

LE ISTITUZIONI DEL FEDERALISMO

Regione e Governo Locale

**Bimestrale di studi giuridici e politici
della Regione Emilia-Romagna**

6

**2008 – ANNO XXIX
novembre/dicembre**

**Conciliazione e Risoluzione
alternativa delle controversie (ADR).
Quadro giuridico, esperienze, istituzioni**

Indice 6.08

- 719** L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione / *Giovanni Cossi*
- 741** La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale / *Chiara Giovannucci Orlandi*
- 757** La conciliazione nell'ordinamento italiano / *Giuliana Romualdi*
- 785** Tra *class action* e conciliazione / *Remo Caponi*
- 821** Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche / *Michele Giovannini*
- 833** La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali / *Giacinto della Cananea*
- 851** L'attività di conciliazione dei Corecom / *Gianluca Gardini*
- 877** L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia-Romagna. Gli scenari dei conflitti: comunità, scuola, imprese / *Ana Uzqueda*
- 889** Le iniziative della Regione Emilia-Romagna per la divulgazione della conciliazione stragiudiziale / *Francesca Paron*

L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione

di Giovanni Così

Sommario

1. Interessi, diritti, potere. – 2. Il conflitto e la sua gestione. – 2.1. Modi e forme del conflitto. – 3. Diritto e pacificazione. – 4. Post-modernità e gestione dei conflitti.

1. Interessi, diritti, potere

Esistono probabilmente tre – e tre soli – modi possibili di affrontare un conflitto:

1. Tentare di riconciliare gli interessi delle parti.
2. Cercare di stabilire chi ha ragione, anche in termini giuridici.
3. Accertare chi è più forte, quanto a potere.

Nel primo caso le parti – da sole o con l'assistenza di un terzo neutrale – si incontrano come persone, con lo scopo di tentare la conciliazione dei loro interessi.

Nel secondo caso (conflitto gestito giuridicamente secondo lo schema avvocati-processo-giudice) le parti si confrontano in base a dei ruoli formali, con lo scopo di conseguire una vittoria ufficialmente riconosciuta: sentenza = ragione/torto + sanzione del diritto.

Nel terzo caso le parti si affrontano sulla base di un rapporto di forza, da quella economica fino a quella fisica pura e semplice.

Un conflitto comincia quando un soggetto (o un gruppo) avanza una pretesa o una richiesta verso qualcuno che la respinge; la pretesa può fondarsi in un torto che si ritiene di avere subito, oppure in un bisogno o un desiderio che si vuole

soddisfare. Risolvere un conflitto significa essenzialmente trasformare le opposte posizioni della pretesa e del suo rigetto in un solo risultato. In ogni conflitto sono in gioco determinati interessi; spesso sono utilizzabili degli standard giuridici di comportamento che possono aiutare a raggiungere un risultato “giusto”; infine esistono, più o meno evidenti, dei rapporti di potere tra le parti. *Interessi, diritti e potere* sono gli elementi base di ogni conflitto. Per risolverlo le parti possono, come si accennava, cercare di riconciliare i loro reali interessi; determinare chi ha giuridicamente ragione; accertare chi è più forte.

Interessi sono i bisogni, i desideri, i problemi, i timori; le “cose” che mancano o che si vorrebbero avere. Molto spesso non vengono espressi; rimangono nascosti dietro gli obiettivi concreti che gli individui affermano di perseguire (su questi, in genere, si fermano l’intervento del diritto e dei suoi operatori). In questo senso, i presunti (e pretesi) diritti sono spesso soltanto la “punta dell’iceberg” degli interessi. Non è facile trattare con gli interessi per tentare di conciliarli: implica confrontarsi con pregiudizi e convinzioni profondamente radicati, escogitare soluzioni creative e predisporre un’ampia gamma di offerte e concessioni. A questo scopo, la procedura più comune è il *negoziato*, in cui s’instaura una comunicazione bidirezionale volta a raggiungere un accordo. Un’altra procedura basata sugli interessi è la *mediazione*, in cui un terzo neutrale esterno alla disputa assiste le parti nella ricerca dell’accordo.

Sicuramente tutte le procedure negoziali e di mediazione sono rivolte alla soluzione di interessi. Alcune di esse vertono su diritti, come quando due avvocati si confrontano su quale posizione dei rispettivi clienti abbia maggiore fondamento giuridico. Altre ancora hanno a che fare con rapporti di forza e di potere, come accade quando due vicini litigano o due nazioni si contrappongono scambiandosi minacce. Spesso nelle procedure negoziali e di mediazione appaiono tutti questi livelli d’interazione: si cerca di soddisfare gli interessi, si discutono diritti, entrano in gioco i rispettivi poteri. Esistono però delle procedure basate sugli interessi che si distinguono nettamente

da quelle basate sui diritti e da quelle basate sui poteri: vengono chiamate anche “negoziati di soluzione dei problemi” (in inglese, *problem-solving negotiation*), dato che implicano di trattare la disputa come un problema comune che deve essere risolto dalle parti.

Un altro modo di risolvere le dispute è, come si accennava, quello di fare riferimento a uno standard indipendente formalmente legittimo (norma valida) o ritenuto effettivo (consuetudine, equità), per determinare chi ha “diritto”, o è “nel giusto”; modo prevalente nelle moderne società organizzate intorno a ordinamenti giuridici. Con “diritti” si possono dunque intendere in senso ampio sia quelli sanzionati dalle leggi o dai contratti, sia i modelli di comportamento socialmente accettati come tali. Come ben sanno gli operatori giuridici, i diritti quasi mai sono chiari, univoci ed evidenti: esistono molti modi d’interpretarli e molte maniere di applicarli. Raggiungere un accordo sui diritti, che quasi sempre consiste nell’accertare chi debba fare qualcosa, può risultare estremamente complesso e richiede spesso l’intervento di un terzo in funzione decisionale. L’esempio tipico di questa procedura è il *giudizio*, dove le parti presentano prove e argomenti a un terzo neutrale che ha il potere di adottare una decisione vincolante; il terzo può essere pubblico (un tribunale), o privato (un collegio arbitrale). Risalta evidente la differenza con la mediazione, dove il terzo non ha alcun potere decisionale.

L’ultimo modo di risolvere un conflitto è quello basato sul potere (o sulla forza); cioè sulla capacità di costringere qualcuno a fare qualcosa che altrimenti non farebbe. Può essere molto difficile stabilire quale sia la parte più forte, senza ricorrere a un effettivo e potenzialmente distruttivo confronto tra i rispettivi poteri. Perché la dimensione del potere, al di là dell’esistenza di indicatori oggettivi come le risorse finanziarie, è fortemente dipendente dalla percezione soggettiva, spesso distorta, che si ha di esso. Ciascuna parte può inoltre sbagliarsi sulle reali possibilità dell’altro; specie quando il confronto si trasforma in una “questione di principio”, dove per prevalere vengono

impiegate risorse non di rado sproporzionate rispetto alla stessa posta in gioco. Molto spesso il rapporto tra interessi, diritti e poteri non è esclusivo, ma inclusivo: risolvere un conflitto implica quasi sempre doversi muovere attraverso tutti e tre questi modi o livelli di relazione tra le parti.

In generale sembra comunque accertato che cercare di conciliare gli interessi risulti, ove possibile, meno costoso di accertare chi ha ragione in termini giuridici; e che a sua volta questo sia più conveniente del determinare chi è più forte. Ciò non significa affermare che il modello-interessi sia sempre “migliore” del modello-diritti o del modello-potere. Significa soltanto sostenere una sorta di principio di “sussidiarietà” a suo favore: dove esso è utilizzabile, vale probabilmente la pena di provarlo prima di compiere l'*escalation* verso gli altri due. Anche perché, mentre dal livello degli interessi è normalmente possibile accedere a quelli del diritto e del potere, l'itinerario inverso risulta quasi sempre di fatto impraticabile.

2. Il conflitto e la sua gestione

La nostra cultura appartiene da tempo al gruppo di quelle che hanno deciso di delegare prevalentemente al diritto statale e ai suoi strumenti formali di decisione delle controversie la gestione dei conflitti sociali. Non importa se di *civil* o di *common law*, se “accusatori” o “inquisitori”, i nostri sistemi giuridici ci sembrano i soli capaci di garantire un livello accettabile di ordine e sicurezza, scongiurando al tempo stesso la necessità di ricorrere a interventi di controllo eccessivamente repressivi, se non addirittura totalitari.

I nostri ordinamenti procedurali-formali non ignorano del tutto gli strumenti informali di soluzione delle controversie incentrati sul confronto di interessi; tuttavia riescono quasi sempre a snaturarne la funzione. Ad esempio, il nostro codice di procedura civile conosce da sempre l'istituto del tentativo di conciliazione che dovrebbe essere effettuato dal magistrato con

la presenza diretta delle parti. Questo però nella realtà quasi mai viene seriamente esperito: il più delle volte è vissuto anzi come un intralcio, come un corpo estraneo a una procedura che, una volta avviata, è rivolta a risultati di altro tipo. E comunque, quando viene tentato, rimane quasi inevitabilmente segnato dalla mentalità *decisionale* di chi lo opera: il giudice. È insomma una conciliazione molto “guidata” e influenzata dall’incombenza del giudizio. Soprattutto, è una conciliazione operata da soggetti che quasi mai sono specificamente preparati a utilizzarla in quanto efficace e autonomo strumento di soluzione della controversia.

Il modo in cui è stata trattata finora la conciliazione nell’ambito delle nostre istituzioni non è altro che una conseguenza dell’atteggiamento psicologico e culturale che le nostre società manifestano normalmente nell’acostarsi al fenomeno del *conflitto* ⁽¹⁾. Lo si considera senz’altro un evento *patologico*, un problema da risolvere in via esclusivamente tecnica da parte di soggetti professionalmente addestrati a farlo nell’ambito di una struttura formalizzata: il processo-giudizio. Tutte le società tecnologicamente avanzate esibiscono in varia misura questa tendenza: c’è, per così dire, una diffusa “mancanza di fantasia” che porta a ritenere il giudizio, la decisione imposta da un potere esterno, come il principale, se non l’unico, metodo praticabile di soluzione conflittuale. Di fronte a un conflitto, cerchiamo quasi sempre di determinarne le *cause* per attribuire delle *responsabilità*; quasi mai ci domandiamo quali ne siano gli *scopi* e le *possibilità*.

In accordo con questa visione patologizzante del conflitto, nelle società contemporanee le professioni sono soprattutto professioni della patologia: esse sono di solito chiamate a intervenire su problemi e conflitti che si generano spesso fuori dalla loro sfera di competenza specifica, rispetto ai quali

(1) In proposito cfr. J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, Ramonville Saint-Agne, Éditions Érès, 1998, p. 31 ss.

hanno normalmente scarse capacità di prevenzione. Non solo, le società contemporanee esprimono di fatto dei “valori” che spesso favoriscono l’evoluzione del patologico della struttura in fenomeno a sua volta patologico: esse infatti non compensano adeguatamente, né in termini economici né di prestigio, i “generici” della prevenzione (si pensi ad esempio agli insegnanti), mentre remunerano invece, talvolta lautamente, gli specialisti della patologia; ciò anche perché intervenire su di una crisi ormai in atto è di solito più costoso che prevenirla, oltre a necessitare di competenze tecniche spesso altamente qualificate e differenziate. Si viene cioè a generare un contesto caratterizzato dal netto prevalere degli aspetti di “terapia” su quelli di “prevenzione”, in cui la patologicità della situazione, la specializzazione tecnica e professionale dell’intervento e il compenso pagato dalla società per l’intervento stesso, si amplificano simultaneamente e reciprocamente.

Un primo passo per cominciare a comprendere dove inserire utilmente gli strumenti informali di soluzione delle controversie potrebbe essere proprio quello di considerare il conflitto non come un evento sociale patologico, un male da curare o da rimuovere, ma come un fenomeno *fisiologico*; talvolta addirittura positivo. Se spogliato dalla considerazione pregiudiziale negativa, un conflitto non è dopotutto altro che una disputa tra tesi e opinioni diverse intorno a un problema. Può essere visto e vissuto come un’occasione di confronto, certo anche di duro contrasto, ma non necessariamente di *dissidio* insanabile che escluda a priori la possibilità della comunicazione e implichi la trasformazione dell’avversario in un nemico da sconfiggere⁽²⁾.

