grande utilità, non solo per le parti direttamente interessate (alle quali "l'accordo" offre la possibilità di continuare ad avere dei rapporti cordiali), ma per l'intera società, quale cultore della PACIFICAZIONE: infatti quelle "doti naturali" che sono innate in alcuni soggetti, debbono essere poi affinate da una preparazione specialistica in tecniche di conciliazione, che gli consentano di poter operare con successo in questo settore.

Abbiamo detto che la conciliazione è uno strumento di risoluzione delle controversie assolutamente volontario e non obbligatorio, che consiste in una negoziazione gestita dalle stesse parti in lite, che ne sono le protagoniste, e che viene facilitata e guidata da un terzo, il conciliatore.

Coloro che ricorrono a questo tipo di strumento devono tenere ben presente che l'esperto che le guiderà nella procedura non è un giudice e non decide la con-

troversia, ma agisce come terzo neutrale, con l'unico scopo di aiutare i litiganti a ricomporre positivamente il conflitto, trovando un accordo soddisfacente per entrambi. Il mediatore non è un avvocato, poiché non è un "litigatore" e non difende una parte a discapito dell'altra, e non è nemmeno parte, poiché deve essere terzo neutrale.

I conciliatori sono specialisti in tecniche di conciliazione e possono essere sia nominati dal Centro di Mediazione oppure individuati congiuntamente dalle parti.

Chi è il mediatore?

E' una figura professionale relativamente nuova ed è una parte neutrale che cerca di facilitare una conversazione (a volte molto agguerrita, anzi un vero e proprio conflitto) fra le parti su argomenti di comune interesse.

Attitudini personali del mediatore

- 1) Il mediatore deve essere una persona che sappia comunicare con gli altri.
- 2) Che dall'espressione del volto non faccia intendere che sta giudicando la vita altrui.
- 3) Deve essere una persona che sappia fare delle domande al momento giusto e delle domande giuste, nel senso che ci sono delle domande aperte dove non si prevede un "sì" o un "no" come risposta, ma si lascia la possibilità di rispondere (questo serve specialmente nella fase iniziale per raccogliere più informazioni possibili, poi ci saranno delle domande più dirette per entrare nel dettaglio).
- 4) Deve essere una persona che sappia ascoltare in modo attivo e dimostri di partecipare non passivamente (cd. ascolto attivo).
- 5) Deve saper gestire "il silenzio".
- 6) Deve essere una persona affidabile, cioè deve saper infondere fiducia.
- 7) Deve essere una persona paziente e disponibile nei confronti delle parti.
- 8) Deve essere una persona riservata.
- 9) Deve essere una persona equilibrata, per dare sicurezza alle parti.
- 10) Deve essere una persona onesta e corretta al fine di dare la massima trasparenza alla procedura di mediazione.
- 11) Deve essere una persona tenace, perché anche di fronte a difficoltà molto serie che la procedura può presentare, non deve perdersi d'animo.

Norme di comportamento per i conciliatori

(Ispirate al Codice Deontologico approvato dall'UIA «Unione Internazionale degli Avvocati» nella sessione 2 aprile 2002).

Tutti coloro i quali svolgono il ruolo di conciliatore, sono tenuti all'osservanza delle seguenti norme di comportamento.

1. Il conciliatore deve essere formato adeguatamente e deve mantenere ed aggiornare costantemente la propria preparazione in tecniche di composizione dei conflitti. Il conciliatore deve rifiutare la nomina nel caso in cui non si ritenga qualificato.
2. Il conciliatore deve comunicare -ovvero rendere edotte le parti- riguardo

qualsiasi circostanza che possa influenzare la propria indipendenza, imparzialità e neutralità (indipendenza=assenza di legame oggettivo basato su rapporti personali o lavorativi tra il conciliatore ed una delle parti; imparzialità=attitudine soggettiva del conciliatore, il quale non deve favorire una parte a discapito dell'altra o che possa ingenerare la sensazione di parzialità; neutralità=assenza nel conciliatore di un diretto interesse all'esito del procedimento di conciliazione).

Il conciliatore deve rinunciare all'incarico in mancanza anche di uno solo dei suddetti requisiti.

3. Il conciliatore deve assicurarsi che, prima dell'inizio dell'incontro di conciliazione, le parti abbiano compreso ed espressamente accettato:

- le finalità e la natura del procedimento di conciliazione;
- il ruolo del conciliatore e delle parti;
- gli obblighi di riservatezza a carico del conciliatore e delle parti.

4. Il conciliatore deve svolgere il proprio ruolo con la dovuta diligenza, indipendentemente dal valore e dalla tipologia della controversia.

5. Il conciliatore non deve esercitare alcuna pressione sulle parti (libertà d'autodeterminazione delle parti).

6. Il conciliatore deve mantenere riservata ogni informazione che emerge dalla conciliazione o che sia ad essa correlata, incluso il fatto che la conciliazione debba avvenire o sia avvenuta, salvo che non sia altrimenti previsto dalla legge o da motivi d'ordine pubblico.

7. Il mediatore non è responsabile dell'esito della mediazione e, nel caso in cui le parti propongano soluzioni contrarie alla legge vigente, ha il dovere di farlo presente alle stesse, allo scopo di dissuaderle e, nell'ipotesi in cui queste dovessero persistere, deve rinunciare all'incarico. Qualora a proporre una soluzione contraria alla legge sia una sola delle parti, il mediatore può chiamare con un telefono "a viva voce" un legale che chiarisca la situazione di diritto, senza essere costretto a schierarsi.

Il processo di conciliazione consta di quattro fasi:

Prima fase - introduzione, nella quale il conciliatore illustra alle parti il procedimento che intende seguire, e tenta di instaurare un clima di fiducia e di rispetto reciproco, in modo da favorire il dialogo tra le parti.

Seconda fase nella quale le parti liberamente espongono al conciliatore, anche in sedute separate, (cd. caucuses della durata non superiore a 20 minuti per ciascuna parte), la vicenda; in caso d'EMPASSE: a) rassicurare le parti; b) sfruttare l'empatia (e non simpatia) per dare alle parti un senso di protezione immedesimandosi nei pensieri e stati d'animo di queste; c) passare ad un momento "informale" (rottura degli schemi), offrendo alle parti "da bere", spostando l'argomento su fatti estranei alla mediazione (es. attualità), il tutto per distogliere le parti da un momento di forte tensione che, acuendosi, porterebbe sicuramente ad un non-accordo (cambiare posizione, cambiare ambiente, o addirittura interrompere la seduta e differirla).

Terza fase, nella quale il conciliatore riassume brevemente i fatti esposti,

ricostruendo la vicenda tenendo conto delle circostanze apprese nel corso della esposizione delle parti, ma facendo attenzione ad evitare i toni aggressivi ed ostili utilizzati dalle parti.

Quara fase - discussione, nella quale le parti, alla luce della valutazione complessiva (non più unilaterale) della vicenda, formulano ipotesi d'accordo che può definire la controversia.

Tale accordo può essere o no considerato titolo esecutivo?

Pur essendo questo un argomento molto dibattuto, possiamo ritenere che, in linea di massima, un accordo così "ricercato" e, quindi, raggiunto liberamente dalle parti, quasi sicuramente verrà spontaneamente eseguito dalle stesse.

*Intervento svolto all'incontro del 5 febbraio 2005 sul tema "Mediation Round - La conciliazione stragiudiziale delle controversie".

Avv. Filippo CAMMARANO GUERRITORE DI RAVELLO IL GIUDICE E LA CONCILIAZIONE

Consigliere Carletti, colleghi Avvocati del Consiglio dell'Ordine di Roma Vi ringrazio per avermi dato la parola relativamente a un argomento- la conciliazione- che tanta parte può avere nella risoluzione del problema "giustizia" in Italia.

Si assiste, è sotto gli occhi di noi tutti, a un fenomeno oserei dire anatocistico quanto a proliferare di procedimenti che richiedono una soluzione, richiedono una sentenza.

Porto qui la mia esperienza di Magistrato Onorario, Giudice Tutelare alla 1^a sezione del Tribunale di Roma presso la quale si può dire che abbia svolto funzioni di magistrato conciliatore, avvalendomi di un rito alternativo rispetto a quello contenzioso quale quello camerale.

Per un magistrato la conciliazione non è solo una questione di procedura, ma soprattutto una questione morale, di coscienza.

Soprattutto nel settore della famiglia e degli incapaci in genere, l'intervento del giudice in funzione conciliativa è della massima importanza al fine di evitare il trascinarsi di procedimenti contenziosi con grave nocimento per lo sviluppo della personalità dei minori.

Vorrei porre l'attenzione sull'art. 337 Cod. civ., alla stregua del quale il Giudice Tutelare deve vigilare sull'osservanza delle condizioni che il tribunale abbia stabilito per l'esercizio della potestà e per l'amministrazione dei beni.

Alla luce di tale norma, in caso di inosservanza degli obblighi e dei doveri che scaturiscono da provvedimenti presidenziali, consensuali omologate, sentenze di separazione e divorzio, le parti adiscono il Giudice Tutelare.

E' necessario sottoporvi dei casi pratici, emblematici.

Qualora su ricorso di uno dei genitori, entrambi compaiano innanzi al Giudice Tutelare con una separazione in grado di appello, un procedimento innanzi al Tribunale

dei Minorenni, quattro procedure esecutive, due cause relative a regime patrimoniale della famiglia oltre a due procedimenti penali su iniziativa di parte, un tentativo di conciliazione su tutti i fronti possibili potrebbe sembrare arduo. Eppure, chiedo a tutti Voi come potrebbe sviluppare la sua personalità un figlio minore con due genitori pronti ad affollare le aule giudiziarie almeno per un decennio.

In tale caso ritenni necessario tentare fra i coniugi una conciliazione, che riuscì dopo alcune udienze ravvicinate. Le parti chiusero ogni controversia fra loro. Dopo appena una settimana, li ricordo in udienza pronti a ricostruire un rapporto come genitori nell'interesse del loro figlio minore

Un'altra possibilità di conciliazione si rinviene in taluni casi nei quali viene chiesta l'autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione sul patrimonio degli incapaci ai sensi dell'art. 320 Cod. civ.

Ove venga chiesta l'autorizzazione per agire in giudizio per lesione della quota di riserva o per far valere in genere i propri diritti successori, è possibile da parte del magistrato trovare una soluzione conciliativa al fine di chiudere la controversia.

La convocazione di tutte le parti del contendere, al fine di avere informazioni quanto più dettagliate per autorizzare l'azione, ha portato spesso a risultati inaspettati.

L'intervento del giudice in funzione consultiva ha, infatti, messo le parti in grado di trovare un'accordo fra le stesse.

Occorre a questo punto fare una precisazione. La conciliazione effettuata dal Giudice Tutelare non è certamente quella "tipica" prevista dal Codice di rito ma sortisce lo stesso risultato pratico, in quanto le parti si accordano per rispettare un regolamento negoziale frutto della loro iniziativa, mediata dal giudice.

E' ovvio che nel caso di separazione e divorzio le parti dovranno formalizzare i loro accordi innanzi al Tribunale trasformando la separazione giudiziale in consensuale o chiedendo il divorzio congiunto. Sembra poi possibile trasfondere gli accordi finanche in sede di precisazione delle conclusioni anche in grado di appello.

E' necessario, ora, chiederci quali siano per il magistrato, i presupposti fondamentali per addivenire ad una conciliazione.

In primo luogo il contatto con le parti, mediante il quale il giudice può dispiegare la propria attività consultiva talvolta suggerendo alle parti la soluzione più idonea.

In tale caso le soluzioni proposte dal giudice vengono recepite dalle parti come proposte di un terzo e quindi accettate più facilmente rispetto alla proposta dell'avvocato di controparte.

Occorre a questo punto fare una considerazione relativamente alla terzietà del giudice nella conciliazione. Dall'esperienza maturata in tribunale, ritengo che il giudice della conciliazione debba preferibilmente essere estraneo alla vicenda contenziosa. Infatti, solo in tale caso le parti si scopriranno a tal punto da permettere al giudice di modulare soluzioni idonee rispetto al loro contendere. Ritengo che la posizione del giudice contenzioso nel 183 c.p.c. sia certamente più difficile in quanto il giudice che

concilia è lo stesso giudice che emette la sentenza; difficilmente le parti muteranno il loro atteggiamento cedendo ad aperture di altro tipo quale quella conciliativa.

Altro ingrediente necessario per pervenire alla conciliazione, è che di essa in caso di esito negativo non rimanga nulla. In tal caso il tentativo di conciliazione viene affrontato dalle parti nella convinzione che niente di quello che succede in udienza può essere utilizzato in altra sede.

Vengo ora alle conclusioni cercando di individuare dei punti di riflessione relativamente all'argomento in esame.

In primo luogo mi chiedo se il tentativo di conciliazione non debba essere esperito da un magistrato "neutro" rispetto alla controversia trattata dal giudice contenzioso.

Forse, e la mia esperienza ne è testimone, una piena "terzietà" del giudice potrebbe aiutare le parti ad addivenire alla conciliazione.

Mi chiedo, inoltre, se la maggior ampiezza di poteri propria del rito camerale, possa aiutare il giudice nella sua attività conciliativa.

Forse i maggiori poteri inquisitori, l'assenza del principio del contraddittorio che consente un contatto separato con le parti, favorirebbe la conclusione della controversia instaurata.

E' solo un'ipotesi, ma la combinazione di questi elementi potrebbe portare gli stessi risultati che da giudice della volontaria ho riscontrato questi anni in udienza.

Prima di lasciare la parola al prossimo relatore volevo ringraziarvi per la vostra cortese attenzione auspicando un sempre maggior impegno da parte nostra per la riforma della giustizia in Italia.

Grazie

Avv. Angela SOCCIO L'AVVOCATO NELLA CONCILIAZIONE

La nostra legislazione non consente alle parti di stare in giudizio o comunque di difendersi da sole, ma prevede l'intervento obbligatorio di un avvocato, salvo alcune eccezioni riguardanti in linea di massima cause di modestissimo valore economico.

Tale intervento attualmente non è invece previsto con la stessa obbligatorietà nell'ambito della procedura di conciliazione stragiudiziale, almeno nei settori in cui detta procedura è stata introdotta, ben potendo la parte formalmente prescindere dall'assistenza di un avvocato ed in alcuni casi farsi assistere da un professionista di fiducia anche appartenente ad altre categorie professionali.

Tutto ciò ha fatto sorgere il timore che la diffusione della conciliazione stragiudiziale, quale procedura di ADR, possa tradursi in una perdita di occasioni lavorative per la classe forense.

La preoccupazione, sia consentito dirlo, deriva fundamentalmente da una non esaustiva conoscenza dei procedimenti di conciliazione e di definizione dei conflitti,

alternativi alla tutela giurisdizionale.

Allo stato, i regolamenti di conciliazione degli organismi che in Italia si occupano di conciliazione stragiudiziale delle controversie - a partire dalle Camere Arbitrali, istituite presso le Camere di Commercio per finire ai vari Enti privati di conciliazione e alla stessa Camera di Conciliazione istituita presso il Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Roma - prevedono la possibilità per le parti di farsi assistere da un professionista ed in alcuni casi anche da più professionisti.

Non quindi un obbligo ma una facoltà, conferita alla parte, in perfetta sintonia con le caratteristiche di flessibilità che connotano la procedura di conciliazione stragiudiziale. Ovvio che con il termine *professionista* si sia inteso includere fra quei soggetti autorizzati a prestare assistenza nel corso della procedura di conciliazione, anche specialisti appartenenti ad altri albi professionali, quali ad es. commercialisti, consulenti del lavoro, psicologi, ecc.

Ed in effetti non sono rari i casi nei quali è necessaria un'assistenza tecnica di tipo fiscale o psicologica, ecc., ma ciò non esclude comunque la partecipazione congiunta di un avvocato, la cui presenza diviene necessaria in linea di fatto.

A ben vedere, i casi nei quali è possibile in concreto ed a prescindere da qualunque previsione normativa o statutaria, fare a meno dalla presenza di un avvocato sono ben pochi e coincidono sostanzialmente con quelli nei quali le parti sono autorizzate ex lege nel processo civile a stare in giudizio senza l'assistenza di un difensore, ovvero in tutti quei casi in cui in il valore estremamente modesto della controversia rende superflua la presenza di un legale o comunque dispendiosa rispetto al valore della controversia.

Anche a livello comunitario, già da tempo, una Raccomandazione della Commissione Europea del 30 marzo 1998, in tema di *principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo* indicava tra i vari principi da rispettare quello della "rappresentanza" ed espressamente prevedeva: "la procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare e accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura".

Anche nell'ambito comunitario è stata quindi avvertita la necessità di garantire l'assistenza della parte senza tuttavia specificare, proprio in ossequio alle caratteristiche di informalità, flessibilità ed autodeterminazione che informano le procedure di ADR, se tale professionista debba essere o meno un avvocato.

In realtà, a ben guardare, non v'è chi non veda che il *professionista* per eccellenza, che può e deve assistere e rappresentare la parte nella procedura di conciliazione, non può non essere che un avvocato.

Un avvocato che tuttavia nella procedura di conciliazione stragiudiziale è chiamato ad assumere un ruolo diverso ed una competenza più ampia rispetto a quelli tradizionalmente assunti.

L'avvocato dovrà innanzitutto rendersi portatore di una cultura diversa.

La cultura della conciliazione avrà maggiori possibilità di diffondersi se gli stessi avvocati si renderanno portatori della stessa, informando innanzitutto il cliente della

esistenza di sistemi alternativa alla tutela giudiziaria e della possibilità di far ricorso alla procedura di conciliazione stragiudiziale.

Una proposta di legge (n. 2463), presentata nel 2002 (dall'On. Sergio Cola) e modificata a seguito di emendamenti presentati il 1 dicembre 2003, prevede l'obbligo per gli avvocati, prima di iniziare una causa, di informare i propri clienti circa la possibilità di risolvere la controversia ricorrendo ad un organismo di conciliazione; nella medesima proposta di legge si conferisce la facoltà agli organismi di conciliazione di stabilire delle soglie di valore al di sopra delle quali è obbligatoria l'assistenza tecnica di un difensore ovvero di renderne obbligatorio l'intervento in cause di particolare complessità tecnica.

L'art. 14 della medesima proposta di legge pone a carico degli avvocati un obbligo informativo preventivo circa l'esistenza di possibilità conciliative della controversia da comprovare addirittura, pena "l'improcedibilità dell'azione" con apposita dichiarazione congiunta dell'avvocato e del cliente nel caso in cui tale opportunità sia valutata negativamente.

Ma, a ben vedere, già il Codice deontologico forense attualmente vigente all'art. 40 prevede un obbligo di informazione a carico dell'avvocato, tale previsione, quindi, altro non sarebbe se non un rafforzativo della previsione già vigente.

Il ruolo dell'avvocato è, quindi, di notevole importanza anche nella fase che precede la procedura di conciliazione in quanto attraverso lo stesso il cliente ha la possibilità di venire a conoscenza e avvicinarsi ai sistemi alternativi alla tutela giurisdizionale.

L'avvocato che partecipa alla procedura di conciliazione stragiudiziale è chiamato tuttavia a rivestire un ruolo diverso rispetto a quello tradizionalmente assunto sotto molteplici profili.

Nell'esercizio tradizionale della professione di avvocato si parte solitamente da presupposti diversi, rispetto a quelli sui quali poggia la conciliazione stragiudiziale.

Nello schema tradizionale all'esito della causa vi sarà una sentenza emessa da un terzo imparziale, il giudice, secondo diritto. La sentenza darà ragione ad una parte e torto ad un'altra. Lo schema classico di funzionamento vede quindi un vincitore ed un perdente.

Il compito dell'avvocato sarà quindi quello di enfatizzare le proprie posizioni giuridiche dinanzi al terzo imparziale, per convincerlo a dargli ragione.

Nella conciliazione stragiudiziale non c'è invece una prospettiva avversariale, il ruolo dell'avvocato non sarà quello del "gladiatore", come definito con felice sintesi in altri ordinamenti.

L'avvocato dovrà affiancare la parte ed aiutarla a trovare una soluzione, una via d'uscita dal conflitto, facendo emergere i reali interessi in grado di attenuare la conflittualità, fino ad individuare, con fantasia ma anche grande capacità tecnica, una soluzione che consenta non solo la soddisfazione degli interessi della parte ma anche quelli della controparte, affinché la proposta sia accettabile e nel contempo, siano preservati i rapporti futuri tra le parti.

Ciò richiede capacità tecniche notevoli: richiede maggiore versatilità, prontezza di riflessi, lungimiranza, capacità di gestione dell'emozione del cliente, ecc...

L'avvocato nella mediazione non si sostituisce al cliente privo di *jus postulandi*, ma lo aiuta a studiare una strategia di negoziazione, lo aiuta ad individuare probabili proposte di accordo, lo aiuta ad individuare i reali interessi e le possibili soluzioni soddisfacenti.

L'apporto attivo dell'avvocato diventa ancor più significativa laddove si rifletta sulla circostanza che non essendovi nella procedura di conciliazione stragiudiziale l'obbligo di osservanza del principio informatore del processo civile della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ben possono (anzi in alcuni casi devono) le parti ricercare soluzioni del conflitto estranee alla tematica iniziale (c.d. "allargamento della torta"). Nella ricerca di tali soluzioni esterne comunque percorribili l'avvocato assume un ruolo fondamentale. Spesso la ricerca di soluzioni fattibili richiede cognizioni tecnico-giuridiche che solo l'avvocato può apportare all'interno della procedura.

Né potrebbero tali cognizioni esser apportate dal mediatore, quest'ultimo non può prospettare le soluzioni giuridiche in quanto deve rimanere neutrale ed imparziale. ponendosi egli anche quale garante indiretto della osservanza futura degli accordi raggiunti.

Gli americani parlano di "avvocato pacificatore", gli inglesi di "problem solver", ovvero di agevolatore della soluzione dei problemi.

E' evidente che il ruolo dell'avvocato rispetto alla procedura di conciliazione è ovviamente diverso rispetto a quello tradizionalmente assunto.

L'importanza della figura dell'avvocato nell'ambito della procedura di conciliazione emerge ancor di più, nella fase della stesura dell'accordo e tanto più è complessa la materia da trattare, tanto più è auspicabile l'assistenza un avvocato per due ordini di considerazioni.

L'avvocato possiede le cognizioni tecnico-giuridiche che gli consentono nello specifico, da un lato, di operare, al fianco della parte, una valutazione delle possibili soluzioni percorribili e traducibili in un accordo di conciliazione e dall'altra di valutare con lungimiranza le possibili future implicanze dell'accordo raggiunto, al fine di poter indirettamente creare anche le condizioni di garanzia del rispetto futuro dell'accordo raggiunto dalle parti a prescindere dalla apposizione o meno di una formula esecutiva.

Avv. Tiziana STEGA

LE PARTI NELLA CONCILIAZIONE

Le cause strutturali dell'affermazione delle metodiche di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) e, più in generale, dell'area delle fonti negoziali del diritto debbono ricercarsi nel diverso assetto economico, sociale e culturale della società civile, conseguente alla globalizzazione dei mercati, ovvero nel diritto privato euro-

peo. In particolare si è osservato che nell'ambito dello stesso, il contratto assume un ruolo di politica economica in tutte le ipotesi in cui, attraverso la previsione di un "contenuto minimo obbligatorio", idoneo a garantire la corretta informazione delle parti, crei un mercato regolato di concorrenza, basato su tre principi fondamentali: 1) consenso informato; 2) autonomia; 3) rischio.

Secondo la dottrina, tali pattuizioni divengono effettive, eseguibili e realizzabili attraverso la giustizia stragiudiziale e nella legislazione europea si riscopre il valore della cosiddetta "soft law" e dell'autodisciplina, quali strumenti idonei a porre un insieme di regole minime che consentano, in primo luogo, di assicurare certezza ai soggetti interessati, in termini di prevedibilità delle aspettative e delle conseguenze derivanti dalla violazione delle regole, ed in secondo luogo, di rendere comparabili le medesime regole.

Sempre la dottrina assimila le fonti negoziali, generate dall'autodisciplina della prassi economica, alle remote esperienze della *lex mercatoria* e si assiste alla codificazione e diffusione di regole uniformi per i contratti commerciali internazionali, che riguardano sia la conclusione del contratto sia la definizione di possibili controversie future attraverso gli strumenti di ADR.

Ed è crescente e rinnovato l'interesse non solo giuridico ma anche sociale e culturale per gli organismi di giustizia stragiudiziale, metodi alternativi di composizione delle liti e per tutte quelle formule riassuntive di procedimenti conciliativi non giurisdizionali, riconducibili a fenomeni di microconflittualità che caratterizzano la società attuale - cosiddette "small claims" - (Cfr. Giuseppe Carriero, *Crisi del processo civile e giustizia stragiudiziale: l'"ombudsman" bancario*, Foro It.2002, V,249 ss).

Tra i soggetti coinvolti nella conciliazione le parti rivestono indubbiamente un ruolo di primissimo piano e traggono innegabili vantaggi dal ricorso alla procedura. Occorre, infatti, considerare che il giudizio ordinario può presentare per le stesse un aspetto diseconomico, in quanto sul piano giudiziario, la lite potrebbe concludersi con un bilancio negativo per ciascuno dei soggetti in conflitto. Ci si riferisce, in particolare, alla connotazione "di sfavore" che può assumere il rapporto costi-benefici del procedimento giurisdizionale, tenendo conto del fatto che l'accertamento giudiziario, fondato sul diritto positivo, solitamente non consente il bilanciamento degli interessi contrapposti, soprattutto sotto il profilo economico.

Inoltre il processo è connotato dalla pubblicità, espressione del principio di legalità, secondo il quale il giudizio deve svolgersi in modo trasparente - ovvero in modo da assicurare il controllo sociale- ma è innegabile che la pubblicità può incidere notevolmente sull'interesse delle parti a mantenere riservati i loro rapporti ed a non rendere noti a terzi l'esito della lite, senza considerare che può ostacolare l'approccio conciliativo, in ragione della inevitabile esternazione delle reciproche contrapposte pretese.

La conciliazione deve essere valutata nell'ottica delle molteplici e diversificate esigenze dei soggetti che ad essa ricorrono, nell'intento di soddisfare realmen-

te e definitivamente i loro interessi, al di là delle pretese che costituiscono propriamente l'oggetto del giudizio ordinario. In questa prospettiva, la decisione che dirime una controversia ha una valenza "rigida", nel senso che taglia in modo netto le pretese delle parti in conflitto, separando il torto dalla ragione - secondo lo schema sì /no-, nei limiti segnati dalla domanda e dal principio dispositivo, senza possibilità di successive misure correttive o compensative nonché senza risolvere le questioni sottese alle reciproche contrapposte pretese, relativamente alle quali le parti potrebbero avere l'interesse ad ottenere indicazioni per il comportamento da tenere anche per il futuro.

Alla composizione del conflitto, secondo il modello della conciliazione, le parti giungono non per effetto di un incontro occasionale della loro volontà, ma in virtù di uno specifico procedimento volto a favorire tale risultato e non necessariamente regolato dalla legge bensì riconducibile in ogni sua fase alla volontà espressa dalle stesse parti, dall'avvio della procedura e sino alla sua conclusione.

Premesso che possono costituire oggetto della conciliazione solo i diritti disponibili, ovvero i diritti in ordine ai quali il titolare può liberamente compiere atti di disposizione a motivo del loro carattere spiccatamente patrimoniale, deve precisarsi che l'esigenza di composizione delle liti e, quindi, di giungere ad una soluzione concordata, è particolarmente avvertita nell'ambito dei rapporti di impresa, tra i quali si ricomprendono, oltre ovviamente i rapporti tra le imprese, anche quelli tra imprese e consumatori (v. in proposito L. 30/7/1998 n. 281 "Disciplina dei diritti dei consumatori ed utenti") per due ordini di ragioni. In primo luogo, l'insorgere della lite turba il mercato ed introduce un elemento di squilibrio nell'economia; in secondo luogo, incide inevitabilmente sulla continuità dei rapporti tra imprese, fondati su *contratti di durata*, quali quelli normalmente stipulati da fornitori e produttori o tra imprese e dipendenti, mentre nei rapporti con i consumatori le imprese si propongono l'obiettivo dell'avviamento, assicurandosi e mantenendo una clientela stabile.

Diverse sono le problematiche e le caratterizzazioni della conciliazione in tema di diritto di famiglia, peraltro attualmente prevista dalla legislazione italiana come fase endoprocessuale, in cui la finalità perseguita è quella di riorganizzare le relazioni familiari in vista o in seguito alla separazione o il divorzio, e nella quale i protagonisti sono soggetti che hanno l'esigenza di elaborare un programma di separazione o di divorzio soddisfacente per sé stessi e per i figli.

In ogni caso è essenziale tenere presente che le parti in conflitto, benché anche emotivamente coinvolte, conservano sempre la capacità di autodeterminazione nella ricerca di un risultato positivo, che soddisfi nel migliore dei modi loro interessi, e sono titolari del diritto all'informazione relativamente alla posizione assunta dalla controparte e ai documenti prodotti nel corso della conciliazione, eccettuate le informazioni che debbono rimanere riservate per espressa volontà delle parti stesse.

Secondo l'esperienza statunitense, la soluzione "concordata" della controversia può essere raggiunta in vari modi, anche mediante la proposta, da parte del terzo conciliatore/mediatore, di una ipotesi di accordo, che le parti sono comunque libe-

re di accettare o meno, nonché di modificare nel contenuto. E' possibile trasferire tale modello nel nostro ordinamento considerandolo esplicitazione del principio dell'autonomia privata di cui all'art. 1322 c. c., quale facoltà delle parti di autoregolamentare i propri interessi, principio che costituisce il necessario fondamento della procedura di conciliazione. Infatti, nell'ambito della conciliazione/ mediazione la libera volontà negoziale delle parti può regolamentare qualunque aspetto attinente al conflitto già insorto o soltanto eventuale, inclusa la procedura da seguire, a partire dal suo avvio sino al riconoscimento e alla esecuzione dell'atto conclusivo.

E' importante evidenziare che l'esito della conciliazione è diretta conseguenza del modo con il quale le parti la affrontano in quanto la conclusione positiva è favorita da un atteggiamento realmente collaborativo, finalizzato all'eliminazione del conflitto attraverso il bilanciamento degli interessi in gioco. In ambito strettamente economico, si pensi ad esempio alla influenza che in tal senso è in grado di esercitare l'esigenza di mantenere in attivo la gestione dell'impresa, senza incidere negativamente sul bilancio, come in effetti potrebbe accadere in caso di pendenza di un procedimento dinanzi agli organi giurisdizionali.

