

A qualche osservatore un po' frettoloso l'attività conciliativa del giudice potrebbe sembrare la negazione del suo ruolo, perché chi aiuta le parti a conciliare, si sottrae alla decisione. Essa, in realtà, è un passaggio fondamentale dell'amministrazione della giustizia in cui avvocati e giudici assolvono alla loro funzione tanto quanto nell'attività più strettamente giurisdizionale.

Quale contributo può dare un giudice ad una giornata di studi costruita intorno alla negoziazione assistita, istituto alternativo alla conciliazione giudiziale il cui punto di forza è proprio il fatto di prevenire ed escludere il coinvolgimento del giudice?

**Al di là delle importanti differenze, in realtà, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale hanno ancora molto in comune.**

Ragionare insieme sulle condizioni essenziali per la sua buona riuscita messe a fuoco da un giudice in più di 25 anni di conciliazione giudiziale, dunque, può comunque offrire utili spunti di riflessione a chi vi si voglia cimentare in un contesto diverso.

Soffermarsi sulle differenze che derivano dalla collocazione di tale attività fuori (e prima) del processo e dall'assenza del giudice, poi, consente di mettere in luce aspetti utili a scegliere, nel caso concreto, tra le varie opzioni conciliative.

**Avvenga in un'aula di giustizia, davanti all'TTL, nella sede di un sindacato, nello studio di un avvocato o di un consulente, un buon tentativo di conciliazione si sviluppa in vari passaggi "obbligati" che richiedono più o meno tempo ed impegno a seconda della natura della controversia e della condizione delle parti e che vengono attraversati più o meno consapevolmente da chi si impegna nel tentativo di aiutare le parti a raggiungere un accordo.**

Nel corso della mia personale vita professionale ne ho progressivamente messa a punto l'importanza ed ho affinato la tecnica con cui affrontarli e, anche grazie alle occasioni in cui mi è stato chiesto di trasmettere il mio sapere professionale ai magistrati in tirocinio, ho razionalizzato una sorta di metodo conciliativo che, quando le parti chiedono il mio aiuto, risulta tanto più utile, quanto più la causa è complessa e le parti litigiose.

I due momenti fondamentali di questo percorso conciliativo - di ogni percorso conciliativo - sono costituiti dalla "motivazione" delle parti alla conciliazione e dall'aiuto a colmare la distanza tra le loro disponibilità conciliative.

La scelta del momento in cui affrontare il primo di essi dipende dalla condizione psicologica in cui le parti si trovano quando inizia il discorso conciliativo.

Se manifestano di essere già inclini ad esso, si può direttamente andare "al dunque", pronti a recuperare questo passaggio se e quando, arrivati ad un punto di stallo, si renda necessario rafforzare la loro disponibilità conciliativa iniziale.

Spesso, però, è utile affrontarlo subito.

In effetti, sia chi si è determinato ad agire in giudizio per far valere i suoi diritti o sta per farlo, sia chi vi è stato trascinato o è minacciato di esserlo vede davanti a sé soltanto una via per uscirne: darsi battaglia davanti al giudice per ottenere una decisione favorevole.

Il tentativo di conciliazione impone alle parti una brusca inversione di marcia, cercando di distogliere la loro volontà dal conflitto per orientarla verso l'accordo.

La loro risposta varia sensibilmente in base al carattere, alla gravità del contrasto che li ha portati davanti al giudice ed al conseguente coinvolgimento emotivo, a ciò che è in gioco per ciascuna di esse.

In molti casi la convinzione di aver subito un torto o di essere stati ingiustamente convenuti e l'animosità reciproca costituiscono un serio ostacolo all'instaurazione stessa di un discorso conciliativo: il lavoratore si fossilizza sulla pretesa di ricevere "ciò che gli spetta", mentre il datore di lavoro è dominato dalla convinzione di aver "già dato più del dovuto".