L’avversario è infatti colui senza il quale, nel conflitto, io non esisto: solo dove lui è, anch’io posso veramente essere. Con

(2) Sulla differenza tra conflitto e dissidio, cfr. E. RESTA, *Il giudice e i suoi conflitti*, in *Giustizia e procedure*, Atti del XXII congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica, *Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, n. 3/2002, pp. 189-220.

lui ci si *confronta*. L'avversario mi permette infatti non solo di misurarmi con lui, ma anche con me stesso: mi fa scoprire i miei limiti e le mie possibilità. L'avversario è *come me*: ha i miei stessi timori e le mie stesse speranze; imparando a conoscerlo, scoprendo la sua forza e le sue ragioni, i suoi punti deboli e le sue incongruenze, imparo a conoscere anche i miei. Perciò gli devo *rispetto*. Il nemico è invece colui che m'impedisce di esistere: dove lui è, io non posso essere. Con lui si *combatte*; fino alla resa, o all'annientamento.

Tale è in realtà l'esito di ogni *vittoria*, anche processuale. Perché anche il processo opera secondo la logica vittoria/sconfitta. La pacificazione assicurata dal diritto, rimanendo alla "superficie" degli eventi, si dimostra spesso carente sia sul piano etico generale, sia su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto: sul piano etico, non solo non spinge i contendenti alla consapevolezza delle proprie reali motivazioni, ma non va oltre la mera tolleranza, senza pervenire a un vero *riconoscimento* dell'altro; sul piano pratico, confonde quasi sempre la verità con la vittoria, lasciando lo sconfitto solo col suo rancore e il suo desiderio di rivalsa. Ciò perché essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del *nemico* che non a quella dell'*avversario*.

Dicevamo che la presenza dei conflitti all'interno dei gruppi sociali costituisce in realtà un fenomeno più fisiologico che patologico. Del resto, anche una banale considerazione del conflitto in termini di "darwinismo sociale" fa comprendere come esso sia indispensabile allo stesso mutamento: una società senza conflitti è inevitabilmente statica; non solo, c'è da diffidare delle società che apparentemente non manifestano conflitti. Dalle conseguenze della dissoluzione dell'impero sovietico alle tragiche vicende nella vicina ex Jugoslavia, la storia recente ci offre molti drammatici esempi di ciò che accade quando si tenta di rimuovere una realtà conflittuale attraverso l'imposizione di un unanimità di facciata.

Quello che in definitiva conta, non è *che* ci siano conflitti, ma *come* questi vengono gestiti. È ovvio che una società può essere

minata profondamente da una cattiva gestione dei conflitti. Ma “cattiva” è appunto se mai la gestione, non il conflitto in quanto tale. Il conflitto di per sé è un *fatto*, un evento, un fenomeno neutrale: sono le nostre valutazioni che lo qualificano come “utile” o “inutile”, “positivo” o “negativo”, e simili. Dipende quindi da noi come considerarlo. Per ora ci siamo limitati a un solo tipo di scelta, credendo che fosse l’unica possibile.

Di più: in una società divisa e “atomizzata”, dove i soggetti hanno spesso in comune soltanto il conflitto che contingentemente li oppone, questo potrebbe essere inteso anche come un’occasione di comunicazione che, se adeguatamente sfruttata, è talvolta in grado di generare insospettate, nuove opportunità per entrambe le parti⁽³⁾.

2.1. *Modi e forme del conflitto*

È insomma difficile negare che il conflitto rappresenti una caratteristica ineliminabile e inevitabile dell’uomo e delle società; e che al tempo stesso costituisca un fenomeno complesso e di non semplice definizione⁽⁴⁾. In termini generali potrebbe forse essere descritto come il manifestarsi dell’opposizione tra due o più opinioni, volontà o forze determinate a ottenere un’affermazione. Si intuisce che il conflitto può presentare aspetti *quantitativi* e *qualitativi* estremamente differenziati.

Sul piano quantitativo, una classica distinzione empirica è quella tra conflitti *micro*, *meso* e *macro*. In estrema sintesi, sono microconflitti quelli tra due persone fisiche: una lite di vicinato, un contrasto familiare, una causa tra persone fisiche.

(3) Così ad es. R.A. BARUCH BUSH e J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation. Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, San Francisco, Jossey-Bass Publishers, 1994.

(4) Una buona sistematica dei fenomeni conflittuali si trova ad esempio in E. ARIELLI e G. SCOTTO, *I conflitti. Introduzione a una teoria generale*, Milano, Bruno Mondadori Editore, 1999.

Sono mesoconflitti quelli che coinvolgono più soggetti o gruppi di soggetti variamente organizzati: uno sciopero, una *class action* in materia ambientale, una campagna di disobbedienza civile. Sono macroconflitti quelli che si svolgono sullo scenario internazionale, come le guerre.

Sul piano qualitativo bisogna intanto tenere presente un dato originario, per così dire ontologico, del conflitto: esso nasce dalla *differenza* che deriva dal fatto stesso dell'esistenza umana individuale. Esistere è infatti per l'uomo essenzialmente un *ex-sistere*, un differenziarsi e un eccettuarsi dall'altro proprio in quanto suo simile: siamo una specie fatta di individui che si differenziano esistendo. Questa differenza fa sì che ogni forma di comunicazione con l'altro costituisca, potenzialmente o attualmente, un'occasione di confronto. È questo il livello più basso del conflitto: la discussione, il contrasto di idee e di opinioni. Già a questo livello è possibile però rilevare una caratteristica tipica di tutte le forme e intensità del conflitto. Finché il confronto, anche duro, rimane centrato *oggettivamente* sul problema intorno a cui si dissente, esiste la possibilità di una gestione e di un esito costruttivi del conflitto. Se invece il piano del confronto, come spesso purtroppo accade, si sposta *soggettivamente* sui protagonisti del confronto, allora questo degenera in chiave egocentrica e i suoi esiti divengono tendenzialmente incontrollabili. Da questo punto di vista anche il diritto si presenta come uno strumento oggettivante di gestione dei conflitti. Non però nel senso che cerca di prevenirne la deriva egocentrica attraverso una mediazione reale degli interessi in gioco, bensì nel senso che tenta di sostituire alla complessità della situazione reale un modello di regolazione formalizzato e convenzionale: "il modello oggettivista funziona sovrapponendo alla realtà della vita una seconda realtà puramente fittizia. Il conflitto è così gestito attraverso la mediazione di una metarealtà finzionale in cui l'irripetibile diversità del caso concreto e la pluralità di punti di vista (interpretazioni) sul reale vengono ridotte ad un senso univoco (oggettivo). La *mediazione finzionale* rende oggettivabile e quindi controlla-

bile la confusione del conflitto”⁽⁵⁾. Il diritto è uno strumento di gestione dei conflitti che da un lato cerca di formalizzare *interessi*, dall’altro tenta di ritualizzare rapporti di *forza*.

Esistono conflitti a contenuto prevalentemente *relazionale*, dove il nucleo del contrasto è rappresentato da rapporti interpersonali, e conflitti a contenuto prevalentemente *fattuale*, incentrati sull’attribuzione di beni o risorse. Il trattamento di queste due diverse categorie di conflitti ha prodotto differenti modelli di mediazione, rispettivamente e complessivamente collegabili a due diverse “scuole”, o metodiche, d’intervento: la scuola “umanistico-emozionale”, riconducibile per l’Europa alla figura carismatica di Jacqueline Morineau, i cui appartenenti operano soprattutto nell’ambito della mediazione penale e di quella familiare; la scuola “utilitaristico-negoziale”, riconducibile ai modelli del *Mediation Program* di Harvard fondato da Frank Sander, dominante nell’ambito di chi si occupa di mediazione civile e commerciale. Come è però del tutto improbabile che esistano dei conflitti esclusivamente relazionali o esclusivamente fattuali, così sarebbe molto opportuno che queste diverse impostazioni d’intervento sviluppassero sinergie e interazioni, indispensabili ad esempio per poter far fronte alle nuove necessità emergenti nell’ambito della mediazione dei conflitti sociali e culturali.

Al centro di ogni conflitto di qualunque tipo e dimensione stanno sempre e comunque degli *interessi* percepiti dalle parti come in vario modo contrastanti e incompatibili: è su questi che principalmente si applica l’opera “maieutica” del mediatore in funzione della ricerca di un eventuale accordo. Al “di sotto” degli interessi si situano i bisogni, o *necessità*; al “di sopra” i *valori*. I conflitti a entrambi questi livelli sono quasi sempre assai difficilmente trattabili. Lo sono quelli sui bisogni, perché vengono spesso a toccare lo zoccolo duro dove si incontrano degli oggetti non negoziabili quali i fattori ritenuti primari per

(5) M. VENTURA, *Diritto, psiche e credenze nel conflitto*, in C. BRUTTI e R. BRUTTI (a cura di), *Mediazione, conciliazione, riparazione*, Torino, Giappichelli, 1999, p. 91.

la sopravvivenza da singoli o gruppi. Lo sono forse ancora di più quelli sui valori, dove la moltiplicazione esponenziale e collettiva del fenomeno di egocentrizzazione del conflitto, cui prima si accennava, sfocia nella costruzione di *identità* olistiche di tipo ideologico, religioso, culturale totalmente assorbenti e reciprocamente incompatibili, che non lasciano a priori spazio per *avversari*, ma solo per *nemici*⁽⁶⁾.

Esistono molti fattori esterni che possono amplificare o addirittura innescare i conflitti. Grosso modo possono essere ricondotti a tre tipi principali di *carezza*: scarsità di risorse, scarsità di spazio, scarsità di comunicazione.

La non infinità delle risorse materiali, dei “beni”, disponibili è un dato di fatto economico oggettivo che fa da sfondo a qualsiasi situazione conflittuale. Due aziende agricole confinanti che utilizzano lo stesso corso d’acqua per irrigare non avranno problemi finché la risorsa idrica è abbondante; ma se questa comincia a scarseggiare è altamente probabile che si manifestino tensioni e problemi. Buona parte degli attuali conflitti internazionali sono riconducibili alla percezione della limitatezza delle risorse energetiche, che prese corpo per la prima volta a seguito della crisi petrolifera del 1974. Chi si trova a dover gestire dei conflitti deve tuttavia sempre ricordare che la rappresentazione della scarsità di risorse è fortemente influenzata da fattori soggettivi: per alcune entità politico-sociali, come ad esempio per il Terzo Reich tedesco alla vigilia della seconda guerra mondiale, sembra che lo “spazio vitale” non dovesse bastare mai; per una delle parti di una controversia la somma di 100 euro può essere rilevante, per l’altra insignificante.

La scarsità di spazio è probabilmente la forma più dura e concreta che può assumere la mancanza di alternative al conflitto. Un vecchio detto dei nomadi sahariani recitava più o meno così: “Allontaniamo le nostre tende affinché i nostri cuori possano riavvicinarsi”. Ma essi avevano appunto a dispo-

(6) Fondamentale, in proposito, A. SEN, *Identità e violenza*, trad. it. Bari, Laterza, 2006.

sizione un intero deserto. Dove possono andare invece i due condomini litigiosi e privi di qualsiasi alternativa residenziale? Dove possono “allontanarsi” gli israeliani e i palestinesi?

Ma forse la scarsità più grave, che attraversa e alimenta tutti i conflitti, è quella di comunicazione. Essa genera risentimento, diffidenza, incomprensione. Nella mancanza di comunicazione è altamente improbabile che la diversità diventi una risorsa: sarà sempre e soltanto un problema. Una comunicazione carente o assente distorce infatti in senso negativo la percezione dell'altro; ne è un perfetto simbolo la condanna biblica alla babele linguistica. A livello sia individuale che collettivo, l'incomunicabilità produce pregiudizi che generano false identità. Il mio vicino è in realtà da me lontanissimo, perché con lui non parlo mai; posso perciò attribuirgli ogni genere di difetti, sicuro di non venire smentito. È lo stesso fenomeno che in ambito macrosociale determina l'emergere di quelle generalizzazioni acritiche di cui si nutrono tutte le forme di razzismo: “*sono tutti...*” (ladri, terroristi, ecc.). L'ignoranza genera mostri. Si comprende perché la cura della comunicazione costituisca il compito più importante del mediatore.

3. *Diritto e pacificazione*

Il diritto in quanto strumento standard di gestione dei conflitti presenta dei limiti strutturali e funzionali, che emergono soprattutto in relazione alla sua capacità di essere o meno un efficace strumento di *pacificazione* nei rapporti sociali.

Come vera “salute” non è soltanto assenza di malattia, così vera “pace” non è soltanto assenza di guerra: esistono numerosi stati, o livelli, di pace diversi; e altrettanti modi di risoluzione dei conflitti ad essi corrispondenti. Il livello più basso di pacificazione è sicuramente quello dell'*armistizio*: i contendenti depongono le armi e sospendono le ostilità, ma non per *fare* la pace; semplicemente, *si lasciano* in pace, perché sono venute momentaneamente meno le risorse materiali o le spinte

motivazionali necessarie al conflitto; le ingiustizie perpetrate e subite rimangono intatte sul terreno della contesa. La pace come armistizio presuppone che il parametro di normalità nelle relazioni sia rappresentato dallo stato di guerra.