Nell'applicazione della conciliazione, e più in generale delle tecniche di ADR, emergono diversi profili di interesse, relativi, tra l'altro:

- a) alla validità del consenso prestato dalle parti;
- b) all'esigenza di riservatezza delle informazioni assunte nel corso della procedura, salva diversa volontà del soggetto interessato, ovvero del soggetto che ha fornito tali informazioni, anche mediante produzioni documentali.
- c) al riconoscimento ed esecuzione dell'accordo raggiunto.

Si ribadisce che la principale caratteristica della conciliazione/ mediazione è il carattere consensuale: pertanto le parti di un rapporto contrattuale possono sottoscrivere una clausola che preveda il ricorso alla conciliazione in seguito all'insorgere di una controversia oppure raggiungere un accordo "ad hoc" allo scopo di risolvere un determinato conflitto ed in questo caso può essere sufficiente l'adesione alla volontà in tal senso espressa dalla parte che per prima si rivolga al conciliatore o ad un centro di mediazione.

Da ciò deriva che l'attribuzione del carattere vincolante ad una procedura che trae origine dal consenso delle parti, ne snatura l'essenza e la funzione, anche se ciò non toglie che la previsione della conciliazione in una clausola contrattuale, in caso di inosservanza, possa dar luogo alla violazione di un obbligo contrattuale e possa configurare la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza, che impongono alle parti di tenere un comportamento improntato a lealtà e di esercitare il proprio diritto senza sconfinare nell'abuso.

La procedura di conciliazione deve fondarsi su un insieme di norme minime, allo scopo di garantire alle parti il rispetto di regole di qualità relativamente all'indipendenza, imparzialità, trasparenza ed efficacia da parte degli organismi che gestiscono la conciliazione nonché ai requisiti del terzo mediatore, a partire dalla neu-

tralità dello stesso. Si è osservato che qualora le parti svolgano una determinata attività, come è per le imprese, può essere opportuno il rispetto di codici deontologici, ai quali le medesime aderiscono liberamente, proprio in quanto qualificate dallo svolgimento di una data attività. Inoltre, l'accordo delle parti può incidere anche sulla procedura seguita nella conciliazione, che può sempre essere modificata e adattata al caso specifico, con il consenso del conciliatore.

In definitiva, deve concludersi che gli schemi procedurali della conciliazione/ mediazione rappresentano modelli di riferimento, ma non possono essere assoggettati a una disciplina obbligatoria, che sarebbe in assoluta contraddizione con l'essenza della stessa conciliazione.

Ruolo delle parti nella conciliazione: sintesi.

1) Accordo di conciliazione

Al di là degli strumenti di autocomposizione della lite- anche già insorta- previsti dal nostro ordinamento, quali il contratto di transazione o il negozio di accertamento, le parti possono stabilire che la controversia sia risolta negozialmente, attraverso la stipulazione di un accordo che preveda il procedimento da seguire per la soluzione del conflitto, con l'avvertenza che il termine << procedimento >> va inteso nel senso "elastico" sopra indicato.

2) Effetti dell'accordo di conciliazione.

Questo profilo attiene sostanzialmente alle conseguenze dell'accordo sul piano della proponibilità della domanda giudiziale. Si potrebbe richiamare la sanzione dell'improcedibilità, contemplata dagli artt. 410 bis e 412 bis c.p.c. per le controversie relative a rapporti di lavoro in relazione alle ipotesi di inosservanza dell'obbligo di esperire preventivamente il tentativo di conciliazione, sanzione che, però, sembra essere applicabile solo se espressamente prevista.

Altra soluzione ipotizzata è quella della improponibilità dalla domanda, estendendo all'accordo di conciliazione, quale strumento per la composizione negoziale della lite, la soluzione adottata dalla giurisprudenza per il patto commissorio in arbitrato irritale, in ragione della identica "ratio".

3) Oggetto e forma dell'accordo di conciliazione.

Come già esposto, l'accordo di conciliazione può riguardare una controversia già insorta tra le parti oppure una possibile controversia futura relativa alla validità, interpretazione ed esecuzione del contratto, ed essere oggetto, in via preventiva, di una clausola contrattuale accessoria e casualmente autonoma rispetto alle altre pattuizioni, in quanto espressione di un diverso atto di volontà.

In questo caso, la clausola di conciliazione dovrebbe essere assoggettata alle stesse prescrizioni formali dettate dalle norme sostanziali per il contratto nel quale la stessa è inserita (forma scritta " ad substantiam" o " ad probationem" o, al contrario, principio della libertà della forma)

4) Clausola- tipo di conciliazione.

In via generale, le alternative possibili sono le seguenti:

a) le parti prevedono le modalità di avvio del procedimento di conciliazione, ad esempio attraverso l'invio di una raccomandata con ricevuta di ritorno, al quale provvede la parte che intende promuovere il procedimento, esponendo altresì le proprie ragioni ed invitando la controparte a delineare la propria posizione, sempre a mezzo di comunicazione scritta ed entro un tempo predeterminato.

Può essere già indicato il conciliatore e può essere prevista la possibilità di designare un altro soggetto, nonché, in caso di mancata accettazione del terzo indicato, o in caso di mancato accordo delle parti, può essere previsto il soggetto - persona fisica, ente o istituzione - che provvederà alla nomina del conciliatore;

b) qualora le parti intendano rivolgersi ad un centro o organismo di conciliazione, provvederanno ad indicarlo direttamente e si applicherà il regolamento adottato dal medesimo centro, con gli eventuali adattamenti riconducibili alla concorde volontà delle parti ed al consenso del conciliatore.

5) Conclusione del procedimento.

L'atto conclusivo della conciliazione è sempre espressione dell'incontro della volontà delle parti che, attraverso la progressiva fissazione di punti in ordine ai quali si è realizzata la convergenza delle contrapposte posizioni, elaborano una soluzione concordata del conflitto, idonea a risolverlo nel modo più soddisfacente per i rispettivi interessi.

L'accordo sottoscritto dalle parti è sostanzialmente un contratto ed esprime, pertanto, l'intento di regolare anche per il futuro i propri rapporti, mentre in caso di esito negativo, il mancato raggiungimento dell'accordo non implica conseguenze pregiudizievoli, a meno che, come già ricordato, non sia ravvisabile la violazione dell'obbligo di buona fede.

La conciliazione stragiudiziale delle controversie

Terza sessione: 12 febbraio 2005

Programma completo

Aula centrale

- Pubblica amministrazione (Prof. Avv. Piero Sandulli)
- Questioni sociali (Avv. Lucia Fani)
- Rapporti con i consumatori (Avv. Simona Putzu)
- Rapporti familiari (Avv. Fabrizio Forcinella)
- Questioni penali (Avv. Sabrina Metta)

Altra sala

- Locazione e condominio (Avv. Alfredo Barbieri)
- Rapporti di lavoro (Avv. Carlo Bruni)
- Rapporti bancari e di investimento (Avv. Sabrina Casucci)
- Questioni fiscali (Avv. Ettore Valenti)

conclusioni Prof. Avv. Giovanni Cabras

Ore 12.30 CONCLUSIONI (Prof. Avv. Giovanni Cabras)

Avv. Prof. Piero SANDULLI

CONCILIAZIONE E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

Sommario

1. Posizione del problema. – 2. Natura della conciliazione. - 3. Aspetti costituzionali della conciliazione. – 4. Limiti dell'esperienza della conciliazione nei confronti della pubblica Amministrazione. – 5. Ipotesi di attuazione della conciliazione.

1. Posizione del problema.

Ad una prima, approssimativa, analisi del tema assegnato alla mia trattazione, può apparire che il procedimento di conciliazione e la pubblica Amministrazione non abbiano alcun punto di collegamento tra loro.

La conciliazione sembrerebbe difficilmente conciliabile con l'attività amministrativa basata su norme autoritative, intimamente connesse al potere discrezionale esercitato dall'Amministrazione.

Soffermandoci ad intraprendere un più attento ed accurato esame del tema ci si accorge, però, che l'istituto della conciliazione ha più di un punto di contatto con l'operato della Amministrazione.

Al riguardo va, preliminarmente, ricordato come a partire dal 1990 il modo di operare della Amministrazione sia radicalmente mutato, tanto da far affermare autorevoli studiosi (CASSESE), che era terminata l'epoca del "cittadino suddito" e che, a seguito dell'entrata in vigore delle leggi numero 142 e 241, iniziava l'epoca del "cittadino cliente" della pubblica Amministrazione.

In altre parole, si dava vita ad una sorta di rivoluzione normativa in base alla quale l'operato della pubblica Amministrazione, sia locale, che centrale, si basava sempre più nell'utilizzo di norme paritetiche di relazione (atte a porre su di un piano di parità il cittadino e l'Amministrazione), piuttosto che regolare il suo agire su norme di azione (che realizzavano, come rivelava il GIUCCIARDI, un potere autoritativo della Amministrazione sul privato).

Rilevante traguardo di questo percorso è rappresentato dal riconoscimento normativo del risarcimento dei danni che il cittadino può esperire nei confronti della pubblica Amministrazione per quanto riguarda la lesione di interessi legittimi, tanto oppositivi, quanto pretensivi; riconoscimento intervenuto con il dettato dell'art. 35 del decreto legislativo numero 80 del 1998, dettato che ha ricevuto l'avallo della Corte Costituzionale, con la sentenza numero 204 del 2004.

Il potato di questa "rivoluzione copernicana" del modo di intendere i rapporti tra privati ed Amministrazione, nella gestione della cosa pubblica, offre lo spunto per riconsiderare anche il tema del procedimento di conciliazione nei confronti della Amministrazione.

Chiarisco subito che nell'esaminare questa tematica non farò riferimento al pur rilevante profilo della conciliazione nel pubblico impiego, in quanto tale tema ha trovato spazio in altre relazioni nel corso di questo seminario.

Operata questa esclusione occorre ribadire che oggetto della analisi sarà quello di verificare le opportunità offerte dall'istituto della conciliazione rispetto alla gestione della cosa pubblica.

E', altresì, opportuno chiarire che nel corso della presente analisi saranno esaminati istituti che anche se non pienamente assimilabili – come vedremo - alla conciliazione hanno caratteristiche riconducibili ad essa quali: 1 – la partecipazione agli atti amministrativi; 2 – il bonario componimento nella procedura in tema di appalti pubblici.

2. Natura della conciliazione.

Al fine di delimitare, ulteriormente, il campo dell'analisi occorre muovere da un inquadramento di carattere generale, anche sotto il profilo costituzionale, dell'istituto della conciliazione.

La conciliazione viene collocata, dalla dottrina (PUNZI), alla stessa stregua dell'arbitrato, tra le soluzioni alternativa alla lite (alternative dispute resolution – A.D.R.) con una evidente differenza data dal fatto che mentre la conciliazione offre una effettiva alternativa alla lite conducendo alla pacificazione delle parti, tra cui è insorta la questione; l'arbitrato, invece, dà vita soltanto ad una diversa soluzione della lite, determinando, comunque, attraverso la pronuncia del lodo, un vinto ed un vincitore.

Alla luce di questa considerazione sono evidenti i vantaggi derivanti dalla conciliazione, che consente la prosecuzione dei rapporti tra le parti; mentre assai spesso la definizione litigiosa di una questione porta all'interruzione di quei rapporti.

Tale rilievo, se appare evidente per quanto riguarda le questioni di natura economica, ha i suoi aspetti positivi anche per quanto riguarda i rapporti tra il cittadino e l'Amministrazione ed è sull'esame di essi che occorre lavorare.

3. Aspetti costituzionali della conciliazione.

Volendo individuare nella nostra Costituzione una fonte del potere conciliativo alcuni autori (GIACOBBE) l'hanno collocata nel dettato dell'articolo 2 in tema di "solidarietà" politica, economica e sociale. Tale ricostruzione appare condivisibile e pienamente in linea con analisi storico-giuridiche (PICARDI) che esaminando il portato della rivoluzione francese riconducevano la conciliazione al concetto di fraternité, affermando che questa si realizzava attraverso procedimenti di carattere conciliativo.

La Corte Costituzionale con la decisione n. 276 del 2000 ha affermato il valore "pubblico" della conciliazione, con particolare riguardo alla sua funzione deflattiva rispetto alla proliferazione dei giudizi.

Alla luce di queste considerazioni è, dunque, possibile collocare l'istituto della conciliazione tra le cosiddette "funzioni pubbliche neutrali" (A.M. SANDULLI); funzioni che, pur essendo di rilevanza pubblica, possono essere esercitate anche da soggetti privati, ma che hanno pur sempre una ricaduta sulla collettività stessa.

Ulteriore aspetto positivo, da esaminare, è dato dalla circostanza che attraverso la conciliazione si giunge ad una soluzione "auto-determinata" della vertenza; ipotesi questa che è certamente preferibile a quelle discendenti dal processo o dall'arbitrato, che danno vita a soluzioni "estero-determinate" della stessa vertenza, che, assai spesso, non incontrano il favore di nessuna delle sue parti litiganti.

4. Limiti dell'esperimento della conciliazione nei confronti della pubblica Amministrazione.

Alla stessa stregua dell'arbitrato la conciliazione è promossa per ciò che concerne i diritti disponibili.

Ne discende che una utilizzazione di essa nei rapporti con la pubblica Amministrazione deve essere effettuata in relazione a materie in cui non sia ravvisabile la presenza di norme imperative, che guidino attività amministrativa.

Nell'ambito della vigente normativa è possibile individuare istituti giuridici, simili alla conciliazione, finalizzati a creare accordi tra il cittadino e l'Amministrazione.

Il primo di essi è costituito dall'istituto della "partecipazione" del cittadino all'attività genetica dei procedimenti amministrativi, istituito originariamente individuato in materia espropriativa e, successivamente, dall'articolo 7 della legge n. 241 del 1990 applicato al procedimento amministrativo generalizzato per ogni atti-

vità amministrativa.

Il secondo – come ricordato in precedenza – è possibile individuarlo nel dettato dell'articolo 31 bis della cosiddetta "legge Merloni" (L. n. 109/94 e successive modificazioni), che regola quale "filtro" all'azione, in materia di appalti pubblici, il procedimento del bonario componimento.

Sia l'una che l'altra procedura, pur essendo prodromiche ad ipotesi di natura transattiva, non determinano un procedimento di conciliazione.

Come è noto il procedimento di conciliazione è posto in essere da tre persone, i litiganti e "l'autorevole compositore"; invece i due istituti, fino ad ora, esaminati vedono la presenza soltanto delle parti litiganti e non quella del soggetto chiamato ad esprimere la proposta conciliativa.

In un diverso contesto è possibile individuare una ipotesi più simile a quella "classica" di conciliazione, tale contesto è rappresentato dal difensore civico, figura della quale quasi tutti gli enti locali e le regioni si sono dotate negli ultimi anni.

Tra le altre competenze di questo "magistrato di persuasione" è possibile individuare anche quella della conciliazione.

Detta funzione, anche se ancora poco sviluppata nella pratica, costituisce una delle attività più importanti che il difensore civico è chiamato a compiere. Invero, alla stessa stregua delle Autorità indipendenti, anche al difensore civico, per la attuazione dei suoi compiti, sono state assegnate le funzioni di conciliazione dei conflitti tra cittadini ed Amministrazione, finalizzate a quei compiti di pacificazione sociale teorizzati nell'articolo 2 della nostra Costituzione.

5. Ipotesi di attuazione della conciliazione.

Alla luce della analisi, sin qui condotta, è ora possibile, anche sulla scorta della esperienza maturata in sede di Unione Europea, dove a lungo sono stati studiati i compiti e le funzioni del mediatore europeo, verificare quali sono i termini di una possibile applicazione della procedura di conciliazione rappresentata dai diritti disponibili, di natura privatistica, in cui il "compositore", chiamato a conciliare le parti, può operare senza incorrere nei limiti dettati dalla legge n. 2248 all. E del 1865, all'articolo 4.

Invero, gli istituti della partecipazione e della amichevole composizione, in precedenza osservati, ci hanno mostrato come in quelle ipotesi la proposta del cittadino (o dell'appaltatore), senza la mediazione di alcun soggetto, ed in ogni caso la partecipazione del cittadino alla azione amministrativa, ne modulava lo sviluppo, ma lasciava inalterato il potere discrezionale della pubblica Amministrazione.

Nel caso di specie, invece, essendovi la attività di conciliazione (sia facilitativa, che valutativa) del terzo "amichevole compositore" essa non può incidere sugli atti amministrativi, ma può, invece attuarsi sulle attività di diritto privato della amministrazione, quella in cui l'Amministrazione si muove, nel campo dei diritti e dei doveri, alla stessa stregua di qualsiasi altro soggetto.

E', pertanto, possibile per l'Amministrazione centrale e/o locale dello Stato

operare conciliazioni, con il cittadino, per quanto concerne quei comportamenti (o quei fatti) che arrechino al privato un danno ingiusto. In tal modo, tutta la micro conflittualità, derivante da infortuni patiti dalla carente manutenzione delle strade e/o dei marciapiedi, potrebbe risolversi, in via pre-cotenziosa, attraverso l'opera del Conciliatore chiamato ad individuare una soluzione di comune soddisfazione per le parti.

Al riguardo è interessante esaminare il portato della esperienza, ormai quasi decennale (1996), della convenzione esistente tra il Comune di Roma e la Camera di conciliazione romana che ha consentito al Comune di conciliare centinaia di vertenze evitando, in tal modo, l'insorgere di molte liti ed operando maggiormente nell'interesse dei cittadini in una giusta attuazione dei principi di sussidiarietà e di solidarietà oggi entrati a far parte del dettato costituzionale.

Del resto il perseguire le finalità della conciliazione determina l'inserimento nel contesto sociale della cultura della "pacificazione", in luogo di quella, ancora prevalente, della lite.

6. Conclusioni.

La convenzione posta in essere dal Comune di Roma con la Camera di conciliazione romana (un organismo nato da un'intesa tra la Corte d'Appello di Roma ed il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati nel 1995) costituisce un corretto modo di intendere i rapporti, in termini di giustizia, tra cittadini e Amministrazione ed ha dato luogo ad un modello facilmente esportabile presso altri enti locali e/o regionali.

Invero, con la firma di quella convenzione e con le successive modificazioni, il Comune di Roma si è impegnato, preventivamente, a portare alla analisi di un conciliatore il risarcimento di danni derivante da una serie ben specificata di circostanze, tutte riconducibili al disposto del dettato dell'articolo 2043 e seguenti del codice civile, entro i venticinquemila euro, vincolandosi, ad un tempo, ad accettare il consilium reso dal conciliatore.

Esempi come questo appena ricordato, danno corpo alla strada da seguire se, in concreto, si vuole perseguire la via della conciliazione, anche per ciò che concerne la pubblica Amministrazione in quanto avendo individuato il luogo della conciliazione (a differenza di molte altre ipotesi) contribuisce in esso a chiarire i rapporti tra i cittadini e l'Amministrazione.

Avv. Lucia FANI

MEDIAZIONE SOCIALE "L'ARMONIA NASCOSTA VALE PIU' DI QUELLA CHE APPARE" ERACLITO

Le prime tracce di applicazione della Mediazione Sociale risalgono alla Cina, 500 anni prima di Cristo, all'interno di dispute di piccole comunità.

Quattro erano le virtù richieste a colui che doveva occuparsi di "mediare":

JEN (umanità, gentilezza) LI (rito, forma) I (giustizia) CHIH (intelligenza, cultura)

La Mediazione Sociale riguarda i rapporti e le relazioni intercorrenti interrotte o mai esistite, parlare di Mediazione presuppone la possibilità di un cambiamento, di una trasformazione e che il cambiamento sia praticabile

Mediare, negoziare non significa trovare un "compromesso", un accordo, una "via di mezzo".

Significa realizzare un processo di "svelamento" dell'accordo.

Un accordo che neppure le parti conoscono, ognuna conosce le proprie ragioni, i propri interessi, forse i propri diritti. Spesso l'uno non sa niente dell'altro, se non che ha sicuramente torto.

Il processo di mediazione richiede capacità di ascolto, focalizzazione degli obiettivi, flessibilità.

Gli ambiti della mediazione sociale sono tanti : familiare, condominiale, interculturale, di quartiere, sportivo, aziendale... tutti quegli ambiti in cui esiste ed è possibile attuare la volontà di trasformare un conflitto

Non tutto è mediabile, proprio perché si tratta di un processo, la cui attuazione richiede determinate competenze e la disponibilità delle parti ad entrare in uno spazio, lo spazio del confronto e della costruzione.

Non tutto è mediabile, perché l'obiettivo non è un compromesso

La mediazione è uno "spazio" in cui vi sono alcune regole, la prima, la più importante è la regola del dialogo. La capacità, la volontà di comunicare comportano il rispetto reciproco, in cui la parola e l'ascolto si alternano tra le parti.

Per parlare di mediazione dobbiamo prima individuare, riconoscere e affermare le diversità e accettare l'esistenza di un conflitto.

Nei confronti di entrambi, spesso si incontrano pregiudizi di ordine emotivo e mentale.

Riconoscere la diversità significa dare ad ogni parte il suo valore, il suo potere, il suo diritto e quindi situare le parti in gioco in una situazione di parità

Riconoscere l'esistenza del conflitto significa, in primo luogo per il mediatore, la capacità di riconoscere i propri conflitti, senza cadere nell'illusione di esserne esenti o che gli stessi esistono solo quando sono eclatanti e innegabili.

Per parlare di mediazione, occorre comprendere che il conflitto è un processo e non una situazione cristallizzata, quindi l'intervento di mediazione realizza una funzione preventiva o di trasformazione

Per gli avvocati può significare contemplare un modo diverso di lavorare, la possibilità di contribuire alla creazione di un costume sociale, di una cultura della negoziazione e non del conflitto.

E' però indispensabile una formazione, in cui il professionista impara anche ad usare un linguaggio diverso, accessibile, che consenta alla parti di comprendere e di esprimersi veramente; i concetti giuridici andranno spiegati, sviluppati non saranno strumento di "potere", ma rappresenteranno il potere insito in una media-

zione realizzata.

Non si può essere mediatori se non si ha una buona capacità di autosservazione, di conoscenza di sé, dei meccanismi che scattano automaticamente, inconsciamente di simpatia o di antipatia, se non si è disposti a mettere in discussione il proprio sapere, se non si ha capacità di ascolto, se non si sperimenta l'empatia.

Il mediatore è l'alleato di entrambe le parti, è colui che facilita un processo di comunicazione costruttiva in cui lo sforzo è quello di giungere ad un accordo veramente condiviso dalle parti, dove la condivisione si sviluppa all'interno di un contesto di confronto.

In questo contesto si procede con l'obiettivo di negoziare le differenze, differenziarsi e accordarsi là dove si può collaborare, coesistere nella differenza, costruire collaborando.

Si tratta di acquisire la capacità di porsi interrogativi in merito alle varie, possibili strategie esperibili di fronte ad un conflitto, di riflettere, di progettare nuove formule, di leggere la realtà sotto molteplici aspetti.

Il linguaggio diventa reale e costruisce, plasma una realtà, non è più solo rappresentativo della stessa

Ogni intervento di mediazione prevede una sua metodologia che deve essere preceduta da un'analisi del sistema in cui si agisce.

La Mediazione può essere vista come ecologia sociale, favorendo la partecipazione e la responsabilizzazione delle persone, rendendo possibile una formazione etica ed una responsabilità civica, nella costruzione di una salute sociale in sinergia con la O.M.S. (Organizzazione Mondiale della Sanità), per la quale la salute è uno stato di benessere fisico, psichico e sociale

Avv. Simona PUTZU

LA CONCILIAZIONE NEI RAPPORTI CON I CONSUMATORI

Lo strumento conciliativo ha trovato ampia applicazione negli ultimi anni in uno dei settori maggiormente "trattati" a livello locale, nazionale ed europeo ovvero la tutela dei consumatori.

Per comprendere pienamente che cosa si intenda oggi come oggi per "consumatore" possiamo riferirci al termine di consumatore dato, in sede di normativa nazionale, dalla Legge 30 luglio 1998, n. 281 concernente la "Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti".

La Legge n.281 del 1998 è andata a definire normativamente uno spazio fino a quel momento rimasto del tutto scoperto inerente i diritti e la correlata tutela degli stessi che in ogni Stato deve sussistere a favore del consumatore e dell'utente.

Dopo aver definito all'art. 1 quali siano le finalità e l'oggetto della Legge¹, all'art. 2 la normativa nazionale indica che cosa si deve intendere per

"consumatori e utenti", indicando nello specifico che "consumatori ed utenti" sono "le persone fisiche che acquistino o utilizzino beni o servizi per scopi non riferibili all'attività imprenditoriale e professionale eventualmente svolta".

Con tale espressione quindi siamo venuti ad acquisire nel nostro ordinamento un concetto di consumatore ed utente abbastanza vasto, comprendente in pratica, qualsiasi fattispecie che non ricada in un'attività di tipo professionale o imprenditoriale.

Così facendo il legislatore nazionale non solo è andato a coprire un gap esistente, ma è andato anche a rispondere ad una indicazione di intervento richiesta in sede europea, dove forte è già il riconoscimento delle prerogative assegnate ai consumatori ed utenti e ai loro diritti riconosciuti.

Principi generali europei

Con la raccomandazione della Commissione riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (98/257/CE) la Commissione delle Comunità Europee è andata a dare concreta applicazione a quanto definito all'art. 153 del Trattato².

Il Consiglio, nelle sue conclusioni approvate dal Consiglio "Consumatori" del 25 novembre 1996, ha sottolineato che l'esigenza di rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e la loro capacità di trarre pienamente vantaggio dalle possibilità che quest'ultimo offre loro, comprende la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali o altre procedure comparabili.

Il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 14 novembre 1996 (Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione "Piano d'azione sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno", del 14.11.1996, GU n. C 362 del 2.12.1996, pag. 275), ha sottolineato che è essenziale che tali procedure soddisfino criteri minimi che garantiscano l'imparzialità dell'organismo, l'efficacia della procedura, la sua pubblicità e la sua trasparenza e ha invitato la Commissione ad elaborare proposte in materia.

1 Finalità ed oggetto della legge: 1. In conformità ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione europea nonché nella normativa comunitaria derivata, sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, ne è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni. 2. Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad

una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

2 Questo articolo che rientra nel Titolo XIV intitolato Protezione dei Consumatori, è stato inserito dall'art. G. lett. D numero 38 del Trattato di Maastricht ed è stato modificato dall'art. 2 numero 27 del Trattato di Amsterdam.

Si è considerato che la maggior parte delle controversie in materia di consumo, per loro natura, sono caratterizzate da una sproporzione tra la portata economica della controversia e il costo della risoluzione giudiziaria; che le difficoltà eventualmente collegate alle procedure giudiziarie possono, in particolare nel caso dei conflitti transfrontalieri, dissuadere il consumatore dal far valere effettivamente i suoi diritti.

Nel contempo il Libro verde *“L’accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell’ambito del mercato unico”* (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 16.11.1993) è stato oggetto di un’ampia consultazione i cui risultati hanno confermato la necessità e l’urgenza di un’azione comunitaria destinata a migliorare la situazione attuale.

L’esperienza acquisita da numerosi Stati membri dimostra che i meccanismi alternativi di risoluzione non giudiziale delle controversie in materia di consumo, purché sia garantito il rispetto di alcuni principi essenziali, possono garantire buoni risultati, tanto per i consumatori che per le imprese, riducendo il costo e la durata della risoluzione delle controversie in materia di consumo.

Nella raccomandazione si è quindi proceduto all’individuazione di tali principi a livello europeo per agevolare l’attivazione di procedure extragiudiziali per la risoluzione delle controversie in materia di consumo; che, per quanto riguarda i conflitti transfrontalieri, può comportare un aumento della reciproca fiducia degli organismi extragiudiziali esistenti nei vari Stati membri nonché la fiducia dei consumatori nelle varie procedure nazionali esistenti; tali criteri faciliteranno la possibilità per i prestatori di servizi extragiudiziali stabiliti in uno Stato membro di offrire loro servizi in un altro Stato membro.

Occorre peraltro ricordare che tra le conclusioni del Libro verde figurava l’adozione di una *“Raccomandazione della Commissione volta a migliorare il funzionamento dei sistemi di “Ombudsman” (mediatore) incaricati di esaminare controversie in materia di consumo”*.³

I principi generali posti all’interno della raccomandazione sono:

I. Principio d’indipendenza

L’indipendenza dell’organo responsabile dell’adozione della decisione è garantita in modo tale da assicurare l’imparzialità della sua azione.

Quando la decisione è adottata individualmente, questa indipendenza è garantita in particolare attraverso le seguenti misure:

la persona designata possiede la capacità, l’esperienza e la competenza, in particolare in materia giuridica, necessarie allo svolgimento delle sue funzioni;

la persona designata gode di un mandato irrevocabile di durata sufficiente a garantire l’indipendenza della sua azione e non può essere destituita senza giustificato motivo;

Quando la persona designata è nominata o retribuita da un’associazione professionale o da un’impresa, essa non deve aver svolto attività lavorative, nel corso dei tre anni precedenti la sua entrata in funzione, per questa associazione professionale o per uno dei suoi membri o per l’impresa in questione.

Quando l’adozione della decisione è collegiale, l’indipendenza dell’organo responsabile dell’adozione della decisione può essere garantita attraverso la rappresentanza paritaria dei consumatori e dei professionisti o attraverso il rispetto dei criteri sopra enunciati.

II. Principio di trasparenza

Sono adottati mezzi adeguati a garantire la trasparenza della procedura. Tali mezzi comprendono:

1) la comunicazione scritta a qualunque soggetto che lo richieda, delle seguenti informazioni:

una descrizione precisa dei tipi di controversie che possono essere sottoposti all’organo, nonché gli eventuali limiti esistenti per quanto riguarda la copertura territoriale e il valore dell’oggetto delle controversie;

◆ le norme relative alla presentazione del reclamo all’organo competente, compresi i passi previamente imposti al consumatore nonché altre regole procedurali, in particolare quelle relative al carattere scritto o orale della procedura, alla comparizione personale e alle lingue procedurali;

◆ il costo eventuale della procedura per le parti, comprese le regole riguardanti la ripartizione delle spese al termine della procedura;

◆ il tipo di regole sulle quali si fondano le decisioni dell’organo (disposizioni legali, equità, codici di condotta, ecc.);

le modalità di adozione delle decisioni nell’ambito dell’organo;

il valore giuridico della decisione, precisando chiaramente se ha o no natura vincolante per il professionista o per entrambe le parti. Se la decisione è di natura vincolante, devono essere precisate le sanzioni applicabili in caso di mancato rispetto della decisione. Devono inoltre essere indicate le vie di ricorso eventualmente esistenti per la parte che non ha ottenuto soddisfazione.

2) La pubblicazione, da parte dell’organo competente, di una relazione annuale relativa alle decisioni adottate, che consentirà di valutare i risultati ottenuti e d’identificare la natura delle controversie che gli sono state sottoposte.