In questo contesto, il primo indispensabile sforzo è quello di aiutare entrambe le parti a comprendere sia l'essenza stessa della conciliazione - e cioè la necessità di serie concessioni reciproche - sia la sua utilità. A quest'ultimo fine è necessario rappresentare in modo efficace, da un lato, il costo non soltanto economico che deriva alla loro vita personale ed all'impresa da anni di processo e, dall'altro, l'incertezza dell'esito che le attende al termine e convincerle così che, per quanto sia violenta la loro contrapposizione, hanno comunque in comune l'interesse a cercare innanzi tutto un accordo.

Un secondo ovvio passaggio - che per quanto ho prima sottolineato, può anche essere cronologicamente il primo - è quello di verificare la loro concreta disponibilità conciliativa, chiedendo apertamente che cosa vorrebbero veder scritto in un verbale di conciliazione per accettare di sottoscriverlo e, quindi, sottoporla alla controparte.

È molto raro che la prima proposta conciliativa venga subito accolta. Solitamente le posizioni divergono sensibilmente e dunque si rende necessario un concreto intervento volto a colmare la distanza.

Qui si entra nel vivo della conciliazione. Qui si vedono la lucidità e l'esperienza di chi - avvocato, consulente, giudice - assiste le parti nel percorso conciliativo ed ha il delicato compito di guidarle su un terreno diverso da quello dominato dalle convinzioni personali di ciò che è giusto oppure no.

Tali convinzioni si avvantaggiano indubbiamente della conoscenza personale e diretta dei fatti, ma sono inquinate dalla partecipazione emotiva delle parti e difettano delle conoscenze giuridiche e dell'esperienza che sono indispensabili per valutarli e di cui, per fortuna, sono portatori i loro difensori e il giudice, quando c'è.

Riuscire ad innestare nozioni giuridiche ed esperienza in tali convinzioni e farlo nello spazio di uno, due, tre incontri conciliativi è ogni volta una sfida alla professionalità, una vera e propria arte in cui pesano molto l'esperienza, l'attitudine personale e, non ultima, la formazione.

L'unico modo per farlo in modo razionale ed organizzato - e dunque per far sì che le parti possano prendere una decisione minimamente ragionata e non soltanto "di pancia" - è quello di offrire ad esse questo supporto nel contesto di una valutazione dei "rischi di causa".

Negli oltre 25 anni in tentativo di conciliazione alle mie spalle ho acquisito una certezza: un'ipotesi conciliativa seria deve essere coerente con le concrete prospettive della controversia (sia essa già in atto o futura) e l'unica via per metterla a punto è quella di agganciarla alle maggiori o minori probabilità delle parti di avere soddisfazione dalla causa.

Per renderla più facilmente comprensibile alle parti, la regola d'oro per raggiungere un equilibrio dignitoso tra le concessioni reciproche può essere riassunta nel concetto "più rischio, più devo concedere".

Una corretta analisi del rischio parte da un'operazione molto simile a quella che il giudice deve compiere per giungere nel modo più razionale alla decisione: individuare e ordinare tra loro le questioni da cui dipende la decisione di ciascuna domanda ed i relativi profili di fatto e di diritto. Si tratta quindi di stimare, seppur approssimativamente come è insito nel concetto stesso di rischio, quante chance ha ogni questione di essere risolta a favore dell'una o dell'altra parte.

Il passaggio seguente è combinare tra loro i risultati di questa valutazione per individuare quante sono le possibilità che la domanda venga integralmente accolta e tradurre il risultato in frazione o percentuale. Applicando quest'ultima al valore della domanda si raggiunge l'importo conciliativo che, seppure approssimativamente, rispecchia l'entità del rischio che le parti corrono al riguardo.

Una precisazione è doverosa in merito alla natura dei rischi.

Si è finora parlato dei rischi processuali, quelli che incidono sul PQM della decisione finale.

Come tutti ben sappiamo, tuttavia, la riflessione conciliativa delle parti deve fare i conti anche con un altro rischio, esterno al processo ma altrettanto rilevante ai fini della decisione conciliativa, quello che concerne la possibilità di tradurre un dispositivo favorevole in qualcosa di concreto.