Diversa appare, almeno nelle intenzioni, la pace perseguita attraverso il diritto. È la ricerca, o il ripristino, di un *ordine* basato sulla *certezza* dei rapporti: sulla nitida individuazione e separazione della pretesa dall'obbligo, della ragione dal torto, dell'innocenza dalla colpevolezza. Tale la natura della pace che discende dalla sentenza, dal lodo arbitrale, o anche dalla transazione, specie se frutto di un mero compromesso intorno a posizioni rigidamente inconciliabili (quel particolare tipo di transazione che è il *patteggiamento* nel processo accusatorio, ricorda invece di più un armistizio tra forze impari conseguente alla resa di uno dei contendenti). La legge si sostituisce insomma alla violenza, certificando *erga omnes* le posizioni reciproche, rendendole esigibili e coercibili. L'ordine e la sicurezza non dipendono perciò tanto dalla validità della soluzione adottata o dal consenso delle parti, quanto dalla forza dell'ordinamento e dall'efficacia del suo apparato di coercizione. I contendenti potranno anche non essere soddisfatti; le radici del conflitto non essere estirpate: la "pace" del diritto funzionerà comunque, riposando sulla sua capacità impositiva. Come certi medicinali, il diritto sembra dunque capace di trattare soprattutto i sintomi, e non le cause, di un malessere.

Inevitabilmente ambigua è la funzione del diritto (e della legge): per comprenderla, una buona metafora potrebbe essere quella del *confine*. Tra gli stati e le nazioni, il confine è spesso una sorta di "luogo geometrico" (cioè immateriale e convenzionale) che esiste soltanto nelle carte geografiche e nella mente di chi lo deve oltrepassare. Tuttavia, garantendo ai popoli che separa l'esclusiva di uno spazio vitale, esso fornisce sicurezza e conferisce identità, con perfetta simmetria. Ovviamente esistono confini "buoni" e aperti e confini "cattivi" e chiusi: confini attraverso i quali i popoli fanno serenamente transitare i loro scambi commerciali, e confini attraverso i quali le nazioni

muovono eserciti per affermare con la forza la loro identità inflazionata. Confini simili alla bassa siepe tra i giardini di due vicini premurosi, e confini che ricordano le mura paranoiche di una fortezza assediata.

Come il confine tra i popoli, così il diritto tra gli individui, insieme *unisce e divide*: disegna intorno a ognuno quella sfera di diritti e doveri che ne rappresenta l'identità civile; e stabilisce i modi e le forme in cui le diverse sfere possono o devono entrare in contatto tra loro. Quindi, al pari del confine, conferisce identità e fornisce sicurezza. In questo senso, il diritto può essere visto costituire il minimo comun denominatore dell'umano "di base" nel contesto sociale: regolamentando gli egoismi e ponendo un freno alle reciproche invasioni, è condizione *necessaria* allo sviluppo delle potenzialità individuali, al manifestarsi dell'umano "di vertice". Ma non è *sufficiente*. Perché se il principio originario del diritto consiste essenzialmente in una radicale alternativa di *metodo* alla violenza, tuttavia niente impedisce – se non il riconoscimento, necessariamente meta-giuridico, della presenza nell'"altro" di un'identica (e autentica) dignità umana – che col diritto si continuino a perseguire gli stessi *scopi* di prevaricante affermazione dell'*esserci*, tipici della violenza. Se la presenza del diritto è la discriminante forse fondamentale per rendere possibile un'umana esistenza, un'esistenza che voglia dirsi veramente umana non potrà mai passare esclusivamente attraverso di esso.

La pace assicurata dal diritto si dimostra spesso carente sia sul piano etico che su quello pratico dell'effettiva risoluzione del conflitto perché, come già si diceva, essa segue a una procedura che di fatto tende ad assimilare i contendenti più alla figura del nemico che non a quella dell'avversario. La pacificazione giuridica non farebbe del resto che riflettere, nei metodi utilizzati e nei risultati perseguiti, il modo tipicamente competitivo d'intendere le relazioni sociali diffuso nelle moderne società tecnologicamente avanzate: non esistono altri esiti possibili di una disputa, oltre la vittoria/sconfitta e il compromesso. E il conflitto diventa *dissidio* soprattutto perché il bisogno percepito

come fondamentale è quello di *avere ragione*, non quello di *trovare una soluzione*.

Non è però affatto detto che questa sia la sola vera “natura” del conflitto. E la sua degenerazione patologica in dissidio non è affatto scontata. Se depurato dalle infiltrazioni egoistico-soggettive, ogni conflitto può presentarsi invece anche come un confronto onto-centrico con la realtà: una realtà spesso “difficile”, fatta di diversità, di ignoto, di alterità non dominabile dalla volontà particolaristica di qualcuno. Ma, proprio per questo, stimolante: ogni progresso e ogni apprendimento nascono in definitiva da un conflitto superato creativamente.

Se cerchiamo di raffigurarci come potrebbe svolgersi il decorso “sano” di un fenomeno di conflitto interpersonale, e quindi di individuare una sorta di parametro di sanità dei rapporti, credo che dovremmo rivolgerci verso forme di aggregazione sociale strutturate in modo abbastanza diverso da quello di una normale comunità civile organizzata da un ordinamento giuridico. Potremmo riferirci, ad esempio, a quei gruppi la cui coesione è determinata e sostenuta da un comune “ideale di azione”, dove l’adesione alla meta da perseguire è personale e volontaria: si pensi a un gruppo di ricerca scientifica, o ad una comunità di tipo spirituale. Nel primo contesto, i soggetti sono legati da un vincolo di solidarietà in vista di un fine; nel secondo caso, giungono spesso a condividere una serie di valori intersoggettivi (talvolta codificati in veri e propri ordinamenti giuridici: le “regole”) che normalmente comandano il rispetto reciproco, o addirittura l’amore: in altri termini, la *pace*. Si tratta in generale di quelle situazioni che rientrano nell’immagine della “comunità della comunicazione” argomentante in base all’“etica della logica”, di cui parla ad esempio Karl Otto Apel (7): almeno finché dura – e perché *possa* durare – la

(7) K.O. APPEL, *Das Apriori der Kommunikationsgemeinschaft und die Grundlagen der Ethik*, trad. it. in ID., *Comunità e comunicazione*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1977, p. 238 ss. In proposito v. anche il mio *Il logos del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 216 ss.

comune ricerca intrapresa, l'etica dell'argomentazione deve prevalere sull'ontologia, in quanto affermazione pregiudiziale (e pregiudizievole) dell'io. L'"altro" è veramente "come me" nel suo condividere i miei stessi strumenti di metodo e i miei stessi scopi, che senza di lui non riuscirei a perseguire; non è tanto un imperativo categorico di ordine morale quello che mi spinge a superare l'egoismo del mio "esserci" per riconoscere nell'altro un'identica dignità ontologica, quanto la consapevolezza del *fatto* che altrimenti mi auto-escluderei dalla comunità argomentante e dalle sue regole. Trasparenza linguistica, apertura mentale, altruismo intellettuale non sono qui degli *optionals* morali, ma delle necessità costitutive. La comunità dell'argomentazione appare proporsi quasi come modello di un'umanità pacificata nel nome della "ragione" comunicativa.

Qualora, anche in queste situazioni, sorga comunque un contrasto tra due membri del gruppo, potrà rendersi utile l'intervento di un terzo che tenti di risolvere il problema in modo oggettivamente "giusto" e pacificante; nel fare ciò è prevedibile che risulterà per lui spontaneo, appartenendo alla stessa struttura finalizzata, tentare di mettere in luce sistematicamente ciò che li unisce per guardare – da *quel* punto di vista – a ciò che li divide, evitando di lasciarsi affascinare e coinvolgere eccessivamente dalla questione controversa. Il compito di questo "consigliere di pace" sarà sempre quello di riportare l'attenzione dei contendenti sui fondamenti della loro scelta comune e sulla solidarietà necessaria a perseguire l'obiettivo: la stessa "giustizia" non è qui che un mezzo rispetto al fine da raggiungere; un passaggio utile a ristabilire la serenità.

È chiaro come tutto ciò possa funzionare soltanto nel contesto di gruppi finalizzati relativamente piccoli, cui si aderisca personalmente con manifestazione espressa di volontà; ben diversa è la situazione in una grande comunità non istituzionalmente finalizzata e dove la volontarietà dell'adesione è soltanto ipotetica, come uno stato. Vi sarebbe se mai da verificare se, anche in questo caso, non debba vedersi nel diritto una valenza "educativa", una sua teleologicità orientata verso valori e

non soprattutto verso procedure di risoluzione conflittuale; ma l'analisi ci porterebbe troppo lontano.

Nella società civile, il modo stesso in cui sorge la lite manifesta invece la tendenza a esaltare, piuttosto che a sedare, gli aspetti patologici del contrasto.

Vi è intanto un immediato azzeramento della comunicazione interpersonale diretta: l'uno toglie all'altro la parola e, per ritualizzare subito il passaggio alla violenza che potrebbe essere imminente, la trasferisce a esperti capaci di confrontarsi in base a regole formalizzate; questo in sostanza significa "le mando l'avvocato", "farò ricorso al mio legale". Date le premesse, neppure gli avvocati però si parleranno, ma si rivolgeranno a un terzo, arbitro della contesa rituale (il giudice) e si nomineranno l'un l'altro in terza persona. Il loro linguaggio, anch'esso contagiato dalla patologia, non potrà essere onto-centrico e quindi capace di rigenerare una reale comunicazione, ma sarà necessariamente ego-centrico: non si rivolgerà al destinatario diretto per convincerlo e trasformarlo al fine di trovare insieme una soluzione, ma lo presumerà, e lo descriverà, fino a prova contraria bloccato nella volontà di perseguire con ogni mezzo esclusivamente il proprio interesse di parte. Sembra difficile in effetti contestare che la funzione assegnata agli avvocati nel conflitto tra le parti non sia tanto diretta a salvare un rapporto intersoggettivo fallito – e quindi a riparare con strumenti giuridici delle più o meno gravi lacerazioni del tessuto civile – quanto a trarre fino in fondo le conseguenze del fallimento; è in questo senso soprattutto che l'intervento del professionista patologo si trasforma esso stesso in fenomeno patologico.

4. *Post-modernità e gestione dei conflitti*

Le nostre società moderne mostrano di avere sicuramente molta più dimestichezza con i sistemi di gestione dei conflitti basati sui modelli dell'ordine *imposto*, che non con quelli dell'ordine *negoziato*: esse praticano il secondo in maniera spesso

dilettantesca e inconsapevole; mantengono il primo come punto di riferimento culturale. Ripudiato, almeno formalmente, il ricorso continuo al puro e solo confronto di forza o di potere, si sono rivolte ai metodi tipici del conflitto di diritti ignorando quasi del tutto quelli della conciliazione di interessi.

Nei sistemi dell'ordine negoziato le parti mantengono dall'inizio alla fine il controllo sulla procedura e sul suo eventuale risultato. La procedura stessa risulta pertanto autonoma, nel senso che volta per volta segue tutte e sole le regole che le parti abbiano stabilito; e informale, nel senso che non applica (almeno apparentemente) prescrizioni e modelli eteronomi. Nell'insieme dell'ordine imposto, le parti hanno invece un controllo limitato (o nullo) sulla procedura e il suo esito. Le regole procedurali sono in varia misura poste dall'esterno e in generale non sono disponibili. La procedura è (in varia misura) formale, soprattutto nel senso che non ha interesse per le intenzioni delle parti, ma solo per gli atti di queste formalmente corretti.

Nell'ordine negoziato – cui appartengono tutte le tecniche di mediazione e di conciliazione volte principalmente a ristabilire la *pace* tra i contendenti – il diritto legale-statale non scompare; diviene un modello flessibile adattato alle situazioni concrete. Nelle nostre culture giuridiche, specie in quelle di più robusto stampo romanistico, esiste una grande domestichezza con la negoziazione contrattuale *privata*: si pensi, appunto, alla fondamentale categoria del *negozio giuridico*. L'ordine *pubblico* negoziato è invece tipicamente non-occidentale, dal momento che la nostra tradizione ci ha piuttosto abituato all'ordine imposto, dove i conflitti sono regolati principalmente da istituzioni giudiziarie che si dedicano a stabilire le responsabilità dei soggetti applicando regole scritte, generali e astratte, preesistenti ai conflitti stessi.