III. Principio del contraddittorio

La procedura da seguire comporta la possibilità, per tutte le parti interessate,

³ La necessità di tale raccomandazione è stata sottolineata nel corso della consultazione sul Libro verde ed è stata confermata nel corso della consultazione sulla comunicazione "Piano d’azione (Piano d’azione sull’accesso

dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nel mercato interno, COM(96) 13 def. del 14.2.1996)" dalla grande maggioranza delle parti interessate;

di far conoscere il proprio punto di vista all'organo competente e di prendere conoscenza di tutte le posizioni e di tutti i fatti avanzati dall'altra parte, nonché eventualmente delle dichiarazioni degli esperti.

IV. Principio di efficacia

L'efficacia della procedura è assicurata da misure che garantiscano:

- ◆ l'accesso del consumatore alla procedura, senza essere obbligato a ricorrere ad un rappresentante legale;
- ◆ la gratuità della procedura o la determinazione di costi moderati;
- ◆ la fissazione di termini brevi tra la presentazione del reclamo all'organo e l'adozione della decisione;
- ◆ l'attribuzione di un ruolo attivo all'organo competente che gli consenta di prendere in considerazione tutti gli elementi utili alla risoluzione della controversia.

V. Principio di legalità

La decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato sul territorio del quale l'organo è stabilito. Nel caso di controversie transfrontaliere, la decisione dell'organo non può avere il risultato di privare il consumatore della protezione che gli garantiscono le disposizioni imperative della legge dello Stato membro in cui il consumatore risiede abitualmente, nei casi previsti dall'articolo 5 della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Qualunque decisione è motivata e comunicata quanto prima per iscritto o in qualunque altra forma adeguata alle parti interessate.

VI. Principio di libertà

La decisione dell'organo può essere vincolante nei confronti delle parti solo se esse ne sono state precedentemente informate e lo hanno accettato esplicitamente.

L'adesione del consumatore alla procedura extragiudiziale non può derivare da un impegno che precede l'origine della vertenza, quando questo impegno ha come effetto di privare il consumatore del suo diritto di adire le giurisdizioni competenti per la risoluzione giudiziaria della controversia.

VII. Principio di rappresentanza

La procedura non può privare le parti del diritto di farsi rappresentare o accompagnare da un terzo in qualunque fase della procedura stessa.

Tale raccomandazione trova applicazione nei confronti di tutti gli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, a qualunque persona fisica o giuridica responsabile per la creazione o il funzionamento di tali organismi, nonché agli Stati membri, nella misura in cui essi vi partecipano.

Recepimento dei principi europei nel nostro ordinamento.

La legge n. 381/98 nel delineare la legittimazione ad agire delle associazioni dei consumatori, nell'art. 3 prende anche in considerazione la figura della soluzione stragiudiziale per i conflitti che vedono coinvolti i consumatori.

La norma nazionale testualmente predispone che:

Le associazioni di cui al comma 1 possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni.⁴

Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, è depositato per l'omologazione nella cancelleria della pretura del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

Il pretore, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.

In ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

Organi extragiudiziali responsabili per le controversie in materia di consumo

La maggior parte delle controversie in materia di consumo sono caratterizzate da una sproporzione tra l'entità economica della controversie e il costo e la durata della risoluzione giudiziaria. Per tentare di risolvere i problemi specifici delle controversie in materia di consumo, numerosi Stati membri si sono orientati verso soluzioni extragiudiziali la cui flessibilità potrebbe meglio corrispondere alle esigenze dei consumatori e dei professionisti: le principali caratteristiche positive sarebbero il basso costo, la rapidità e il carattere informale.

Gli strumenti extragiudiziali esistenti possono derivare da iniziative dei poteri pubblici sia a livello centrale (ad es.: il Consumer Complaints Boards nei paesi scandinavi) sia a livello locale (ad es. i tribunali arbitrali in Spagna), o da iniziative promosse o organizzate da associazioni o settori professionali (ad es.: i mediatori, "ombudsman" delle banche o delle assicurazioni), o da professionisti o istituzioni la cui attività principale è la prestazione di servizi di arbitraggio e di media-

4 (Art. 2, comma 4, legge 29 dicembre 1993, n. 580: "Le camere di commercio, singolarmente o in forma associata, possono tra l'altro: a) promuovere la

costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese e tra imprese e consumatori ed utenti).

zione (ad es. giuristi o centri di arbitraggio privati). Proprio a causa di tale diversità, la natura delle decisioni adottate da tali istanze varia notevolmente. Alcune sono semplici raccomandazioni (come per i Complaints Boards dei paesi scandinavi e la maggior parte degli ombudsman privati), altre sono vincolanti per i soli professionisti (come per la maggior parte degli "ombudsman" delle banche), altre ancora lo sono per entrambe le parti (arbitraggio).

Malgrado gli innegabili vantaggi, i vari "metodi extragiudiziali", soprattutto quelli risultanti da iniziative private, non sono sempre muniti di adeguate garanzie.

Per tali motivi la Commissione europea ha adottato la raccomandazione sulla risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo prima citata volta a garantire che tali procedure offrano alle parti un minimo di garanzie di qualità come l'indipendenza, la trasparenza, l'efficacia e il rispetto del diritto.

Facendo seguito alla citata raccomandazione, la Commissione ha voluto porre a disposizione del pubblico le informazioni pertinenti riguardanti le procedure che offrono tali garanzie di qualità. A tal fine, gli Stati membri comunicano alla Commissione gli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo che ritengono conformi alla raccomandazione della Commissione.

La diffusione di questi dati non è destinata unicamente ai consumatori, alle associazioni dei consumatori e ai professionisti che sottopongono una controversia ad un organismo extragiudiziale; le informazioni sono destinate anche agli stessi organismi extragiudiziali che, in tal modo, potranno informarsi sulla struttura e sul funzionamento degli organismi omologhi esistenti in altri Stati membri.

Su questa base, la Commissione intende sviluppare la fiducia tra gli organismi extragiudiziali dei vari paesi, promuovendo in tal modo il loro collegamento in rete e la loro efficace collaborazione per la risoluzione delle controversie transnazionali (il fine è di consentire al consumatore di presentare il ricorso all'organismo extragiudiziale competente all'estero attraverso l'organismo omologo esistente nel proprio paese).

Gli organismi che figureranno nella base di dati sono quelli che gli Stati membri avranno ritenuto conformi alla raccomandazione della Commissione. I soggetti che faranno ricorso a tali organismi potranno e dovranno aspettarsi il rispetto dei principi stabiliti dalla raccomandazione stessa.

Nel caso in cui risultasse che un organismo, pur figurando nell'elenco base, non corrisponda al profilo previsto, ciò dovrà essere segnalato alle autorità nazionali competenti o alla Commissione europea.

Out-of-Court Bodies in the Member States

Austria	◆ 15 out-of-court bodies
Belgium	◆ 20 out-of-court bodies
	◆ Arbitration Board - Construction Sector

Denmark	◆ The Consumer Complaint Board
Finland	◆ The Consumer Complaint Board
	◆ The Finnish Insurance Complaints Board
France	◆ Les commissions de règlement des litiges de consommation
	◆ Les boîtes postales 5000
	◆ Médiateur à la Commission des Opérations de Bourse
	◆ Médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurances
	◆ 203 out-of-court bodies
Germany	◆ Bundesministerium der Justiz
	◆ 57 Commissions for the settlement of disputes
Greece	Banking ombudsman
	◆ The Directorate for Insurance Undertakings and Actuaries
	Ministry of Development
	◆ The Electricity Supply Board
Ireland	◆ Arbitration scheme for tour operators
	◆ Ombudsman for credit institutions
	◆ Centre for Dispute Resolution
	◆ Insurance Ombudsman of Ireland
	◆ The Advertising Standards Authority for Ireland (ASAI)
	◆ Banking ombudsman
Italy	◆ Chambers of Commerce Rome and Milan
	◆ Arbitration Boards of Telecom Italia
	◆ Financial Sector Supervisory Committee
Luxembourg	◆ ACA/ULC - Mediator in insurance disputes
	◆ ◆ Commission luxembourgeoise des litiges de voyages (CLLV)
	(Bureau d'arbitrage de la Fédération des Garagistes du Grand-Duché de Luxembourg (FEGARLUX)
	◆ 5 Arbitration Centres
Portugal	◆ ◆ Mediation and Complaints Unit of the Securities Market
	Board CIMASA – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem
	de Seguros Automóveis
	◆ ◆ CIMAAL – Centro de Informação, Mediação e Arbitragem de
	Consumo do Algarve
	◆ ◆ CIAB – Centro de Informação e Arbitragem de Braga
Spain	◆ 67 Arbitration Boards
	◆ Asociación para la Autorregulación de la Comunicación
	Comercial (AUTOCONTROL)
Sweden	◆ The national board for consumer complaints (ARN)
The Netherlands	◆ Dutch Securities Institute
	◆ Foundation for Consumer Complaints Boards
	◆ ◆ Klachteninstituut Verzekeringen
United Kingdom	◆ National Association of funeral directors

United Kingdom ◆ UK Organisations that meet the principles of the Commission's recommendation on the out-of-court settlement of consumer disputes
◆ Chartered Institute Of Arbitrators.

EEA Countries

Iceland The Consumer's Association's, the Icelandic House owner's Association, the Federation of Icelandic Industries and the Icelandic Carpenter's Association out-of-court dispute settlement committee

Norway ◆◆ Consumer Disputes Committee
◆◆ Board on Disputes concerning Services of Real Estate Agents
◆◆ Board for Disputes concerning erection and purchase of new dwellings
◆◆ Board for Disputes concerning supply of electricity
◆◆ Board on Disputes concerning Photography Works
◆◆ Board on Disputes concerning Burial Services
◆◆ Board on Disputes concerning Package Tours
◆◆ Board on Disputes relating to Electrical Home Appliances
◆◆ Board on Disputes relating to Laundry and Cleaning Services
◆◆ Board on Disputes concerning the valuation of dwellings
◆◆ Board on Disputes concerning telephone bills
◆ Norwegian bureau for insurance disputes (Forsikringsklagekontoret)
◆ The Norwegian Banking Complaints Board (Bankklagenemnda)
◆◆ Board on disputes relating to scheduled planes

Esperienze italiane

Come si vede dalla tabella che precede per l'Italia sono indicati nel data base europeo tre organismi riconosciuti per la soluzione delle controversie in materia di consumo che sono appunto: l'Ombudam Bancario, le Camere di Commercio di Roma e Milano, il Centro di Arbitraggio della Telecom Italia.

C'è da dire tuttavia che ci sono altre realtà che tendono a risolvere le controversie dei consumatori in sede stragiudiziale, tali realtà si sono sviluppate soprattutto nel settore della erogazione di servizi destinati alla collettività tutta.

Un esempio pratico è dato ad es. dall'esperienza maturata da Poste Italiane s.p.a., di seguito si indica una nota riassuntiva dei dati relativi alle conciliazioni effettuate nell'ambito dei servizi offerti da questa società.

Poste Italiane s.p.a.

Nota Riassuntiva Dati Conciliazione⁵

Dall'avvio della procedura di Conciliazione le domande pervenute all'Ufficio Rapporti Associazioni ed Enti sono state complessivamente n. 472 di cui n. 295 discusse

e n. 177 in attesa. Il dato più significativo riguarda l'esito della discussione. Infatti su 295 casi esaminati, solamente in 4 casi le Commissioni non hanno raggiunto un accordo di Conciliazione fra le parti, quindi il 98% dei casi si sono chiusi con un verbale di Conciliazione, sottoscritto e condiviso fra le parti.

Nel dettaglio:

Regione	N.	Marche	11
Abruzzo	6	Piemonte	51
Basilicata	7	Puglia	46
Calabria	8	Sardegna	3
Campania	55	Sicilia	32
Emilia Romagna	17	Toscana	4
Friuli	11	Trentino	7
Lazio	33	Umbria	3
Liguria	15	Veneto	59
Lombardia	104	Totale	472

Suddividendo dati per tipologia di prodotto:

Assicurata	30	Postacelere1	113
Pacco ordinario	19	Raccomandata	87
Paccocelere1	67	Telegramma	13
Paccocelere3	143	Totale	472

L'analisi dell'utilizzo e dei risultati dei mezzi di soluzione stragiudiziale nell'ambito della tutela dei consumatori fa ben sperare, tuttavia ancora un lato rimane oscuro per quanto concerne il panorama italiano in generale ma anche quello europeo: un'ampia e completa informazione per il consumatore ed utente che deve ancora essere messo in grado di conoscere ex ante dell'esistenza di mezzi di soluzione stragiudiziale delle proprie problematiche.

Tale aspetto dovrà essere l'elemento di valutazione ed implementazione primario negli anni futuri.

Avv. Sabrina METTA MEDIAZIONE PENALE

Fino a qualche anno addietro, l'argomento della mediazione nel settore penale era relegato nel campo della pura ricerca teorica, apparendo essa in contrasto, da una parte, con l'ampliamento dei comportamenti tutelati dal presidio della sanzione penale e, dall'altra, con la centralità della figura del giudice. Non

⁵ Dati gentilmente forniti dalla Direzione Comunicazione e Relazioni Esterne Poste Italiane s.p.a. - dott. Romolo

Giacani, Resp.le Rapporti con Associazioni ed Enti.

è neppure mancato chi ha ricordato che la risoluzione delle controversie, in genere, affidata ad un non-giudice risale a modelli di società ormai definitivamente superati, non compatibili con il tipo di società moderna, nella quale la legittimazione del giudice nella risoluzione delle controversie deriva direttamente dalla legge e non dal consenso delle parti. Oggi, invece, parlare di mediazione anche nel settore della giustizia penale – dopo che si va imponendo, con successo e nelle forme più disparate, in altri settori - non significa affatto riesumare modelli arcaici, ma attualizzare la richiesta di giustizia alle esigenze di una società moderna, che, nel suo dinamismo, richiede la risoluzione rapida di ogni tipo di conflitto interpersonale, compreso quello penale. E' un fatto che l'argomento non solo è oggetto, negli ultimi due lustri, di copiosissima letteratura e di approfonditi studi, sia in Italia che all'estero, tutti tesi a dimostrare l'utilità e la proficuità di un sistema che, accanto al meccanismo tipicamente giudiziario, privilegi anche procedure alternative fondate sul paradigma conciliativo; ma, in termini di vero e proprio problema, esso comincia ad emergere anche da interventi a livello internazionale e, quel che più conta, a livello comunitario. Non è questa la sede per la rassegna – destinata ad essere, comunque, incompleta – di tali interventi, ma non possono ignorarsi due documenti essenziali: la Raccomandazione n. 19/99 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, avente ad oggetto “La mediazione in materia penale” (“Mediation in penal matters: Recommendation”) e gli artt. 10 e 17 della Decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea del 15 marzo 2001 (“Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceeding”), a norma dei quali entro il 2006 tutti i Paesi membri dell'Unione Europea dovrebbero adottare l'istituto della mediazione penale. Non a caso, abbiamo detto “dovrebbero”, anziché “dovranno”, ben noto essendo quanto poco consistente e nient'affatto pronto sia il coefficiente di adeguamento del sistema normativo italiano a quello comunitario. E', tuttavia, importante la constatazione realistica che il problema – perché, si ripete, tale ormai è – della mediazione penale si arricchisce, non più soltanto di studi teorici, quanto mai necessari per coglierne l'essenza e le direttrici applicative e di sviluppo, ma anche di esperienze ormai proficuamente già avviate in altri Paesi. Non vogliamo neppure tentare di individuare, fra le tantissime che sono state elaborate ed offerte, la definizione più acconcia della mediazione penale, dato che, concettualmente, una definizione appropriata può essere varata solo dopo che siano definiti i contenuti: tuttavia generalmente si riconosce che nella categoria della mediazione penale può rientrare qualsiasi approccio alternativo alla gestione dei conflitti, in certa misura autonomo rispetto alle procedure legali tradizionali, ma con esse non incompatibile. Il che vuol dire che, almeno tendenzialmente, la mediazione penale è una “risorsa tecnica”, che, se, da un canto, deve essere compatibile con le caratteristiche dell'ordinamento, dall'altro presenta un elevato potenziale di applicazione.

Anche in Italia, sebbene timidamente, l'argomento – pur senza essere

oggetto di norme apertamente definibili di “mediazione” – comincia ad emergere, anche se, troppo spesso e forse impropriamente, ci si ferma di fronte a quello che sembra essere un ostacolo insormontabile, vale a dire l'obbligatorietà dell'azione penale, sancita dall'art. 112 della Costituzione. Eppure, nell'ordinamento positivo, non mancano disposizioni che, in certo modo, evocano una problematica di “mediazione”. Ovviamente non ci si riferisce a quegli strumenti deflattivi, come il patteggiamento o la pena concordata in appello, che incidono sull'entità della sanzione, ma non sul fatto-reato, dato che, secondo quanto generalmente si ritiene, nella mediazione si prescinde da elementi di giudizio e si privilegia il raggiungimento di un accordo basato sull'equilibrio degli interessi contrapposti delle parti. Senza ricordare che, finanche nel Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza – ormai risalente al remoto 1931 – all'art. 1 si stabilisce che l'autorità di pubblica sicurezza “per mezzo dei suoi ufficiali, ed a richiesta delle parti, provvede alla bonaria composizione dei dissidi privati”, va rilevato che nel vigente ordinamento si rinvengono diverse norme che, in certo modo, sono anticipatrici di un sistema di “mediazione”, che, prima o poi, dovrà essere instaurato anche in Italia. Particolarmente importante è il D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, il quale, nell'attribuire competenza in materia penale al giudice di pace, stabilisce, all'art. 2, che “nel corso del procedimento il giudice deve favorire, per quanto possibile, la conciliazione tra le parti”: negli artt. 34 e 35 sono, poi, contenute particolari disposizioni in materia di “definizioni alternative del procedimento”, con riguardo alla “particolare tenuità del fatto” ed alle c.d. “condotte riparatorie”, con attribuzione al giudice del potere di disporre il rinvio dell'udienza proprio in vista dell'esito positivo di attività di mediazione. Ancor più rilevanti sono le disposizioni contenute nel processo minorile, che prevedono veri e propri interventi di mediazione, come l'art. 27 del D.P.R. n. 448 del 1988 riguardo alla pronuncia di non luogo a procedere per “irrelevanza del fatto” o l'art. 28, riguardo alla sospensione ed alla messa in prova del minore, che attribuisce al giudice la facoltà di “impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato ed a promuovere la conciliazione del minore con la persona offesa dal reato”. Va anche ricordato l'art. 564 C.P.P. che prevedeva il “tentativo di conciliazione” nei reati perseguibili a querela, attribuendo al pubblico ministero, anche prima di compiere atti di indagine preliminare, la facoltà di “citare il querelante ed il querelato a comparire avanti a sé al fine di verificare se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione”. La norma, peraltro, è stata abrogata dalla legge n. 479 del 1999 e sostituita dall'art. 555, che, nei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica, stabilisce che, all'udienza di comparizione, “il giudice, quando il reato è perseguibile a querela, verifica se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione”. Ciò a conferma che, allo stato attuale, è ancora il giudice che deve, comunque, gestire la “mediazione” e che il cammino da percorrere è ancora lungo e complesso.

Eppure si deve prendere atto che, a fronte della crescita smisurata delle fattispecie penali ed a fronte della parziale efficacia delle misure deflattive sin qui adottate – come il progressivo ampliamento della depenalizzazione e delle ipotesi di perseguibilità a querela – la mediazione si pone non solo come valido strumento per conferire efficacia e prontezza di risposta al tradizionale sistema processuale penale, ma come elemento di rinnovamento della cultura giuridica. L'essenza della mediazione penale consiste, infatti, nel rifiuto di riversare sul sistema Giustizia ogni possibile ed ipotetica carenza della società e privilegia la prospettiva di restituire ai protagonisti del conflitto la gestione della controversia. L'obiettivo è sempre quello di affrontare il conflitto e di risolverlo in termini costruttivi, attivando, come è stato efficacemente sostenuto, processi di responsabilizzazione rispetto alle conseguenze di condotte penalmente illecite.

Come sempre, nel rifiuto della logica perversa della relatività dei sistemi giuridici – ormai imposto dalla storia e dall'ordinamento comunitario – va formulato l'auspicio che si cominci a guardare seriamente alle positive esperienze che hanno fatto e vanno facendo altri Paesi, nei quali lo sviluppo della mediazione, anche nel settore penale, ha aperto nuovi scenari per la risoluzione di situazioni conflittuali.

Avv. Sabrina CASUCCI

APPLICAZIONE DELLA CONCILIAZIONE NEI RAPPORTI BANCARI E DI INVESTIMENTO

La relazione tende a focalizzare l'attenzione su forme di conciliazione esistenti o in fase di perfezionamento nei rapporti bancari e di investimento a fronte di eventi, verificati negli ultimi due anni, riguardanti le vicende Parmalat, Cirio e Giacomelli, che rivestono allo stato particolare interesse da parte del mondo bancario.

Il crack finanziario delle società sopra menzionate ha determinato da parte dell'associazionismo bancario, oltre ad una sensibilizzazione diffusa dell'attività di prestazione di servizi di investimento alla clientela (Patti Chiari), anche l'elaborazione di forme di tutela (creazione di Comitati per la tutela giuridica) e di rimborsabilità degli investimenti effettuati dai risparmiatori in relazione alle obbligazioni Parmalat, Cirio e Giacomelli.

E' da sottolineare preliminarmente e da un punto di vista più generale che, in merito agli eventi di cui sopra, l'Associazione Bancaria Italiana (ABI) ha istituito un tavolo di studio sulla conciliazione e la Federazione Italiana delle Banche di Credito Cooperativo – Casse Rurali e Artigiane ha costituito delle Commissioni Consultive a livello regionale con l'obiettivo di fornire una consulenza alle BCC per la soluzione di fattispecie ritenute particolarmente complesse.

Tali episodi sono segnali tangibili di un avvicinamento del mondo bancario

alle forme di conciliazione e mediazione, tenendo, tuttavia, in considerazione che determinanti sono state le sollecitazioni provenienti dalle Associazioni dei Consumatori nonché i numerosi reclami presentati dalla clientela alle banche.

Nello specifico, inoltre, si sono riscontrate esperienze maturate da singoli gruppi del sistema bancario che appaiono sicuramente più attinenti all'argomento trattato in questo convegno. Mi riferisco, per quanto mi risulta al momento, all'elaborazione da parte del Gruppo Intesa S.p.A., Unicredit Italiano S.p.A., Capitalia S.p.A. e Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.A. di protocolli d'intesa con le Associazioni dei Consumatori per la costituzione di "Commissioni di Conciliazione".

I protocolli d'intesa sono finalizzati a disciplinare una procedura conciliativa attraverso "Regolamenti di Conciliazione" ancorati a parametri soggettivi ed oggettivi per facilitare soluzioni condivise ed ottimizzare tempi di lavoro. Tali parametri sono, in genere, mutuati da linee guida diffuse dall'associazionismo bancario e derivanti da disposizioni della normativa primaria e secondaria, che regola l'attività di prestazione di servizi di investimento alla clientela.

Nei protocolli esaminati possono essere individuate le seguenti voci, salve logicamente specificità inserite nei regolamenti da singoli gruppi bancari:

- ◆ Obbligazioni prese in considerazione;
- ◆ Associazioni dei consumatori firmatarie del protocollo;
- ◆ Numero di Commissioni di conciliazione;
- ◆ Composizioni delle Commissioni di conciliazione;
- ◆ Categorie di clienti non ammessi alla procedura;
- ◆ Criteri di valutazione delle domande;
- ◆ Entità dell'eventuale rimborso.

Come accennato si riscontrano nelle voci sopra elencate richiami a linee guida generalizzate e che riguardano:

- 1) l'esame "caso per caso" delle singole posizioni dei clienti interessati al fine di procedere alla formulazione di una proposta transattiva ovvero alla sua esclusione;
- 2) la verifica della regolarità formale dell'intera documentazione (esistenza di contratti e sottoscrizione degli stessi);
- 3) esclusione dell'ipotesi di un eventuale rimborso per tutti i clienti che:
 - ◆ abbiano competenze professionali tali da renderli consapevoli in sede di investimento (a titolo esemplificativo si pensi a promotori finanziari, direttori finanziari di S.p.A. o S.r.l., addetti titoli, gestori o direttori di Istituti di credito, dipendenti di Sim o SGR);
 - ◆ abbiano indicato, al momento della conclusione del contratto di avere "una buona conoscenza del mercato" e/o una "alta propensione al rischio";
 - ◆ abbiano dimostrato di avere nel tempo un comportamento di investimento "speculativo" o "aggressivo", alla luce della tipologia degli investimenti

effettuati e della frequenza di movimentazione del proprio portafoglio titoli;

4) la valutazione delle ipotesi di rimborso alla clientela, e la relativa misura percentuale, tenendo conto sia di dati oggettivi sia della pregressa operatività in strumenti finanziari nonché della percentuale di investimento di titoli andati in default sul totale del risparmio del cliente tenuto presso la banca.

I criteri di valutazione che sono stati presi in considerazione per procedere ad eventuali rimborsi sono in via analitica:

- a)** la presenza di rating ufficiale della società emittente i titoli oggetto di conciliazione;
- b)** il rifiuto del cliente, al momento del perfezionamento del contratto di negoziazione, di fornire informazioni utili alla banca per tracciare il proprio profilo rischio – rendimento;
- c)** il grado di propensione a rischio del cliente desumibile dall'età, dalla tipologia degli strumenti finanziari precedentemente acquistati nonché dalla frequenza delle movimentazioni del proprio portafoglio titoli;
- d)** il livello dell'eventuale incoerenza tra l'ammontare dell'investimento in titoli andati in default ed il profilo rischio rendimento del singolo cliente;
- e)** la percentuale di investimento in titoli oggetto di reclamo sul totale del risparmio del cliente presso la banca ed il particolare disagio economico e personale del cliente determinato dal default;
- f)** la correttezza del comportamento assunto dalla banca nel rispetto della normativa in quel momento vigente.

I criteri di valutazione appena considerati sono in buona sostanza riconducibili a previsioni di legge che la normativa sui servizi di rendimento ha puntualmente disciplinato.

Per quanto concerne, poi, gli orientamenti ed i parametri di rimborsabilità per la composizione dei reclami presentati dalla clientela si evidenziano delle fasce percentuali da liquidare sull'ammontare del capitale investito collegate ai criteri di valutazione sopra specificati.

Si riscontra pertanto:

- A)** esclusione del rimborso per i clienti:
 - ◆ che svolgano o abbiano svolto attività tali da renderli consapevoli delle scelte effettuate, in via esemplificativa si tratta di promotori finanziari, direttori finanziari di S.p.A. o S.r.l., addetti titoli, gestori o direttori di studi di credito. Per tali ipotesi si terrà conto anche delle eventuali cointestazioni; ovvero
 - ◆ che abbiano fornito un profilo di rischio al momento del perfezionamento del contratto di negoziazione indicando una “buona conoscenza del mercato finanziario” e/o una “alta propensione al rischio”; ovvero
 - ◆ che prima dell'acquisto dei bond in default abbiano tenuto uno stile di investimento speculativo o aggressivo e comunque propenso alla variabile rischio/rendimento, tenuto conto della tipologia degli strumenti finanziari acquistati e della frequenza delle movimentazioni del proprio portafoglio titoli.

B) Rimborso fino al 25% del capitale investito per i clienti:

- ◆ che al momento del perfezionamento del contratto di negoziazione si siano rifiutati di fornire il proprio “profilo” ma che per la tipologia di investimenti effettuati prima del default dei titoli acquistati evidenziavano una scarsa propensione al rischio; ovvero
- ◆ che solo successivamente all'acquisto dei bond in default abbiano modificato, aumentandola, la propria propensione al rischio.

C) Rimborso dal 25% al 50% del capitale investito per i clienti che prima dell'acquisto dei bond in default abbiano investito in titoli a basso rischio, investendo successivamente la quasi totalità di questi in bond Parmalat, Cirio o Giacomelli.

D) Rimborso dal 50% al 75% del capitale investito per i clienti che, pur avendo evidenziato nel proprio “profilo di rischio” una scarsa conoscenza del mercato ed una bassa propensione al rischio, abbiano iniziato il proprio rapporto con la banca mediante l'investimento della maggior parte del proprio patrimonio in bond in default.

E) Rimborso dal 75% al 100% del capitale investito, dedotte le cedole incassate, per i clienti il cui dossier personale dovesse presentare significative carenze per quanto concerne la documentazione richiesta dalla vigente disciplina in tema di intermediazione mobiliare.

I protocolli presi in considerazione, tuttavia, fanno riferimento non a tutte le fasce sopra illustrate ma in genere solo a tre fasce: esclusione, rimborso fino al 60% e rimborso del 100%.

Si rilevano, altresì, peculiarità di notevole interesse nei protocolli di ciascun gruppo, ai quali si rimanda per maggiori approfondimenti.

In conclusione, l'avvio e la sensibilizzazione da parte del mondo bancario a forme di conciliazione portano ad auspicare che tali procedimenti possano essere solo l'inizio di prassi sempre più applicate anche in questo settore.

Avv. Ettore VALENTI
IL FISCO E LA CONCILIAZIONE

In materia tributaria, il concetto di conciliazione, sebbene sembri sia stato esiliato e non abbia mai avuto diritto di ingresso, in realtà, invece, esiste ed è pienamente operante. Io ricordo che nel corso degli anni in cui mi sono interessato della materia, i rapporti tra Stato e contribuente sono stati sempre definiti angosciosi, allucinanti, kafkiani e quanto di peggio si possa dire in questa che sembrerebbe una platea di cose mostruose.

In realtà bisogna partire da un principio della Costituzione (art. 23) la quale impone che nessuna prestazione economica o personale possa essere chiesta al cit-

tadino se non in base alla legge.

Questo riduce la discrezionalità dell'Amministrazione Finanziaria.

Bisogna preliminarmente porre due tipi di concetti: che cos'è il tributo e come si arriva all'applicazione del tributo, per poi arrivare alla possibilità di conciliazione che lo Stato apprestato. Il cittadino è anche per questo disorientato nel trovare la strada per raggiungere lo scopo di sottrarsi alle persecuzioni fiscali.

