



# La prospettiva dell'efficienza spinge la conciliazione

In un quadro di notevole carenza di risorse il Legislatore ha deciso di andare in outsourcing delegando cioè gli avvocati a istituire organismi di risoluzione alternativa delle controversie presso i tribunali

IL COMMENTO DI REMO CAPONI

**N**egli ultimi decenni si registra in Occidente una spinta culturale sempre maggiore verso i metodi di composizione delle controversie alternativi rispetto al processo di cognizione dinanzi al giudice statale (Adr, Alternative Dispute Resolution). Il movimento rinviene la sua originaria forza propulsiva negli Stati Uniti e incontra un notevole supporto nelle istituzioni dell'Unione europea.

In questo quadro si parla molto in Italia di conciliazione o di mediazione, un calco dall'inglese mediation, che prevale nella terminologia giuridica della maggior parte dei paesi europei e della stessa Unione europea.

**Delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali** (Legge 69/2009, articolo 60) - La direttiva europea del 21 maggio 2008, la cui applicazione è formalmente limitata peraltro alle controversie transfrontaliere, definisce la mediazione come «un procedimento strutturato, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della medesima con l'assistenza di un mediatore. Tale procedimento può essere avviato dalle parti, suggerito od ordinato da un organo giurisdizionale o prescritto dal di-

ritto di uno Stato membro».

Per mediatore la direttiva europea «intende qualunque terzo cui è chiesto di condurre la mediazione in modo efficace, imparziale e competente, indipendentemente dalla denominazione o dalla professione di questo terzo nello Stato membro interessato e dalle modalità con cui è stato nominato o invitato a condurre la mediazione».

Sulla stessa linea si colloca la norma di delega in esame, che impone di prevedere, nel rispetto del codice deontologico, un regime di incompatibilità tale da garantire la neutralità, l'indipendenza e l'imparzialità del conciliatore nello svolgimento delle sue funzioni.

In modo essenziale, l'esito positivo del procedimento di mediazione (o di conciliazione) può essere definito come l'accordo con il quale le parti compongono la controversia, con l'assistenza di un terzo imparziale e preparato professionalmente a svolgere questo compito.

All'interno dei metodi alternativi di composizione delle controversie, intesi nella loro accezione più ampia, la conciliazione occupa il centro della categoria, collocata in un certo senso a metà strada tra gli strumenti negoziali che non coinvolgono terzi (come la transazione) e gli strumenti in cui il terzo coinvolto ricalca, quanto a qualità soggettive e a tipo di attività, la figura del giudice statale (co-

me l'arbitrato). Dei primi la conciliazione condivide la qualità di accordo tra le parti. Dei secondi la conciliazione condivide le qualità soggettive del terzo coinvolto.

Si può distinguere tra conciliazione dinanzi al giudice statale o a un terzo da questi designato e conciliazione dinanzi a un terzo che non è il giudice, né è da questi designato.

**Perché promuovere la conciliazione** - Perché promuovere la conciliazione? Se il presupposto fosse un giudizio di irrimediabile inefficienza della giustizia civile statale e il proposito fosse di «portare la soluzione delle controversie fuori dalle aule giudiziarie», come talvolta si sente dire in modo semplicistico; se cioè la prospettiva fosse di collocare un tassello nel disegno della privatizzazione della giustizia civile, allora converrebbe francamente abbandonare la conciliazione alla sua deriva attuale, piuttosto misera: si parla molto di conciliazione, ma si concludono poche conciliazioni, tranne in settori di nicchia, come quello delle telecomunicazioni, che peraltro - come si vedrà - non occupa un posto strategico nello sviluppo degli istituti conciliativi.

In realtà, l'appellativo della conciliazione come metodo alternativo di composizione delle controversie è ingannevole sotto più profili.