Il paradigma giuridico della modernità pone al suo centro la relazione tra individui (presunti “eguali”) e tra questi e lo stato, mediata dallo strumento del codice, in cui si raccolgono sotto forma di legge generale e astratta tutti i precetti necessari

a regolare la vita associata. “Individuo” significa che il principale, se non unico, attore sociale è considerato soprattutto un soggetto razionale moralmente autonomo e autoreponsabile: sia nel diritto civile che in quello penale, il principio che si afferma come fondamentale è infatti quello della *responsabilità personale*. Viene abolita ogni forma arcaica di responsabilità di gruppo; la possibilità di una responsabilità *oggettiva* legata a particolari situazioni e circostanze, diventa eccezionale; ogni intervento sulla devianza viene concentrato su un soggetto singolo, presunto assolutamente libero e autonomo nelle sue decisioni. Individuale è anche la titolarità del diritto di *voto* politico. Il moderno tende a ridurre la rilevanza politica dei gruppi intermedi, dalle corporazioni fino alla famiglia, per far emergere quel rapporto diretto tra individuo e stato che si realizzerà nel *suffragio universale*: la volontà pubblica come somma di singole volontà private.

Il paradigma giuridico della modernità appare oggi per molti aspetti in profonda crisi strutturale⁽⁸⁾.

Lo è intanto perché all’originale idea liberale di un unico “contratto sociale” tra individui presunti eguali in quanto principio fondante complessivo degli assetti sociali, si è ormai sostituita la realtà di una società a “contrattazione continua” in cui cercano di convivere soggetti diversi portatori di interessi differenziati, se non addirittura di valori culturali conflittuali. La tipicità generale e astratta della normativa *sub specie codicis*, e il formalismo delle sue procedure di applicazione, vengono radicalmente messe in discussione⁽⁹⁾.

(8) In proposito v. anche A. CERETTI, *Progetto per un Ufficio di mediazione Penale presso il Tribunale per i minorenni di Milano*, in G.V. PISAPIA e D. ANTONUCCI, *La sfida della mediazione*, Padova, Cedam, 1997, pp. 85-114.

(9) “La vita socio-giuridica è composta da differenti spazi del diritto, in cui si opera simultaneamente con metodi e punti di vista interpretativi diversi. Dall’interazione e intersezione di questi spazi giuridici, consegue che in termini fenomenologici, invece che di diritto e di legalità, sarebbe più corretto parlare di inter-diritto e inter-legalità. Più importante dell’identificazione dei diversi ordini di legalità, sarebbe la descrizione delle complesse e mutevoli relazioni tra essi” (B. DE SOUSA SANTOS,

La progressiva diversificazione e complessificazione delle istanze che la società civile solleva verso la sfera istituzionale si traduce poi inevitabilmente in una parallela complessificazione del diritto, che necessariamente si deformalizza e si disperde nei rapporti sociali. Un'inflazione normativa basata sul modello dell'ordine imposto, non può non far degenerare lo strumento giuridico. Nella sua pretesa di attrarre entro l'ambito della regolazione centrale-ufficiale tendenzialmente l'intero mondo della vita sociale, il diritto si "materializza" irresistibilmente, venendo così a smarrire la propria *forma*: per voler regolare tutto, non regola quasi più nulla, giungendo quasi a coincidere con il processo giuridicamente informale dei *fatti*. Diffusività, iperproduzione e impotenza dello strumento giuridico classico, procedono di pari passo; e la stessa sovranità della legge, punto di riferimento dell'equilibrio tra i poteri nel modello moderno-liberale, viene evidentemente alterata dai processi informali di contrattazione cui viene continuamente sottoposta⁽¹⁰⁾.

Infine il ritrarsi dello stato "sociale" di diritto in quanto erogatore di risorse che prevengono il congestionarsi delle tensioni sociali. La crisi del *welfare state* e della sua funzione di attore economico operante attraverso la legificazione, aprono prospettive di conflittualità ingovernabile specie in quegli scenari dove lo stato maggiormente si ritrae dal suo ruolo di mediatore nella contrattazione sociale.

Su questo sfondo si colloca la sempre più diffusa necessità di un diritto debole, flessibile, mite⁽¹¹⁾; in quanto tale, radicalmente in contrasto col paradigma giuridico della modernità. La "mediazione finzionale" del classico strumento giuridico non è manifestamente più in grado di gestire da sola una comples-

Law, a Map of Misreading: Toward a Postmodern Conception of Law, in *Journal of Law and Society*, n. 3/1987, p. 288, trad. mia).

(10) Si veda in proposito l'ormai classico N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

(11) Cfr. in particolare E. RESTA, *La certezza e la speranza*, Bari, Laterza, 1992; S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

sità sociale composta da una pluralità di valori, di culture, di istanze, di ruoli, che non è riducibile ad un'univoca astrazione fondante un'univoca legittimità. Nelle nostre società multiculturali si verificano sempre più spesso situazioni di conflitto dove ciò che è "delitto" per l'ordinamento ospitante è "diritto" (o addirittura "dovere") per quello ospitato; e viceversa.

Accade così che la legge sia costretta a evolversi da regola di prevalenza, che afferma sistematicamente la supremazia di una sola posizione, a regola di compatibilità tra valori e culture diversi⁽¹²⁾. Ciò modifica profondamente l'equilibrio di forze all'interno del "processo" giuridico. Il modo in cui il diritto entra concretamente nella storia e partecipa della vita sociale non si limita infatti alla semplice produzione della norma e alla sua applicazione. È appunto un vero e proprio processo giuridico, in cui la *norma* (generale e astratta) si dirige verso l'*azione* (sociale e concreta) passando attraverso un giudizio di *valore* del giurista. Questo processo funziona di fatto anche a ritroso, partendo dalla nascita della norma (prima individuale, poi generale) dall'azione, sempre con l'intervento di un giudizio di valore, questa volta del legislatore. Si genera in questo modo un movimento ricorsivo e mai definitivamente concluso che costituisce la vera vita del diritto. Il diritto vigente non è generato una volta per tutte da atti di posizione ma, progressivamente, da atti di positivizzazione: nessuno, tanto meno il legislatore, può illudersi di produrre da solo il diritto. Il diritto com'è realmente lo fanno tutti i consociati insieme, continuamente, ognuno al proprio livello; quindi tutti ne siamo responsabili.

La crisi del paradigma giuridico della modernità sposta decisamente la bilancia della produzione del diritto dal momento legislativo a quello delle norme "individuali"; siano queste di origine giurisdizionale o negoziale. Specie riguardo a queste ultime, s'intuisce quale possa essere il ruolo svolto da strumenti

(12) Cfr. S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Bari, Laterza, 1992, p. 161. V. anche F. BELVISI, *Società multiculturale, diritti, costituzione*, Bologna, Clueb, 2000, p. 164 ss.

solo apparentemente informali di soluzione delle controversie, quali la mediazione. Strumenti che perseguono un ordine negoziato attraverso la contrattazione di interessi.

Nella dimensione sociale della post-modernità si manifesta sempre più il bisogno di ricorrere a un modello “informale” di ordine negoziato per riuscire a gestire conflitti che spesso risultano difficilmente esprimibili in termini di “diritti”. Le concezioni moderne della società e dello stato vedono da un lato la tendenza a esaltare il ruolo di quest’ultimo come fonte esclusiva di regolazione, dall’altro a considerare la prima come unica vera produttrice normativa: ne sono rappresentanti le contrapposte visioni formalista-imperativista ed effettivista-realista della vigenza del diritto. La legislazione, il giudizio, l’amministrazione non vengono percepiti come momenti diversi, ma integrati, di uno stesso processo regolativo, bensì come distinte emanazioni dirette del potere statale. In quest’ottica, il contratto e il negozio giuridico non costituiscono in sé una fonte autonoma di diritto e di regolazione sociale, ma assumono significato nella misura in cui trovano riconoscimento in una sentenza di tribunale o in una legge dello stato.

Strumenti come la mediazione servono a superare la tendenza moderna a ritenere che ogni ordine sociale debba essere imposto da qualche forma di “potere”. Quando vediamo come un mediatore, privo di potere decisionale, possa aiutare le parti a dare ordine e coerenza ai loro rapporti, ci accorgiamo di come queste riescano di conseguenza a fare a meno dell’ordine imposto: l’ordine sociale può talvolta scaturire direttamente dalle interazioni che esso sembra governare e dirigere.

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

di Chiara Giovannucci Orlandi

Sommario

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

1. Premessa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Conciliazione/mediazione: differenza terminologica o concettuale?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) D.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 "Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366", in G.U. n. 17 del 22 gennaio 2003, suppl. ord. n. 8, così come modificato dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37.

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

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

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

L’articolo in oggetto recita: “Se entrambe le parti lo richiedono, il procedimento di conciliazione, ove non sia raggiunto l’accordo, si conclude con una proposta del conciliatore rispetto alla quale ciascuna delle parti, se la conciliazione non ha luogo, indica la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali è disposta a conciliare. Di tali posizioni il conciliatore dà atto in apposito verbale di fallita conciliazione, del quale viene rilasciata copia alle parti che la richiedono. Il conciliatore dà altresì atto con apposito verbale, della mancata adesione di una parte all’esperienza del tentativo di conciliazione” (art. 40, comma 2, come modificato dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37) e ad esso si collega il comma 5 che prevede: “La mancata comparizione di una delle parti e le posizioni assunte dinanzi al conciliatore sono valutate dal giudice nell’eventuale successivo giudizio ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell’articolo 96 del codice di procedura civile. Il giudice,

valutando comparativamente le posizioni assunte dalle parti e il contenuto della sentenza che definisce il processo dinanzi a lui, può escludere, in tutto o in parte, la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato la conciliazione, e può anche condannarlo, in tutto o in parte, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente”.

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

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

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

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

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

In particolare penso a quanto è avvenuto nei primi anni

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

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

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

4. *La prospettiva comunitaria*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5. Il quadro normativo italiano

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. Riflessioni conclusive e prospettive di riforma

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La conciliazione nell'ordinamento italiano

di *Giuliana Romualdi*

Sommario

1. Premessa. – **2. Il tentativo di conciliazione quale condizione di accesso al giudizio.** – **2.1. La conciliazione nelle controversie di lavoro.** – **2.2. La conciliazione per le controversie agrarie.** – **2.3. La conciliazione per le controversie in materia di telecomunicazioni (rinvio).** – **2.4. La conciliazione per le controversie in materia di diritto d'autore.** – **2.5. La conciliazione in materia di subfornitura (rinvio).** – **3. La conciliazione amministrata.** – **3.1. La conciliazione amministrata dalle camere di commercio.** – **3.2. La conciliazione in materia societaria.** – **3.3. La conciliazione in materia di patti di famiglia.** – **3.4. La conciliazione in materia di consumo.** – **4. La conciliazione delegata dal giudice.** – **5. Conclusioni.**

1. Premessa

Il ricorso alla conciliazione quale procedura di risoluzione delle controversie alternativa al processo ordinario⁽¹⁾, è essenzialmente dovuta, nel nostro come in altri paesi, a ragioni contingenti, legate al numero della cause pendenti sui ruoli dei giudici civili e alla conseguente incapacità del processo

(1) Frequente è l'utilizzo del termine mediazione come sinonimo di conciliazione: nel nostro ordinamento è opportuno utilizzare il termine *conciliazione* ogni volta che si faccia riferimento alla procedura per la risoluzione delle controversie, rischiandosi altrimenti di fare confusione con il contratto di mediazione disciplinato dall'art. 1754 c.c. e dall'art. 2 legge 39/1989 (in questo senso anche M. PERRINI, *Metodi alternativi di soluzione delle controversie*, in *La conciliazione*, a cura di P. BERNARDINI, Milano, Egea, 2001, p. 9), e riservare il termine mediazione a materie quali la penale, la familiare e sociale. Il *code de procédure civile* francese con *médiation* indica la procedura (art. 131-10), mentre con *conciliation* si riferisce al risultato della stessa.

ordinario di rispondere in maniera efficace ed efficiente alla crescente domanda di giustizia⁽²⁾.

In uno schema ideale, la conciliazione si pone a metà strada tra le procedure aggiudicative, come l'arbitrato (in cui la soluzione della lite è rimessa alla decisione di un terzo), e la transazione (in cui la controversia è risolta direttamente dalle parti)⁽³⁾, e si contraddistingue per il suo svolgersi alla presenza di un terzo, generalmente un professionista esperto nella materia del contendere oltre che in tecniche di conciliazione, che guida le parti nella negoziazione senza suggerire o imporre una soluzione⁽⁴⁾.

Ma la conciliazione non è – come si sarebbe portati a credere alla luce di quanto detto sopra – un istituto di recente introduzione nell'ordinamento italiano⁽⁵⁾: il primo codice di procedura

(2) R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR* (“Alternative Dispute Resolution”), in *Foro it.*, 2003, V, c. 165 ss.; C. PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, p. 385; M. TARUFFO, *Adegamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 779 ss.; S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 450 ss.; Id., *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 752.

(3) Cfr. C. PUNZI, voce *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, *Enc. dir.*, aggiorn., IV, Milano, 2000, pp. 327 e 328; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1202.