Il tributo è l'imposizione effettiva di una richiesta di pagamento di una somma che non ha nella controparte, contrariamente a tutte le altre da cui sorge un'obbligazione, una pretesa di controprestazione: non c'è sinallagma. Il tributo è (sulla base di un presupposto di legge) una prestazione pecuniaria che il soggetto passivo è obbligato a versare allo Stato in virtù di un rapporto obbligatorio che si instaura tra il privato e l'Amministrazione Finanziaria al verificarsi di un presupposto di fatto (fattispecie concorde). Il tributo viene enucleato dalla determinazione o individuazione della base imponibile, che è frutto di un accertamento, un'istruttoria cioè che lo Stato fa della base imponibile, al quale poi applicherà le imposte in maniera progressiva, così come (art. 53) prevede la Costituzione, in base al reddito. Di modo che nell'ambito dell'accertamento bisogna individuare il momento in cui lo Stato effettivamente determina quello che sarà poi la richiesta di denaro fatta al cittadino. L'accertamento avviene in due maniere: in maniera analitica cioè sulla base della dichiarazione e dei documenti che il cittadino pone allo Stato, il quale Stato può sempre, in via analitica, aumentare la base imponibile se altri documenti sono in suo possesso. C'è poi il sistema analitico induttivo che è al limite con l'accertamento sintetico ed induttivo che l'Amministrazione Finanziaria attua sulla base di fatti certi e diretto oltre che su presunzioni, in base a indizi gravi, precisi e concordanti, che rivelano che il reddito del cittadino è senz'altro superiore a quello che egli dichiara. Ciò avviene per alcuni soggetti passivi nel caso di contabilità inattendibile ed altri soggetti che hanno ad es. il cavallo da corsa, la Mercedes (tenore di vita più alto) e dichiarano un basso reddito. In questo caso lo Stato ha materia per incrementare il reddito accertato. Però nel momento in cui si estende in questo campo di analisi lo Stato torva un limite che pone la Costituzione (che fra l'altro la Cassazione ha ripetutamente affermato) e cioè che l'accertamento dello Stato non può non tenere conto dell'effettiva capacità contributiva del soggetto passivo dell'imposta,: limite questo all'arbitrio che in realtà si potrebbe, alle volte, verificare in questi tipi di accertamento che vengono, se non regolari, annullati dalle competenti sedi giudiziarie.

Lo Stato, di fronte alle numerose liti che possono insorgere, si è posto il problema anche dal punto di vista legislativo, di abbattere l'inflazione del contenzioso e, quindi, stabilire con il cittadino un rapporto che non è più quello di autorità a suddito, ma spesso di convocazione, di dialogo, di conciliazione.

Era previsto nel Testo Unico del 58 il concordato sulla base imponibile, che era attuato in un rapporto tra funzionario e cittadino. Questo istituto è stato abolito perché, lo dico questo per ragioni storiche, era frutto di elementi di abuso che ave-

vano creato discredito per tutti.

Ora in questa ottica di deflazione del contenzioso, e di bilanciamento dei diritti del cittadino e dello Stato, sono state emanate leggi e legislativamente regolamentati alcuni istituti che hanno l'aspetto di conciliazione; anche se non nella forma in cui noi intendiamo, perché non c'è il terzo mediatore, contrariamente alla conciliazione o mediazione di carattere privatistico. Infatti lo Stato non agisce nel libero mercato, agisce in base a leggi rigorose e quindi deve seguire delle procedure che sono previste dalla legge nell'interesse della collettività. E' lo Stato stesso che si pone dei limiti e si pone delle regolamentazioni per poter evitare degli accertamenti che diventino anomali o dichiarati illegittimi.

Brevemente passiamo all'esame di tutti questi istituti che, devo dire, sono numerosi.

Per primo esaminiamo l'accertamento con adesione che è stato definito completamente nel 92 con la legge 218. Il cittadino che abbia avuto verifiche, restrizioni o accessi o abbia avuto una notifica di un accertamento, fa istanza all'Ufficio Finanziario o all'Agenzia delle Entrate la quale lo convoca e gli fa esporre le sue ragioni, dopodiché in base alla documentazione esibita dal cittadino e quella che è già in possesso dell'Amministrazione Finanziaria si può giungere alla compilazione di un verbale nel quale vengono posti tutti gli elementi dell'accordo che diventa definitivo ed ha dei notevoli vantaggi. Innanzitutto la sola richiesta di adesione all'Ufficio sospende i termini per l'impugnazione per 90 giorni; in questo periodo non si può procedere ad esecuzione. Se poi l'adesione avviene, l'accordo viene riportato in un verbale che diventa definitivo e non è più contestabile dalle parti. L'accertamento perde efficacia. Di conseguenza, per il reato che potrebbe ipotizzarsi nella fattispecie, si gode di una circostanza attenuante. La base che è stata accordata costituisce base anche per i contributi previdenziali. Le sanzioni sono ridotte ad un quarto del minimo. L'accordo si perfeziona con il pagamento dell'imposta convenuta o di una delle rate con le quali l'imposta può essere frazionata (con il rilascio di fideiussione).

L'accertamento con adesione può essere anche proposto dagli Uffici con convocazione diretta del contribuente. Se l'accordo non avviene, si passa alla fase contenziosa nella quale in base all'art. 48 del D. L. 546/92 come sostituito dall'art. 14 del D. Lgs. 218/97, che regola il processo tributario, si può realizzare la conciliazione giudiziale. Il Giudice di primo grado, in prima udienza, può proporre una transazione. L'accordo può essere proposto anche dalle parti concordemente. Il cittadino può rivolgersi all'Ufficio e l'accordo può essere definito anche fuori udienza. Questo viene poi proposto alla Commissione, la quale lo sancisce in un verbale. Si deve dire che la conciliazione giudiziale per essere valida deve essere sancita in un verbale dell'Autorità giudiziaria delle Commissioni Tributarie Provinciali con il quale si dichiara estinto il giudizio. Il pagamento perfeziona l'accordo. Anche in questo caso la conciliazione porta vantaggi perché influenza sull'entità delle sanzioni (un terzo del minimo) e può, a differenza dell'accertamento con

adesione, anche riguardare le cartelle esattoriali.

L'acquiescenza è un altro elemento di conciliazione (diciamo improprio) e consiste nello spontaneo pagamento di quanto chiesto dallo Stato con riduzione delle sanzioni ad un quarto del minimo.

Altro istituto di conciliazione è l'autotutela, prevista dal D.P.R. 27/3/92 n. 287 art. 68 o meglio, l'annullamento per autotutela da parte dello Stato per un proprio atto. Anche questo istituto è molto importante perchè pone il cittadino (che una volta non aveva possibilità di dialogo) di fronte ad un'autolimitazione dello Stato, il quale constatando l'irregolarità di un proprio atto, lo annulla.

Lo Stato prende l'iniziativa anche su domanda dell'interessato. Non vi è però né diritto soggettivo né interesse legittimo, ma solo un interesse del cittadino ad avere questo provvedimento di annullamento, e l'autotutela arriva fino al punto di annullare anche effetti di sentenze passate in giudicato, se queste riguardino aspetti formali di rigetto del ricorso del contribuente.

Un altro interessante istituto di autodifesa e di dialogo con lo Stato è l'interpello.

Esso è di vari tipi fra cui quello cosiddetto antielusivo o disapplicativo, che sono pareri preventivi chiesti all'Amministrazione Finanziaria previsti dalla legge 413/91, nel primo caso per evitare elusioni delle norme tributarie e nel secondo, previsto per le società, per consentire, in caso di gravi incertezze delle norme, la disapplicazione delle stesse nel caso concreto.

Il terzo ed il più importante per il cittadino nel suo interesse ormai di controparte attiva e rispettata nei limiti in cui l'efficienza dello Stato lo possa consentire, è l'interpello previsto dallo Statuto del contribuente (art. 11 legge 2777/200 n. 212) detto ordinario o interpretativo.

L'interpello è una richiesta che il cittadino rivolge all'Amministrazione Finanziaria in caso vi sia un'obiettiva incertezza di interpretazione della norma, con riferimento "ad un caso concreto e personale". La richiesta va fatta sotto forma di proposta con soluzione concreta del contribuente.

L'Amministrazione deve rispondere entro 60 giorni e dire quale sia la soluzione del caso; se non risponde si forma silenzio assenso. Il cittadino che si adegua a questo parere è tutelato perché qualsiasi provvedimento che emani nella stessa materia lo Stato nei suoi confronti è illegittimo. E' altresì nullo se lo Stato risponde in un senso e poi emani un provvedimento di senso contrario.

Un altro aspetto, un'altra situazione molto interessante, è quella del ravvedimento operoso.

Il ravvedimento operoso è uno strumento dialogativo, per cui il cittadino il quale abbia commesso errore nella dichiarazione, oppure abbia ommesso di fare dei pagamenti (le ipotesi sono tassative , per esempio ritenute d'acconto non versate, acconti non pagati nei termini previsti) può farlo entro un anno dalla scadenza del termine, oppure fino alla scadenza della dichiarazione dei redditi dell'anno successivo.

Un'altra cosa che dico qui al mio amico avv. Carbone a proposito delle liti bagatellari, è che lo Stato per primo le ha individuate perché con D.L. 565/94con-

vertito in legge 656/94 ha emanato un condono per le liti fino a Lit. 2.000.000. Per tutte queste liti in atto con contenzioso è stata decisa l'estinzione con pagamento di una somma minima abbattendo il contenzioso che con le liti, a quei tempi fino a Lit. 20.000.000, occupavano l'80% del contenzioso tributario.

Attualmente, invece, e questo mi pare un aspetto che rientra maggiormente nel concetto di conciliazione, tuttavia premesso e considerato che non esiste il terzo mediatore e deve essere chiaro che lo Stato prima di entrare in questa cultura dovrà avere ovviamente certezze che il legislatore gli deve dare: anche il funzionario deve sapere entro che limiti si può muovere senza incorrere in responsabilità penali. Lo Stato quindi, nell'ambito dell'ormai corrente norma dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità della sua attività, anche ai sensi dell'art. 97 Cost., in caso di esecuzione mobiliare e quindi dopo l'eventuale giudizio sulla cartella esattoriale (l'esecuzione, come è noto, non è di competenza dei giudici tributari, ma del giudice ordinario) può transigere in via amministrativa. Infatti l'art. 3 del D.L. 138/02 (convertito in legge 178/02) prevede che l'Agenzia delle Entrate può procedere a transazione dei tributi (il cui gettito è di esclusiva spettanza dello Stato, iscritti a ruolo dai propri Uffici)- anche in ipotesi con la riduzione dello stesso debito d'imposta – in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto all'attività di riscossione coattiva. Ciò in pratica quando, nel corso della procedura esecutiva, emerga l'insolvenza del debitore o questi sia assoggettato a procedure esecutive. Il debito può essere anche dilazionato.

Con quest'ultimo istituto che si riferisce alle esecuzioni si conclude ogni possibilità di conciliazione del rapporto tributario.

AVV. Nicola RECCHIA LA CONCILIAZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

SOMMARIO:

1. Evoluzione normativa della disciplina. - 2. Ambito di applicazione. - 3. Tipi di conciliazione tributaria. - 3.1 Conciliazione giudiziale. - 3.2 Conciliazione cd. "stragiudiziale". - 4. I poteri del giudice. - 4.1 Dichiarazione di inammissibilità della conciliazione: rimedi. - 5. Gli effetti della conciliazione tributaria. - 5.1 Sulle sanzioni amministrative. - 5.2 Sulle sanzioni penali. - 6. Inadempimento del contribuente: ripresa del giudizio o riscossione coattiva. La Finanziaria 2005 - 7. Conclusioni.

1. Evoluzione normativa della disciplina

L'istituto in esame viene introdotto dall'art. 4 del D.L. 452/1994, che inserisce l'art. 20 bis nel D.P.R. 636/1972. In questa prima versione, il Legislatore aveva previsto la conciliabilità delle sole controversie relative a questioni non risolvibili in base a prove "certe" e "dirette". Fermo restando che l'accordo conciliativo non

potrebbe mai comportare la restituzione di somme già versate all'ente impositore.

Si riscontrano immediatamente difficoltà in sede applicativa dovute all'individuazione in concreto delle controversie conciliabili e, quindi, alla definizione dell'ambito di applicazione dell'istituto (Circ. min. 197/E - 3 - 1480 del 30.11.1994; RUSSO, *Rass. trib.* 1996, p. 537).

Interviene il Legislatore, modificando l'ambito di applicazione dell'istituto, in particolare dapprima eliminando il riferimento alle prove "dirette" (art. 2 - sexies D.L. 564/1994) e, poi, quello alle prove "certe", sancendone, al contempo, l'applicabilità negli stessi casi in cui era ammissibile l'accertamento con adesione (D.L. 403/1995, conv. l. 495/1995).

Con il D.lgs 546/1992 l'istituto viene inserito nel corpus del diritto processuale tributario all'art. 48 (sostituisce l'istituto della "definizione preventiva della controversia") e con l'occasione viene ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto a tutte le controversie tributarie.

L'art. 14 del D.lgs 218/1997 opera una revisione organica dell'istituto riformulandolo completamente ed eliminando gli elementi della previgente disciplina che avevano sollevato maggiori difficoltà applicative (divieto di rimborso e compensazione) (BATISTONI FERRARA, *Conciliazione giudiziale (dir. trib.)*, Enc. D., IIa appendice di aggiornamento 1998, pp. 229 e ss).

Il Legislatore interviene nuovamente sull'art. 48 del D.lgs 546/1992 con l'art. 3, comma 1°, del D.Lgs 203/1998, che ne modifica il comma 6° concernente l'applicazione delle sanzioni amministrative.

Infine, l'ultima modifica si è avuta con la legge Finanziaria per il 2005 (L. 30 dicembre 2004, n. 311) che ha recepito alcune delle soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti relative all'esatto adempimento del contribuente.

2. Ambito di applicazione

Nella sua attuale formulazione l'art. 48 del D.Lgs 546/1992 non prevede limiti espressi alla conciliabilità delle liti tributarie, essendo, peraltro, venuto meno anche il divieto di compensazione tra somme già versate e somme ancora dovute (comma 7°, art. 48 testo previgente), che precludeva il diritto al rimborso determinando di fatto l'esclusione di tutte le controversie per rimborsi. Sembra, pertanto, corretto ritenere che tutti i tipi di controversia possano formare oggetto di conciliazione, purché pendenti dinanzi le Commissioni tributarie provinciali al momento dell'accordo, al riguardo la formulazione del 2° comma dell'art. 48 non ammette interpretazioni diverse da quella letterale. La conciliazione tributaria, vista anche la sua collocazione, è un istituto di natura processuale, che presuppone un giudizio pendente e ritualmente instaurato, il che significa, peraltro, che il ricorso deve essere ammissibile (Circ. min. 8.08.1997, n. 235/E; Cass. 12314/01, GT 2002, p. 5, con nota di POLANO). Pertanto, la conciliazione non potrà investire il tema dell'ammissibilità del ricorso (BATISTONI FERRARA, *Conciliazione giudiziale (dir.*

trib.), cit., p. 235).

Ciò nonostante, risulta impossibile esperire la conciliazione in una serie di casi, quali, ad esempio, gli accertamenti effettuati con il c.d. redditemetro, dotati di efficacia per presunzione legale e quindi recanti una quantificazione della pretesa tributaria indisponibile per le parti.

Più in generale, si può dire che in relazione alle materie affidate alla giurisdizione delle Commissioni tributarie, come specificate dall'art. 2 D.Lgs 546/1992 non si riscontrano limitazioni particolari.

Tuttavia, permangono pareri discordi in dottrina in riferimento ad alcuni tipi particolari di controversie quali quelle di applicazione delle sanzioni e quelle in materia di riscossione (FRANSONI, *Rass. trib.* 2000, p. 1821).

Circa quelle in materia di riscossione, un elemento ulteriore di valutazione che può senz'altro deporre a favore dell'interpretazione più ampia possibile dell'istituto della conciliazione e, quindi, estesa anche a tal tipo di controversie, lo offre il Legislatore all'art. 3 del D.L. 8 luglio 2002, n. 138, convertito in legge 8 agosto 2002, 178 "Interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate". La norma suddetta prevede, infatti, la facoltà in capo all'Agenzia delle entrate, dopo l'inizio dell'esecuzione, di procedere alla transazione dei tributi iscritti a ruolo dai propri uffici, il cui gettito sia di esclusiva spettanza dello Stato in caso di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto alle attività di riscossione coattiva, quando nel corso della procedura esecutiva emerga l'insolvenza del debitore o questi è assoggettato a procedure concorsuali.

Alla luce di tale disposizione appare corretto ritenere che, a maggior ragione, siano conciliabili anche le controversie in materia di riscossione che possono formare oggetto di transazione ai sensi della norma suddetta.

Un discorso più prudente deve farsi, invece, relativamente alla conciliabilità delle singole questioni di fatto e di diritto.

Se è vero che la mancanza di ogni limite espresso, nonché l'ormai asserita (presso la dottrina maggioritaria) natura "anche" transattiva della conciliazione tributaria depongono a favore della conciliabilità di ogni questione di fatto e anche di diritto, è pur vero che tali elementi non sono sufficienti a fondare la tesi della conciliabilità illimitata, tenuto presente che, in mancanza di dati normativi contrastanti, permangono i limiti scaturenti dalla particolare natura dell'oggetto della controversia e dal rispetto dei principi generali, anche di ordine costituzionale (quali quello di legalità e della capacità contributiva) TESAURO, *Il processo tributario 1998*, p. 372).

Si rammenta, infine, che alla data odierna è ancora parzialmente inattuato l'art. 3, 120° co., della L. 23 dicembre 1996, n. 662, "Misure di razionalizzazione della finanza pubblica" ai sensi del quale " il Governo è delegato ad emanare, ... , uno o più decreti legislativi recanti disposizioni per la revisione organica, a scopo di semplificazione e di ampliamento dell'ambito applicativo, della disciplina del-

l'accertamento con adesione di cui agli articoli 2-bis e 2-ter del decreto-legge 30 settembre 1994, n. 564, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 novembre 1994, n. 656, nonché della conciliazione giudiziale di cui all'articolo 48 del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546, ... Laddove, al punto b) dei principi direttivi per il Governo si legge: "coordinamento della disciplina dell'accertamento con adesione con quella della conciliazione giudiziale, stabilendo l'identità delle materie oggetto di definizione, nonché delle cause di esclusione e ampliando il termine di impugnazione dell'atto di accertamento in caso di richiesta di definizione, tenendo anche conto della disciplina della riscossione in pendenza di giudizio".

3. Tipi di conciliazione tributaria

La norma in esame configura due diversi tipi di conciliazione, a seconda che l'incontro tra proposta ed accettazione delle parti, cd. accordo conciliativo, avvenga in udienza ovvero fuori di essa.

3.1 Conciliazione giudiziale

A norma dell'art. 48, comma 1, ciascuna delle parti con l'istanza di cui all'art. 33, quindi con l'istanza di discussione in pubblica udienza, può proporre all'altra la conciliazione totale o parziale della controversia. La suddetta istanza deve essere depositata nella segreteria della Commissione non oltre dieci (10) giorni liberi prima della data di trattazione della controversia e va notificata alle altre parti costituite (TOSI, *La Conciliazione giudiziale*, in *Giur. Sist. di dir. trib.*, diretta da TESAURO, *Il processo tributario* 1998, p. 894; FINOCCHIARO, *Comm.* 1996, p. 680).

La conciliazione può avvenire solo davanti alla commissione provinciale non oltre la prima udienza.

Anche la commissione può esperire d'ufficio il tentativo di conciliazione nel corso della prima udienza.

Inoltre, qualora una delle parti abbia proposto istanza di conciliazione, ma questa non abbia luogo nel corso della prima udienza il giudice può assegnare alle parti un termine non superiore a 60 gg per la formazione di una proposta ai sensi del 5° comma, vale a dire formulata dall'Ufficio ed accettata dal contribuente (cd. pre-concordata). Si tratta, secondo la dottrina prevalente, di un potere discrezionale del giudice cui è consentito di rinviare la trattazione del ricorso qualora ritenga fortemente presumibile la conciliazione tra le parti (PERRUCCI, *Boll. trib.* 1997, p. 1381; DRIGANI - LUNELLI, *Proc. trib.* 1996, p. 220; *Circ. min.* 23.04.1996, n. 98/E).

Se le parti debordano il termine di sessanta (60) giorni la conciliazione diventa inammissibile per carenza dei presupposti di legittimità e il giudice deve disporre la trattazione della causa nel merito (C.T.P. Padova, ord. 20 giugno 1997).

La proposta, secondo la dottrina prevalente, deve essere sufficientemente articolata, ossia contenere uno schema d'accordo, e non limitarsi ad una dichiara-

zione di disponibilità a conciliare.

Se la conciliazione riesce viene redatto processo verbale il quale deve indicare le somme dovute a titolo d'imposta, di sanzioni e d'interessi. Il processo verbale, sottoscritto dal presidente del collegio giudicante e dalle parti personalmente (quindi dal contribuente o a mezzo di difensore munito di procura speciale alla conciliazione, nonché dal rappresentante dell'ufficio finanziario) costituisce titolo per la riscossione delle somme dovute. Del verbale di conciliazione viene rilasciata copia autentica alle parti (*Circ. min.* 197/E - II 3 - 1480 del 30.11.1994)

Anche in mancanza di una disposizione espressa in tal senso, si ritiene che la Commissione, debba emettere un provvedimento di estinzione del giudizio in caso di conciliazione totale, ovvero esaminare nel resto la controversia in casi di conciliazione parziale.

Per espressa previsione normativa la conciliazione non si perfeziona con l'accordo delle parti, ma con il versamento, da effettuarsi entro il termine di venti (20) giorni dalla data del processo verbale, degli importi dovuti, così come indicati nel verbale di conciliazione, ovvero della prima rata e della prestazione di idonea garanzia per le rate successive.

Ciò nonostante, una volta intervenuto l'accordo in udienza, il Giudice, con sentenza di cui all'art. 46 del D.Lgs 546/1992 dichiara estinto il processo per cessazione della materia del contendere.

Tale discrasia temporale tra il momento perfezionativo dell'accordo e l'estinzione del processo ha sollevato molti dubbi e critiche, in particolar modo in relazione all'eventuale mancato adempimento del contribuente, di cui però si dirà più avanti (infra par. 6).

Circa l'"idonea garanzia", che costituisce la *conditio iuris* per la concessione del pagamento rateizzato delle somme conciliate, occorre segnalare da ultimo che la legge Finanziaria per il 2005 (art. 1, 419° co., L. 30 dicembre 2004, n. 311) ha modificato il 3° comma dell'art. 48, eliminando, da un lato, il riferimento all'art. 38 bis, del D.P.R. 636/1972, mentre, dall'altro, ha indicato espressamente nella polizza fideiussoria o fideiussione bancaria cosa deve intendersi per idonea garanzia.

3.2 Conciliazione cd. "stragiudiziale"

Anche definita "rito abbreviato" o "proposta pre-concordata", la conciliazione extragiudiziale non è altro che un modo diverso di addivenire ad una soluzione concordata della controversia.

Ai sensi del 5° comma dell'art. 48, infatti, la legge consente all'Ufficio, fino alla data di trattazione in camera di consiglio, ovvero fino alla discussione in pubblica udienza, di depositare, presso la segreteria della Commissione, una proposta di conciliazione alla quale la parte abbia previamente aderito, e sia, pertanto, già regolarmente sottoscritta dalle parti interessate.

La proposta può essere depositata o precedentemente alla fissazione della data di trattazione, ovvero in un momento successivo, ma comunque entro il ter-

mine ultimo rappresentato dal giorno dell'udienza di trattazione.

Nel primo caso, il Presidente della commissione tributaria provinciale, verificate le condizioni di ammissibilità della conciliazione, dichiarerà l'estinzione del processo con proprio decreto, ovvero, qualora non dovesse ritenere ammissibile la conciliazione, fisserà la data per la trattazione della causa. In entrambi i casi il provvedimento deve essere depositato in segreteria entro dieci (10) giorni che decorrono dalla data di presentazione della proposta.

Nel secondo caso, sarà il collegio, previa verifica delle condizioni di ammissibilità a dichiarare con sentenza l'estinzione del processo.

Circa il contenuto della proposta, che si rammenta deve provenire necessariamente dall'Ufficio (in tal senso, TOSI, *Il fisco* 1996, p. 11122; DRIGANI – LUNELLI, *ibidem*), questa deve contenere l'indicazione della Commissione provinciale adita, i dati identificativi dell'Ufficio e del ricorrente, la manifestazione della volontà di conciliare, l'esatta indicazione degli elementi oggetto della proposta conciliativa, la liquidazione delle somme dovute, una succinta motivazione delle ragioni che hanno determinato l'Ufficio a proporre la conciliazione, l'accettazione incondizionata del ricorrente della proposta e delle somme liquidate, la data, la sottoscrizione del titolare dell'Ufficio e del ricorrente (Circ. min. 23 aprile 1996, n. 98/E).

Sia che si tratti di conciliazione in udienza, sia che si tratti di conciliazione "pre-concordata", le spese del giudizio restano a carico di ciascuna delle parti e sono irripetibili, almeno in tal senso la giurisprudenza prevalente ed una parte della dottrina (C.T.P. Lecco, sez. II, 10.11.1997, n. 1420, *Boll. trib.* 1998, p. 238; TOSI, *ivi*, p. 909). Del resto appare corretto ritenere che, in mancanza di una disposizione espressa, trovi applicazione l'art. 46, 3° co., del D.Lgs 546/1992 ai sensi del quale, le spese del giudizio estinto per cessazione della materia del contendere restano a carico della parte che le ha anticipate.

4. I Poteri del giudice

Secondo l'opinione prevalente, confortata dal dato letterale del 5° comma dell'art. 48, che disciplina la conciliazione "stragiudiziale" o "rito abbreviato" che dir si voglia, la Commissione tributaria provinciale non interviene sul contenuto ed il merito dell'accordo, dovendosi limitare a riscontare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di ammissibilità della conciliazione, essendogli precluso ogni sindacato sull'opportunità e la congruità della stessa.

In particolare, il Giudice tributario sarà chiamato a verificare: che l'accordo avvenga per imposte di competenza delle Commissioni tributarie, che il ricorso tributario sia ammissibile, proposto entro i termini, da un professionista abilitato e fornito di procura speciale, che siano state rispettate le norme di rito, la corrispondenza dell'oggetto della conciliazione con la materia dedotta in giudizio, etc. (tra gli altri, FALSITTA, *Man. Trib.* 3 1999, p. 678 e ss; BATISTONI - FERRARA, *ivi*, p. 1033; FRANSONI, *ivi*, p. 1809).

Così è per l'Amministrazione finanziaria per la quale il Giudice tributario ha solo un sindacato di legittimità, nel senso che può accertare la regolarità della proposta conciliativa e l'assenza di cause d'inammissibilità previste dalla legge (Circ. min. 197/E - II 3 - 1480 del 30.11.1994; Circ. min. 98/E del 23.04.1996). L'acclarata impossibilità del Giudice tributario di sindacare il merito dell'accordo conciliato e la congruità delle imposte in esso indicate come dovute hanno sollevato diverse critiche, tanto da far dubitare della legittimità costituzionale della norma in esame.

Secondo l'ordinanza di rimessione pronunciata in data 28 giugno 1999 dalla Commissione tributaria provinciale di Firenze, la discrezionalità assoluta ed esente da motivazione di cui gli uffici dell'amministrazione finanziaria godrebbero nella subjecta materia, che gli consente di operare sconti senza limiti rispetto ai valori accertati e sostenuti in giudizio, in assenza di un qualsivoglia parametro di riferimento, colliderebbe con il principio d'imparzialità di cui all'art. 97 della Costituzione, nonché con il principio sancito dall'art. 53 Cost., posto che di fronte a conciliazioni prive di controlli inevitabilmente si realizzerebbero discriminazioni, anche senza ipotizzare comportamenti illeciti (nello stesso senso ord. C.T.P. di Como del 5.02.1999). Una siffatta discrezionalità contrasterebbe, inoltre, con il principio di indipendenza della magistratura sancito dall'art. 104 (rectius art. 108, 2° comma, trattandosi di magistratura speciale) della Costituzione, atteso che il controllo sulla conciliazione è solo formale e non anche sulla congruità delle imposte concordate, determinando di fatto una soggezione del giudice che riduce il suo ruolo a quello di "notaro" di un avvenuto accordo sul quale non può interferire.

Il giudice tributario propone, altresì, un paragone con la materia penale, e segnatamente in relazione alla dichiarata incostituzionalità dell'art. 444 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva la possibilità per il giudice di sindacare la congruità della pena proposta in sede di "patteggiamento".

La Consulta, ha, tuttavia, dichiarato la questione non fondata in considerazione da un lato della estraneità degli artt. 97 e 53 Cost. alla tematica della funzione giurisdizionale, attenendo, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale, l'uno all'organizzazione dell'amministrazione secondo principi di imparzialità e di buon andamento, e, l'altro, alla garanzia sostanziale della proporzionalità dell'imposta alla capacità contributiva (ord. n. 30 del 2000 e n. 322 del 1992).

Dall'altro, la Consulta ha ritenuto l'art. 48 del D.Lgs 546/1992 non idoneo a violare il principio dell'indipendenza del giudice, posto che è proprio attraverso tale norma che il Legislatore ha definito i limiti della cognizione dell'organo giudicante, affidando a questo, in vista di una più rapida risoluzione delle controversie tributarie, il compito di accertare l'ammissibilità della conciliazione. Inoltre, il suo ruolo resta fondamentale e rispettoso della funzione giurisdizionale stante l'impossibilità per le parti di addivenire alla definizione del giudizio senza il suo intervento.

Anche il riferimento all'art. 444 c.p.p. non giova secondo la Corte Costituzionale in considerazione del fatto che, secondo quanto è dato di evincere dalla motivazione della sentenza n. 313 del 1990, la declaratoria d'incostituzionalità cui la Corte pervenne, in detta occasione, ha la sua ragion d'essere nel fatto che la norma allora denunciata, nella sua formulazione originaria, non consentendo al giudice di sindacare la rispondenza della pena alla sua funzione rieducativa, si risolveva in una violazione della funzione affidata al giudice dal 3° comma dell'art. 27 Cost., e non dell'indipendenza di quest'ultimo (art. 108 Cost.).

Quindi, la Consulta sembra aver confermato che il giudice tributario ha il potere di sindacare i presupposti di legittimità, ma non il merito della conciliazione (C.Cost. sent. n. 433 del 24.10.2000, sent. n. 435 del 24.10.2000).

Nello stesso senso sembra orientata per il momento la Corte di Cassazione, secondo la quale la Commissione, in sede di esame delle condizioni di ammissibilità, non può scendere nel merito delle scelte effettuate dalle parti, dovendosi limitare a verificare la configurabilità in astratto di un atto di conciliazione, come tale riferito all'intera materia del contendere ed incondizionato (Cass. n. 223, del 20 settembre 1999). Appare chiaro come in sede applicativa abbia finora prevalso un'interpretazione della norma in esame fortemente orientata dal dato letterale del comma 5° dell'art. 48, che, peraltro, non può non apparire quantomeno generico nella sua formulazione.

4.1 Dichiarazione di inammissibilità della conciliazione: rimedi

Il provvedimento del giudice tributario che decide erroneamente nel senso della inammissibilità della conciliazione deve considerarsi viziato e potrà costituire oggetto d'impugnazione.