Innanzitutto, rispetto ai compiti della giustizia civile statale



nel suo complesso, la conciliazione non può essere alternativa, poiché:

a) essa può avere a oggetto solo controversie relative a diritti disponibili. Il dato tradizionale è confermato anche dalla norma di delega in esame, come è stato confermato dal nuovo testo dell'articolo 806 del Cpc in relazione all'arbitrato. Il limite dei diritti disponibili presenta peraltro delle incertezze, che altri ordinamenti hanno sgomberato prevedendo l'assoggettabilità ai metodi negoziali di composizione delle controversie di tutte le controversie a contenuto patrimoniale in materia civile e commerciale, salvo eccezioni tipizzate dalla legge;

b) la conciliazione può aver bisogno degli organi giudiziari per l'esecuzione forzata. Infatti la norma di delega prevede che il verbale di conciliazione abbia efficacia esecutiva per l'esecuzione forzata e costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale;

c) infine si può presentare l'opportunità di ottenere il rilascio di un provvedimento cautelare, che tuttavia determina quasi sempre immediatamente il fallimento del tentativo di conciliazione, tranne nelle ipotesi in cui l'esperimento del tentativo sia obbligatorio.

In secondo luogo, la funzione della conciliazione non può essere colta come rimedio esterno a una irrimediabile inefficienza della giustizia civile statale. Al contrario, più è efficiente quest'ultima, maggiori sono le possibilità che si dischiudono a un impiego proprio della conciliazione, diretto a riempire quegli spazi che un'amministrazione statale della giustizia, pur efficiente, lascia inevitabilmente aperti.

Il successo della conciliazione

## I dubbi sulle controversie di lavoro

Quando la cultura giuridica italiana si apre organicamente al dibattito sui metodi di Adr, sul finire degli anni Settanta del XX secolo, si offre alla riflessione la conciliazione nelle controversie in materia di lavoro. Esempi interessanti, in quanto attestano già prima degli sviluppi nel settore della tutela del consumatore che l'ordinamento ha interesse, in alcune categorie di controversie, a favorire la conciliazione con maggiore intensità e con particolari strumenti. In particolare, nel settore delle controversie di lavoro, il conflitto tra datore di lavoro e lavoratore può essere espressione particolare di un conflitto collettivo potenziale o in atto tra le due categorie. In questo quadro può rivelarsi opportuno, ad esempio, l'intervento delle organizzazioni sindacali, attraverso il quale conciliazione e contrattazione diventano elementi di un processo contrattuale continuativo. Ciò rende ragione del tentativo di politica del diritto, negli anni Sessanta del secolo XX, di creare un circuito privato intersindacale, articolato su forme di conciliazione e di arbitrato, destinato a costituire un'alternativa alla giustizia statale nell'ambito delle controversie di lavoro.

Con la riforma del processo del lavoro del 1973 e la valorizzazione del giudice del lavoro, l'ordinamento ha seguito un'altra linea di sviluppo, ma il *favor conciliationis* permane e si esprime nella previsione di due forme di conciliazione stragiudiziale, preventive rispetto all'instaurazione del giudizio: la conciliazione sindacale, prevista dai contratti collettivi, e la conciliazione amministrativa, dinanzi a un'apposita commissione presso l'Ufficio provinciale del lavoro. L'alto numero delle controversie di lavoro ha indotto a impiegare in funzione deflattiva il tentativo di conciliazione stragiudiziale, che a tale scopo nel 1998 è stato reso obbligatorio, ma il risultato non è stato conforme alle aspettative, anzi in molte sedi è stato controproducente, poiché i tentativi frequentemente non sono animati da un'effettiva volontà conciliativa, bensì solo dalla necessità di rimuovere un ostacolo temporale all'introduzione della causa giudiziaria. Tuttavia la delega in esame lascia il legislatore delegato libero di allargare l'area dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, in quanto ciò non preclude certamente l'accesso alla giustizia (tanto più che si prevede che il procedimento di conciliazione non abbia una durata superiore ai quattro mesi).

si alimenta proprio dal dialogo e dall'intreccio con la giustizia civile statale, come dimostra il successo - specialmente in altri ordinamenti - del tentativo di conciliazione delegato dal giudice investito della soluzione della controversia in sede contenziosa.

**Gli insuccessi della conciliazione giudiziale: motivi** - Il tentativo di conciliazione può ben essere delegato innanzitutto a un giudice in sede non contenziosa. In tale senso è la felice prassi avviata *praeter legem* a Göttingen, nella Repubblica federale tedesca, nonché vi è un'indicazione contenuta nella direttiva europea.

Nell'ordinamento italiano vi è

già una norma in questa direzione, ma ha avuto uno scarso successo applicativo: l'articolo 322 del Cpc sulla conciliazione in sede non contenziosa dinanzi al giudice di pace. L'insuccesso del tentativo di conciliazione in sede non contenziosa è frutto di una duplice trascuratezza.