(4) Definisce il conciliatore come “terzo istruito”: M. SERRES, *Le tiers-instruit*, Paris, Gallimard, 1991; P. GIULINI, *Il mediatore: un “terzo uomo”*, in *Marginalità e Società*, 1994, p. 54. Sull'importanza della formazione (e aggiornamento) del conciliatore v. il § 3.2.3.1 del libro verde del 2002. Sul ruolo del conciliatore v. G. DE STEFANO, *Contributo alla dottrina del componimento processuale*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 61 ss.; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1204, che paragona il ruolo svolto dal conciliatore a quello del catalizzatore nelle reazioni chimiche.

(5) Si è soliti ricondurre l'origine del moderno movimento a favore delle procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie al dibattito che ebbe luogo verso la metà degli anni '70 negli Stati Uniti, sull'opportunità di dirottare determinate categorie di controversie dalle corti di giustizia verso soggetti estranei alla giurisdizione: cfr. A. LEVIN e R. WHEELER, *The Pound Conference: Prospectives on Justice in the Future*, St. Paul, MN, 1979; E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 321 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Mezzi di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in

civile dell'Italia unita (1885), recuperando l'esperienza del Regno delle Due Sicilie, si apriva con la seguente disposizione: "I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie". Nel codice di rito del 1942, la conciliazione perde posizioni, ma non per questo scompare, anzi, diverse sono le norme che ancora oggi fanno riferimento al tentativo di conciliazione che dovrebbe svolgersi in udienza, davanti al giudice (c.d. *conciliazione giudiziale*)⁽⁶⁾.

Rari sono i casi in cui il tentativo di conciliazione viene seriamente esperito in giudizio: ciò può imputarsi a molteplici cause, quali lo svolgimento dell'attività di conciliatore da parte dello stesso soggetto che, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, sarà chiamato a giudicare sulla stessa controversia, la mancanza di collaborazione da parte degli avvocati che non hanno interesse a conciliare la causa, ma su tutte prevale l'ingente numero di controversie pendenti sul ruolo dei giudici civili che non permette loro di approfondire la conoscenza delle controversie, condizione imprescindibile per tentare di conciliare le parti.

L'insuccesso della conciliazione giudiziale e la necessità di soccorrere una giustizia civile ormai in affanno hanno determinato il legislatore italiano, anche sulla spinta delle iniziative intraprese a livello europeo⁽⁷⁾, a rivolgere l'attenzione verso

Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, p. 1283 ss.; J. RESNIK, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 699.

(6) Il tentativo di conciliazione è previsto (facoltativamente, dopo la modifica dell'art. 183 c.p.c.) nella prima udienza di trattazione del giudizio ordinario in tribunale (ma, se le parti lo richiedano, il tentativo di conciliazione può essere rinnovato durante tutta la fase istruttoria, v. art. 185 c.p.c.); nell'udienza di trattazione davanti al giudice di pace (art. 320 c.p.c.); nell'udienza di trattazione davanti al giudice dell'appello (art. 350 c.p.c.); nella prima udienza davanti al giudice del lavoro (art. 420 c.p.c.); nella prima udienza nel procedimento di separazione (art. 708 c.p.c.) e divorzio (art. 4 della legge 898/1970) davanti al presidente del tribunale; nell'udienza di discussione della causa nel processo societario (art. 16 d.lgs. 3/2005). Una particolare ipotesi di conciliazione giudiziale è poi prevista nel processo davanti alle Commissioni provinciali tributarie.

(7) Cfr. la prima raccomandazione della Commissione europea adottata il 30 marzo

la conciliazione stragiudiziale davanti a soggetti estranei alla giurisdizione⁽⁸⁾.

Sono esempi di conciliazione stragiudiziale i tentativi obbligatori di conciliazione, la conciliazione amministrata davanti ad enti pubblici e privati, e la conciliazione delegata da parte del giudice.

2. *Il tentativo di conciliazione quale condizione di accesso al giudizio*

Al fine di disincentivare il ricorso in giudizio, per alcune controversie il legislatore ha previsto un tentativo di conciliazione da esperirsi obbligatoriamente prima della proposizione della domanda. Così facendo, si introduce di fatto una condizione di accesso alla tutela giurisdizionale, che la Corte costituzionale ha in più occasioni dichiarato legittimo e compatibile con quanto previsto dall'art. 24 Cost.⁽⁹⁾.

1998, G.U. L 115, 17 aprile 1998, 31; la seconda raccomandazione, adottata il 4 aprile 2001, G.U. L 109, 19 aprile 2001, 56; il libro verde del 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali, cit. In argomento H. KIERS e H.W. MICKLITZ, *Comment on the Green Paper on Alternative Dispute Resolution in Civil and Commercial Law, COM (2002) 196 Final*, in *La Risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, a cura di G. ALPA e R. DANOVÌ, Milano, Giuffrè, 2004, p. 297 ss.; v. anche R. DANOVÌ, *Le ADR e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 1997, IV, p. 326 ss. Nel luglio 2004 la Commissione europea ha presentato un codice di condotta per conciliatori; infine, il 23 aprile 2008 il Parlamento europeo ha approvato la direttiva 2008/52/CE avente ad oggetto la mediazione nelle controversie transfrontaliere in materia civile e commerciale, pubblicata nella G.U.U.E. L 136 del 24 maggio 2008.

(8) Pare opportuno precisare che il giudice di pace ha anche una funzione conciliativa in sede stragiudiziale (*in sede non contenziosa*, secondo il dettato codicistico). Se la controversia conciliata in sede non contenziosa rientra nella competenza per valore del giudice di pace, il verbale costituisce titolo esecutivo; negli altri casi il processo verbale avrà invece valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio (art. 322 c.p.c.), in argomento, R. CAPONI, *Giudice di pace e conciliazione in sede non contenziosa (art. 322 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 193 ss.

(9) Cfr. Corte cost., ordinanza 21 gennaio 1988, n. 73, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 201; sentenza 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1023 ss.; ordinanza 22 ottobre 1999, n. 398, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1777; sentenza 13 luglio 2000, n. 276,

La conciliazione obbligatoria non è riuscita nell'intento deflattivo sperato. L'obbligatorietà prevista dalla legge svislisce la natura stessa della conciliazione ed in molti casi il tentativo di conciliazione si risolve in niente altro che un passaggio obbligato prima del ricorso al giudice.

2.1. *La conciliazione nelle controversie di lavoro*

Il tentativo di conciliazione obbligatoria più rilevante è sicuramente quello disciplinato in materia di controversie di lavoro privato (artt. 410-412-*bis* c.p.c.). La conciliazione può svolgersi sia in sede sindacale (nelle forme previste dalla contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 411 c.p.c.), che davanti alla Direzione provinciale del lavoro (art. 410 c.p.c.).

In quest'ultimo caso, il tentativo di conciliazione deve essere esperito entro 60 giorni dalla presentazione della richiesta alla Commissione di conciliazione presso la Direzione provinciale del lavoro. La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata della procedura e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza. Il tentativo di conciliazione si svolge davanti ad una commissione composta da tre soggetti appartenenti alla stessa Direzione.

Qualora la conciliazione riesca, verrà redatto un processo verbale sottoscritto dalle parti e dal presidente della commissione che ha esperito il tentativo. Il processo verbale è depositato a cura delle parti o della Direzione provinciale presso la cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato formato e, su istanza della parte interessata, il giudice, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto (art. 411 c.p.c., comma 2). Se l'accordo raggiunto è solo parziale, è prevista la possibilità per le parti di formalizzare

in *Foro it.*, 2000, I, c. 2752 ss.; ordinanza 6 febbraio 2001, n. 29 in *Giur. it.*, 2001, p. 1093, con nota di G. FONTANA.

nel verbale di mancata conciliazione la soluzione sulla quale esse limitatamente concordano, e su tali punti il giudice potrà attribuire al verbale efficacia di titolo esecutivo.

Nel caso in cui invece la conciliazione non riesca, si forma processo verbale con l'indicazione della ragione del mancato accordo, di cui potrà tenere conto il giudice in sede di decisione delle spese del successivo giudizio (art. 412 c.p.c., ultimo comma)⁽¹⁰⁾.

Se il giudice rileva che non è stato promosso il tentativo di conciliazione, ovvero che la domanda giudiziale è stata presentata prima dei sessanta giorni dalla promozione del tentativo stesso, sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di sessanta giorni per promuovere il tentativo di conciliazione, trascorsi i quali il processo può essere riassunto entro il termine perentorio di centottanta giorni, altrimenti il giudice proclama l'estinzione del processo con decreto.

Qualora il processo sospeso venga riassunto senza la proposizione dell'istanza, il giudice deve chiuderlo in rito con sentenza dichiarativa della carenza della condizione di procedibilità.

Per i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, il tentativo obbligatorio di conciliazione riguarda le controversie attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario (cioè quelle relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 – art. 45, comma 17, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80). Anche in questo caso il tentativo

(10) Una recente sentenza della Corte di Cassazione ripropone, peraltro, il problema degli effetti della mancata proposizione del tentativo di conciliazione sul successivo giudizio, che in questa sede non è possibile approfondire: cfr. Cass., sentenza 16 agosto 2004, n. 15956: *“L'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione è previsto dall'art. 412-bis c.p.c. quale condizione di procedibilità della domanda nel processo del lavoro; la relativa mancanza deve essere eccepita dal convenuto nella memoria difensiva di cui all'art. 416 c.p.c., e può essere rilevata anche d'ufficio dal giudice, purché non oltre l'udienza di cui all'art. 420 c.p.c., con la conseguenza che ove l'improcedibilità dell'azione, ancorché segnalata dalla parte, non venga rilevata dal giudice entro il suddetto termine, la questione non può essere riproposta nei successivi gradi di giudizio”* (in *Giust. civ.*, Mass. 2004, fasc. 7-8).

di conciliazione è esperibile in sede sindacale (secondo le procedure previste dai contratti collettivi) o in sede amministrativa (art. 65 d.lgs. 165/2001, articolo che ha sostituito l'articolo 69 del d.lgs. 29/1993).

Il tentativo in sede amministrativa si svolge davanti ad un Collegio di conciliazione costituito presso la Direzione provinciale del lavoro competente, di cui fanno parte il direttore della Direzione provinciale del lavoro, un rappresentante nominato dal lavoratore, un rappresentante nominato dall'amministrazione (art. 66 d.lgs. 165/2001).

Rispetto alla conciliazione nel settore del lavoro privato, emerge un più stretto rapporto tra i componenti del collegio e le parti in lite (il comma 3 dell'art. 66 prevede infatti che la richiesta di conciliazione presentata dal lavoratore deve contenere, tra gli altri requisiti, la nomina di un proprio rappresentante nel collegio di conciliazione ovvero la delega per la nomina ad una organizzazione sindacale). Peraltro, la costituzione di collegi variabili nella loro composizione comporta inevitabilmente una mancanza di esperienza adeguata in tecniche di conciliazione da parte dei soggetti componenti il collegio, che non può che incidere negativamente sul successo del tentativo di conciliazione.

Il tentativo di conciliazione deve essere esperito entro 90 giorni dalla promozione. Se la conciliazione riesce viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti del collegio di conciliazione, che costituisce titolo esecutivo.

Se invece le parti non raggiungono un accordo, il collegio formula a maggioranza una proposta per la bonaria definizione della controversia: se le parti non intendono aderire alla proposta, questa viene riportata a verbale insieme con le valutazioni rispettivamente espresse dalle parti e, nell'eventuale successivo giudizio, il comportamento tenuto dalle parti durante l'infruttuoso svolgimento del tentativo di conciliazione sarà valutato dal giudice ai fini del regolamento delle spese del giudizio.

2.2. *La conciliazione per le controversie agrarie*

Un'altra ipotesi di conciliazione obbligatoria è quella prevista dalla legge 3 maggio 1982, n. 203 per le controversie relative ai contratti agrari. L'art. 46 prevede che chi intende proporre in giudizio una controversia è tenuto a darne preventivamente comunicazione, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, all'altra parte e all'Ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio. Il capo dell'ispettorato, entro venti giorni dalla comunicazione, convoca le parti ed i rappresentanti delle associazioni professionali di categoria da esse indicati per esperire il tentativo di conciliazione della vertenza.

Se la conciliazione riesce, viene redatto processo verbale sottoscritto da entrambe le parti, dai rappresentanti delle associazioni di categoria e dal funzionario dell'ispettorato.

Se la conciliazione non riesce, nel verbale vengono precisate le posizioni delle parti. Nel caso in cui il tentativo di conciliazione non si definisca entro sessanta giorni dalla comunicazione, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria competente.

2.3. *La conciliazione per le controversie in materia di telecomunicazioni*

(Si rinvia ai contributi di Giacinto Della Cananea e Gianluca Gardini in questo stesso fascicolo).