Occorre distinguere l'ipotesi in cui la conciliazione sia avvenuta in udienza da quella in cui vi sia stata conciliazione fuori dall'udienza.

Nel primo caso, se la Commissione non ritiene ammissibile la conciliazione il giudizio prosegue.

Secondo l'Amministrazione finanziaria le questioni sull'ammissibilità della conciliazione sarebbero trattate e decise definitivamente nell'ambito del giudizio di merito (Circ. min. 197/E-II-3-1480 del 30.11.1994). Si tratta di capire come debba essere interpretata tale espressione, se, infatti, la si intendesse nel senso dell'appellabilità della sentenza di primo grado sul punto che decide della conciliabilità, allora resterebbe da esplorare la possibilità di un ricorso per Cassazione ex art. 111, penultimo comma, per violazione di legge, anche se, come è stato finora ritenuto in dottrina, appare più corretta la soluzione che ritiene comunque appellabile la sentenza di primo grado dinanzi alla Commissione tributaria regionale, anche nel capo che decide della conciliabilità (TOSI, *Il fisco* 1996, p. 11129; ID., *La conciliazione giudiziale*, cit., p. 922).

Nel caso invece di una "proposta preconcordata", regolarmente depositata nei termini di legge, è tuttavia ritenuta inammissibile, il comma 5° dell'art. 48 pre-

vede espressamente che il Presidente della commissione fissi, con proprio provvedimento, la trattazione della controversia. In tal caso, oltre alla possibilità di proporre reclamo avverso tale provvedimento ex art. 28 del D.Lgs 546/1997 (da notificarsi entro 30 gg dalla comunicazione dello stesso da parte della segreteria), resta, peraltro, intatta in capo alle parti la possibilità di riproporre la conciliazione di fronte alla Commissione seguendo il procedimento ordinario di cui al comma 1°, dell'art. 48 in sede di trattazione della controversia.

5. Gli effetti della conciliazione tributaria:

5.1 Sulle sanzioni amministrative;

In seguito alla conclusione dell'accordo in sede di conciliazione la controversia è definita e a norma del comma 6° dell'art. 48, come riformato dall'art. 3, comma 1°, D.Lgs 203/1998, le sanzioni amministrative sono ridotte ad un terzo delle somme irrogabili in rapporto all'ammontare del tributo così come determinato nell'accordo.

Tale riduzione delle sanzioni, che integra il carattere della premialità dell'istituto in esame, incontra però un limite espresso; si legge, infatti, nell'ultimo comma dell'art. 48 che in ogni caso la misura delle sanzioni non può essere inferiore ad un terzo dei minimi edittali previsti per le violazioni più gravi relative a ciascun tributo. (comma così modificato dall'art. 3, comma 1°, D.Lgs 203/1998).

Contrariamente a quanto avviene nel caso dell'accertamento con adesione, la riduzione non si applica alle sanzioni minime previste dalla legge, ma a quelle concretamente irrogabili dall'ufficio in rapporto all'ammontare del tributo così come determinato dall'accordo conciliativo (TOMASIN – TRIOZZO, *Il fisco* 1999, p. 7974; TOSI, *La conciliazione giudiziale*, in *Giur. Sist. di diritto tributario*, diretta da TESAURO, *Il processo tributario* 1998, p. 926).

5.2 Sulle sanzioni penali

Gli effetti della conciliazione si riflettono anche sull'eventuale procedimento penale instauratosi in conseguenza degli stessi atti impositivi. Infatti, qualora l'estinzione dei debiti tributari a seguito di conciliazione avvenga prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, si potrà avere la riduzione fino alla metà delle pene previste per la specifica violazione, nonché la non applicazione delle pene accessorie.

Per quanto la norma in esame non disponga nulla relativamente al rapporto con l'eventuale applicabilità di sanzioni penali, occorre rilevare come la disciplina contenuta nel D.Lgs 10 marzo 2000, n. 74, che ha innovato la normativa concernente i reati in materia d'imposte sui redditi e sul valore aggiunto, preveda all'art. 13, 1° co., come circostanza attenuante, il fatto che "prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, i debiti tributari relativi ai fatti costitutivi dei delitti medesimi sono stati estinti mediante pagamento, anche a seguito delle speciali procedure conciliative od id adesione all'accertamento", ciò che, come

suddetto, consente una riduzione delle pene fino alla metà e la non applicabilità delle pene accessorie previste dall'art. 12 dello stesso decreto. Altre conseguenze sul piano penale, stante, peraltro, l'autonomia delle due procedure, non pare si possano trarre dall'avvenuta conciliazione, specie per quanto attiene ad una possibile rilevanza della stessa come atto a valenza confessoria. Appare opportuno in questa sede ribadire che la conciliazione non comporta alcuna ammissione di colpevolezza da parte del contribuente, anche se l'accordo conciliativo potrà essere utilizzato in sede penale come elemento di libero convincimento del giudice penale, come accade per tutte le vicende oggetto del processo tributario e riguardanti gli stessi fatti per cui viene esercitata l'azione penale (LUPI, Rass. trib.1994, p. 1869; TOSI, Il fisco 1996, p. 11128).

6. Inadempimento del contribuente.

Soluzioni applicative: ripresa del giudizio

e riscossione coattiva. La legge finanziaria per il 2005.

Come si è già detto, in caso di conciliazione raggiunta fuori dall'udienza, il Presidente della commissione, se ravvisa la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di ammissibilità, dichiara con decreto l'estinzione del processo (art. 48, comma 5°). Lo stesso effetto estintivo parrebbe conseguire, pur in mancanza di un indicazione esplicita in tal senso nel caso di conciliazione raggiunta in udienza. In tal caso, infatti, salvo i casi di conciliazione parziale, si ritiene che la commissione debba emettere una sentenza di estinzione del giudizio (C.T.P. di Modena, sez. VI, 8.07.1996, n. 52, in Boll. Trib., 1996, p. 1312). Ciò si desume, tra l'altro, sia da ragioni logico sistematiche, sia dall'art. 46 del D.Lgs 546/1992, ai sensi del quale "il giudizio si estingue, in tutto o in parte, nei casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge" (C.T.R. Toscana, sez. XXXII, 27.06.2001, n. 98; C.T.P. di Lecce, sez. IV, 23.05.1997; C.T.P. di Treviso, sez. I, 18.01.2000, n. 1/1/2000, in Boll. Trib. 2000, p. 697; C.T.P. di Lecco, sez. II, 10.11.1997, n. 1420, in Boll. Trib., 1998, p. 238).

Tale norma, tuttavia, deve essere raccordata con quella del 3° comma dell'art. 48, ai sensi del quale la conciliazione si perfeziona esclusivamente con il versamento dell'intero importo dovuto, ovvero con il pagamento della prima rata e la prestazione di idonea garanzia.

Al riguardo ci si è chiesti che cosa succeda nell'ipotesi in cui il contribuente che abbia conciliato la controversia, rispetto alla quale, pertanto, è intervenuto il decreto, o a seconda dei casi la sentenza, di estinzione del giudizio, non effettui il pagamento o non presti idonea garanzia come richiesto dalla legge.

La questione non è di poco conto, in tale evenienza, l'art. 48, nella formulazione precedente alla modifica operata dall'art. 14 del D.Lgs 218/1997, sanzionava tale inadempimento del contribuente con la perdita del beneficio della riduzione delle sanzioni e la riscuotibilità del credito tributario mediante iscrizione a ruolo a titolo non definitivo. Il Legislatore, tuttavia, ha poi ritenuto di modificare la

norma in esame eliminando completamente il riferimento all'ipotesi di mancato adempimento dell'accordo conciliativo.

Sul punto, la dottrina si è espressa in maniera contrastante: secondo alcuni, infatti, il mancato pagamento dovrebbe comportare la risoluzione di diritto dell'accordo conciliativo, facendo in tal modo rivivere l'originario avviso di accertamento, ormai divenuto definitivo in conseguenza dell'avvenuta estinzione del processo (MENCHINI, Proc. Trib. Baglione – Meschini – Miccinesi, 1997, p. 415); secondo altri, invece, tale soluzione non sarebbe condivisibile sulla base del rilievo per cui così ragionando il contribuente, per la violazione di una regola attinente la riscossione, dovrebbe sottostare ad un avviso di accertamento riconosciuto ingiusto dalla stessa Amministrazione, (TESAURO, Ist., Il processo tributario 1998, p. 374).

La soluzione seguita dall'Amministrazione distingue tra conciliazione raggiunta in udienza e fuori di essa. Nel primo caso, infatti, l'estinzione del processo resterebbe subordinata al deposito presso la cancelleria della Commissione tributaria dell'attestazione dell'avvenuto versamento, mentre, in caso di mancato o insufficiente pagamento l'Ufficio dovrebbe informare di tale inadempimento il Giudice tributario al fine della prosecuzione del giudizio (Circ. min. n. 235/E dell'8.08.1997). Al contrario, nell'ipotesi di conciliazione raggiunta fuori udienza (cd. pre-concordata) l'inadempimento del contribuente, intervenendo in un momento successivo alla dichiarazione di estinzione del giudizio, farebbe sorgere la necessità di una riattivazione del processo, previa proposizione di tempestivo reclamo avverso il decreto del Presidente che ha estinto il giudizio, ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs 546/1992 (in tal senso anche MICCINESI, Proc. Trib. Baglione – Meschini – Miccinesi, 1997, p. 25). Occorre segnalare, tuttavia, che tale soluzione è stata respinta dalla prevalente giurisprudenza, secondo la quale - ferma la dichiarazione di estinzione del processo - l'Amministrazione, in caso di inadempimento del contribuente, deve procedere in via esecutiva alla riscossione di quanto dovuto dal contribuente in base al titolo esecutivo costituito dal verbale di conciliazione (C.T.P. Treviso, sez. I, 18.01.2000, n. 1/1/2000, cit.; C.T.P. Parma, sez. IV, 23.06.1999, n. 198/4/99, Boll. trib. 1999, p. 1381).

Questi ed altri autorevoli dubbi riguardo un meccanismo che presenta oggettivamente qualche anomalia, giacché non si cura di coordinare gli effetti processuali della conciliazione con gli esiti della successiva fase esecutiva della stessa, hanno trovato asilo nella Finanziaria del 2005 (L. 30 dicembre 2004, n. 311).

In tale occasione, infatti, il Legislatore ha modificato l'art. 48, da un lato individuando nella polizza fideiussoria e/o nella fideiussione bancaria l'idonea garanzia necessaria alla rateizzazione del pagamento di cui all'accordo conciliativo, e dall'altro introducendo il comma 3-bis ai sensi del quale "in caso di mancato pagamento anche di una sola delle rate successive, se il garante non versa l'importo garantito entro trenta giorni dalla notificazione di apposito invito, contenente l'indicazione delle somme dovute e dei presupposti di fatto e di diritto della prete-

sa, il competente ufficio dell’Agenzia delle Entrate provvede all’iscrizione a ruolo delle predette somme a carico del contribuente stesso e del garante”.

A maggior ragione sembra potersi concludere che, nel caso in cui l’accordo conciliativo non preveda rateizzazione, ma il pagamento in unica soluzione, l’ufficio competente dell’Agenzia dell’Entrate debba provvedere, conformemente alla soluzione indicata dalla giurisprudenza maggioritaria precedente alla Finanziaria 2005, alla riscossione coattiva della somme indicate nel verbale di conciliazione mediante iscrizione a ruolo delle stesse a carico del contribuente.

7. Conclusioni

Il giudizio generale su di un istituto come quello della conciliazione di diritto tributario non può che essere positivo, da un lato, per la sua dichiarata finalità deflattiva e, dall’altro, perché segna, insieme ad altri istituti, il superamento della visione conflittuale del rapporto tra contribuente e Fisco, ed il passaggio ad una nuova concezione di tale rapporto improntata alla collaborazione ed al contemperamento degli interessi, pur sempre contrapposti, ma conciliabili. Senza considerare poi lo scarto qualitativo che inevitabilmente c’è tra un provvedimento del Giudice che interviene, dopo un lungo e quasi sempre improduttivo contenzioso, a determinare una situazione che in definitiva non è voluta da nessuna delle parti, ed, invece, un accordo conciliativo che le parti hanno ritenuto di concludere, e che, pertanto, dovrebbe recare in sé anche la garanzia della sua attuazione posto che dovrà essere eseguito dagli stessi soggetti che lo hanno voluto.

Ma, tralasciando le considerazioni di carattere generale, qui preme trarre alcune conclusioni di carattere applicativo.

Un primo dato che emerge dallo studio dell’istituto e la scarsità degli interventi giurisprudenziali, un dato che indubbiamente si presta ad un lettura negativa, in termini di insuccesso dell’istituto, ma che, tuttavia, lascia spazio anche ad altre interpretazioni.

L’istituto può senz’altro essere migliorato attraverso le opportune modifiche alla disciplina, innanzi tutto attraverso l’estensione generalizzata dell’istituto a tutte le controversie tributarie senza esclusioni di sorta.

In secondo luogo attraverso l’eliminazione del limite temporale della prima udienza davanti la Commissione tributaria provinciale (art. 48, 2° co.,). Ragionando al di fuori di una concezione della conciliazione in termini di rito deflattivo caratterizzato da elementi di premialità, ed adottando, invece, una visione, a parere di chi scrive più corretta e coeva ai tempi, che ne fa uno strumento generale alternativo per la risoluzione delle controversie tributarie, allora veramente non si capisce il perché di un limite temporale così stretto (in tal senso, v. anche M. POLANO, La conciliazione giudiziale, in *Rass. Tributaria* 2000, n. 1, p. 45, secondo il quale si dovrebbe prevedere la possibilità di conciliare anche in secondo grado).

Tuttavia, l’attenzione degli studiosi del diritto tributario e degli operatori

chiamati ad applicare in concreto l’istituto si è concentrata, in un primo momento, soprattutto sulle problematiche relative all’eventuale mancato adempimento del contribuente - un aspetto che ad oggi può dirsi risolto anche alla luce dell’ultimo intervento del Legislatore operato con la legge Finanziaria per il 2005 (v. par. n. 6) - tralasciando altri aspetti critici della disciplina come quelli poc’anzi richiamati.

Non bisogna, peraltro, dimenticare che la conciliazione subisce la “concorrenza” di altri istituti deflattivi del contenzioso tributario, primo fra tutti l’accertamento con adesione, che presentano caratteri di premialità anche più marcati della riduzione fino al terzo delle sanzioni consentita in sede di conciliazione. Infatti, non soltanto l’accertamento con adesione consente la riduzione fino al quarto, ma altresì la base sulla quale viene ad essere calcolato l’abbattimento è costituita dalle sanzioni minime previste dalla legge, anziché, come nel caso della conciliazione, dalle sanzioni corrispondenti alla maggior imposta ritenuta in conciliazione. Questo è senz’altro un altro elemento dal quale può discendere la minor convenienza della conciliazione rispetto all’accertamento con adesione.

Solo a scopo esemplificativo, si tenga presente che, in tutta Italia nell’anno 2000 a fronte di 111.500 accertamenti con adesione si sono avute solo 2.749 conciliazioni (www.secit.finanze.it).

Ciò nonostante, l’istituto può avere una diffusione molto maggiore e, a tal fine, sarebbe auspicabile un ulteriore intervento del Legislatore volto ad eliminare inutili limiti e a prevedere termini temporali tali da consentire alle parti di valutare adeguatamente l’opportunità di una conciliazione, anche alla luce dell’andamento del processo.

mercoledì
6 ottobre 2004
Aula Occorsio
del Tribunale
Ordinario di Roma
(Piazzale Clodio)

“Dai trattati di Maastricht e di Amsterdam alla costituzione europea -nuove prospettive”

Calendario completo dei lavori

Indirizzo di saluto:

Dott. Luigi Scotti

Presidente del Tribunale Ordinario di Roma

Presidenza:

Prof. Avv. Alessandro Cassiani

Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Presentazione

Dott. Gennaro Calabrese

Presidente Aggiunto della Corte Suprema di Cassazione

Introduzione

Avv. Giovanni Cipollone

Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Relatori

Prof. Luigi Berlinguer

Presidente VI° Commissione Consiglio Superiore della Magistratura

Dott. Giovanni Salimbeni

Direttore dell'Ufficio per l'Italia del Parlamento Europeo

Interventi programmati

Dott. Giovanni Francesco Lo Turco

Presidente della Corte di Appello di Roma

Dott. Raffaele Numeroso

Presidente della Corte di Appello di Napoli

Dott.ssa Adriana Napoli

Sostituto Procuratore Generale della Corte
di Appello di Salerno

Dott. Achille Toro

Procuratore Aggiunto del Tribunale Ordinario di Roma

Dott. Mario Fresa

Giudice del Tribunale Ordinario di Roma

Dott. Paolo Meucci

Vice Direttore dell'Ufficio per l'Italia del Parlamento Europeo

Avv. Federico Brusca

Direttore de “Il Mondo Giudiziario”

Avv. Domenico Condello

Consigliere Segretario dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Avv. Carlo Testa

Consigliere Tesoriere dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Avv. Fabio Maria Galiani

Membro dell'Associazione Internazionale di Diritto Penale

Vengono di seguito proposti alcuni degli interventi del convegno

Dr. Gennaro CALABRESE

In rappresentanza del Centro Studi Azione Internazionale Giustizia, anche a nome del Presidente, dei Consiglieri e di tutti i funzionari ed ausiliari della I Sezione Penale della Corte di Appello di Roma, della quale, in passato, sono stato presidente per circa un settennio, mi sia consentito esprimere il più sincero ringraziamento al vice Presidente On. Virginio Rognoni del C.S.M. e al Prof. Luigi Berlinguer Presidente della VI Commissione del C.S.M. che hanno inviato messaggi augurali e di saluto, all'On. Paolo Cavezzali, al Presidente Alessandro Cassiani, al Presidente Scotti, al relatore Dr. Giovanni Salimbeni, all'Avv. Giovanni Cipollone, ai Presidenti di Corte di Appello Giovanni Francesco Lo Turco e Raffaele Numeroso nonché a tutti i colleghi Magistrati e Avvocati e intervenuti presenti in questa aula per la loro autorevole partecipazione.

In un mondo nel quale la libertà e la vita degli uomini, delle donne e dei bambini innocenti vengono barattate e sacrificate in maniera inumana e i diritti fondamentali calpestati e vilipesi in spregio a tutte le leggi nazionali ed internazionali e a tutte le Costituzioni degli Stati, la sovranità dei popoli e dei cittadini deve trovare adeguata tutela da parte delle istituzioni mondiali ed europee le quali non possono ulteriormente tollerare la disonestà, la corruzione e la violenza che generano e fanno prosperare il terrorismo. Il nostro pensiero va anche ai 1070 soldati americani a tutt'oggi morti in Iraq ed alle loro famiglie, vittime anche essi di una guerra immotivata, attese anche le ultime recenti ammissioni del Segretario alla Difesa americano Donald Rumsfeld il quale ha chiarito che non ha visto alcuna prova forte, solida, che colleghi il regime di Saddam Hussein ad Al Qaeda mentre, il 26 settembre 2002

aveva sostenuto che esistevano credibili informazioni di contatti e di collaborazioni tra il regime iracheno e l'organizzazione di Bin Laden.

Marco Revelli nel suo libro *La politica perduta* sostiene che "la politica riproduce ormai senza controllo il male da cui dovrebbe proteggerci: disordine, violenza, paura".

Per un nuovo modello della vita pubblica egli afferma che "occorre una rigorosa critica della potenza, una rinuncia consapevole al mito della forza".

Non vi è dubbio, a sommo avviso di chi parla, che una democrazia solo a parole e non ancorata nella realtà, quale è quella costituita da una classe politica bloccata per lustri, senza mutamenti effettivi dei vertici e degli apparati dirigenti, con gli stessi uomini che si avvicendano nei posti di comando, non può essere considerata espressione vitale, libera e accettata dalla maggioranza del Paese.

La strumentalizzazione dei cittadini da parte di chi dispone senza interruzione del potere di decisione nei vari settori della vita pubblica, è incompatibile con un serio ed affidabile regime democratico che presuppone l'osmosi, il cambiamento, la modifica strutturale nel tempo degli organi politici dei partiti e delle strutture organizzative che presiedono alla scelta dei candidati alle elezioni comunali, provinciali, regionali, nazionali ed europee.

Gli accordi sottobanco e le reciproche concessioni tra i vari apparati nuociono alla leale competizione democratica ed alla effettiva alternativa che sono elementi concreti, vitali ed irrinunciabili per la esistenza e la continuità di uno Stato di diritto.

Questo non può farsi forte né delle illegali schedature né della martellante sequenza di immagini, anche grazie alle totalitarie forme di diffusione pubblicitaria usate, ma deve scaturire come fonte viva e palpitante dalla sorgente pura ed incontaminata della società civile e dal consenso non truccato né predeterminato delle consorterie che eternamente gestiscono il potere per ragioni di interesse, di censo o di illecita convenienza.

Rimetto al vostro giudizio le conclusioni sulle preindicate valutazioni.

Non posso però esimermi dal puntualizzare che la divisione e l'equilibrio tra i poteri costituiscono il fondamento e il fulcro insostituibili della democrazia politica e dello stato di diritto.

Quest'ultimo ha il dovere istituzionale, giuridico ed etico di proteggere i cittadini salvaguardandoli dall'arroganza, dalla prepotenza, dalla imposizione della ingiustizia e della disuguaglianza, dalla negazione dei democratici raffronti nel tempo e sul territorio tra le opposte posizioni dominate dai contrapposti interessi che contrassegnano le distinte responsabilità di coloro che, dal governo o dall'opposizione, sono preposti alle sorti dei cittadini in campo nazionale ed internazionale.

Uno Stato di diritto che non persegue le suindicate finalità si trasforma di fatto in uno stato di polizia che si giova del fenomeno terroristico per mantenersi al potere e per giustificare i suoi metodi di annullamento sostanziale dei diritti dei cittadini traducendosi in tal modo al pari delle aggregazioni terroristiche in una cor-

data di interessi malsani che può paragonarsi a delle associazioni a delinquere.

Quale differenza sussiste tra queste ultime e le bande armate che sotto diverse bandiere imperversano in tante regioni del mondo, seminando morte e terrore tra gli abitanti costretti a lasciare le loro case e a trovare rifugio altrove ove non hanno il cibo per sfamarsi ed un tetto per proteggersi dalle intemperie. E quale altra definizione può ritenersi appropriata per coloro che investono miliardi in spese militari per distruggere anche intere popolazioni civili riducendo esseri umani innocenti alla fame ed alla morte per malattie non curabili per mancanza di assistenza e medicinali.

E come può definirsi se non criminoso il distogliere enormi risorse dalle superiori necessità dei cittadini costretti a ulteriori sacrifici e rinunce per destinarle a mal calcolate guerre deleterie nelle loro conseguenze. A tutto ciò non può non aggiungersi il dramma cui quotidianamente assistiamo degli aspiranti immigrati che muoiono sui barconi che affondano nel tentativo di raggiungere le nostre coste dopo aver sacrificato tutti i loro risparmi per l'ultimo viaggio che ad essi è stato fatale, con l'unica prospettiva per i sopravvissuti di rimpatri immediati.

Ritengo pertanto che nell'attuale grave situazione di ingiustizie, sopraffazioni e squilibri internazionali solo una Costituzione Europea possa assicurare a tutti i cittadini la realizzazione del bene comune onde evitare una violenza fine a se stessa, restituendo la legittimità, la razionalità e la naturale vocazione alla cooperazione e alla vita sociale.

L'Unione Europea è la via maestra per la costruzione di una cittadinanza comune fondata sulla solidarietà tra i popoli, rispetto di tutte le tradizioni e culture, federalismo e sussidiarietà.

Tale via iniziata con l'euro passa per l'integrazione economica, sostegno al lavoro, miglioramento delle condizioni di vita e libertà di circolazione delle persone in prospettiva di uno spostamento di quote sempre più consistenti di sovranità dai singoli Stati ad organi federali sopranazionali per un nuovo assetto strutturale dell'intero continente europeo. Questo deve essere garante della pace, della libertà, della giustizia, del progresso civile e del costante dialogo tra le nazioni nel rispetto delle distinte identità e delle diverse culture. La comunità sopranazionale sorta con il trattato di Maastricht del 1992 revisionato dagli accordi siglati ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, entrati in vigore nel 1999, dopo l'allargamento ad alcuni paesi mediterranei e dell'Europa centro orientale, deve configurarsi come un nuovo soggetto politico e non solo economico e monetario internazionale ed ha diritto ad un proprio rappresentante nel Consiglio di sicurezza dell'O.N.U., come con insistenza ha di recente ribadito anche il nostro emerito Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi. L'Italia può ambire a tale incarico, promuovendo, attraverso il Parlamento Europeo, la Commissione Europea ed il Consiglio Europeo una concorde, unitaria e solerte iniziativa, uscendo dall'attuale fase di stallo, per la realizzazione di tale importante obiettivo che dovrà segnare l'inizio di una nuova politica di consultazione e di collaborazione tra tutti i settori strategici dei vari paesi europei ed extraeuropei che sono mobilitati per il rafforzamento della sicurezza internazionale ed il

rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Riservandomi di completare il mio pensiero in successivi interventi nel corso del dibattito, lascio la parola all'Avv. Cipollone per la sua introduzione dovendo egli con urgenza allontanarsi in quanto impegnato per le elezioni al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma.

Non posso esimermi dal ringraziarlo per la sua valida e proficua collaborazione.

Auguro che questo incontro segni l'inizio di un nuovo corso per lo sviluppo culturale di una concreta convergenza di valori e di provvide iniziative a sostegno dei rapporti di coordinamento per la realizzazione di un programma comune tra la Magistratura Europea Ordinaria, Amministrativa e Contabile, l'Avvocatura Europea e le Istituzioni dell'Unione Europea per l'approvazione della Costituzione Europea da parte di tutti i popoli chiamati a decidere in ordine alla sua entrata in vigore. Grazie a voi tutti per la cortese attenzione e buon lavoro.

On. Paolo CAVEZZALI

Fin dall'entrata in vigore del trattato di Roma del 1958 i legislatori europei si sono adoperati per dare un contenuto alle disposizioni che favoriscano la libera circolazione dei cittadini e la libera prestazione dei servizi sociali, nonché l'esercizio delle libere professioni.

Non è ammessa nessuna restrizione basata sulla cittadinanza per i membri di uno Stato dell'Unione che cerchino un lavoro all'interno dell'Unione stessa. Altresì è garantito, a norma degli artt. 39 e 42 (ex artt. 48-51) del trattato della CEE, ai cittadini emigranti e alle loro famiglie l'accesso alle prestazioni sociali nonché a tutti i vantaggi dei cittadini residenti. Le libere professioni sono state oggetto di una normativa che armonizza le discipline mediante direttive che prefigurano l'accesso alle attività diversamente disciplinate. Il primo diritto dei cittadini europei è quindi quello di poter circolare, lavorare e risiedere in tutto il territorio dell'Unione. Tre direttive del 1990 hanno esteso il diritto di soggiorno agli studenti, ai pensionati e alle persone non attive. Il Trattato di Maastricht ha formalizzato questo diritto nel capitolo dedicato alla cittadinanza. L'esercizio dei diritti sociali, confermato da una giurisprudenza della Corte di Giustizia, non sarebbe stato forse sufficiente a fare di un cittadino di uno Stato membro un vero cittadino comunitario se non si fossero raggiunti altri diritti connessi al trasferimento della sovranità. Ad eccezione delle attività che implicano prerogative di pubblici poteri (polizia, esercito, affari esteri) potranno essere aperte ad ogni cittadino comunitario i servizi sanitari, l'insegnamento e i servizi commerciali. L'Europa dei cittadini ha fatto un salto qualitativo con il trattato di Maastricht, con la decisione di concedere i diritti elettorali, attivi e passivi, con la partecipazione alle elezioni europee ad ogni cittadino dell'Unione che risiede in uno Stato membro di cui non ha la cittadinanza. Quindi il Trattato di Amsterdam riafferma questo principio nell'Art. 17, così formulato: "È istituita una cit-

tadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la residenza in uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima".

La creazione, decisa a Maastricht, di una moneta unica nel 1999 ha fatto sì che a partire da quella data i cittadini europei hanno avuto i conti bancari in Euro. Con la soppressione dei controlli di polizia alle frontiere intercomunitarie (aumentate con l'ampliamento dai 15 Stati ai 25) con il trattato di Schenghen si è addivenuti alla nozione di un comune spazio interno europeo.

Vogliamo ricordare alcuni uomini dell'Europa come Jean Monet che già nel 1950 portò avanti l'idea europea che rimane sempre una sfida aperta per tutte le istituzioni.

Il trattato dell'Unione Europea Art. 195 (ex art. 138 E) ha istituito la figura di un mediatore detto secondo la tradizione scandinava "om bond man"; questi è nominato al Parlamento Europeo per ogni legislatura ed è abilitato a ricevere le denunce di qualsiasi cittadino europeo. Dall'inizio della sua attività nel settembre del 1995 sono state presentate oltre 2000 denunce. È prassi ormai consolidata l'accettazione da parte del Parlamento Europeo di petizioni presentate da qualsiasi cittadino residente in ogni Stato membro. Dal 1994 al 1997 sono state inviate al Parlamento Europeo oltre 4000 petizioni.

Il Trattato di Amsterdam ha cercato di avvicinare l'Europa ai cittadini fornendo alcune risposte ai problemi come la disoccupazione, la mancanza di sicurezza nei problemi sociali, ecc. Il Trattato di Amsterdam ha rappresentato, appunto, un passo avanti nel consolidamento dei diritti fondamentali dei cittadini. Sono state previste disposizioni sanzionatorie dirette a sospendere i diritti nello Stato membro che viola appunto i diritti fondamentali; inoltre il Trattato di Amsterdam afferma il principio della non discriminazione (art. 6°), sia per la razza, per la religione, per l'età e per la parità tra uomini e donne.

Con le elezioni dirette il Parlamento Europeo, a partire dal 1979, è stato legittimato il diritto all'espressione diretta della volontà popolare. Se l'Europa è una realtà tangibile, la sua unità, per quanto riguarda i diritti fondamentali dei suoi cittadini, diventa problematica con l'allargamento ai 25, soprattutto con l'estensione ai Paesi dell'Est Europeo. È in corso d'opera l'adesione della Turchia, per la negazione in atto in quel Paese di fondamentali diritti umani (pena di morte, torture, ecc.), anche se è in corso in quel Paese una procedura di revisione di questi punti fondamentali.