Si tratta di un rischio che, per quanto sia avvincente ed interessante la causa e qualunque sia l'esito della valutazione del rischio processuale, non va mai dimenticato e che può determinare la parte attrice ad accettare meno, anche molto meno, di ciò che risulta dal percorso logico sopra accennato, purché quel poco sia sicuro.

L'operazione di valutazione dei rischi - dapprima in forma analitica per ciascuna domanda e ciascuna questione in cui la causa va spaccettata e, poi, in forma sempre più sintetica fino ad arrivare ad una frazione o percentuale del valore della domanda - è tanto più complessa quante più sono le questioni e la loro difficoltà.

Quando si tratta di differenze retributive, la valutazione del rischio riguarda anche l'esatta determinazione delle stesse.

I conteggi non calcolano sempre esattamente il risultato economico raggiungibile dal ricorrente in caso di accoglimento integrale delle sue ragioni.

A volte - spesso perché sono stati predisposti in sede sindacale prima del coinvolgimento dell'avvocato e, dunque, senza la guida di quest'ultimo - i conteggi non sono coerenti con il ricorso: comprendono importi per cui non è stata sviluppata la *causa petendi* oppure calcolano quanto richiesto in base a criteri diversi da quelli indicati in ricorso. Altre volte contengono veri e propri errori, sia a favore, sia a sfavore dell'attore (ad esempio applicano maggiorazioni sbagliate o calcolano in modo inesatto il percepito). Capita anche che non contengano rivendicazioni economiche conseguenti a tutte le allegazioni (ad esempio si descrive e chiede di provare l'orario di lavoro, ma poi non viene richiesto alcun compenso aggiuntivo legato ad esso).

Tutto ciò può alterare l'analisi dei rischi, conducendola su questioni in realtà inesistenti oppure creando aspettative sbagliate in capo all'una o all'altra parte. Personalmente, avendo messo a fuoco il problema, ho preso l'abitudine di analizzare subito le contestazioni sui conteggi svolte da parte convenuta (che a volte, con scelta particolarmente utile, produce addirittura conteggi alternativi) e comunque di dare subito un'occhiata ai conteggi per accertarmi che non vi siano macroscopiche inesattezze che possano complicare il discorso conciliativo.

A questo punto è giunto il momento di affrontare il primo dei due aspetti che, a mio parere, differenziano sensibilmente la conciliazione giudiziale da ogni altra forma di conciliazione, compresa la negoziazione assistita.

Nella conciliazione giudiziale ogni parte ha già dovuto esporre compiutamente la sua difesa nell'atto introduttivo. La parte ricorrente ha anche sviluppato il *petitum* in un conteggio, solitamente analitico, che consente di verificare qual è l'importo che le spetta se ha ragione sull'*an*.

Nei tentativi di conciliazione che si svolgono prima dal giudizio non c'è nulla di equivalente.

Nella negoziazione assistita - almeno in quella già regolamentata dal d.l. 132/2014, conv. con mod. in l. 162/2014 - le parti devono soltanto formalizzare l'oggetto del contendere nell'invito iniziale (art. 4, comma 1, "deve indicare l'oggetto della controversia"). Tutto il resto - ciò che in causa integra la *causa petendi* e lo sviluppo contabile del *petitum* - è soltanto oggetto di scambio, forse anche scritto, ma comunque informale, tra i negoziatori.

Il fatto che le parti abbiano ormai "schierato gli eserciti" consente un livello di approfondimento del discorso conciliativo impensabile in qualsiasi altra sede.

Mettere a punto le proprie difese ed articularle nell'atto introduttivo indubbiamente costa molte energie alle parti e, nel bene e nel male, realizza un punto di non ritorno per via delle decadenze e delle preclusioni previste per entrambe dal codice.

I vantaggi, però, sono notevoli. Ognuna delle parti, oltre a conoscere direttamente la verità storica che precede la controversia, a questo punto sa

anche quali argomenti e quali prove la controparte offre al giudice ed è dunque in possesso di tutti gli strumenti necessari a compiere una concreta e proficua analisi dei rischi di causa.