2.4. *La conciliazione per le controversie in materia di diritto d'autore*

Anche la legge 22 aprile 1941, n. 633, così come modificata dal d.lgs. 68/2003, prevede un tentativo di conciliazione obbligatorio. Il comma 4 dell'art. 71-*quinquies* dispone che le associazioni di categoria dei titolari dei diritti e gli enti o

le associazioni rappresentative dei beneficiari delle eccezioni (previste dalla stessa legge agli artt. 55, 68, commi 1 e 2, 69, comma 2, 70, comma 1, 71-*bis* e 71-*quater*), definiscano mediante accordo l'esercizio della libera riproduzione delle opere. In mancanza di accordo, ciascuna delle parti può rivolgersi al Comitato consultivo permanente per il diritto di autore istituito presso la Presidenza del Consiglio dei ministri.

La procedura di conciliazione è disciplinata all'art. 194-*bis*: la richiesta di conciliazione deve essere sottoscritta dall'associazione o dall'ente proponente e trasmessa alla controparte e al Comitato consultivo permanente per il diritto d'autore. Entro 10 giorni dal ricevimento della richiesta, il presidente del comitato nomina una commissione speciale. Se la parte convenuta non accoglie la richiesta formulata dall'istante, entro 30 giorni dal ricevimento della richiesta deve depositare alla commissione le sue osservazioni, e nei 10 giorni successivi il presidente della commissione deve fissare la data per il tentativo di conciliazione.

Se la conciliazione riesce, viene redatto separato processo verbale, che ha valore di titolo esecutivo. Se invece non si riesce a raggiungere un accordo, la commissione formula una proposta per la definizione della controversia: se le parti non intendono accettare la proposta, i termini della stessa con l'indicazione delle valutazioni espresse dalle parti sono riassunti nel verbale, che potrà essere assunto, anche d'ufficio, nel successivo eventuale giudizio, per valutare il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa, ai fini della condanna alle spese.

Se le parti ricorrono in giudizio senza esperire prima il tentativo di conciliazione ovvero, se il giudizio è instaurato prima della scadenza del termine di 90 giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione, il giudice adito sospende il giudizio e fissa alle parti il termine perentorio di 60 giorni per promuovere (ovvero per proseguire) il tentativo di conciliazione. Espletato quest'ultimo o decorso inutilmente il termine di 90 giorni, il processo può essere riassunto entro il termine perentorio di 180 giorni, altrimenti il giudice dichiara con decreto l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 308 c.p.c.

2.5. *La conciliazione in materia di subfornitura*

(Si rinvia al § 3.1).

3. *La conciliazione amministrata*

La conciliazione può dirsi amministrata quando le parti accettano la proposta di un ente o di una istituzione che offre al pubblico un'organizzazione stabile, un regolamento ed un tariffario per lo svolgimento della procedura conciliativa.

Il servizio di conciliazione è prestato dall'ente o dall'istituzione sulla base di un rapporto giuridico che può definirsi *contratto di amministrazione di conciliazione*, la cui conclusione è promossa dalla stessa istituzione attraverso la pubblicità del regolamento del servizio che, contenendo tutti gli elementi per la conclusione del contratto, vale come offerta al pubblico (ove il regolamento dell'ente o dell'istituzione non contenesse tutti gli elementi per la conclusione del contratto, l'iniziativa varrebbe come semplice invito ad offrire). Pertanto, il rapporto tra parti ed istituzione si perfeziona nel momento in cui l'istituzione viene a conoscenza che la proposta è stata accettata da entrambe le parti (art. 1326 c.c.), cioè dopo che la parte chiamata in conciliazione ha depositato l'atto di accettazione della procedura⁽¹¹⁾.

(11) V. R. CAPONI e G. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata dalle Camere di Commercio*, in S. GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, Milano, Ipsoa, 2003, p. 152. Il contratto di amministrazione di conciliazione presenta elementi dell'appalto di servizi (art. 1655 c.c.) e dell'opera intellettuale (art. 2230 c.c.): l'istituzione esegue una serie di servizi inerenti al procedimento di conciliazione (deposito di documenti, comunicazioni alle parti e al conciliatore, predisposizione di locali idonei per l'incontro di conciliazione, ecc.), e presta un'opera intellettuale nel tentare la conciliazione tra le parti avvalendosi di un ausiliario, il conciliatore (con il quale l'istituzione conclude a sua volta un contratto di prestazione d'opera intellettuale cfr. l'art. 2232 c.c.), che, nell'assumere l'incarico, si impegna al rispetto di un codice di condotta ispirato ai principi di imparzialità, indipendenza, terzietà e riservatezza. Nell'ipotesi, invero piuttosto remota, in cui siano le parti ad individuare e nominare esse stesse il conciliatore, al rapporto tra parti ed istituzione viene ad affiancarsi quello tra parti e conciliatore.

3.1. *La conciliazione amministrata dalle camere di commercio*

L'esperienza più interessante di conciliazione amministrata nell'ordinamento italiano è rappresentata dal servizio di conciliazione offerto dalle camere di commercio, alle quali va riconosciuto, oltre alla creazione di una capillare rete di sportelli di conciliazione dislocati su tutto il territorio nazionale, l'impegno nella diffusione della cultura conciliativa nel nostro Paese.

La legge 580/1993 di riordino delle camere di commercio ha riconosciuto agli enti camerali il potere di promuovere la costituzione di commissioni arbitrali e conciliative per la risoluzione delle controversie tra imprese, nonché tra imprese e consumatori (art. 2, comma 4). La procedura di conciliazione amministrata dalle camere di commercio è disciplinata da un regolamento, pubblicizzato insieme alle tariffe del servizio.

Numerosi sono stati i riferimenti normativi alla conciliazione amministrata dalle camere di commercio succedutisi fino ad oggi: la legge 481/1995, nel dettare norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità, nonché per l'istituzione delle relative autorità, prevede l'emanazione di uno o più regolamenti per individuare i casi in cui la risoluzione delle controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio può essere rimessa in prima istanza alle commissioni arbitrali e conciliative istituite presso le camere di commercio (art. 2, comma 24).

L'art. 10 della legge 192/1998, sulla subfornitura nelle attività produttive, disciplina all'art. 10 un tentativo obbligatorio di conciliazione da esperirsi presso la camera di commercio nel cui territorio ha sede il subfornitore⁽¹²⁾. La previsione del-

(12) Sulla conciliazione in materia di subfornitura, A. BIANCHI e M. IPPOLITO, *La subfornitura e la procedura conciliativa amministrata dalle Camere di Commercio, secondo la legge 18 giugno 1998, n. 192*, in in S. GIACOMELLI (a cura di), *La via della conciliazione*, cit., p. 175 ss.; G. SOTIRA, *Il tentativo obbligatorio di concilia-*

l'obbligatorietà del tentativo, vanificata dalla mancanza di una qualche sanzione, ha peraltro indotto le camere di commercio che ancora non l'avevano fatto, ad istituire uno sportello di conciliazione.

L'art. 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281 (Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti), abrogato dall'art. 146, lett. *h*) del codice del consumo, prevedeva una particolare ipotesi di conciliazione per la risoluzione delle controversie collettive, legittimando le associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale a ricorrere alla conciliazione amministrata dalle camere di commercio. Veniva poi riconosciuta l'efficacia di titolo esecutivo, previa omologa del tribunale, al verbale di conciliazione raggiunto in tale sede⁽¹³⁾.

Nel 2001 l'art. 4 della legge n. 135 ha previsto che le camere di commercio costituiscano commissioni conciliative deputate alla risoluzione delle controversie relative alla fornitura di servizi turistici tra imprese e tra imprese e consumatori o utenti⁽¹⁴⁾.

Infine, l'art. 7 della legge 6 maggio 2004, n. 129 sulla disciplina dell'affiliazione commerciale (*franchising*), per la risoluzione delle controversie relative ai contratti di *franchising*, ha previsto l'esperibilità di un tentativo di conciliazione davanti alle camere di commercio secondo quanto disposto dagli artt.

zione nelle controversie di subfornitura ai sensi dell'art. 10 legge n. 192 del 1998, in *Giur. merito*, 2003, p. 1740.

(13) Per un commento dell'art. 3 legge 281/1998 si veda I. PAGNI, *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti (art. 3 legge 30 luglio 1998, n. 281)*, in *La via della conciliazione*, a cura di S. GIACOMELLI, Milano, 2003, p. 203 ss.; ID., *Tutela individuale e tutela collettiva nella nuova disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *La disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di A. BARBA, Napoli, 1999; C. VACCÀ, *La composizione extragiudiziale delle controversie dei consumatori*, in *Consumatori, contratti, conflittualità*, Milano, 2000, p. 254 ss.; E. MINERVINI, *Le Camere di commercio e la conciliazione delle controversie*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2001, p. 966 ss.

(14) In argomento v. N. SOLDATI, *La conciliazione nel settore turistico*, in *Diritto del turismo*, 2003, p. 231 ss.

38, 39 e 40 del d.lgs. 5/2003, così come successivamente modificate, in materia di conciliazione societaria.

3.2. *La conciliazione in materia societaria*

La più importante novità in tema di conciliazione amministrata è costituita dagli artt. 38 ss. del d.lgs. 5/2003, sui procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia⁽¹⁵⁾. L'art. 38 prevede che la procedura di conciliazione possa svolgersi davanti a enti pubblici o privati iscritti nel registro degli organismi di conciliazione tenuto dal Ministero della giustizia. Le camere di commercio vengono iscritte nel suddetto registro, semplice richiesta, ma numerosi sono gli enti, anche privati, che negli ultimi anni hanno richiesto ed ottenuto l'iscrizione e quindi l'"autorizzazione" a gestire procedure di conciliazione ai sensi degli artt. 38 ss. del d.lgs. 5/2003⁽¹⁶⁾.

Il d.lgs. 5/2003 prevede infatti tutta una serie di misure volte ad incentivare il ricorso alla conciliazione societaria amministrata (tra i quali l'esenzione di tutti gli atti, documenti e provvedimenti del procedimento dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa, nonché l'esenzione dall'imposta di registro

(15) Ad integrazione delle disposizioni legislative sono stati successivamente emanati due regolamenti: il d.m. 23 luglio 2004, n. 222, recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione, di cui all'art. 38 del d.lgs. 5/2003 e il d.m. 23 luglio 2004, n. 223, recante approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'art. 39 dello stesso decreto legislativo.

(16) Il tentativo di conciliazione per le controversie societarie potrà tuttavia essere gestito da organismi che non abbiano richiesto od ottenuto l'iscrizione nel suddetto registro, così come nulla vieta che possano svolgersi conciliazioni *ad hoc* in materia societaria: in tutti questi casi avremo però procedure di conciliazione c.d. *di diritto comune* che, come tali, non potranno godere degli incentivi e degli effetti che la legge riconosce alle conciliazioni *di diritto speciale* gestite dagli organismi riconosciuti. Per la definizione di *conciliazione di diritto comune e speciale* v. F.P. LUISO, *Il futuro della conciliazione: la conciliazione nel diritto societario e nella riforma del codice di procedura civile*, in AA.VV., *La via della conciliazione*, cit., p. 229 ss.

del verbale di conciliazione entro il valore di venticinquemila euro, v. art. 39, commi 1 e 2), riconoscendo altresì gli effetti della domanda giudiziale alla comunicazione della istanza di conciliazione, portata a conoscenza della controparte con qualsiasi mezzo idoneo a dimostrarne l'avvenuta ricezione (art. 40, comma 4)⁽¹⁷⁾; la rilevanza processuale della clausola di conciliazione inserita nel contratto o nello statuto della società (art. 40, comma 6)⁽¹⁸⁾; nonché l'efficacia di titolo esecutivo, per l'espropriazione forzata e per l'esecuzione in forma specifica, al verbale di conciliazione omologato dal presidente del tribunale, e l'idoneità dello stesso per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 40, comma 8).

Nella sua formulazione originaria, l'art. 40, comma 2, disciplinava una procedura di conciliazione ispirata al modello della conciliazione valutativa: in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, il conciliatore avrebbe dovuto formulare una proposta per la risoluzione della controversia, rispetto alla quale ciascuna delle parti era tenuta ad indicare la propria definitiva posizione ovvero le condizioni alle quali era disposta a conciliare⁽¹⁹⁾. Di tali posizioni, documentate nel verbale di fallita

(17) Si tratta dell'interruzione e sospensione della prescrizione e dell'impedimento della decadenza. Se il tentativo fallisce, il termine di decadenza decorre *ex novo* dal deposito del verbale di fallita conciliazione presso la segreteria dell'istituzione.