Si è pervenuti successivamente al trattato della Costituzione Europea attraverso la Convenzione, Trattato che sino ad oggi non è stato ratificato da alcun Paese, nemmeno da parte dell'Italia. Resta ancora in dubbio la sua ratifica da parte di molti Stati che intendono sottoporre a referendum popolare il testo della Costituzione stessa, come è uscito dalla convenzione, e soprattutto ciò che stupisce da parte della Francia, nonostante la presidenza prestigiosa di Jilard D'Asteng. La stessa posizione di contrasto è stata manifestata dalla Polonia, dalla Spagna, e non si escludono posizioni analoghe da parte dei Paesi dell'Est europeo, lasciando a parte la tendenza esclusiva dell'Inghilterra. Dopo i 6 fondatori, il passaggio a 15 membri e adesso a 25, con l'inizio della loro partecipa-

zione a partire dal 2005, la prospettiva di problemi aperti di grande rilevanza costituzionale lascia presumere che le difficoltà di una ratifica del testo di Trattato siano ancora ampiamente presenti. Recentemente il Consiglio d'Europa e la Commissione di Giustizia, di cui faccio parte ancora oggi come membro onorario dopo 10 anni di membro effettivo, ha svolto pronunce recentissime per quanto attiene la denuncia della negazione di diritti umani fondamentali in diversi paesi che hanno aderito all'Unione con l'allargamento. Anche le prospettive sul piano della difesa come quello sul piano della giustizia lasciano pensare che tutto si svolga in tempi lunghi, con dubbi sull'adesione di molti paesi alle discipline previste. L'unica prevalenza si è svolta sul piano delle regole della moneta del mercato, aspetto importante ma non completamente edificante, per cui il testo della Costituzione europea uscito dalla convenzione sembra quasi una realtà da divenire, soprattutto per alcuni paesi dove si presentano difficoltà di accettare i limiti imposti alle sovranità nazionali; tempi lunghi si prevedono, quindi. Ciò non toglie che il sogno di una autentica unità europea possa ugualmente realizzarsi soprattutto ad opera di quei paesi fondatori di cui l'Italia ha fatto parte.

Importante ai fini dei diritti dei cittadini è segnalare la creazione della Corte di Giustizia che è formata da un giudice per ogni paese membro. La Corte di Giustizia deve assicurare appunto il rispetto dei diritti dei cittadini nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme della Costituzione. A partire dal 2009 l'istituto della maggioranza qualificata, nell'ambito dei 25 membri con l'aggiunta rappresentativa del 60% della popolazione complessiva dà aspetti problematici, al di là del cosiddetto voto ponderato fissato con il Trattato di Nizza. C'è poi da presumere quindi un cammino tortuoso, se non il blocco di ogni proposta condizionata a questi elementi.

Rimane però sempre il diritto di iniziativa popolare se la richiede almeno un milione di cittadini europei e in tal caso si dovrà provvedere alle conseguenti iniziative legislative.

In conclusione accanto al parlamento Europeo si aggiunge il Consiglio europeo, composto dai capi di Stato di governo; in più un Consiglio dei Ministri con un rappresentante per ogni Stato membro. A ciò si aggiunge la Commissione europea con il Presidente eletto dal Parlamento. Il Presidente eletto dal Consiglio avrà un mandato di due anni e mezzo e la rappresentanza esterna dell'Unione Europea. È previsto il ministro degli esteri scelto come vice presidente della Commissione ed eletto dal Consiglio Europeo. A ciò si aggiunge la Commissione Europea che diventerà operativa nel 2009 con un numero di 15 membri, a cui spetterà di promuovere ogni atto legislativo e assumere allo stesso tempo la rappresentanza esterna dell'Unione.

Non credo che si possa pervenire ad una più complessa struttura istituzionale, oltre quella prevista; speriamo comunque che l'Europa dei popoli come hanno previsto i grandi fondatori e ispiratori dell'Unione Europea, non rimanga una Europa dei mercanti ma una Europa dei popoli, in modo che il cittadino europeo non sia visto solo come un consumatore ma un attore della vita economica sociale e istituzionale, sì da poterlo qualificare, con dignità, cittadino dell'Unione.

Avv. Giovanni CIPOLLONE

Desidero ringraziare tutti gli intervenuti e, prima di entrare in argomento e di prendere in esame temi di grande attualità che verranno sviluppati in questo incontro di studio, credo necessario fare qualche osservazione di carattere storico.

Il tema da affrontare ha radici lontane. Bisogna forse partire dal pre-romanticismo del Settecento, che precede la grande svolta della Rivoluzione francese che ha portato all'affermazione dei concetti di democraticità e laicità, per comprendere come sia nato lo Stato moderno e come si sia pervenuti alla luminosa idea della comunione dei Paesi europei.

Il popolo di Rousseau, di Saint Just e dei rivoluzionari francesi è anche il popolo universale che comprende tutto il genere umano.

È una aspirazione filosofica, prima che politica. Tuttavia questo seme, che racchiudeva rigogliose e feconde proprietà di universalità, non ha potuto avere immediato sviluppo per il sorgere della ideologia politica della nazionalità, alimentata dallo strapotere delle dinastie monarchiche europee che hanno esercitato il potere, sempre più in maniera assolutistica.

L'Italia in tale momento storico era assillata da un problema primario quale era il riconoscimento della propria identità nazionale. Ebbe così vita il liberalismo, movimento che intendeva risolvere un altro grande problema e cioè il rapporto tra Stato e Chiesa.

L'ascesa del liberalismo ha come protagonista il Mazzini il quale, nel fondare nel 1831 la "Giovine Italia" e nel 1834 la "Giovine Europa", auspicava la creazione di una federazione dei popoli europei affrancati dalla oppressione degli Stati che avevano imposto la loro egemonia nel Congresso di Vienna.

I successivi eventi storici sono da tutti conosciuti e ben due guerre mondiali hanno cancellato monarchie, regimi assolutistici, il nazional-imperialismo e il colonialismo, legittimando l'affermazione del sistema politico democratico.

Ecco, allora che rinvigorisce il seme prezioso che dà vita al processo di integrazione europea, ma la lunga e faticosa sequela di tappe evolutive che hanno visto la creazione di un mercato comune, l'introduzione di una moneta unica, non può ritenersi soddisfacente se non si perseguono ulteriori necessarie conquiste.

Non v'è dubbio che strutturalmente l'Edificio europeo non può reggersi senza l'ausilio di due pilastri fondamentali che rispondono ai nomi di Giustizia e Sicurezza.

Una particolare attenzione va rivolta all'attuazione del mandato d'arresto europeo, alla sua applicabilità in relazione al numero dei reati previsti e in riferimento alla procedura di consegna tra gli Stati membri.

In verità, al fine di trovare una soluzione per tutti soddisfacente, la decisione GAI 2002/584 del Consiglio dell'Unione Europea aveva stabilito che nulla osta che gli Stati membri applichino le loro norme costituzionali relative al "giusto processo".

Altro "punctum dolens", e ciò per quanto concerne l'aspetto della sicurezza, è il tema dell'immigrazione.

Si devono regolamentare i rapporti di cooperazione tra gli Stati membri, prima che

sul piano giudiziario in quello di prevenzione, da affidare agli organi di Polizia dei singoli Stati perché agiscano su un piano di azione uniforme nel rispetto di regole comuni.

Lo spazio europeo di Libertà, Sicurezza e Giustizia non può prescindere dalla unità di intenti, nell'ambito di comuni ideali di democrazia e progresso, nello spirito di fermezza e certezza della legalità.

Ritengo, sul piano delle prospettive, che l'Unione europea, dalla sua illuminata piattaforma di autonomia e neutralità, possa giocare un ruolo determinante di efficace mediazione per risolvere la grave calamità del terrorismo.

Credo opportuno terminare il mio intervento ricordando quanto ebbe a dire un grande statista italiano, Aldo Moro, che nel lontano 1978, nell'auspicare avanti il Parlamento italiano la costruzione di un'Europa unita, ebbe così ad esprimersi: "Vi è una vocazione europea connaturale al popolo italiano". Aggiungeva il grande statista: "Credo si debba sottolineare – non so in quale misura, ma certamente in larga misura – che nelle aspirazioni italiane sull'Europa vi è una autentica vocazione federalista".

lunedì 13 giugno
2005 alle ore 16.00
Auditorium della
Cassa Nazionale
Forense
Via E. Q. Visconti 8

Commemorazione del Prof. Avv. Filippo Vassalli nel cinquantenario della morte

Presiedono

Avv. Alessandro Cassiani

Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Avv. Maurizio de Tilla

Presidente della Cassa Nazionale Forense

Presenta

Cons. Avv. Giovanni Cipollone

Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Relatori

Prof. Giuseppe Benedetti

Titolare della Cattedra di Diritto Civile Università degli Studi di Roma "La Sapienza" della Magistratura

Prof. Giovanni Battista Ferri

Ordinario di Diritto Civile Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

In una sala gremita di illustri personalità e del Corpo Accademico delle quattro università romane, vi è stato il saluto inaugurale del Presidente Alessandro Cassiani e dell'Avv. Vittorio Mormando che ha preso la parola a nome dell'Avv. Maurizio de Tilla, Presidente della Cassa Nazionale Forense.

Il Cons. Giovanni Cipollone ha letto i messaggi di varie Autorità, fra cui quello del Prof. Giovanni Conso, Presidente della Accademia dei Lincei, che di seguito pubblichiamo.

“ La magnifica doverosa iniziativa odierna per commemorare a cinquant'anni dalla scomparsa la grande figura di Filippo Vassalli merita ogni plaudente apprezzamento per tutto quanto egli ha dato all'avvocatura e alla scienza giuridica in tanti settori, partecipando attivamente alla formazione del Codice Civile tuttora vigente e dando vita, fra l'altro, a quel trattato di Diritto civile che non ha paragoni, anche se mi resta il rammarico di non poter presenziare personalmente a causa di una inopinata coincidenza di ufficio affidando peraltro con vivo piacere il compito di rappresentare l'Accademia dei Lincei, che lo ha avuto componente prestigioso, al socio nazionale Renato Scognamiglio, con la preghiera di esprimere tutto il nostro affetto al carissimo Maestro Giuliano Vassalli, mentre rivolgo un caro saluto all'intera Avvocatura romana.
Molto cordialmente”

Avv. Giovanni CIPOLLONE

Gentili Signore e Signori,
 Su incarico del nostro Consiglio dell'Ordine, ho avuto l'onore di presentare questa manifestazione, per commemorare, nel cinquantenario dalla morte, uno dei più grandi giuristi italiani: il prof. Filippo Vassalli.

Ringrazio l'Avv. Maurizio de Tilla, Presidente della Cassa Forense, oggi rappresentata dall'amico Avv. Vittorio Mormando, il quale ha consentito che questa manifestazione avesse luogo in questa prestigiosa e accogliente aula.

Il mio saluto va al figlio, prof. Giuliano Vassalli, che è stato mio Maestro e al quale mi rivolgo con tanto affetto e riconoscenza. Tutta la mia ammirazione va poi al nipote Francesco, apprezzato docente universitario, ultimo (almeno per ora) rigoglioso virgulto di una famiglia di grandi giuristi.

Ringrazio poi e saluto tutti i presenti, idealmente, tutti diretti discepoli di Filippo Vassalli che sono oggi intervenuti per rendere l'omaggio di devozione e affetto a Colui che ha dato grande prestigio alla Università di Roma, dove è stato Preside della Facoltà di Giurisprudenza, ininterrottamente dal 1944 fino alla morte.

La produzione scientifica abbraccia i più vari e molteplici campi del Diritto, dagli "Studi di diritto romano" alle "Immagini di giureconsulti e Panorami di Diritto"; dai "Contributi alla Teoria dei beni pubblici", agli "Studi di diritto matrimoniale".

A Filippo Vassalli si devono anche due interessanti ricerche di papirologia giuridica.

Fu giurista completo e anche un grande umanista.

In una conferenza tenuta nell'Aula Magna di Buenos Aires il 6 settembre 1951, Filippo Vassalli così esordì: "Sono uomo di legge formatosi in Europa".

Certamente, alludeva alla grande tradizione giuridica del nostro continente, culla millenaria del diritto che aveva trovato nuova linfa in America Latina.

Come tutti i grandi uomini, Filippo Vassalli seppe guardare lontano e prevedere la forza di espansione del diritto, come mezzo per ravvicinare e congiungere i popoli più lontani e diversi, anche quelli che non avevano comunanza di origine o di vicende storiche o di interessi politici, auspicando principi sacrosanti che poggiassero sulla universalità del diritto.

Sosteneva in una Sua importante prolusione dal titolo "Esame di coscienza di un giurista europeo", che "l'uniformità di disciplina giuridica" si deve promuovere e attuare rispetto a quei rapporti che più frequentemente si annodano tra soggetti appartenenti a collettività statuali distinte.

In questa direzione molto lavoro si sta compiendo e per via di convenzioni internazionali s'è già conseguita una unificazione, più o meno ampia e compiuta, di rami tra i più importanti del diritto: commercio marittimo, trasporti ferroviari, diritto cambiario, arbitrato commerciale, proprietà industriale, diritti di autore, navigazione aerea, trasmissioni radioelettriche".

Era il tempo in cui si era tenuto a Roma il congresso internazionale per l'unificazione del diritto privato.

Egli fu quindi un grande europeista.

In un altro Suo intervento, così concludeva: "Se sopravvivono immortali Labeone e Papiniano e così Irnerio, Bartolo, Baldo, Coke, Pothier, se -vivi e mortessi furono circondati dalla generale venerazione, è perché intesero la loro missione, conformandola in tempi e luoghi diversi, alla suprema esigenza definitivamente espressa, sulla soglia delle compilazioni giustinianee, con le parole del giureconsulto romano, per cui "ius est ars boni et aequi".

Ebbene, io a questo elenco di uomini illustri, senza alcuna esitazione aggiungerei anche il nome di Filippo Vassalli.

Prof. Giuseppe BENEDETTI

Se Vincenzo Arangio-Ruiz iniziava il suo discorso dicendo d'essere stato "temerario nell'accettare di commemorare" nella Facoltà, che fu Sua, Filippo Vassalli¹, e se a lui facevo eco F. Santoro-Passarelli, all'Accademia Nazionale dei Lincei, nel leggerne l'*Elogio*², cosa dovrei dire io, in spirito di verità? Tentare di "scoprire il segreto del suo guoco sottile"³ è impresa ardua.

Proprio il timore, anzi la certezza di accostare ai ritratti autentici una copia, contraffatta e sbiadita, mi ha consigliato, spero saggiamente, di dare al mio discorso un taglio diverso da quello del medaglione, che riassume i tratti salienti dell'opera e della personalità scientifica del prestigioso giurista. Quei medaglioni che ho richiamato, tra l'altro, hanno la freschezza d'una contestualità storica.

Oggi noi onoriamo e ricordiamo le opere e la persona, ma ben mezzo secolo ci separa dalla sua scomparsa. C'è già una distanza storica.

Perciò ho pensato di orientare la mia riflessione muovendo proprio a questo ultimo punto di vista, confortato dall'insegnamento dell'ermeneutica contemporanea che nella ricostruzione storica dà spicco all'interprete, ineludibilmente condizionato dal proprio mondo.

Inizio dunque il discorso non tentando di riprodurre l'immagine di Filippo Vassalli, ma dal nostro tempo, ponendomi in un orizzonte che altrove ho chiamato *la contemporaneità del civilista*⁴.

Il quale oggi, sul tavolo di lavoro, trova problemi pressanti, che coinvolgo-

1 V. ARANGIO-RUIZ, *Filippo Vassalli, Riv. It. Sc. Giur.*, 1955-56, 1 ss.

2 F. SANTORO-PASSARELLI, *Elogio di Filippo Vassalli, Saggi di Diritto civile*, I (Napoli 1961), 87 ss.

3 Utilizzo una suggestiva immagine dello stesso F. Vassalli detta

con riferimento al Suo indimenticato Maestro Vittorio Scialoja in F. VASSALLI, *Insegnamento e riforme del diritto civile* (Commemorazione del prof. Roberto de Ruggiero), *Studi Giuridici* (Milano 1960), Vol. III, T. I, 464.

4 G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista, Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia* (Milano 2004), 1229 ss.

no il suo magistero di giurista e quindi la sua responsabilità politica, tra i quali non ultimo quello della codificazione: proprio come avvenne al Maestro che ricordiamo. Ma con quale differenza? A Vassalli si prospettarono i problemi della legislazione di guerra (dopo la Prima Guerra Mondiale), della sistemazione legislativa delle nuove province, della legge matrimoniale concordataria e, soprattutto, della “elaborazione” del codice civile; ora, per noi il problema è di sorpassare l’orizzonte municipale per costruire un diritto transnazionale, più specificamente un codice di diritto comune europeo.

In ordine ai problemi di oggi che cosa può dire a noi Filippo Vassalli, che ha lavorato, esemplarmente sì, ma in tutt’altro contesto storico? Il suo insegnamento, la sua arte di fare le leggi, insomma il suo sapere e il suo saper fare costituiscono una pagina chiusa, già consegnata alla storia della scienza, anzi dell’esperienza giuridica della prima metà del XX secolo? Ovvero ci parlano ancora nella continuità di un pensiero che trascende il radicale mutamento della situazione storica? Questo è il punto sul quale intenderei riflettere.

E, infine, dirò un ricordo personale. Ma solo alla fine, perché non voglio rischiare che queste riflessioni possano scadere in un patetico discorso autobiografico, costruito su una sintassi aneddotica.

La struttura compositiva del mio discorso si muoverà dunque su due punti: la legge, nell’intreccio tra ragione e giustizia, e la civiltà del diritto; infine, la figura del Maestro nel ricordo d’un allievo.

1. E iniziamo col primo punto.

La vasta e a volte inestricabile problematica dell’oggi è complicata dalla crisi di pensiero che sta attraversando la civiltà occidentale, della quale si continua ad annunciare il tramonto. La nostra indagine infatti non può essere isolata, ma va inserita nel contesto storico nel quale il giurista, e non solo il giurista, è tenuto a impostare e svolgere i problemi.

Non mi occuperò del contesto politico, perché vorrei fermarmi, sia pure per poco, a guardare nell’orizzonte *culturale*, specie su certe significative direzioni del pensiero contemporaneo.

Mi limito al richiamo di due testi recentissimi, freschi di stampa, di due filosofi del diritto: il libro di Pietro Barcellona sul *Suicidio dell’Europa*⁵ e il libro di Bruno Romano *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo “perfetto”*⁶. Dei quali farò solo un cenno di sapore suggestivo. Su tutti e due soffia un vento gelido, eppure tutt’e due sono invincibilmente animati da una fede nell’uomo che non si arrende: nel giurista artista della ragione e nel *civis*, che si mette in gioco nell’orizzonte culturale, per resistere all’autodistruzione tecnologica.

La condizione contemporanea è incisivamente segnata da Bruno Romano e

si può riassumere in un *fondamentalismo funzionale*, che col dominio postmoderno della tecnica e del mercato induce l’era del *postumanesimo*.

Nel disagio della scienza giuridica contemporanea si spegne la figura del giurista-artista della ragione, caratterizzata dalla libertà del soggetto parlante a fronte di una figura a-soggettiva del tecnico delle norme, dimensionata nel “*funzionare*” come luogo desoggettivato di un sistema informatico. Ciò ha indotto a concludere che in quella prospettiva il “Nessuno” diviene “il nuovo Signore della condizione postumana”⁷. Si capisce l’amarezza che esplode nel paradosso d’una *scienza giuridica senza giurista*, dal quale traspare tuttavia la nostalgia e l’apertura verso l’artista della ragione.

Anche nel mio convincimento, non improvvisato per l’occasione, questo mondo sradicato e disorientato non ha la vocazione a rimaner tale, vuole *risco-prire* “un *senso* e darsi un ordine”⁸. E proprio il giurista deve operare tra i primi in tale direzione, mettendosi in gioco, aprendo il dialogo, attingendo alla sua missione ordinante: essenziale, ineludibile.

2.1. Questo discorso, se non è rimasto inascoltato affatto, è perché si sostanzia del pensiero e dell’esempio dei Maestri, innanzitutto proprio di Filippo Vassalli, con la sua inesausta vitalità, che lo rende attuale.

Sono certo che F. Vassalli ha potuto scrivere due terzi del codice civile che ancora ci governa perché *ha creduto* nel *diritto* come espressione di civiltà. Si potrebbe ripetere per lui, come altri disse di sé, che Egli è stato un “*civilista convinto*”⁹. Ma convinto di che? Dei fondamenti sui quali il grande edificio del diritto civile è costruito e sull’*essere* stesso del diritto civile.

Questa mia conclusione poggia su snodi significativi del pensiero, della formazione, e cioè della cultura di quel Maestro. Il quale, seppure misurato nel gesto, non teme di affermare e riaffermare che il diritto privato si confonde “quasi col modo di essere della nostra vita di genti civili”¹⁰.

Civiltà e diritto percorrono lo stesso itinerario. E ne avremo conferma proprio alla conclusione di questo discorso.

Il diritto, nella convinzione di Filippo Vassalli, è *ragione*, anzi *ratio summa*.

La scienza giuridica, per Vassalli, non è senza giurista: perché della “ragione che è il pensiero sollecitato sugli oggetti dell’umano interesse, sono cultori i giuristi”¹¹.

Mi sembra di poter dire che la ragione, di cui Egli parla, non è quella esal-

7 B. ROMANO, op. cit., passim, 165 ss., spec. 178.

8 G. BENEDETTI, op. cit., 1290. V. il *finissimo saggio* di A. PUNZI, *Può il giurista essere nichilista?* Riv. Int. Fil. Dir., 2004, 715 ss.

9 Il riferimento è a F. Santoro-Passarelli, *Compleanno di un libro, I quarant’anni delle “Dottrine” di Santoro-Passarelli*, Riv. Dir. Civ., 1986, II, 80, e *Ordinamento e Diritto Civile. Ultimi Saggi*

(Napoli 1988), 9; cfr. anche G. BENEDETTI, *Elogio di un civilista convinto: una testimonianza del sistema scientifico di Francesco Santoro-Passarelli*, Riv. Dir. Priv., I, 1996, 497 ss.

10 F. VASSALLI, *La missione del giurista nella elaborazione della legge*, Studi giuridici, cit., III, 737, spec. 741.

11 F. VASSALLI, op. ult. cit., 751.

5 P. BARCELLONA, *Il suicidio dell’Europa. Dalla coscienza infelice all’edonismo cognitivo* (Bari 2005).

6 B. ROMANO, *Scienza giuridica senza giurista: il nichilismo ‘perfetto’* (Torino 2005).

tata dal razionalismo metafisico-speculativo di stampo cartesiano, ma una ragione più sanguigna, aperta alla funzione ordinante del diritto, che ha come tratto fondante, ineliminabile, *la giustizia*. Né è la ragione nemica del pensiero, sconfessata dalla pungente definizione di Heidegger¹², ma la ragione che diviene arte, secondo la suggestiva espressione di Legendre: la cui elegante presentazione è dettata dalla raffinata cultura dell'amico G.B. Ferri¹³.

Il richiamo non è senza disegno: come vedremo, anche F. Vassalli insisterà nei suoi scritti su questa parola, *arte*.

Egli non si ferma a definizioni astrattizzanti, addita sempre, esplicitamente o in implicito, idee precise. I giuristi, “non redattori ma *conditores iuris* [...] spesso partecipi delle vicende politiche de' loro tempi e sempre maestri di ragione e giustizia”¹⁴. La connessione, anche sintattica, tra gli ultimi due termini fa emergere come nel discorso di F. Vassalli si intreccino indissolubilmente *ragione* e *giustizia*.

Tenne in Campidoglio, alla presenza del Capo dello Stato, una relazione intitolata “La missione del giurista nell'elaborazione della legge”¹⁵. Notate il titolo, che già riassume il Suo pensiero, sul quale ci diffonderemo.

Ma, in *limine*, vorrei fare una considerazione filologica: Vassalli utilizza la parola *elaborazione*, non redazione della legge, come di solito diciamo. Elaborare viene da *labor*, si tratta della “*fatica*”, fatica del “comporre una cosa con studio e con arte”. Quell'affissare che Hegel chiamerà la “*fatica del concetto*” come ineludibile strumento del pensiero. E Vassalli giocava da padrone con il lessico, da quell'umanista che era.

La noterella, non solo filologica, ci riporta con maggiore consapevolezza critica a svolgere l'intreccio vassalliano del giurista *conditor iuris*, maestro di ragione e giustizia.

S'è già detto d'una ragione, che non è logica esangue ma che si incarna nelle cose: ho ricordato, richiamando testualmente la parola del Maestro, la definizione che Egli stesso ne dà: “Il pensiero sollecitato sugli oggetti dell'umano interesse”. È una ragione nutrita, e nutrita di giustizia. Di questa sono cultori i giuristi.

Il giurista dunque non è puro esegeta di leggi, non redattore, ma *fattore* di diritto, come è dimostrato sul piano concreto della storia. Vassalli, storico del diritto, ci insegna: “Proprio dal pensiero dei giuristi direttamente o indirettamente nacquero il diritto romano, il diritto comune del continente europeo, il diritto francese, la *common law* inglese”¹⁶.

2.2. Ma il discorso deve andare più avanti, su quell'idea centrale di ragione,

toccano il tema delicato della distinzione, che diviene contrapposizione, tra diritto e legge. La legge è coazione, ma anche *ragione*. Tuttavia, se piegata al contingente, perde questa sua essenza e si allontana dal diritto. “Oggi, figgendo l'occhio alla sostanza delle cose, la legge stessa non è che un atto di amministrazione”¹⁷. Di qui la realistica e scorata constatazione che spesso “le leggi assumono quel carattere così alieno dall'etica, per cui in altri periodi della storia, dal diritto civile si distinguevano le gride, le pragmatiche, i dispacci, i bandi”. “Comandi son questi e comandi son quelli, ma... negli uni si trova ragione e coazione, negli altri forse soltanto coazione”¹⁸. E conclude: “Il problema di oggi è riportare... il giurista alle leggi. In fondo, è l'aspirazione di riportare le leggi al diritto”¹⁹.

Ma questo problema non si è concluso all'oggi di F. Vassalli, dilaga nel nostro oggi. Tanto che vorrei chiedermi: quanto dista un siffatto discorso dalla sofferta analisi di Bruno Romano sulla *scienza giuridica senza giurista?*

Ho riletto le pagine dell'uno e dell'altro, le une dopo le altre, apparentemente così diverse nel dettato per il taglio che gli Autori, in ragione delle loro vocazioni, imprimono al discorso, e tuttavia così vicine nella sostanza: il problema è *uno*, anche se osservato da *due* punti di vista e malgrado la radicale diversità dei contesti storici. Questo felice incontro, oltre a confermare la modernità di Filippo Vassalli, a me suggerisce qualcosa di più. Credo di poter leggere, assecondando un indirizzo fenomenologico, ciò che Husserl chiamerebbe, oltre il mutamento e la diversità, la “*datità originaria*”. Insomma, una sorta di *struttura del pensiero problematico*, con portata *metastorica*. Non come assoluto storico, perché il diritto è calato nella temporalità, ma nel significato più circoscritto di stabilità di strutture critiche quali forme costanti che ripropongono i problemi dell'essere dell'uomo e della sua storia, e quindi proprio come conquista di storicità.

Non so quanto peso eserciti anche il più lontano, ma sempre attuale, G.B. Vico.

Tutto il discorso, in fondo, ci riporta alla domanda di *senso*.

Ma non vorrei fermarmi al piano puramente teoretico, vorrei andare *incontro alle cose*. In ciò sospinto da Filippo Vassalli, la cui educazione storica conferisce alla sua pagina quella compiutezza che le dona rotondità e sapore.

Egli non si ferma a registrare l'apparire dell'oggi, ma con la sua naturale eleganza traccia un disegno, la cui sobrietà non deve trarre in inganno circa la profondità e il rigore.

Emerge con evidenza dalla pagina vassalliana che il diritto civile non è mai stato “mancipio” dello Stato, come è avvenuto nella fase più recente della storia²⁰. Quel monumento di sapere giuridico rappresentato dal diritto romano fu “costruito prevalentemente per opera di giureconsulti, e cioè di privati... sacerdoti dell'idea di giustizia... e dal pretore, che deve *ius dicere*... dichiarare ciò che è diritto, anche

12 M. HEIDEGGER, *La sentenza di Nietzsche "Dio è morto"*, *Sentieri interrotti* (Milano 2000), 246 e ora nella trad. di V. CICERO, *La parola di Nietzsche "Dio è morto"*, *Holzwege. Sentieri erranti nella selva* (Milano 2002), 316.

diritto civile come opera d'arte (Padova 2002).

14 F. VASSALLI, *ult. op. cit.*, 751.

15 F. VASSALLI, *op. cit.*

13 P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, presentazione di G.B. Ferri (Torino 2000); cfr. anche G.B. FERRI, Filippo Vassalli e il

16 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 751.

17 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 741.

19 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 751.

18 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 750.

20 F. VASSALLI, *Esame di coscienza di un giurista europeo*, *Studi*, cit., 768.

egli voce del buono e del giusto”²¹.

Il comando, che tuttavia si affaccia sulla scena giuridica, è destinato ad esser assorbito dal tessuto connettivo del diritto civile. “Il dato del comando -dice Vassalli- è subito trasformato in dato di pensiero”: così la ragione rimane a signoreggiare il diritto civile²².

Di qui due corollari della diagnosi storica: il primo è la teorizzazione della estrastatualità del *diritto civile*²³; l’altro, l’individuazione del momento di frattura, costituito dai codici nazionali²⁴.

Questi ultimi hanno spezzato la comunione di costumi e di idee che fondava il *diritto comune*²⁵. Proprio perché la intervenuta statualità del diritto civile ha finito col pregiudicare assieme all’universalità della disciplina, quel suo fondamento *razionale ed etico*, che della universalità costituiva la ragione²⁶.

Si conferma ancora la validità e l’attualità del pensiero di F. Vassalli: questa tematica e questa problematica oggi sono riprese e svolte da Paolo Grossi in una ricca serie di opere di alto respiro, giocate proprio sulla critica dell’*assolutismo legislativo* e sul ruolo del giurista, teorico e pratico, che trova il diritto scrutando, oltre il libro della legge, quello più vivo e vero del corpo sociale, calato nel proprio tempo, e cioè nella *storia*²⁷.

2.3. Quest’orizzonte storico così ampio porta il discorso di F. Vassalli anche al diritto transnazionale, sul quale Egli ha detto in modo lucidissimo e assai attuale, anzi anticipatore.

Anche qui Egli muove da un giudizio storico: “L’ultima grande guerra ha preparato il superamento dello Stato nazionale e il superamento della sovranità statale”²⁸. Il sorpasso del dogma statale e delle barriere tra i popoli, specie con riferimento al sistema di *common law* (e nei tempi in cui Egli parlava queste idee non erano dottrina dominante), è per Vassalli certamente da assecondare.