Tutto ciò rafforza anche il ruolo del difensore: ciascuna parte si trova a “vivere” il tentativo di conciliazione assieme a colui/colei che ha già concretamente sviluppato le sue difese e le sta sostenendo davanti ad un giudice. La battaglia è già iniziata. A questo punto il rapporto di fiducia tra parte e difensore – che è condizione essenziale di un proficuo tentativo di conciliazione – è sicuramente all’apice e i consigli del difensore risultano degni di speciale attenzione.

Nell’ambito della negoziazione assistita l’intera operazione è affidata ai difensori, il che fa del rapporto fiduciario di ogni parte con il suo avvocato il fulcro dell’operazione.

Il fatto che le parti non abbiano ancora cristallizzato le loro difese, tuttavia, le priva di riferimenti concreti ed oggettivi per valutare i rischi di causa e, verosimilmente, rende più difficile per il difensore mettere il suo cliente di fronte ai suoi rischi.

È in questa fase della analisi dei rischi che, mio giudizio, si può sentire maggiormente anche la mancanza del secondo aspetto di differenziazione tra conciliazione giudiziale e conciliazione esterna al processo, cioè la mancanza del giudice nella sua veste di conciliatore.

Il giudice è un terzo mediatore particolare, perché si trova in un rapporto speciale con la controversia.

Il giudice, infatti, è colui o colei che, in mancanza di accordo, dovrà decidere la causa. Nel bene e nel male, ciò rende le sue parole particolarmente efficaci anche dal punto di vista psicologico, tanto più perché pronunciate “sul campo di battaglia”, cioè nella stessa aula di giustizia in cui si celebrerà il processo.

L'esposizione da parte del giudice delle ragioni per cui è «cosa buona» cercare un accordo conciliativo e dell'analisi del rischio di causa, in particolare, può essere decisiva nei confronti della parte rimasta refrattaria al discorso conciliativo proveniente dal solo suo difensore.

Il ruolo del giudice è alquanto agevolato, rispetto agli altri mediatori, dal fatto che le parti hanno già “scoperto le carte”.

Il giudice ha davanti a sé gli schieramenti al completo e, grazie anche alla sua specializzazione, è in grado di analizzarne compiutamente le potenzialità e di svolgere considerazioni particolarmente puntuali ed efficaci.

Grazie a ciò, quanto il giudice afferma all’inizio del processo nel corso di un buon tentativo di conciliazione può essere di grande interesse per i difensori.

Come è stato posto in evidenza da alcuni avvocati nel chiedermi esplicitamente di motivare il suggerimento conciliativo, l'analisi dei rischi fatta dal giudice è in effetti una grande occasione per le difese di avere una sorta di anticipazione sul modo in cui il giudice vede le varie questioni da cui dipende la decisione della causa e di farsi quindi un'idea di quelli che

sono i passaggi più difficili e di prepararsi meglio ad affrontarli, nell'eventualità che la conciliazione non riesca.

Le parole del giudice, prima ancora, aiutano i difensori a svolgere il loro ruolo professionale nell'ambito del tentativo stesso di conciliazione, in quanto consentono loro di acquisire ulteriori elementi per mettere a punto la loro personale valutazione dei rischi di causa, quella in base alla quale consigliano il cliente in merito al punto fino a cui è utile arrivare nelle reciproche concessioni che caratterizzano l'accordo conciliativo.

L'utilità di affidare al giudice il compito di terzo mediatore si completa, ovviamente, con la facoltà attribuitagli dalla legge processuale di formulare un suggerimento conciliativo: quando si arriva al momento in cui le parti sono ormai bloccate su posizioni distanti, incapaci di compiere spontaneamente ulteriori concessioni l'una verso l'altra, l'unica concreta possibilità che raggiungano un accordo è costituita dall'indicazione proveniente da un terzo esterno al conflitto che indichi ad entrambe una ipotesi conciliativa (tendenzialmente diversa da quelle fino a quel momento formulate) e, chiedendo sì uno sforzo aggiuntivo ad entrambe, le liberi però dall'impasse psicologica in cui si ritrovano.