(18) Pertanto, ove il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza di parte nella prima difesa, sospende il procedimento pendente davanti a lui e fissa un termine, da un minimo di trenta ad un massimo di sessanta giorni, per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione: se l'istanza di conciliazione non viene depositata nel termine fissato, il processo può essere riassunto dalla parte interessata, ma in ogni caso la causa di sospensione si intende cessata decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione, ai sensi dell'articolo 297, comma 1, c.p.c. In mancanza di una specifica previsione del legislatore che dia alla clausola un tale rilievo, dalla violazione della clausola contrattuale che preveda l'obbligo delle parti di esperire il tentativo di conciliazione non può conseguire l'improcedibilità della domanda, ma al più il risarcimento dell'eventuale danno per inadempimento dell'impegno preso, in quanto la clausola di conciliazione non preclude l'accesso alla giurisdizione delle parti, cfr. Cass., 3 dicembre 1987, n. 8983, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Arbitrato*, n. 94.

(19) La scelta a favore del modello di conciliazione valutativa appariva, per più

conciliazione – così come della mancata adesione di una parte all'esperimento del tentativo di conciliazione – avrebbe poi dovuto tener conto il giudice ai fini della decisione sulle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., nell'eventuale successivo giudizio (art. 40, comma 5). Il comma 2 dell'art. 40 è stato però successivamente modificato dal d.lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 (v. capo II, art. 4, lett. *t*), nel senso di subordinare la proposta formulata dal conciliatore alla concorde richiesta delle parti.

Ma il legislatore non è intervenuto sul comma 5 dello stesso articolo: pertanto, ai fini della condanna sulle spese processuali, anche ai sensi dell'art. 96 c.p.c., il giudice successivamente adito dovrà tenere conto – oltre che della mancata adesione di una parte alla conciliazione – delle posizioni assunte dalle parti rispetto alla proposta di soluzione della lite formulata, su loro concorde richiesta, dal conciliatore, alla quale però le parti non abbiano inteso aderire⁽²⁰⁾. Tutto ciò in deroga al principio della riservatezza, al cui rispetto deve essere improntata l'intera procedura di conciliazione (v. art. 40, comma 1).

Nel caso in cui la procedura si concluda positivamente, il verbale di conciliazione, omologato dal tribunale in camera di consiglio, ha valore di titolo esecutivo non solo per l'espropriazione forzata ma anche per l'esecuzione in forma specifica (art. 40, comma 8).

di un motivo, discutibile. Il modello di conciliazione tradizionalmente presente nel nostro ordinamento, e al quale si ispirano anche i regolamenti del servizio di conciliazione gestito dalle camere di commercio, le uniche in Italia a vantare una significativa esperienza in materia, si rifà alla *facilitative mediation* anglosassone. Per una critica al testo originario dell'art. 40, comma 2.

(20) Nel caso in cui le parti non richiedano al conciliatore di formulare la proposta per la soluzione della lite, la procedura si conclude con un verbale negativo in cui si dà atto esclusivamente del fallimento del tentativo di conciliazione.

3.3. *La conciliazione in materia di patti di famiglia*

In deroga al divieto di stipulare patti successori di cui all'art. 458 c.c., ma in linea con gli indirizzi comunitari⁽²¹⁾, la legge 14 febbraio 2006, n. 55 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto del "patto di famiglia" (v. libro II, titolo IV, capo V-bis, artt. 768-bis - 768-octies c.c.)⁽²²⁾.

Attraverso un contratto che, a pena di nullità, deve essere stipulato per atto pubblico (art. 768-ter c.c.) e che deve essere sottoscritto da tutti coloro che sarebbero da considerarsi eredi legittimari ove alla data della stipula si aprisse la successione nel patrimonio del disponente (art. 768-quater c.c.), l'imprenditore, ovvero il titolare di partecipazioni societarie, può trasferire, in tutto o in parte, l'azienda, o le proprie quote, a uno o più discendenti, compatibilmente con le disposizioni in materia di impresa familiare e nel rispetto delle differenti tipologie societarie. Si rende così possibile programmare, attraverso un atto *inter vivos*, il passaggio generazionale e la continuità dell'impresa, sia individuale che esercitata in forma collettiva, considerata ora come un valore da tutelare e trasferire nella sua unitarietà.

Ai sensi dell'art. 768-octies c.c., le controversie derivanti dalle disposizioni in materia di patto di famiglia sono devolute

(21) Cfr. la raccomandazione del 7 dicembre 1994 (G.U.C.E., L 385, 31 dicembre 1994), e la comunicazione del 28 marzo 1998 (G.U.C.E., C 93, 28 marzo 1998) della Commissione europea. In particolare, in quest'ultima comunicazione relativa alla trasmissione delle piccole e medie imprese, la Commissione evidenzia come "Specialmente nel caso delle imprese familiari, gli accordi (interfamiliari) possono essere utilizzati per tramandare determinati criteri gestionali da una generazione all'altra", e che "Là dove i patti successori sono vietati (Italia, Francia, Belgio, Spagna, Lussemburgo), gli Stati membri dovrebbero considerare l'opportunità di introdurli, perché la loro proibizione complica inutilmente una sana gestione patrimoniale".

(22) G. DE NOVA (a cura di), *Il patto di famiglia. Legge 14 febbraio 2006, n. 55*, Milano, Ipsoa, 2006; S. TOMASELLI, *Il patto di famiglia: quale strumento per la gestione del rapporto famiglia-impresa*, Milano, Giuffrè, 2006; B. INZITARI (a cura di), *Il patto di famiglia*, Torino, Giappichelli, 2006; G. OBERTO, *Lineamenti essenziali del patto di famiglia*, in *Lessico di diritto di famiglia*, I, 2007, p. 51 ss. (versione riassuntiva dello studio monografico *Il patto di famiglia*, Padova, Cedam, 2006).

preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione di cui all'art. 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, ossia ad un ente pubblico o privato che abbia ottenuto l'iscrizione nell'apposito registro tenuto dal Ministero della giustizia, e che per ciò stesso sia legittimato ad amministrare la procedura di conciliazione stragiudiziale descritta dal d.lgs. 5/2003.

Il rinvio dell'art. 768-*octies* c.c. deve peraltro intendersi, non solo all'art. 38, ma, più correttamente, alla procedura di conciliazione disciplinata dagli artt. 38, 39 e 40 del d.lgs. 5/2003 che costituisce oggi il modello di conciliazione in materia civile-commerciale. Pertanto, anche per le conciliazioni relative ai patti di famiglia troveranno applicazione tutti quei vantaggi fiscali (esenzione di tutti gli atti, documenti e provvedimenti del procedimento dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa; esenzione dall'imposta di registro del verbale di conciliazione entro il valore di venticinquemila euro), previsti dall'art. 39 al fine di incentivare il ricorso alla procedura di conciliazione.

Il testo dell'art. 768-*octies* non sembra avere la forza di introdurre un nuovo tentativo obbligatorio di conciliazione quale condizione di accesso al giudizio. Piuttosto, la previsione della devoluzione preventiva delle controversie agli organismi di conciliazione appare un suggerimento del legislatore (come tale non sanzionato), un invito a risolvere le controversie attraverso la conciliazione, prima di ricorrere al giudice (o, eventualmente, all'arbitro).

Deve invece riconoscersi l'efficacia processuale della clausola di conciliazione inserita nel patto di famiglia (v. art. 40, comma 6): pertanto, se una parte, invece di attivare la conciliazione, ricorre in giudizio, su istanza di parte, il giudice sospende il processo ed invita le parti a depositare l'istanza di conciliazione, entro un termine di un minimo di 30 ed un massimo di 60 giorni, davanti all'organismo individuato nella clausola di conciliazione o, in assenza di una indicazione precisa, davanti ad altro organismo comunque iscritto nel registro tenuto dal Ministero della giustizia. Se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato, il processo può essere riassunto

dalla parte interessata. Se il tentativo non riesce, all'atto di riasunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a norma dell'articolo 297, comma 1, del codice di procedura civile, decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione.

3.4. *La conciliazione in materia di consumo*

L'inefficienza della funzione giurisdizionale emerge in modo particolare nelle controversie che vedono come parte un consumatore, notoriamente parte debole del rapporto di consumo: la sproporzione tra il valore della lite, generalmente medio-basso, con i costi che l'azione giudiziaria comporta, sommati ai tempi di svolgimento del processo civile, possono non solo scoraggiare ma addirittura dissuadere il consumatore dall'agire giudizialmente a tutela dei diritti riconosciutigli dall'ordinamento⁽²³⁾.

Il d.lgs. 203/2006, testo unico con cui il legislatore ha riorganizzato la materia consumeristica, meglio noto come codice del consumo, disciplina tre diverse ipotesi di conciliazione stragiudiziale amministrata per la tutela dei diritti dei consumatori.

L'art. 140, commi 2 e 4 (nel cui testo è stato sostanzialmente trasfuso l'art. 3 della legge 281/1998), disciplina un tentativo facoltativo di conciliazione per la risoluzione delle controversie che coinvolgono interessi collettivi dei consumatori ed utenti. La procedura, che deve concludersi entro sessanta giorni dalla presentazione della domanda, può essere attivata dalle associazioni dei consumatori e degli utenti maggiormente rappresentative a livello nazionale davanti alla camera di commercio competente per territorio, nonché agli altri organismi di composizione extragiudiziale delle controversie in materia

(23) Così R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR (Alternative Dispute Resolution)*, cit., c. 165.

di consumo di cui all'art. 141 dello stesso codice. Il verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante dell'organismo adito è titolo esecutivo, previa omologa del tribunale del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

L'art. 140 (come già l'abrogato art. 3 della legge 281/1998) non contempla tra i soggetti legittimati ad attivare il tentativo di conciliazione, né il consumatore come singolo, né il professionista/imprenditore in forma associata o come singolo. La lacuna sembra colmata dall'art. 141 dove si prevede che il singolo consumatore ed il singolo professionista/imprenditore possono risolvere la lite tra loro insorta attraverso procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie, anche per via telematica⁽²⁴⁾.

Si noti che l'art. 141 del codice del consumo non fa riferimento espresso alla conciliazione, ma, più in generale, alle *procedure stragiudiziali*, tra le quali, il nostro ordinamento ricomprende l'arbitrato e le c.d. *conciliazioni paritetiche*, disciplinate da Protocolli di intesa sottoscritti da importanti aziende (Telecom Italia Spa, Poste italiane, Enel Spa, tra le altre) e dalle associazioni dei consumatori ed utenti, per la risoluzione delle controversie aventi ad oggetto l'erogazione di servizi che per anni sono stati gestiti in condizione di monopolio⁽²⁵⁾. Tali procedure, il cui tratto comune è il loro svolgersi davanti ad una commissione composta da un rappresentante del consumatore-

(24) L'art. 141 non riconosce però l'efficacia di titolo esecutivo al verbale di conciliazione. Pertanto, ove l'associazione dei consumatori agisca a tutela di un interesse collettivo attraverso la procedura di conciliazione di cui all'art. 140, il verbale di conciliazione avrà efficacia esecutiva, mentre altrettanto non accade ove sia il singolo consumatore a ricorrere alla conciliazione ex art. 141 per la tutela di un proprio interesse, ovvero ove sia il professionista/imprenditore ad attivare la procedura di conciliazione ex art. 141, al verbale di conciliazione non può essere riconosciuta efficacia esecutiva perché la legge nulla prevede in tal senso. Sul punto, G. ROMUALDI, in AA.VV., *Codice del consumo. Le nuove leggi amministrative*, commento all'articolo 141, Milano, Giuffrè, 2006.

(25) V. G. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata: esperienze e tendenze in Italia*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 420 ss.

utente e da un rappresentante dell'azienda (da qui la definizione di *paritetiche*), sebbene vengano definite come *conciliazione*, non possono propriamente definirsi come tali: invero, si concludono con un accordo che ha valore di transazione, talvolta anche senza la necessità che il consumatore-utente venga sentito dalla commissione.

Tra gli organismi deputati alla gestione delle procedure extragiudiziali di risoluzione delle controversie, il comma 3 dell'art. 141 individua quelli gestiti dalle camere di commercio e da altri organismi che si conformino ai principi delle raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE, che abbiano ottenuto l'iscrizione in un elenco tenuto dal Ministero delle attività produttive d'intesa con il Ministero della giustizia.