In primo luogo, si tratta della trascuratezza del legislatore del 1991, che ha perduto l'occasione di profilare con maggiore nettezza la funzione conciliativa del giudice di pace rispetto al giudice professionale. La funzione essenziale del giudice di pace è colta pur sempre nella decisione della controversia, non nella conciliazione.



In ciò taluno ha intravisto incisivamente la persistenza di un tratto caratteristico della cultura giuridica italiana, che vede realizzarsi la tutela dei diritti soggettivi e l'attuazione del diritto oggettivo soprattutto nella sentenza che decide la controversia.

In effetti, la mancata valorizzazione della funzione conciliativa del giudice di pace appare come un tardivo riflesso della virata pubblicistica, che si verifica con il codice di procedura civile del 1942. La barra punta diritta verso il «rafforzamento dell'autorità del giudice» (così la relazione al Re), nel quadro della concezione del processo civile come mezzo di attuazione della legge nel caso concreto, che relega così piuttosto sullo sfondo, quasi come un effetto collaterale e riflesso, la realizzazione dell'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo (il chiovendiano bene della vita, congiunto alla composizione della controversia). La conciliazione ha così perso la posizione privilegiata riservata dal codice di procedura civile del 1865, nel primo capo del titolo preliminare, che esordisce con un articolo del seguente tenore: «i conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie».

Questa svolta non ha giovato alla conciliazione affidata al giudice in sede contenziosa, che ha sempre vissuto una vita grama. Essa non ha giovato allo sviluppo della conciliazione delegata dal giudice al consulente tecnico, che a parte l'ipotesi della consulenza contabile, ha trovato un riconoscimento legislativo in via generale solo nel 2005. La svolta non ha giovato infine all'introduzione di istituti quali il riconoscimento della domanda

**L'istituto non va considerato come soluzione esterna a un'irrimediabile carenza della giustizia civile, ma al contrario le possibilità di un suo impiego propizio sono legate al buon funzionamento del sistema**

o la sua rinuncia.

Questa impostazione culturale ha inciso sulla mentalità dei giudici, che in genere non sono ancora sufficientemente preparati a svolgere una funzione conciliativa, nonché sulla mentalità degli avvocati, che non sono ancora sufficientemente incentivati a cooperare.

Al fine di conquistare la platea degli avvocati alla conciliazione, occorre rivedere la formula per la determinazione dell'onorario in modo da valorizzare in modo adeguato l'attività prestata al fine della composizione negoziale della controversia, rispetto alla conduzione di un processo giurisdizionale. In mancanza di ciò prevedere - come fa la deroga - il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione, rischia solo di codificare l'emissione di un *flatus vocis*, disgiunto da un'effettiva volontà promozionale.

**La giustizia civile come servizio pubblico** - La tradizionale concezione che vede nell'amministrazione della giustizia una funzione

essenziale propria dello Stato moderno al servizio della realizzazione del diritto oggettivo è entrata in tensione con la connessione tra etica e utilità del singolo ed etica sociale, che si profila come caratteristica nell'ambiente contemporaneo.

Attualmente lo scopo del processo civile è colto, in prima battuta, nell'attuazione dei diritti soggettivi dei privati. In primo piano campeggia l'utilità che gli individui si ripromettono di conseguire nel momento in cui intraprendono un processo civile.

Di conseguenza la giurisdizione non è concepita tanto come una funzione dello Stato moderno diretta all'attuazione del diritto oggettivo nel caso concreto, quanto in primo luogo come servizio pubblico diretto alla composizione delle controversie secondo giustizia.

Questa concezione considera che la composizione delle controversie a opera di istituzioni, quando non si realizza esclusivamente nell'ambito della autonomia privata dei soggetti tra cui esse sorgono, può essere affidata non solo agli organi della giurisdizione statale, ma anche, in presenza della volontà concorde delle parti, a istituzioni diverse dallo Stato, di cui sia assicurata la terzietà e l'imparzialità.

Questo mutamento di prospettiva fa sì che i diversi sistemi politici siano attualmente chiamati, più urgentemente che nel passato, a rispondere alla domanda di efficienza proveniente dagli utenti del servizio della giustizia civile, e quindi a misurarne e a incentivarne la qualità, la produttività ecc.

Questo sviluppo reagisce anche sui principi del processo civile,



che tendono oggi ad accogliere anche la prospettiva della efficienza, di un'allocazione ottimale delle scarse risorse dedicate alla giustizia civile.