E tuttavia, l’unificazione si potrà realizzare solo col venir meno dello statalismo giuridico che ha indotto la frattura del diritto comune, e perciò con l’affermarsi dei principi per cui il diritto civile si è posto storicamente come *ragione scritta*.

Questa apertura e la precisa indicazione delle linee di sviluppo è temperata dall’equilibrio che caratterizza la personalità del Maestro, il quale esclude l’uniformità per la *totalità* dei rapporti giuridici, attuabile solo in ordine a quelli che

più frequentemente si annodano tra soggetti appartenenti a ordini statuali distinti. Quanto ai modi, indica con fermezza che il diritto, quale *formazione storica* delicata e complessa, non tollera per sua natura interventi esteriori troppo drastici: l’obiettivo dell’unificazione, dunque, non può raggiungersi che per il tramite del quotidiano lavoro di riavvicinamento svolto dalla dottrina attraverso la quale soltanto può compiersi, come si compie, un illuminante, proficuo dialogo²⁹.

2.4. L’impianto culturale del quale ho detto ha posto Filippo Vassalli, rispetto alla codificazione, in una posizione davvero singolare, che Egli stesso scandisce con estrema lucidità: “È una ironia del caso -precisa- se proprio a me, che non sono affatto un entusiasta del sistema delle codificazioni ufficiali (per quelle private il discorso è diverso) è toccato di collaborare per venticinque anni ai codici e di scrivere per buoni due terzi il codice civile che governa le nostre faccende”³⁰.

(Ma quando mi sarà finalmente dato di discettare, come ho già pubblicamente anticipato³¹, sull’*ironia* di Filippo Vassalli?)

Dietro l’ironia bisogna leggere, oltre l’orizzonte culturale cui si è fatto cenno, la fermezza interiore dell’uomo e il suo profondo senso delle istituzioni, testimoniato proprio da una intensa, fedele, anonima laboriosità, che l’acutezza di V. Arangio-Ruiz ha contrapposto a quella di chi, come l’avaro, “attende tutta la vita all’accumulazione di opere” (e cioè di libri) “che con un tantino di malevolenza possono essere considerate le pietre del monumento che il dotto eleva a sé medesimo”³².

C’è di più. Non si può dimenticare che il codice non fu scritto in tempi idilliaci. Ma, com’è stato detto, i chierici non hanno tradito: tolto qualche orpello di formale omaggio al regime, il codice è rimasto come *pagina di civiltà*, ancora assunto a modello anche di legislazioni transazionali. Il codice civile, con la sua modernità, nel taglio sistematico e nei contenuti normativi, ha superato l’impatto del mutamento costituzionale, del radicale rinnovamento della società civile, in specie dell’economia. E poi delle ricorrenti azioni di guerriglia. Il codice civile ha resistito e ha resistito bene.

Se ciò è avvenuto, per molto, la nostra civiltà giuridica è tributaria a Filippo Vassalli, che si pone in una posizione di assoluto spicco nell’orizzonte culturale della prima metà del secolo XX. Fuori dalle mode e dagli eccessi del dogmatismo, decisamente critico -come Egli le chiamò- delle “mentalità anchilosate da oltre mezzo secolo di positivismo e nazionalismo giuridico”³³, è stato l’umanista, signore della cultura giuridica, sopra la mortificazione delle specializzazioni, pie-

21 F. VASSALLI, *op. loc. ult. cit.*

22 F. VASSALLI, *op. loc. ult. cit.*, 769.

23 F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi*, cit., 753 ss.

24 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 759 s.

25 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 759.

26 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 760.

27 Ricordo soltanto alcune delle opere significative che fanno parte di un ampio disegno scientifico: P. GROSSI: *L’ordine giuridico medievale* (Roma-Bari 1996); *Scienza giuridica italiana* (Milano 2000); *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano 2001); *La cultura del civilista italiano, un profilo storico* (Milano 2002); *Prima lezione di diritto* (Roma-Bari 2003).

28 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 754.

29 Sul punto v. anche G. BENEDETTI, *op. cit.*, 1294 s.

30 F. VASSALLI, Osservazioni di uomini di legge in Inghilterra, in *Studi*, cit., 576.

31 G. BENEDETTI, *op. cit.*, 1270, nota 106.

32 V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 9 s.

33 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 576, nota 1.

tosio nascondimento di incultura.

Da questo raro precipitato di dottrina, saggezza e convinzioni profonde, necessarie a conferire fermezza e autorevolezza, è sbocciata la personalità di Filippo Vassalli, che gli ha consentito di influire sul sapere, sulla Scuola e sulle istituzioni.

Dei contenuti del codice non mi occuperò, anche perché credo che di essi parlerà G.B. Ferri, al quale dobbiamo pagine di assoluta finezza, frutto d'una perseverante passione di studioso per questa singolare figura di giureconsulto.

2.5. Alla fine urge la domanda essenziale: *oggi*, la “missione del giurista” cosa chiede al nostro impegno?

L'onestà e il rigore intellettuale dello studioso e dell'operatore del diritto deve contenersi a contemplare il tramonto della civiltà dell'occidente, “la notte del mondo, mistificato in giorno tecnico”³⁴, e il declino del diritto, ridotto a *inganno* per nascondere la sua vera essenza di “violenza originaria”? La “potenza della tecnica, che prende solo se stessa come scopo”, ha ormai “eroso l'idea di diritto come strumento per la realizzazione della giustizia”³⁵? Dobbiamo dunque cedere al disincanto?

Ma a Vassalli non è congeniale la filosofia del disincanto. Non rimangono altri itinerari da percorrere? L' “alienazione dell'occidente” è una chiave di lettura della nostra storia che non si può vivere in *altro* modo?³⁶ “Ciò che cambia il mondo -afferma P. Barcellona- sono le passioni. La ragione permette di capirlo, ma arriva sempre dopo, come la nottola di Minerva”³⁷.

Possiamo ancora riproporci il problema del diritto come intreccio di ragione e giustizia, richiamando l'insegnamento antico ma sempre nuovo rappresentato con la metafora di Antigone, che si immola per testimoniare gli “*agraphoi nomoi*”? La cui attualità è confermata anche da studi recentissimi. Tra i quali, qui debbo ricordarne uno: non si tratta di un filosofo ma di un giurista, un penalista che, con malcelato orgoglio di un “vecchissimo professore”, “ancora malinconico amante di diritto penale e di giustizia”, ha scritto un gran bel libro sulla Formula di Radbruch. Sì, mi riferisco proprio al libro di Giuliano Vassalli³⁸, che saluto con devozione ed affetto.

In quel testo, che fa onore alla scienza, dimostrando tra l'altro come l'impegno scientifico sorpassi il dovere accademico, l'Autore si ripropone “l'antico interrogativo se a leggi tanto immorali e inumane possa attagliarsi un sostantivo che, come quello di diritto, esprime in definitiva un complesso di valori positivi collegati all'idea di *giustizia*”³⁹. Si deve proprio dire che le questioni essenziali del diritto,

to, dai Vassalli, sono di casa.

Ma torniamo a Filippo Vassalli, anche perché forse non sarebbe gradito che, oltre il fugace accenno, che è nelle cose, io indugiassi su altri. E tuttavia la citazione ora fatta non è né orpello né omaggio: vuol dimostrare, come dimostra, che certi temi non appartengono solo alla generazione di chi è scomparso cinquanta anni fa, sono attuali, anzi attualissimi, perché si ripropongono con rinnovato vigore⁴⁰.

Ed è tempo di concludere richiamando la risposta del Maestro che onoriamo alle questioni proposte e assieme ponendo in chiaro proprio una preziosa lezione di *ironia*, secondo la migliore tradizione filosofica, che dalla *paidia* corre verso la *paidia*. Dallo scherzo approda all'insegnamento profondo, realizzando esiti più intensi di costruite lezioni. Mi riferisco al libretto a tutti noto, almeno nel titolo, *Del ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore, ovvero la dogmatica ludicra*⁴¹, ove dietro il gioco (e il tempo non ci consente di fermarci su questo concetto importante per comprendere sempre più a fondo l'artista della ragione) si nasconde la coscienza vigile del giurista, ferma sull'idea del diritto come *ars boni et aequi*. Dopo l'intermezzo sulla servitù d'amore, Vassalli smette di giocare, obbedendo all'insegnamento oraziano, che chiude l'aureo libretto⁴²: non c'è da vergognarsi d'aver giocato, ma di non smetterla di giocare!

E dopo le disquisizioni erudite, cambia tono: tirare in ballo la natura del *ius in corpus* dei coniugi per spiegare la disciplina positiva -Egli scrive- rassomiglia troppo “al macabro scherzo per cui la pena di morte è stata riportata all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità”. E chiude con una frase che è la *chiave di senso* di tutto il libro: “Ma non è con elucubrazioni siffatte che si custodisce il diritto e si mantiene viva la coscienza della sua funzione tra gli uomini: all'avvilimento in cui è caduto, e che coincide col tramonto sanguigno della nostra civiltà, forse non è estranea del tutto l'opera di certa dogmatica prevalsa negli ultimi tempi”⁴³.

Il libro è stato scritto nell'estate del 1943 e stampato, a Roma, all'inizio del 1944. Soffriva la tragedia della città e dell'epilogo della Seconda Guerra Mondiale. In questo contesto l'immagine, forte, del “tramonto sanguigno della nostra civiltà” è il grido d'una coscienza inquieta che, dalle macerie d'un mondo in rovina, richiama il giurista alla sua missione essenziale: custodire il diritto e mantenere viva la

40 Cfr. L. CANFORA, *Diritto naturale? MicroMega, Amanacco di filosofia*, 5/2002, 230, che riporta ampiamente sul punto Claudio Magris.

41 F. VASSALLI, *Del ius in corpus, del debitum coniugale e della servitù d'amore, ovvero la dogmatica ludicra* (Roma 1944).

42 “*Nec luisse pudet, sed non incidere ludum*”.

43 F. VASSALLI, *op. ult. cit.*, 143. Ladiffidenza di F. Vassalli verso l' “elaborazione dogmatica”, sia come teorico che come autore di leggi, deve essere tuttavia esattamente precisata; e non v'è modo migliore che riprodurre le sue parole: “Nessuno potrebbe negare l'utilità di codeste raffinate indagini, le quali ci han messo in possesso di

strumenti di grande precisione [...]

Ma non dovrebbe perdersi di vista che sempre di strumenti si tratta; di strumenti di cognizione e di descrizione, e che [...] non conviene lasciarsene esaltare fino al punto di confondere il lavoro speso in” quelle esercitazioni “col compito del giurista, il quale sempre dovrebbe consistere nel ricercare la regola meglio appropriata alle esigenze del vivere sociale e al progresso dello stesso, a far prevalere i principi dell'equità e della giustizia, a realizzare il bene pubblico nel modo più conforme ai tempi, ai luoghi e alle circostanze”. La suprema esigenza è “definitivamente espressa, sulla soglia delle compilazioni giustiniane, con le parole del giureconsulto romano, per cui “*ius est ars boni et aequi*””: *Esame di coscienza di un giurista europeo*, cit., 777.

34 M. HEIDEGGER, *Perché i poeti? Sentieri interrotti*, cit., 272.

35 P. BARCELLONA, *op. cit.*, 32.

36 Per una testimonianza, v. P. BARCELLONA, *op. cit.*, 33.

37 P. BARCELLONA, *op. cit.*, 173.

38 G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “dellitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista* (Milano 2001).

39 G. VASSALLI, *op. cit.*, 279.

sua funzione tra gli uomini, riportando la scienza giuridica alla ragione profonda che le conferisce senso e spessore umano, d'essere *custode dei valori di civiltà*.

In questa prospettiva il civilista vive il diritto come esperienza veritativa; meglio il diritto diviene *luogo di verità*.

È un punto ove si scontra il pensiero contemporaneo nell'orizzonte dell'indirizzo ermeneutico, che contrappone, secondo una penetrante opinione, Gadamer ad Heidegger: la salvezza non sta nell'attendere un "altro inizio", ma più semplicemente nel riproporre un'ermeneutica che abbia a modello la civiltà greca, esaltando il ruolo della *phronesis*. Ciò significa negare una *verità* che voglia essere *solo epistemica*⁴⁴.

Così il binomio ragione-giustizia si risolve in un'endiadi.

3. Come annunciato all'inizio, chiudo col rendere una testimonianza.

Studente di primo anno, coltivavo, come tutti, i miei progetti di vita, dai quali avevo escluso, decisamente, il diritto privato.

Al secondo anno andai, per solerzia, alla prima lezione di diritto civile: il docente era Filippo Vassalli. Da allora non ne persi nessuna: e fu sempre così finché Egli ne fece.

La conversione era avvenuta.

Entrato all'Università come Suo assistente volontario, sono stato il Suo ultimo allievo.

Ho avuto la fortuna di stargli vicino nell'arco finale della Sua esistenza, perché, malgrado il male lo avesse colpito, la Facoltà, come ha testimoniato Arangio-Ruiz, non volle mai privarsi della Sua guida⁴⁵: io feci da portacarte⁴⁶.

Quante cose ho imparato, per due anni, da quei non fugaci incontri col Maestro!

Anche su questa parola la nostra generazione si ripropone la questione di senso, nel libro recentissimo di Steiner, *La lezione dei Maestri*⁴⁷.

In realtà, di questa parola, luminosa e misteriosa assieme, non è facile formulare una definizione o indicare i contenuti. Io, però, credo di averne sperimentato uno, essenziale. Maestro è colui che provoca una *conversione*, che ti accompagna tutta la vita. Così il maestro diviene un ricordo struggente.

La parola ricordo poggia tutta sul latino *cor-cordis*. Il ricordo passa per il cuore: è un ri-scoprire del cuore, ma anche uno scoprirsi del cuore.

Io, oggi, dinanzi a voi, per Filippo Vassalli, ho voluto scoprire il mio.

44 F. BIANCO, Gadamer e l'antico, in Gadamer: bilanci e prospettive, a cura di M. GARDINI e G. MATTEUCCI (Macerata 2004), 96.

45 V. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 16 s.

46 Nel mio ricordo urge l'indimenticabile figura del prof.

Augusto Pino, allora assistente ordinario del Prof. F. Vassalli, che, specie in quei due anni, ma poi sempre, mi aiutò, incoraggiò, sostenne: fu proprio lui a spedirmi in Germania per elaborare la tesi di laurea sulle *Stiftungen*. Alla Sua memoria va il mio pensiero grato e devoto.

47 G. STEINER, *La lezione dei Maestri* (Milano 2004).

Avv. prof. Giovanni B. FERRI

Ricordo di Filippo Vassalli a cinquanta anni dalla scomparsa

1 Del suo incontro con il pensiero di Filippo Vassalli, di cui oggi si vuol ricordare il cinquantenario della scomparsa, un illustre storico del diritto italiano (Paolo Grossi), scriveva qualche anno fa come, "Di studiare più vicino e più a fondo il messaggio scientifico di Filippo Vassalli mi venne voglia fin da quando...m'imbattei nel suo saggio sulla estrastatualità del diritto civile, saggio che sotto l'insegna di una intitolazione così singolare, appariva portatore di un pensiero singolare e solitario. Singolarità e solitudine che assumevano una ancor più viva intensità se si collocava quella scrittura nel grembo del suo tempo di redazione, un anno 1951, ancora riecheggiante delle scelte giuridiche del fascismo e del nazionalsocialismo e pervaso da un rispetto quasi mistico della ritrovata legalità che ogni sano giurista democratico riteneva doveroso ostentare"⁴⁸.

Il percorso culturale dell'illustre storico del diritto, in verità, è stato un poco anche il mio, anche se, mi sia consentito di confessarlo, la prima opera di Filippo Vassalli che ebbi la fortuna di leggere fu il delizioso gioiello di cultura, eleganza ed ironia, costituito dal volumetto *Del Ius in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore ovvero la dogmatica ludicra* (apparso a Roma nel 1944), così lontano e diverso, nella sua scrittura, da quella arida e malinconica, cui gli studiosi del diritto sono soliti consegnare le loro elucubrazioni. Salvo, s'intende rare eccezioni: mi riferisco, evidentemente, in primo luogo alla sapiente misura letteraria delle pagine di Filippo Vassalli, ma anche a quelle, ad esempio, di Pietro de Francisci, di Francesco Carnelutti, di Piero Calamandrei, di Salvatore Satta.

Ma per quel che riguarda l'idea di estrastatualità del diritto civile (certamente centrale nel pensiero di Filippo Vassalli), siffatto convincimento il Maestro aveva avuto modo di manifestarlo in più occasioni: così, ad esempio, nella Sua prolusione genovese del 1918⁴⁹ o nell'orazione commemorativa di Giampietro Chironi pronunciata a Torino nel 1927, dove Filippo Vassalli sottolineava che il diritto vigente, il diritto codificato altro non è "che una contingenza nello sviluppo storico. Quindi non si dà interpretazione senza storia: e la storia del diritto è storia del pensiero, sicché il civilista, se non si mortifichi a volgare chiosatore, è certo un filosofo. E' storia del pensiero anche la comparazione: aspetti d'altri diritti che influiscono e son mutuamente influenzati per rapporti più o meno profondi, i quali spiegano il presente o promuovono l'innovazione"⁵⁰.

Ma sul tema, non si dimentichi che anche nella prolusione romana del 1930,

48 Così, P. GROSSI, *Il disagio di un "legislatore"* (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico), ora in P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, p. 292.

del diritto privato ora in Studi giuridici, II, Milano 1960, pp. 344-345.

50 ID., *Giampietro Chironi*, ora in *Studi giuridici cit.*, II, p. 371

49 Cfr. F. VASSALLI, *Della legislazione di guerra e dei nuovi confini*

Filippo Vassalli dopo aver rivendicato al diritto civile la determinazione del concetto di vita di relazione e, con esso l'idea di persona e di diritto soggettivo, fondata su istituti "il cui nome esprime radunamento di secolare sapienza: proprietà, credito, servitù, ipoteca, matrimonio, testamento"⁵¹, scriveva, quasi a voler anticipare l'idea dell'estrastatualità del diritto, in seguito sviluppata, nel magistrale saggio del 1951, come "le tendenze sempre più vive verso la comunicazione e l'unificazione del diritto... la lotta per metodi più liberi d'interpretazione hanno rotto il chiuso in cui le codificazioni avevan sembrato rinserrare il diritto; e il civilista torna oggi a rivedere orizzonti non meno vasti di quelli che ebbe a dominare quando il diritto romano fu legge comune d'Europa e mediante esso conseguì come un'universalità della scienza giuridica"⁵².

Questo convincimento, sulla natura profondamente estrastatuale del diritto civile, non impedì a Filippo Vassalli di essere l'ispiratore e l'artefice del codice civile italiano del 1942 e cioè del codificazione civile europea più moderna, perché profondamente rinnovata nei contenuti, a seguito, anche e soprattutto, di quell'unificazione del codice civile del 1865 con il codice di commercio del 1882, che Egli fortemente volle⁵³ e che, nonostante taluni ostacoli frapposti anche dal potere politico, riuscì ad ottenere.

Infatti, attraverso tale unificazione, proprio Filippo Vassalli ha voluto e saputo offrire testimonianza del mutamento degli assetti economici di una società che aveva conosciuto, da un lato, la frantumazione della tradizionale unitarietà del modello proprietario⁵⁴, intorno a cui erano state costruite la tradizione raccolta nelle codificazioni precedenti e che, dall'altro, aveva visto imporsi, anche in taluni momenti della stessa dimensione proprietaria, le logiche dell'impresa; società che, dunque, si era ormai compiutamente trasformata da società dell'*avere*, in una società del *fare* e dunque delle *capacità* di *chi fa*.

Il codice civile del 1942 non è più, dunque, il codice di una borghesia costituita da *rentiers* e da commercianti, ma il codice di una borghesia trasformata; composta da imprenditori piccoli e grandi nei settori non soltanto dell'industria, ma anche dell'agricoltura. Si viene, insomma, imponendo tutta una articolata e nuova serie di categorie di lavoratori, subordinati ed autonomi, di liberi professionisti e di intellettuali, collegati tutti, da quel comune denominatore rappresentato dall'organizzazione produttiva del lavoro⁵⁵.

Dunque, il codice civile italiano del 1942 non è più il codice della proprietà,

ma è quello dell'impresa e trova il suo punto centrale evidentemente nel Libro quinto "Del lavoro", oltre che nel Libro quarto "Delle obbligazioni", nel quale la disciplina dei contratti fu ampiamente riscritta, acquisendo molte soluzioni, precedentemente contenute nel Codice di commercio del 1882.

Le idee e le scelte del legislatore del 1942 (e, soprattutto di Filippo Vassalli), in materia di proprietà, trovano le loro più immediate premesse in un serrato dibattito culturale che si svolse, alla fine degli anni trenta, ispirato anche dalle esperienze della programmazione sovietica e delle politiche del New Deal, negli anni che immediatamente precedettero la riforma, tra molti eminenti studiosi del tempo.

Già da tempo, per altro, ci si era resi conto come la produttività di taluni beni non era legata soltanto alla loro *natura*, appunto, *produttiva*, ma fosse piuttosto era da ricollegarsi a quel *dimensione* del lavoro su di essi esercitato; lavoro, diventato, in una economia che si andava sempre industrializzando, strumento indispensabile e determinante nel processo produttivo, tanto da potersi affermare che esso, "com'è causa costitutrice della proprietà...ne è pure la misura"⁵⁶.

Innanzitutto, si delinea nell'art. 811 c.c. (ora abrogato), la differenza tra beni non produttivi e beni produttivi, sottoposti "alla disciplina dell'ordinamento corporativo in relazione alla loro funzione economica e alle esigenze della produzione nazionale", il cui proprietario finisce per confondersi, con la figura di imprenditore, dato che all'esercizio "del diritto di proprietà sul bene a utilità sociale...consegue, necessariamente, con una attività economica organizzata"⁵⁷.

Non a caso, in diretto collegamento con la distinzione tra beni, introdotta dal citato art. 811 c.c., la stessa nuova definizione del proprietario dell'art. 832 c.c., impone, accanto ai limiti *negativi*, che tradizionalmente avevano sempre condizionato l'esercizio del diritto, l'esigenza di osservare *obblighi* (e dunque la necessità comportamenti in *positivo*), dal cui inadempimento, qualora si fosse trattato di beni rilevanti la produzione nazionale, si faceva discendere una nuova forma di esproprio (così come prevedeva l'art. 838 c.c., ora abrogato).

In questo mutato assetto socio-economico, lo stesso ruolo del contratto muta. Nel sistema del codice civile del 1942, esso non è più soltanto strumento tecnico per la circolazione delle ricchezze proprietarie, ma diventa un vero e proprio "centro della vita degli affari", come sottolinea la stessa Relazione al codice civile (n. 604); contratto che, se continua a svolgere la funzione, appunto, di strumento operante nei trasferimenti della proprietà e delle ricchezze, assume, soprattutto, di regolare ed organizzare le iniziative individuali e collettive e, dunque, a svolgere la funzione di governare gli scambi delle ricchezze ed anche di organizzare e disciplinare il lavoro, nelle sue varie manifestazioni, e, quindi, di *collegare la produzione al mercato*.

56 Così, E. CIMBALI, *La nuova fase del diritto*, Torino 1895, p. 190, n. 146.

57 L. MOSSA, *Trasformazione dogmatica e positiva della proprietà privata*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma 1939, p. 270.

51 F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile*, in *Studi giuridici cit.*, II, p. 398.

Patologie contrattuali e circolazione della proprietà, ora in *Appendice al nostro volume Il negozio giuridico Padova 2004* (Seconda edizione), pp. 280 ss.

52 ID., *Arte e vita nel diritto civile cit.*, p. 404.

53 Sul punto cfr. F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile*, ora in *Studi giuridici cit.*, III, 2, p. 617, nota 1 (la nota continua fino a p. 621).

55 Sul punto, cfr., per tutti, G. FERRI, *L'unificazione legislativa del codice civile e del codice di commercio*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli 1990, pp. 16 ss. (lo scritto è del 1940) e F. SANTORO-PASSARELLI, *L'impresa nel sistema del diritto civile*, ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli 1961, pp. 945 ss. (lo scritto è del 1942).

54 Sul punto, può anche consultarsi il nostro saggio

Per altro, la capacità espansiva della disciplina del contratto⁵⁸, dovrà porgere “alla dottrina lo strumento e lo spunto per una compiuta elaborazione scientifica del negozio giuridico”. Così è scritto nella Relazione al Codice civile (n. 602), in un passaggio in cui non è difficile individuare non soltanto il sigillo culturale, ma, forse, la stessa penna di Filippo Vassalli.

Per altro, con riguardo a tutte queste novità, introdotte nel sistema del codice del 1942 che furono elaborate ed organizzate, grazie, come si è detto, alla guida sapiente e alla finezza intellettuale di Filippo Vassalli, il Maestro osservava, alla fine della guerra: “Un osservatore superficiale o politicamente prevenuto potrebbe credere che con ciò il codice si ricollegli necessariamente a un indirizzo politico tramontato o invisibile. Ma costui si ingannerebbe a partito. Codeste dichiarazioni, spesso enfatiche e imprecise, non sono che il riflesso di un orientamento generale largamente operante, pur sotto atteggiamenti diversi, in tutti i paesi”⁵⁹.

Questo fondato convincimento, verrà ribadito da Filippo Vassalli, in uno scritto che non mi sembra sia stato ricompreso nelle Sua Raccolta di Studi del 1960, quando, con riguardo ai caratteri del nuovo codice civile, notava come il movimento della legislazione teso a “subordinare tutta vita economica alle finalità dei complessi politici”⁶⁰, si era già manifestato durante la prima Guerra mondiale e nel suo immediato dopoguerra in molti paesi.

Dico subito che, a mio giudizio, se questo progetto politico non si è, nei fatti, mai realizzato, nelle sue forme più estreme, all’interno del tessuto normativo del codice civile del 1942, ciò si deve all’opera di Filippo Vassalli, che ha svolto ruolo decisivo nello stemperare gli eccessi e nel far sì che il superamento del sistema del codice del 1865 non costituisse anche uno strappo definitivo e, dunque, insanabile, con taluni aspetti delle stesse ideologie liberali e liberiste di cui il vecchio codice era permeato. Si pensi che l’art. 2087 c.c. già affermava l’esigenza di una tutela, oltre che dell’integrità fisica, anche della personalità morale del lavoratore. Vien voglia di chiosare che si tratta quasi di una anticipazione dell’art. 2 della nostra Costituzione.

Per altro, in un Suo intervento del 1932, in tema di proprietà, Filippo Vassalli non mancava di sottolineare come le stesse dichiarazioni della Carta del lavoro fossero da collocare “nel rapporto possibilmente più esatto con gli svolgimenti anteriori e coevi del pensiero giuridico e politico”⁶¹ e che, dunque, “i procedimenti della politica economica di ogni paese civile, in un dato ciclo storico, non divergono essenzialmente”⁶².

58 Capacità espansiva che la rende applicabile ai negozi unilaterali sia a contenuto patrimoniale (art. 1324 c.c.), che a quelli a contenuto non patrimoniale (così, Relaz. Cod. civ., n. 604) e d’oltre anche agli accordi di natura non patrimoniale (così, Relaz. Cod. civ., n. 602).

59 F. VASSALLI, *Motivi e caratteri della codificazione civile* in *Studi giuridici*, III, 2., cit. p. 614.

60 Così, ID., *Codice Civile*, in *Enciclopedia Italiana - Appendice Seconda (A-H) - 1938-1948*, Roma 1948, p. 633.

61 ID., *Il diritto di proprietà* in *Studi giuridici*, cit. II, , p. 417.

62 ID., *o c*, loco, cit., p. 445.

Ciò per dire che gli indirizzi economici assunti dal regime fascista altro non furono che una di presa d’atto delle mutate strutture della realtà socioeconomica dei mercati, già palesata, nella riflessione degli studiosi.

Insomma, al di là dei meriti che il regime del tempo enfaticamente e ingiustificatamente si attribuì, il codice civile del 1942 introdusse quelle riforme tecniche, più che politiche, che i tempi richiedevano, come ebbero modo di sottolineare alcuni studiosi (ad esempio e soprattutto Piero Calamandrei e Giuseppe Ferri) che, alla caduta del fascismo, si opposero con successo alle insensate proposte di una sua abrogazione e, come più di recente, hanno avuto modo di ribadire giuristi di diverse sensibilità e culture come Pietro Rescigno e Cesare Salvi.

Consentitemi, in proposito, un’ultima considerazione. Le idee funzionalizzatrici, espresse dal legislatore del 1942 non sembrano coincidere, grazie anche alla raffinata saggezza di Filippo Vassalli, neppure con quelle, più estreme, risalenti a Comte o a Duguit, ma sembrano, in qualche misura, piuttosto discendere, in parte dalle scelte rooseveltiane del *New Deal*, cui abbiamo fatto cenno⁶³, e, in parte, dalla stessa Costituzione di Weimar del 1919 che dopo aver affermato (art. 151) il principio per cui la libertà economica dovesse svolgersi secondo criteri di giustizia che assicurassero una vita umana dignitosa, sottolineava (art. 153) come dalla proprietà discendessero obblighi per il titolare e che il suo esercizio dovesse tendere alla realizzazione di un interesse comune.

2. Ma torniamo all’idea dell’estraneità del diritto civile. Filippo Vassalli non è entusiasta del sistema delle codificazioni; tuttavia Egli, nel prologo romano del 1930, rendeva “omaggio alle esigenze pratiche a cui il codice corrisponde, ma avverte il disagio della costrizione della legge civile in un codice. S’intende il codice, ossia la legge scritta e ordinata, in quei rami del diritto in cui è espressa una volontà imperativa (legge penale, leggi di procedura); s’intende meno dove codesta volontà passa quasi in seconda linea e s’impone ormai la riflessione, la elaborazione intellettuale, la struttura logica. Il codice fissa, chiarisce, semplifica il diritto e lo mette alla portata di tutti; ma adottando sistemazioni e classificazioni, ponendo definizioni, facendo ricorso ad espedienti costruttivi, pregiudica o mortifica l’indagine scientifica”⁶⁴.

Insomma, se il codice, nella sua struttura classificatoria e sistematica, pone il diritto civile alla *portata di tutti* e lo *semplifica*, finisce anche per mortificarlo.

Nell’esperienza giuridica, scriverà Filippo Vassalli, nella Sua celebre prologo romano, come il diritto civile “Malgrado ogni analisi a cui ci si sforzi di assoggettarlo, ... resta omogeneo e irriducibile appare l’amalgama che avvinca gli elementi emersi dalla natura delle cose con le invenzioni e le costruzioni, le quali rappre-

63 Se lo chiede, opportunamente anche P. CAPPELLINI, *Il fascismo invisibile - Una ipotesi di esperimento storiografico sui rapporti tra codice civile e regime*, in *Quaderni fiorentini* 1999, II, pp. 217-220. Ma sul punto, cfr. anche nostro *Patologie*

contrattuali cit., pp. 292 ss. (in particolare).