Se la proposta arriva al momento giusto - cioè quando le parti sono già entrate in un'ottica conciliativa e si sono messe in gioco per cercare un accordo ma, nonostante il loro impegno nelle trattative, non vi sono riuscite e si ritrovano ormai in un vicolo cieco, da cui non sono capaci di uscire da sole - ed è convincente - il che vuol dire basata su un'adeguata analisi dei rischi di causa ed esposta in modo tale che le parti possano comprenderla ed apprezzarne la rispondenza al loro interesse e, ovviamente con il prezioso ed indispensabile aiuto del loro difensore, decidere se aderirvi o meno in modo ragionato e non solo "sulla fiducia" - il suggerimento del giudice offre alle parti una seria chance di raggiungere un accordo.

Prima di concludere vorrei soffermarmi un attimo su quello che costituisce il retroscena del ruolo di difensori e giudice nel tentativo di conciliazione. Faccio riferimento in via prioritaria al mondo che conosco, quello della conciliazione giudiziale, ma credo che quanto dico valga anche per il ruolo del difensore (e del consulente) nell'ambito di ogni altra conciliazione e varrà appieno anche nell'ambito della negoziazione assistita.

Il ruolo di difensori e giudice nel tentativo di conciliazione non è facile da interpretare.

Come ho sottolineato, il fatto di essere coloro che, rispettivamente, sono investiti del compito di difendere la parte nel processo e di decidere la causa è un punto di forza della conciliazione giudiziale, ma nasconde in sé un'insidia che impone a giudice e difensori di comportarsi con estrema cautela e di cui è necessario essere ben consapevoli.

Il difensore ed il giudice si trovano infatti in una posizione di forza che attribuisce loro la possibilità di influenzare seriamente la decisione della parte. Questa possibilità può tradursi, in misura direttamente proporzionale alla fragilità psicologica ed economica della parte ed alla complessità ed aleatorietà della controversia, in una forma di pressione sulla volontà. Per quanto riguarda il giudice, il rischio è aggravato dall'esistenza di previsioni

normative - sebbene sostanzialmente inattuata, per il vero - che gli attribuiscono la possibilità di tenere conto del rifiuto della proposta conciliativa.

Tutto ciò impone ai tecnici del processo, al giudice come al difensore, di essere molto attenti a tutti gli aspetti che possano costituire un punto di fragilità delle parti e di mettere una grande cura nel sottolineare che la scelta conciliativa spetta soltanto a loro e che il giudice e l'avvocato non hanno alcun personale interesse all'esito della conciliazione.

Prima ancora, ciò rende indispensabile che i difensori non attendano la prima udienza per affrontare il discorso conciliativo, dedicando già prima un po' di tempo a spiegare ai loro clienti lo scopo ed i vantaggi del tentativo di conciliazione e a ragionare con essi sull'accordo che sarebbero disposti a sottoscrivere per poi iniziare a trattare con la controparte e scambiarsi proposte.

Se ciò non avviene, è molto difficile che il tempo dell'udienza sia sufficiente.

Il processo di sensibilizzazione della parte sui rischi e di messa a punto della volontà di conciliare subisce una inevitabile compressione e il fondamentale apporto del difensore si riduce a poche parole in corridoio (, addirittura, a qualche sussurro affrettato in udienza.

Tutto ciò è fonte di superficialità della decisione e va rifuggito, conduca o no alla conciliazione, e l'unica via per evitare un tale rischio è la concessione di un rinvio per approfondire le trattative.

Il rischio di coartare la volontà del cliente - seppure in buona fede e a fin di bene, ovviamente - sussiste particolarmente, a mio modesto avviso, nell'ambito della negoziazione assistita in cui l'avvocato o il consulente sono, di fatto, l'unico vero interlocutore del suo cliente. È dunque opportuno che costoro, mentre cercano di convincerlo della bontà di una certa soluzione conciliativa (anche quando essa sembra evidente) impieghino una particolare cura nell'esplicitare ciò che al cliente potrebbe non essere chiaro e ribadire che l'ultima parola è, comunque, la sua.