**La prospettiva dell'efficienza** - La prospettiva dell'efficienza costituisce una delle spinte fondamentali verso i metodi negoziali di composizione delle controversie.

In un quadro di notevole carenza di risorse dedicate alla giustizia civile, come è quello italiano, specialmente sotto il profilo del numero di giudici professionali in rapporto al volume del contenzioso arretrato e sopravveniente, è difficilmente percorribile la strada di distaccare dal suo ruolo anche un solo giudice professionale per ufficio giudiziario, per prepararlo professionalmente ad assolvere il compito di esperire tentativi di conciliazione delegati dal collega cui è affidata la controversia in sede contenziosa.

Da ciò il proposito, perseguito dalla delega in esame, di andare in *outsourcing*, prevedendo la possibilità, per i consigli degli ordini degli avvocati, di istituire, presso i tribunali, organismi di conciliazione, nonché, per le controversie in particolari materie, la facoltà di istituire organismi di conciliazione presso i consigli degli ordini professionali.

Il proposito si inserisce in un disegno di lungo periodo che guarda in Italia con crescente favore alla conciliazione amministrata da istituzioni pubbliche e private, diverse da quelle giudiziarie. In questo contesto, la delega in commento prevede che la mediazione sia svolta da organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del servizio di conciliazione.

## I rapporti con la class action

Se le controversie di modico valore hanno un carattere seriale il discorso è diverso. La garanzia di una efficiente risoluzione di queste ultime non è data tanto dalla possibilità di conciliarle, quanto dalla possibilità di trarle a oggetto di un'azione collettiva risarcitoria dinanzi alla giustizia statale. In caso di danni di massa per i soggetti lesi coinvolti, ma di entità così lieve che non vale la pena di dedurli in giudizio isolatamente, e nemmeno di porli a fondamento di un'istanza di conciliazione, l'aggregazione processuale delle pretese individuali a opera di un rappresentante, come previsto dall'articolo 140-bis del codice del consumo (non ancora efficace), abbatte in misura maggiore i costi di tempo e di denaro per far valere le singole pretese rispetto al ricorso agli strumenti di conciliazione. La class action costituisce quindi l'elemento fondamentale di una risposta giudiziaria tesa a rimuovere le ragioni della rinuncia dei consumatori e degli utenti. In secondo luogo, la class action organizza una reazione compatta dei consumatori nei confronti dell'illecito plurioffensivo dell'impresa. Essa esprime quindi un'efficacia di deterrenza nei confronti di quest'ultima che la reazione alla spicciolata dei consumatori dinanzi agli organismi di conciliazione certamente non può avere. In terzo luogo, la class action funziona un poco come un aspirapolvere nei confronti degli strumenti di conciliazione, liberandoli dal pulviscolo delle controversie seriali di modico valore, liberando risorse per i tentativi di conciliazione individualizzati e valorizzando così la competenza professionale e l'opera del conciliatore. In altri termini, l'introduzione della class action costituisce un tassello fondamentale di una strategia tesa al miglioramento delle condizioni della giustizia civile nel settore delle controversie dei consumatori, diretta quindi a evitare che i metodi alternativi di composizione delle controversie si trasformino in un modo per svendere una risposta a una domanda di giustizia frustrata dall'indisponibilità di un'alternativa efficiente dinanzi alla giustizia civile statale.

**Tipologia delle controversie** - La prospettiva dell'efficienza suggerisce di individuare alcune categorie di controversie che si prestano in modo migliore a essere risolte attraverso la conciliazione.

Una prima categoria è quella in cui le parti in controversia sono inserite in un gruppo o intrattengono una durevole relazione sociale o economica. Il processo civile, con la sua isolata ricerca di un torto e di una ragione nel passato, spesso determina una frattura insanabile, mentre la conciliazione si presta forse in modo migliore ad allargare la prospettiva e a preservare le relazioni future tra le parti, secondo la suggestiva prospettiva della giustizia coesisten-

ziale, già intuita dal codice civile nel 1942.

La seconda categoria è quella delle controversie di modico valore, come sono spesso quelle in cui è protagonista un consumatore o un utente di un pubblico servizio. In tal caso i tempi medi di svolgimento del processo civile, congiunti ai costi immediati della difesa tecnica, non sono compensati dai benefici del provvedimento giurisdizionale favorevole al consumatore, che pertanto è indotto spesso a rinunciare ai propri diritti.