64 F. VASSALLI, *Arte e vita nel diritto civile* cit. in *Studi giuridici* cit. II, p. 400.

sentano la parte di artificio dovuta agli sforzi dell'uomo che cerca di realizzare pienamente la giustizia.

La fusione si compie nel momento in cui il dato della vita e la esigenza di giustizia si traducono in una regola di diritto⁶⁵.

Anche per questo, il diritto civile, per la *vetustà* della sua *tradizione*, appare, nelle memorabili pagine di Filippo Vassalli, un *magistero d'arte*, in cui “i dati della vita hanno subito la trasformazione più piena in schemi di pensiero.

La varietà s'è composta in schemi ordinati, la materialità dei rapporti s'è come spiritualizzata, e l'imperativo della legge appare quasi l'enunciazione di un'armonia.

Questa è opera dell'arte: opera di legislatori, di giuristi, di tribunali, e pur di quell'elemento tecnico e impersonale ch'è la consuetudine; in codesta opera si assommano tutti i mezzi coi quali le regole del diritto si elaborano, appaiono, si trasformano si applicano e muoiono; essa abbraccia così la lingua tecnica del diritto, come i procedimenti d'interpretazione e di formulazione della norma, tanto i caratteri formali della legge e della consuetudine, quanto le decisioni giudiziarie e le esposizioni dottrinali⁶⁶.

Il diritto civile, dunque, come opera d'arte affidata alla sensibilità e, perché no?, alla creativa fantasia degli studiosi e degli interpreti.

Non è facile, dunque, per Filippo Vassalli, accettare l'idea che questo incessante divenire di sapienza e saggezza, di ragione e di ragionevolezza, di tradizioni, storia e costumi, quale appunto è il diritto civile, possa venire sigillato, senza che se ne disperdano queste sue intrinseche qualità, nei confini necessariamente rigidi di un codice ufficiale; di cui lo stesso Portalis finì per riconoscerne i limiti, quando affermava: “Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais; ils agissent toujours⁶⁷”.

Pochi anni dopo la prolusione romana di Filippo Vassalli del 1930, un celebre drammaturgo francese, Jean Giraudoux, quasi a voler sviluppare le riflessioni in quella contenute, (correva l'anno 1935), fa pronunciare, ad uno dei personaggi di un suo dramma, l'affermazione (che spesso amo ripetermi): “le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité⁶⁸”.

Per questo, l'idea della estrastatalità del diritto civile, elaborata da Filippo Vassalli, se respinge la pratica di una esegesi, tutta rinserrata nei rassicuranti e autoreferenziali *donjons* del codice, respinge anche le tentazioni di ridurre l'esperienza giuridica ad una algida dimensione di neutralità, destinata a muoversi lungo una deriva culturale di stampo statualistico, nella quale il diritto finisce per riassumersi e, dunque, per coincidere esclusivamente con l'apparato di norme, di principi, di

bandi e di grida che l'ordinamento dello Stato predispone.

Non a caso, sarà un grande giurista-letterato (Salvatore Satta) a ricordarci, prendendo evidentemente spunto dal pensiero di Filippo Vassalli, come il torto queste concezioni fu quello di aver equivocato proprio sul concetto di *valore* del diritto, a cui si attribuisce il mortificante e limitativo significato di mera tecnica di valutazione “e cioè di un giudizio fatto necessariamente *ab estrinseco*... mentre il valore, se c'è, è intrinseco al diritto... e non può come tale risolversi nella mera validità formale di una norma estrinsecamente posta... se il diritto è la regola del rapporto umano... essa presuppone il rapporto umano non come fatto bruto, sul quale un capriccioso legislatore opera senz'altro limite che quello della propria legittimazione formale, ma come fatto normativo esso stesso⁶⁹”.

E' quanto accade, ad esempio, nella costruzione kelseniana di quella *dottrina pura del diritto*⁷⁰ nella quale viene elaborata una arida e neutrale concezione del diritto, di cui altamente emblematica è, ad esempio, l'idea, per cui una rivoluzione che abbia successo e riesca a rovesciare il regime precedente porrebbe una nuova *Grundnorm*, mentre una rivoluzione che fallisca, configurerebbe un reato di alto tradimento e, dunque, un atto illecito⁷¹.

Insomma, Hans Kelsen finisce per imprigionare, in “un mondo spettrale nel quale né la vita né la storia sono possibili⁷²”, anche un evento così drammaticamente complesso, quale è una rivoluzione, in cui ideali e passioni, virtù e vizi, ragione e follia s'intrecciano e si confondono, per ridurlo ad una meccanica contrapposizione, tutta formalisticamente giocata in termini di *sopravvivenza* della vecchia *Grundnorm* o di *sopravvivenza* della nuova.

In tal modo, il problema della rivoluzione, diventando *pura forma*, neutrale e “senza storia” e dunque, *sdadata*, finisce per collocarsi, a me sembra, nella logica di quel *macabro scherzo*, con ironica amarezza, ricordato da Filippo Vassalli, “per cui la pena di morte è stata riportata all'istituto dell'espropriazione per pubblica utilità⁷³”. Ma, sottolineava sempre Filippo Vassalli, “non è con elucubrazioni siffatte che si custodisce il diritto e si mantiene viva coscienza della sua funzione tra gli uomini⁷⁴”. Funzione che, fuori dai cerimoniali del sistema, dai rituali dell'ordinamento statuale e dalle geometrie dei concetti, resta scolpita nella formula dantesca, di *proportio hominis ad hominem* e, dunque, saldamente legata alla storia degli uomini, dalla quale “il diritto, come ordinamento concreto, non può essere isolato⁷⁵”.

È pur vero che, Pietro Bonfante, nel suo corso litografato di lezioni di filoso-

69 Così, S. SATTÀ, *Il diritto questo sconosciuto*, ora in *Il mistero del processo*, Milano 1994, pp. 123-124. Lo scritto è del 1954.

ora in *Opere cit.*, V, p. 350.

70 Il volume di Hans Kelsen *La dottrina pura del diritto*, tradotta in italiano nel 1952, apparve nel 1934.

73 Così, F. VASSALLI, *Del lus in corpus del debitum coniugale e della servitù d'amore overosia La Dogmatica Ludicra*, Roma MCMXLIV, p. 143.

71 Così, H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, trad. italiana di Renato Treves, Torino 1952, p. 100.

74 ID., *Del lus in corpus cit.*, loco cit.

72 G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*,

75 Così, C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, ed. it. a cura di A. Carrino, Roma 1996, p. 67.

65 F. VASSALLI, o.c., p. 399.

sur le Code Civil, publiés par le vicomte Frédéric Portalis, Paris 1844, p. 8.

66 ID., o.c., p. 399.

68 Così, J. GIRAUDOUX, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, scène V, éd. Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1982, p. 522.

67 Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet du code civil*, in *Discours, Rapports et Travaux inédits*

fia del diritto, svolto nell'Ateneo di Parma nell'Anno Accademico 1899-1900⁷⁶, ebbe modo di sottolineare come il diritto dello Stato “non è l'unica norma sociale”⁷⁷ e che ad analoghe conclusioni sarebbero giunti, pochi decenni dopo, ad esempio, Widar Cesarini Sforza ed⁷⁸ Eugen Ehrlich che sottolineava come “der Zwang ist nicht eine Eigentümlichkeit der Rechtsnorm”⁷⁹.

Ma dovendo trarre una conclusione dalla breve e soltanto simbolica rassegna di orientamenti dottrinali, appena illustrata, non può non notarsi come essi sembrano semmai diretti a negare allo Stato la *titolarità esclusiva* della dimensione del *giuridico*, ma non la *superiorità* delle sue manifestazioni normative sulle altre; superiorità, che, invece, Filippo Vassalli, almeno con riguardo al diritto civile, nega, riconoscendo ad esso una piena e originale autonomia.

Sempre lungo linee statualistiche, si poneva, con riguardo, ad esempio, al delicato ed emblematico tema dell'autonomia dei privati, Santi Romano che riconosceva al negozio la capacità e la funzione di porre in essere norme, ma “in quanto l'autonomia sulla quale si fondano deriva dallo Stato e dallo Stato sono protette”⁸⁰.

In analoga direzione, ha continuato, in materia a muoversi anche gran parte della cultura civilistica italiana del dopoguerra.

E, così, a esempio, in Emilio Betti, che notoriamente prendeva le mosse da una concezione etica dello Stato, “ente sovrano nel quale si realizza integralmente l'unità morale, economica e politica della nazione”⁸¹, non stupisce l'affermazione per cui in virtù del riconoscimento statale, “i negozi della vita privata assurgono alla dignità di negozi giuridici e diventano strumenti che il diritto mette a disposizione dei privati”⁸².

Più sorprendente è, invece, la presenza di una deriva, anch'essa sostanzialmente statualistico, in Giuseppe Stolfi che, formatosi, durante i suoi anni giovanili trascorsi a Torino alla scuola di Piero Gobetti, prendeva le mosse da una concezione del ruolo dello Stato evidentemente del tutto antitetica a quella da cui aveva preso le mosse il pensiero di Emilio Betti. E, tuttavia, in tema di negozio, anche Giuseppe Stolfi giungeva a dettarne una definizione, nella quale la divaricazione dal pensiero di Emilio Betti sembra annullarsi, dal momento che, definito il negozio è sì “la manifestazione di volontà di una o più parti che mira a produrre un effetto giuridico”⁸³, sottolinea come quest'ultimo deve intendersi quale effetto “protetto dalla norma”⁸⁴, finendo così, anche lui, per riconoscere all'ordinamento statale una sorta

di monopolio del giuridico.

Alle stesse conclusioni giungerà un altro Maestro del diritto civile (Francesco Santoro-Passarelli), certamente non sospettabile di nostalgie stataliste, che afferma come la volontà negoziale non sia sovrana ed indipendente, ma “essa è idonea a produrre effetti, perché un'altra volontà, questa sì sovrana, quella che si esprime nell'ordinamento giuridico, a ciò l'autorizza”⁸⁵.

Tutto ciò, consente di sottolineare, ancora una volta, non soltanto lo spessore della novità e della *diversità* intellettuali che, ai Suoi tempi, assumeva il pensiero di Filippo Vassalli, ma soprattutto la straordinaria attualità del Suo insegnamento, nel quale, oggi più che mai, uno studioso del diritto (non solo civile) può e deve trovare la dimensione e le radici della propria formazione culturale.

3. Avviandoci al termine di queste riflessioni e a voler delineare un ritratto di Filippo Vassalli che sia in grado di cogliere il senso della Sua personalità e della Sua opera, la cosa migliore da farsi resta, a mio giudizio, ricorrere a quanto lo stesso Maestro ebbe a dire di se stesso, quando scriveva che “*Molto del mio lavoro non è fissato negli scritti, ma fu semenza nello spirito de' miei scolari, ormai innumeri, parecchi dei quali saliti a cattedre universitarie hanno la benevolenza di riguardarmi come il loro più vero maestro; non poco, attraverso la più che ventennale quotidiana collaborazione di progetti, di relazioni, di discussioni, è trasferito negli ordinamenti giuridici apprestati per le occorrenze del dopo guerra e per memorabili eventi della patria, quali la sistemazione legislativa delle nuove provincie e più tardi l'esecuzione del concordato con la Santa Sede, o si fissa nei testi più solenni della codificazione. Altro di codesto lavoro s'è tradotto in delicate determinazioni della pubblica amministrazione o ha confluito in quell'indefinito apporto che l'opera dell'avvocato, dell'arbitro, del rispondente dà alla formazione della prassi giudiziaria*”⁸⁶.

Il preciso ritratto di Filippo Vassalli che scaturisce da queste parole, ci fa comprendere quel che Egli fu veramente. Intendo dire un raffinato umanista e studioso di irraggiungibile acutezza, guida ed ispiratore di una importante Scuola di civilisti e indiscusso principe del Foro; e fu, come abbiamo avuto modo di sottolineare, legislatore acuto ed attento alle novità offerte dalla realtà sociale ed economica del proprio tempo, che seppe interpretare, con sapienza e spirito libero, come dimostra, appunto, la guida ferma e discreta con cui condusse la riforma dei codici da cui scaturì il codice civile del 1942.

In questo senso e per tutte queste ragioni, Egli fu l'unico *giureconsulto* che la cultura giuridica italiana abbia espresso nel secolo scorso; *giureconsulto*, nell'accezione nobile ed antica del termine, per cui, come del resto, ricorda lo stesso Filippo Vassalli, Cicerone poteva affermare che “*domus iurisconsulti est totius ora-*

76 Cfr. P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto* (a cura di Riccardo Orestano), Milano 1987, p. 7.

77 ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1925 (8° ed.), pp. 5-6.

78 Così W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (Ristampa dell'edizione del 1929 a cura di Salvatore Romano), Milano 1963, p. 15.

79 Così E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München und Leipzig 1929, p. 50.

80 Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze s.d.

(ma 1945), p. 58, nota 47 quater.

81 Così, E. BETTI, *Per la riforma del codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in *Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere*, vol. LXXIV, Fasc. II, 1940-1941 p. 306

82 ID., *Teoria generale del negozio giuridico* in F. VASSALLI, *Trattato di diritto civile italiano*, Torino 1960, p. 43.

83 Cfr., G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova 1947, p. 1

84 ID., o.c., pp. 5-6.

85 F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1966, p. 175.

86 F. VASSALLI, nelle Parole introduttive a *Studi giuridici*, I, Milano 1960, p. X

*culum civitatis*⁸⁷.

Filippo Vassalli, come altrove mi accaduto di ricordare⁸⁸, non fu scrittore di opere ponderose; preferì, invece, praticare, l'arte del novelliere, piuttosto che quella del romanziere. In ciò non vi è nulla di riduttivo; perché, come scrisse di lui Vincenzo Arangio-Ruiz, Filippo Vassalli volle che “alla severa concisione si unisse la malizia dei sottintesi”⁸⁹.

Ma, se Filippo Vassalli, “allievo spirituale” di Vittorio Scialoja, osservò la realtà sociale ed economica del proprio tempo, con gli occhi disincantati dello storico che conosce la complessità delle vicende e delle azioni umane, la cui comprensione è impossibile ridurre a schemi rigidi e fissi, Egli ebbe anche il merito (anticipando orientamenti diffusi nella cultura giuridica attuale) di rinvenire, come sempre sottolinea Paolo Grossi, “nella dialettica comparativa lo strumento per valorizzare differenze e peculiarità, per evitare appiattimenti e irrigidimenti e avvertirli, anzi, come snaturazione di quell'anima essenziale del diritto che è la storicità”⁹⁰. Queste premesse spiegano anche la *misura culturale* di quell'anticontettualismo ed antistatalismo, lungo cui il Suo pensiero si è sempre mosso.

Con riguardo ai concetti, Filippo Vassalli non vuole disconoscere taluni aspetti di pratica utilità; Egli, tuttavia, non sembra, a mio giudizio, accettare l'idea che essi possono venire intesi come astratte elucubrazioni, che finiscono, per diventare del tutto sterili nella loro, troppo spesso, paradossale autoreferenzialità; intesi in tal modo, i concetti tradirebbero semmai quel loro compito di esprimere i dati della realtà, in schemi di pensiero, i quali, oltre che ordinati ed ordinanti, debbono necessariamente essere mobili, proprio perché mobile è la realtà che intendono ordinare.

Per quanto riguarda le leggi ed, in particolare, il codice civile, c'è da ribadire che Filippo Vassalli, come ha è stato opportunamente sottolineato, porta “il suo dito accusatore più che sul Codice - che può essere un espediente utile se non necessario in una società complessa -, sulla mentalità con cui esso fu accompagnato, sulla ideologia assolutistica con cui fu inserito nella vita giuridica francese e italiana e alla quale sempre fu dipoi accompagnato”⁹¹. Filippo Vassalli fu sempre consapevole che la legge avrebbe sicuramente vincolato e rattrappito “una fioritura spontanea di regole nascenti liberamente dalle mille combinazioni della vita quotidiana”⁹², cui danno vita i tanti mutevoli rapporti che tra i privati si possono instaurare.

Nella Sua relazione al Congresso internazionale di diritto privato del 1950, Filippo Vassalli sottolineava come le leggi non fossero più assistite da quella vetusta tradizione, che consentiva loro di confondersi “con la nostra vita di genti civi-

li, che vivono ormai nel nostro spirito e ne costituiscono nozioni fondamentali”⁹³. Esse “germogliano sul terreno dei programmi dei partiti, di manifesti elettorali, di compromessi e opportunità contingenti dei governi, che sbocciano nei direttori dei gruppi, nei gabinetti di ministri, nelle direzioni generali”⁹⁴.

Da quest'opera di un legislatore, troppo spesso imperdonabilmente distratto o svogliato, le leggi risultano invasive la nostra vita, anche privata, perché, di volta in volta tendono, a “curarci la salute, assicurarci la vecchiaia, coltivarci i campi, investirci i risparmi, razionarci i cibi... Questa è la legislazione di oggi, poiché oggi tutto o quasi tutto è materia di pubblica amministrazione. Un tempo l'atto di amministrazione si contrapponeva alla legge come entità ben distinta, non solo dal punto di vista concettuale, ma sul terreno della realtà politica. Oggi, figgendo l'occhio alla sostanza delle cose, la legge stessa non è che un atto di amministrazione, un mezzo con cui si attua una funzione di pubblica amministrazione”⁹⁵.

La situazione, nei tempi attuali, mostra segni di progressivo, inarrestabile peggioramento.

Il legislatore è, infatti, diventato sempre più frettoloso e distratto (forse anche perché la vita degli uomini è diventata più frettolosa e distratta); ogni legge, che sempre più appare il frutto di compromessi, è assediata da altre leggi (nazionali e transnazionali) e queste da altre ancora, lungo una interminabile deriva in cui, in una sorta di gioco di specchi o, se si preferisce, al massacro, ogni nuova proposta normativa rischia di confondere la precedente ed anche di smarrire, al proprio interno, quei valori di razionalità e ragionevolezza che ne dovrebbero invece costituire il fondamento. Non stupisca, allora, l'oscurità di siffatti prodotti normativi e l'incertezza interpretativa che ne discende.

A tale deriva non si è sottratto, negli ultimi anni, lo stesso codice civile, nel cui corpus, costruito sui razionali equilibri di una armonica architettura, vengono disinvoltamente e disordinatamente inserite, ad esempio, normative europee, non di rado nei punti sbagliati e troppo spesso affidate anche a traduzioni che peggiorano la puntigliosa ed inutile ovvietà del testo originale.

Oggi, più che mai, il problema resta proprio quello che, già nel 1950, Filippo Vassalli indicava. Ciò nel senso che, se un rilevante compito appare quello di “riportare quanto possibile il giurista alle leggi”⁹⁶, un compito ancor più rilevante, soprattutto nel momento attuale, appare quello “di riportare le leggi al diritto”⁹⁷.

88 Cfr. nostro *Filippo Vassalli o del diritto civile come opera d'arte*, ora nel volume *Filippo Vassalli o il diritto civile come opera d'arte*, Padova 2002, p. 112.

89 Così, V. ARANGIO-RUIZ, *Filippo Vassalli*, in *Riv. It. Scienze Giur.*, 1955-1956, p. 16.

90 Così, P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano - un profilo storico*, Milano 2002, p. 74.

91 P. GROSSI, *Il disagio di un "legislatore"* p. 307

92 ID. *o.c.*, p. 307.

93 F. VASSALLI, *Missione del giurista nella elaborazione delle leggi* ora in *Studi giuridici cit.*, III, 2, p. 741.

94 ID., *o.c.*, p. 742.

95 ID., *Missione del giurista*, pp. 741-742.

96 ID. *o.c.*, p. 751.

97 ID. *Missione del giurista cit.*, loco ult. cit.

Giovedì
14 luglio 2005
ore 10.00
Aula Giallombardo
Palazzo di Giustizia
Piazza Cavour

Convegno "il futuro dell'unione Europea e del suo trattato costituzionale"

PROGRAMMA COMPLETO DEI LAVORI

Presiede

Avv. Alessandro Cassiani

Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma

Saluta

Avv. Fioravante Carletti

Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma,
Coordinatore Centro Studi

Introduce

Avv. Fiorenzo Grollino

Esperto di Politiche e Diritto Comunitari,
Giornalista alla Press dell'U.E

Relaziona

Ministro Dott. Vincenzo Grassi

Direzione Generale Integrazione Europea,
Ministero Affari Esteri

Intervengono

Avv. Giovanni Cipollone

Consigliere dell'Ordine degli Avvocati di Roma, Coordinatore
di Temi Romana e del Notiziario

Avv. Fabio Maria Galiani

Segretario Generale Associazione Italiana
Avvocati Penalisti Internazionali

Dr. Charles Forrest

U.S. Lawyer, Solicitor in Inghilterra,
già addetto al Dipartimento di Stato U.S.A

Conclude

Dott. Gennaro Calabrese

Presidente Aggiunto On. Corte Suprema di Cassazione,
Presidente Centro Studi Azione Internazionale Giustizia

Avv. Giovanni Cipollone

Il pessimismo più o meno velato di alcuni oratori che mi hanno preceduto, mi induce a fare qualche considerazione.

Ogni questione, per pervenire ad un giudizio critico definitivo, va valutata nella sua genesi e nel suo svolgimento.

Dal terreno empirico della "Idea europea", alla attuazione pratica della Unione tra le nazioni d'Europa, è intercorso un cammino lungo e accidentato e certamente il traguardo appare ancora lontano.

Non si dimentichi però, in un orizzonte più vasto, che già nei primi balenii che illuminarono la Rivoluzione Francese, uomini illustri preconizzarono un vincolo di fratellanza universale tra i popoli, partendo da una radiosa primavera, che cancellasse i secoli bui dell'assolutismo, dell'egoismo, della oppressione, creando una nuova forma di socialità, basata sull'Uguaglianza, sulla Giustizia, sulla Libertà.

Ma, ogni principio che si afferma in un determinato periodo storico ed è suggellato dal crisma della perfettibilità, è destinato a cedere il suo ruolo primario ad altro movimento di pensiero, con altre prospettive e nuovi programmi.

Osservava Adriano Tilgher nel suo "Diario Politico 1937 - 1941" che "i principi politici hanno natura dialettica: lasciati a se stessi, liberi di svilupparsi fino in fondo, trapassano nel contrario di se stessi".

Sono certo che non sarà questo il destino della Unione Europea, poiché in tale Unione è racchiuso un dato certo e inconfutabile: la consapevolezza nella coscienza di alcune centinaia di milioni di uomini della esistenza di un vincolo indissolubile: la unicità di tradizione e cultura che affonda le radici rigogliose in una millenaria civiltà.

Infatti, dopo una pausa di riflessione, continua il lento processo di ratifica della Costituzione Europea.

Con la recentissima ratifica del Granducato di Lussemburgo, già tredici Stati su venticinque hanno ratificato il Trattato Costituzionale. Si è superata la metà degli Stati e, fatto rilevante, è stata raggiunta la maggioranza. E' sicuramente un segnale importante.

Bisogna trovare il coraggio politico di perseguire un più alto livello di concretezza storica, attingendo nuova linfa nei valori universali che contraddistinguono le nostre aspirazioni.

Un altro passo in avanti che dimostra la unicità di intenti è da riscontrarsi nella recente modifica della legislazione Europea in materia di inquinamento del mare. Ma, ancor più significativa è la decisione di tutti i venticinque Stati dell'Unione Europea di uniformare le sanzioni punitive per tale violazione, relativa all'inquinamento marino.

Agli scettici dico: l'aurora è già iniziata e non sarà qualche nuvolaglia a oscurarla.

Dr .Gennaro Calabrese¹

L'autogoverno delle singole aree continentali, la loro autosufficienza economica e di gestione delle risorse, la non ingerenza negli affari interni delle stesse da parte di alcuna delle medesime, costituiscono, sul piano globale, i presupposti di una autentica autonomia e quindi della pacifica coesistenza dei popoli nel mondo del futuro. La sottrazione alle pretese di dominio o di sfruttamento di una di dette aree se sottoposta ad altra, è la condizione sine qua non per il progresso civile. Il mantenimento dei giusti equilibri a garanzia della pace e della libertà nella giustizia, costituisce la premessa indispensabile per ridare agli uomini la tranquillità ed il superiore diritto alla vita ed alla concordia. Fin quando tali obiettivi non saranno raggiunti, sarà vano ogni tentativo di eliminazione dei fenomeni, purtroppo sempre più frequenti, del terrorismo, delle guerre locali e delle distruzioni che disonorano la civiltà ed il genere umano. La giustizia di fronte a fatti di straordinaria pericolosità criminale e sociale, come quelli, di recente, verificatisi a Londra ai danni di cittadini innocenti, rei soltanto di utilizzare i mezzi pubblici di trasporto per recarsi a lavoro barbaramente dilaniati da bombe assassine, che li hanno resi irriconoscibili, non può arrestarsi alle frontiere dei singoli stati, ma deve spaziare anche dove il diritto internazionale è impunemente violato ed ignorato e non può essere ristabilito, con prontezza ed efficacia, se non attraverso l'azione immediata e preordinata non solo dei Tribunali Nazionali, ma nel caso che questi non riescano a rintracciare i colpevoli, anche grazie all'intervento ed alle investigazioni del Tribunale Penale Permanente delle Nazioni Unite. In proposito va ricordato quanto riferito in passato dalla stampa più accreditata: "L'11 luglio 1995, nella zona di sicurezza di Srebrenica, circa 8000 civili dai 12 ai 60 anni, sono stati trucidati dall'esercito e dalle milizie serbe e della Bosnia. Si è trattato del più inumano massacro in Europa dalla fine del Terzo Reich che ha dato inizio ad un genocidio che è costato la vita a 600.000 esseri umani. Tra UTU e TUZI in RUANDA si è assistito ad analogo sterminio. In Algeria massacri orrendi contro bambini, donne e inermi innocenti si sono susseguiti con fatale continuità. Nel SAPA in Palestina muoiono con frequenza tante altre persone, come in Israele ed in Iraq.". Si impongono, quindi, con urgenza, soluzioni tecnico-giuridiche di diritto internazionale che consentano all'ONU di riappropriarsi delle sue prerogative per una giustizia globale in tutti gli angoli della comunità internazionale, a salvaguardia di una umanità non preoccupata soltanto dell'esigenza dell'economia, ma ancorata anche a valori, principi, norme vincolanti in materia di tutela e di ristabilimento dei diritti inviolabili della persona.

Il futuro dell'UNIONE EUROPEA e della sua Costituzione, nell'era della globalizzazione contrassegnata dalla insorgenza di sfide sempre più evidenti nei

vari ambiti della competitività politica, economica, culturale tra le diverse realtà che emergono in campo internazionale non può non essere considerato se non in relazione a queste ultime. L'Europa deve ergersi a Centro di Coordinamento dei diversi sistemi in atto imperanti in campo globale ed assumere il ruolo che le compete per la sua storia, la sua cultura e la sua civiltà di promotrice di una FEDERAZIONE INTERCONTINENTALE per UNA SOCIETÀ MULTICULTURALE E MULTIETNICA sotto L'EGIDA DELL'ONU, a salvaguardia degli equilibri instabili del mondo che diventano sempre più precari a scapito degli insopprimibili valori della pace, della giustizia, della libertà, della democrazia e dell'uguaglianza tra le genti. La situazione globale che si appalesa sempre più difficile ad essere governata a livello planetario di fronte ai pericoli del disordine e del disorientamento politico e sociale che si addensano, con crescente intensità, per i popoli e gli stati impone, con urgenza, la costruzione omogenea e funzionale sotto il profilo costituzionale dell'intero assetto politico, economico, istituzionale del Continente Europeo, senza ulteriori indugi o dilazioni, al fine della effettiva nascita degli Stati Uniti d'Europa.

La ratifica della Costituzione Europea da parte degli Stati che non vi hanno ancora provveduto deve continuare nei tempi più solleciti imposti dalla situazione innanzi prospettata.

Il voto popolare contrario della Francia e dell'Olanda alla Costituzione potrà rientrare a seguito di una nuova consultazione da tenersi dopo le altre ratifiche dei rimanenti Stati che devono seguire senza alcuna interruzione. Non condivido, pertanto, le già decise sospensioni di ratifica da parte dell'Inghilterra e della Polonia. Le condizioni politiche sopravvenute in campo planetario sconsigliano una fase di arresto, anzi inducono ad una accelerazione nel processo di ratifica, tanto anche tenuto conto che dopo l'approvazione da parte del popolo del Lussemburgo, già tredici Stati su venticinque hanno provveduto all'adempimento in oggetto. I popoli della Francia e dell'Olanda rimasti isolati a dire no alla Costituzione potranno riconsiderare la loro adesione a quest'ultima a seguito delle restanti approvazioni da parte di tutti gli altri partner Europei. In proposito è di grande importanza la dichiarazione del leader del partito laburista olandese (PVDA) WOUTER BOS, IN UNA INTERVISTA AL QUOTIDIANO ALGEMEEN DAGLAD, secondo il quale l'Olanda potrebbe promuovere un secondo referendum sulla costituzione Europea dopo il no della prima consultazione (Cfr Repubblica DEL 25/05/2005, pag. 6). Ritengo, peraltro, che dovrebbero essere ridotti i tempi dell'ingresso nell'Unione dei restanti Stati che ne hanno fatto richiesta in quanto l'Europa non può essere, a livello continentale, di fronte alle dimensioni delle aggregazioni già raggiunte da altri continenti, pervasa da dubbi o da avversità all'accoglienza di quei popoli e di quei CITTADINI EUROPEI che aspirano a far parte dell'Unione Europea.

In ogni caso, se dovesse mancare un accordo in proposito, le suindicate richieste di adesione potrebbero essere sottoposte al vaglio di tutti i cittadini Europei già facenti parte dell'Unione che, con un unico referendum da tenersi nella

¹ Presidente aggiunto On Corte Suprema di Cassazione Presidente del Centro Studi Azione Internazionale Giustizia

stessa data, potrebbero decidere, in maniera definitiva e immediata, sul piano politico ed internazionale in ordine alle stesse.

L'Europa, nel suo insieme, forte dell'unità raggiunta, della conquistata autorità politica e del nuovo prestigio di fronte al resto del mondo, deve, al cospetto delle nuove realtà internazionali, in armonia agli sviluppi ed alla crescita della sua economia ed al migliorato livello di vita dei suoi cittadini, far valere, nell'interesse anche dei popoli degli altri continenti, la sua raggiunta sovranità. Tanto per il bene e l'avvenire dell'intero popolo Europeo e di tutti gli altri continenti per poter porre fine agli odi ed ai conflitti che dilagano nel mondo, onde assicurare alle future generazioni una serena convivenza nel progresso e nel comune benessere.