Sia in sede giudiziale sia in sede di negoziazione assistita esiste anche il rischio opposto.

Il difensore che consiglia il suo cliente di trovare un accordo rischia che quest'ultimo inizi a guardarlo avendo negli occhi l'interrogativo «*ma lei da che parte sta*» - quello stesso cliente che alla fine della causa, se perde, potrebbe dire apertamente " *ma lei non mi aveva avvisato* ". È un rischio tanto più alto quanto più il difensore si impegna in questa parte del suo compito professionale.

In sede giudiziale è sicuramente di aiuto che la parte senta compiere dal giudice affermazioni analoghe a quelle che erano già state del suo difensore.

Nella negoziazione assistita tutto è affidato alla capacità dell'avvocato o del consulente di essere chiaro e, se necessario, brutale nell'espone i rischi, ma al contempo chiaro, chiarissimo, sul fatto che aiutare il cliente a raggiungere un accordo è parte del suo dovere professionale tanto quanto assisterlo fino

al giudizio di Cassazione e, dunque, non ha alcun interesse personale a raggiungere per forza una conciliazione.

Nel momento in cui espone il percorso logico che lo ha condotto ad un certo suggerimento conciliativo, dal canto suo, il giudice rischia di compromettere la percezione della sua capacità di decidere in modo imparziale la controversia, in caso di fallimento del tentativo di conciliazione.

Ciò impone al magistrato di prestare molta attenzione a rimanere sufficientemente neutrale e a non compiere anticipazioni di giudizio: bisogna inviare alla parte, e soprattutto al suo difensore, un messaggio chiaro sul rischio ma mantenere indubbio, al contempo, che nulla è stato ancora deciso, neanche quando una questione viene prospettata come particolarmente rischiosa per una delle parti; bisogna chiarire bene che un conto è la valutazione del rischio a scopo conciliativo e un conto la decisione della causa e che, tanto più una questione appare rischiosa per una parte, tanto più il suo difensore verrà ascoltato con attenzione.

Non è davvero un compito facile. Mentre dico e contraddico, in questi casi, mi sento come il funambolo in equilibrio sulla corda a 20 metri di altezza.

È ora di concludere.

L'assenza nella negoziazione assistita dei due profili sopra analizzati che costituiscono i punti di forza della conciliazione giudiziale è indubbia, ma ciò non è certo un problema.

L'istituto non viene introdotto nel settore del lavoro per sostituire la conciliazione giudiziale, ma per essere affiancato ad essa e alle altre figure di conciliazione stragiudiziale già esistenti.

Detti profili, peraltro, non sempre sono indispensabili.

A volte la futura controversia è sufficientemente chiara e senza troppe variabili, le parti sono ragionevoli, il rapporto tra gli avvocati è franco e corretto, e la loro abilità consente dunque di mettere a punto un accordo prima di "incrociare le armi" in Tribunale e senza necessità di aiuto da parte di alcun terzo mediatore.

In questi casi il fatto di non essere davanti al giudice è solo un vantaggio: niente ricorso, niente memoria, niente attesa dell'udienza in cui conciliare.

In questi casi la negoziazione assistita esprimerà tutta la sua utilità, offrendo il vantaggio "rivoluzionario" di poter dare all'accordo raggiunto in autonomia - già frequente nella realtà - anche la forza della non impugnabilità ex art. 2113 c.c. e del titolo esecutivo, liberando avvocati e consulenti dalla necessità di perdere tempo ed energie a ratificarlo in una sede protetta.

La mancanza del giudice e, ancor di più, dello "schieramento degli eserciti" potrà farsi sentire, quando nel corso della trattativa sorgeranno dei problemi e le parti si ritroveranno a giocare una partita di calcio senza arbitro e senza regole precise.

Ma questo non è certo un buon motivo per non provarci.

Se la negoziazione assistita fallisce, infatti, c'è sempre tempo per arrivare davanti al giudice a cui chiedere, innanzi tutto, un aiuto a fini conciliativi.