**Tecniche e modelli di attività conciliativa** - L'opera del conciliatore non può esser frutto di improvvisazione.

Una particolare attenzione è rivolta da alcuni anni a questa par-



te alle tecniche di conciliazione. L'attività del conciliatore può variare da un minimo (assistenza silenziosa alle trattative e registrazione dell'esito) a un massimo (chiarificazione, orientamento, persuasione, proposta).

Sebbene il diverso contenuto concreto dell'attività del conciliatore non si rifletta sulla qualificazione giuridica dell'accordo conciliativo, tale diversità non è priva di risvolti prescrittivi, bensì è all'origine di una distinzione tra i due modelli seguenti. Un primo, in cui il conciliatore, senza rinunciare normalmente a svolgere una funzione di chiarificazione e orientamento, si limita tendenzialmente a avvicinare le posizioni delle parti oppure, specie quando il tentativo minaccia di fallire, può giungere a formulare informalmente una proposta di accordo di cui non rimane traccia (in gergo, conciliazione facilitativa). Un secondo, in cui il conciliatore formula una proposta di accordo tra le parti, la quale, sebbene non vincolante, influisce di regola sulla decisione relativa alle spese nell'eventuale processo giurisdizionale (conciliazione valutativa).

A questo secondo modello si ispira la delega in esame, ove si prevede, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, che il giudice possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, salvo quanto previsto dagli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile e, inol-

**Al fine di conquistare  
la platea dei legali  
occorre rivedere  
la formula  
per la determinazione  
dell'onorario  
in modo da valorizzare  
in maniera adeguata  
l'attività prestata  
dai professionisti  
nella composizione della lite**

tre, che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato ai sensi dell'articolo 9 del testo unico sulle spese di giustizia (Dpr 30 maggio 2002 n. 115).

**Conciliazione amministrata** - Nella spinta verso i metodi di Adr, il legislatore italiano guarda con crescente favore alla conciliazione amministrata da istituzioni.

In tale ruolo spiccano le camere di commercio, alle quali l'articolo 2, comma 4, della legge 580/1993, nel quadro del loro riordinamento, riconosce il potere di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per le controversie tra imprese, nonché tra imprese e consumatori.

Gli articoli 38 e seguenti del Dlgs n. 5 del 2003 in materia di controversie societarie hanno aperto il campo ad altri enti pubblici e privati che intendano assumersi questo compito, previa iscrizione in un registro tenuto dal ministero della Giustizia.

Su questa falsariga si muove la norma di delega in commento, in una prospettiva di estensione in via generale all'intero contenzioso civile e commerciale.

Fra i principali servizi offerti dal-

la camera di conciliazione si segnalano: nomina ed eventuale sostituzione del conciliatore, riscossione degli anticipi dalle parti per le spese del procedimento, determinazione e corresponsione del compenso, e del rimborso spese al conciliatore, adempimenti di segreteria.

Tale servizio di composizione delle controversie è erogato con un'attività che, ancorché sorretta da un contratto di diritto privato tra parti e istituzione, deve essere circondata da alcune garanzie processuali. La camera di conciliazione si vale dell'attività del conciliatore come di un ausiliario, impegnato sulla base di un contratto di opera intellettuale. Da questa qualificazione dei rapporti tra parti e camera di conciliazione, nonché tra questa e conciliatore, deriva che di regola non sorge alcun rapporto giuridico tra parti e conciliatore. L'attività della camera di conciliazione non si sottrae a un giudizio di responsabilità contrattuale, il cui criterio è la diligenza ordinaria, nel suo massimo grado di oggettivazione. Poiché le obbligazioni assunte dalla camera attengono ai profili organizzativi e allo svolgimento del procedimento, tendenzialmente essa non risponde dell'invalidità dell'accordo conciliativo. Delicato, e forse meritevole di disciplina *ad hoc*, è il profilo della responsabilità per l'illecito del conciliatore: dalla ricostruzione appena proposta discende attualmente l'applicabilità dell'articolo 1228 del codice civile.

**Agevolazioni fiscali** - Infine la delega in esame prevede delle agevolazioni fiscali, sulla falsariga di quanto già previsto nella conciliazione societaria e nell'articolo 696-*bis* del codice di procedura civile. ■