Consequentemente, il comma 4 dell'art. 141 dichiara non vessatorie le clausole inserite nei contratti dei consumatori aventi ad oggetto il ricorso a detti organismi per la risoluzione delle controversie relative al contratto. Trattasi, invero, di prescrizione necessaria per le *clausole compromissorie*, con cui le parti devolvono agli arbitri la cognizione sulla controversia, non certo per le clausole con cui le parti rinviando al conciliatore la definizione della lite. Il motivo è presto detto: con la clausola compromissoria si determina una deroga alla giurisdizione ordinaria del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 Cost.), in favore della giudizio privato dell'arbitro, pertanto l'ordinamento la considera come vessatoria e per la sua efficacia richiede particolari prescrizione (v. art. 33 cod. cons., artt. 1341 e 1342 c.c.)⁽²⁶⁾. Lo stesso non accade con la clausola che rinvii la risoluzione della controversia al conciliatore perché la

(26) Sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione cfr. la sentenza delle sez. un. del 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.*, 2000, p. 699, con nota di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254 ss., con nota critica di E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni unite*; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 761 ss., con nota di G. MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto "arbitrato irrituale"*.

procedura di conciliazione non sostituisce il processo: le parti possono, infatti, ricorrere al giudice in caso di fallimento del tentativo di conciliazione, ovvero nel caso in cui l'accordo raggiunto rimanga inadempito o risulti viziato⁽²⁷⁾.

Nel timore che i diritti dei consumatori siano tutelati da una giustizia di minore qualità, l'art. 141 prevede all'ultimo comma che il consumatore non possa essere privato del diritto di ricorrere all'autorità giudiziaria ordinaria, qualunque sia l'esito della procedura extragiudiziale attivata⁽²⁸⁾. Per i motivi sopra detti, la disposizione risulta incompatibile, con la natura dell'arbitrato e la disciplina del suo provvedimento conclusivo (*lodo*), superflua, se riferita alla procedura di conciliazione che, non comportando deroghe alla giurisdizione non preclude alle parti il ricorso al giudizio, di difficile applicazione pratica, nel caso delle procedure paritetiche poiché l'accordo che viene raggiunto in questi casi è una transazione, pertanto il consumatore potrà ricorrere in giudizio in limitate ipotesi (v. art. 1972 c.c.), ovvero i casi di risoluzione del contratto e di inadempimento dell'altra parte.

Un nuovo tentativo di conciliazione è ora previsto nel codice del consumo, con l'introduzione, da parte della legge finanziaria 2008, dell'art. 140-*bis* dove si disciplina una particolare

(27) In questo senso anche P. BARTOLOMUCCI, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, in *I contratti*, 2003, p. 101 ss. Cfr., inoltre, Cass., 3 dicembre 1987, n. 8983, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Arbitrato*, n. 94, secondo la quale dalla violazione della clausola contrattuale che preveda l'obbligo per le parti di esperire il previo tentativo di conciliazione non può derivare l'improcedibilità della domanda, ma la sua violazione può dar luogo, eventualmente, al solo risarcimento danni a carico della parte inadempiente.

(28) La disposizione riecheggia quanto previsto al punto 4, lett. e) della proposta di risoluzione del Parlamento europeo sul libro verde del 2002: "in generale i consumatori dovrebbero poter adire il tribunale se non sono soddisfatti dei risultati della risoluzione alternativa, anche se vincolante, fosse pure solo per ottenere che la legittimità della disposizione di ADR sia riesaminata conformemente alla *ratio decidendi* della sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2000 nelle cause congiunte da C-240/98 a C-244/98 Océano Grupo Editorial SA".

ipotesi di azione collettiva: l'azione collettiva risarcitoria a tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti⁽²⁹⁾.

In virtù della nuova disciplina, le associazioni dei consumatori e degli utenti possono agire in giudizio per la condanna al risarcimento dei danni subiti dai singoli consumatori o utenti, concentrando in un unico processo l'accertamento di atti illeciti che abbiano violato i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti commessi da società fornitrici di beni e servizi nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti per adesione che all'utente non è dato contrattare e modificare, di atti illeciti extracontrattuali di pratiche commerciali illecite o di comportamenti anticoncorrenziali. Il giudice, se accoglie la domanda promossa dalle associazioni, determina i criteri in base ai quali liquidare la somma da corrispondere o da restituire ai singoli consumatori/utenti che abbiano aderito all'azione collettiva o che siano intervenuti nel giudizio, e se possibile allo stato degli atti, il giudice potrà altresì provvedere alla quantificazione del danno determinando la somma minima da corrispondere a ciascun consumatore o utente. Nei sessanta giorni successivi alla notificazione della sentenza, l'impresa dovrà comunicare a ciascun avente diritto il pagamento di una somma, con atto sottoscritto e depositato in cancelleria. La proposta, in qualsiasi

(29) Cfr. R. CAPONI, *Strumenti di tutela collettiva nel processo civile: l'esempio tedesco*, in AA.VV., *Le azioni collettive in Italia*, a cura di C. BELLÌ, Milano, Franco Angeli, 2007, p. 66. Il modello di *class action* italiana si differenzia notevolmente da quello statunitense. La *class action*, di origine statunitense può essere esercitata da uno o più soggetti accomunati dall'appartenenza ad una stessa "classe", per la tutela di una questione di fatto o di diritto; la decisione del giudice sulla stessa questione produce effetti *ultra partes* per tutti i componenti, presenti e futuri, della classe. Pertanto, il consumatore che voglia avvantaggiarsi degli effetti della decisione non è tenuto ad agire personalmente, ma ad attendere l'esito dell'azione. Il legislatore italiano ha invece previsto che il consumatore che voglia beneficiare degli effetti dell'azione dovrà comunicare per iscritto al proponente l'azione un atto di adesione (art. 140-bis, comma 2). L'azione collettiva italiana, inoltre, non consente di ottenere, oltre al risarcimento del danno, anche i *punitive damages*, con finalità di sanzione e deterrente nei confronti di chi si è reso responsabile, con una condotta singola, di un pregiudizio ad una pluralità di soggetti, essendo estraneo all'ordinamento e ai trinci della responsabilità civile, la punizione del soggetto responsabile.

forma accettata dal consumatore o dall'utente, costituirà titolo esecutivo (art. 140-*bis*, comma 4).

Se invece l'impresa non comunica o non accetta la proposta, il presidente del tribunale competente costituirà una camera di conciliazione per la determinazione dei modi, dei termini e dell'ammontare delle somme da corrispondere o da restituire ai consumatori/utenti. La camera di conciliazione, composta da un avvocato che rappresenti gli interessi dei soggetti che hanno proposto l'azione collettiva, da un avvocato indicato dall'impresa convenuta e presieduta da un avvocato nominato dallo stesso presidente del tribunale tra gli iscritti all'albo speciale per le giurisdizioni superiori, quantifica la somma da corrispondere ai singoli consumatori/utenti, con verbale che costituisce titolo esecutivo. La procedura di conciliazione così delineata assomiglia più ad una transazione che ad una conciliazione, secondo lo schema della conciliazione paritetica: invero, mentre l'*an debeatur* è oggetto della cognizione piena del giudice, il *quantum* da corrispondere o da restituire ai consumatori/utenti è rimesso alla commissione di conciliazione. In alternativa, su concorde richiesta del promotore dell'azione e dell'impresa convenuta, il presidente del tribunale dispone che il tentativo di conciliazione si tenga davanti ad un organismo di conciliazione operante presso il comune in cui ha sede il tribunale ed iscritto, ai sensi dell'art. 38 d.lgs. 5/2003, nel registro tenuto dal Ministero della giustizia, ma in questo caso la procedura di conciliazione è disciplinata dagli artt. 39 e 40 del d.lgs. 5/2003, per quanto compatibili.

4. La conciliazione delegata dal giudice

Già prevista all'art. 198 c.p.c. nel caso di consulenza tecnica per l'esame di documenti contabili e registri⁽³⁰⁾, la concilia-

(30) Art. 198 c.p.c.: "Quando è necessario esaminare documenti contabili e registri, il giudice istruttore può darne incarico al consulente tecnico, affidandogli il compito

zione delegata dal giudice è stata estesa dalla recente legge 80/2005 anche alla consulenza tecnica in via preventiva, per l'accertamento e la determinazione dei crediti derivanti dalla mancata o inesatta esecuzione di obbligazioni contrattuali o da fatto illecito (art. 696-*bis* c.p.c.)⁽³¹⁾.

Il consulente tecnico, quale terzo istruito nominato dal giudice anche su istanza di una sola parte, può in concreto aiutare le parti a definire con un accordo la controversia: invero, le parti possono confrontare le loro aspettative con le risultanze della perizia, e decidere di non proseguire la causa che comporterebbe esclusivamente un aggravio di spese. Se la conciliazione riesce, il giudice attribuisce al verbale di conciliazione efficacia di titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Può ritenersi conciliazione delegata anche quella particolare ipotesi disciplinata dall'art. 155-*sexies* c.c., introdotto dalla legge 54/2006, che, in materia di separazione dei coniugi prevede che il giudice rinvii l'adozione dei provvedimenti nell'interesse dei figli (art. 155 c.c.), affinché i coniugi, attraverso un percorso di mediazione con un esperto (in genere uno psicologo), possano raggiungere un accordo nell'interesse esclusivo della prole.

di tentare la conciliazione delle parti. Il consulente sente le parti e, previo consenso di tutte, può esaminare anche documenti e registri non prodotti in causa. Di essi tuttavia, senza il consenso di tutte le parti, non può fare menzione nei processi verbali o nella relazione di cui all'articolo 195".

(31) In argomento R. CAPONI, *Provvedimenti cautelari e azioni possessorie*, in *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla legge n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 139. L'istituto disciplinato all'art. 696-*bis* c.p.c. ricorda da vicino la procedura angloamericana della *neutral expert fact-finding*, in cui il tecnico, dopo aver concluso le indagini, tenta la conciliazione tra le parti secondo il modello della *evaluative mediation*.

5. Conclusioni

L'esame delle disposizioni in materia di conciliazione nell'ordinamento italiano, testimonia l'ansia del legislatore nel ricercare, nei più diversi e disparati settori, uno strumento alternativo al giudizio, che serva da aiuto ad un sistema di giustizia ormai in affanno. Fattori storici e culturali, tipici dei sistemi di *civil law*, hanno determinato il consolidarsi del monopolio dell'amministrazione della giustizia nell'autorità giudiziaria⁽³²⁾.

Nel momento in cui si scrive, il Senato ha da poco approvato, con modificazioni, il disegno di legge n. 1082, recante disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile già votato il 1° ottobre 2008 dalla Camera dei Deputati, a cui il provvedimento è ora tornato per la ratifica delle modifiche introdotte e l'approvazione definitiva.

Il disegno di legge prevede la delega al governo per l'adozione, entro sei mesi dalla promulgazione della legge, di uno o più decreti legislativi in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione civile e commerciale. Nell'esercizio della delega, il governo dovrà attenersi, tra l'altro, ai principi e criteri direttivi definiti all'art. 61 che qui vengono sintetizzati: la procedura di conciliazione dovrà avere per oggetto controversie su diritti disponibili, senza precludere l'accesso alla giustizia; dovrà svolgersi davanti organismi professionali e indipendenti, stabilmente destinati all'amministrazione del servizio di conciliazione; la procedura dovrà essere disciplinata nel rispetto della normativa comunitaria, anche attraverso l'estensione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e in ogni caso attraverso l'istituzione, presso il Ministero della giustizia, di un registro degli organismi di conciliazione,

(32) Cfr. E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma, 2007, pp. 67 e 82; v. anche F.P. LUISSO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., p. 1205.

fermo restando il diritto delle camere di commercio che hanno costituito organismi di conciliazione ai sensi dell'art. 2 legge 580/1993, ad ottenere l'iscrizione di tali organismi nello stesso registro; nel registro tenuto dal Ministero della giustizia potranno iscriversi di diritto anche gli organismi di conciliazione costituiti presso i consigli degli ordini degli avvocati e, per le controversie in particolari materie, presso i consigli degli ordini professionali; similmente a quanto già accade in materia di conciliazione societaria, nei casi in cui il provvedimento che chiude il processo corrisponda interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di procedimento di conciliazione, il giudice potrà 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; il procedimento di conciliazione non potrà avere una durata eccedente i quattro mesi; dovrà altresì attribuirsi efficacia esecutiva per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica al verbale di conciliazione, che potrà altresì costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Nel disegno di legge manca, purtroppo, l'introduzione espressa della conciliazione c.d. "delegata", instaurata su indicazione del giudice alle parti, previa sospensione temporanea del processo in corso, già prevista nell'art. 15 della proposta di legge n. 2463 del 2 marzo 2002 (Norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale), e l'art. 4 della proposta di legge n. 5492 del 15 dicembre 2004 (Disposizioni per la promozione della conciliazione stragiudiziale).

A riguardo, si ribadisce qui quanto già sostenuto in un precedente scritto⁽³³⁾, in merito al fatto che, in un contesto sociale quale quello italiano, in cui il giudizio viene ancora visto come la prima e spesso unica risposta alla domanda di giustizia dei cittadini, il ricorso alla conciliazione possa essere incentivato

(33) V. G. ROMUALDI, *La conciliazione amministrata*, cit.

(non solo e non soltanto per sottrarre le controversie dalla cognizione del giudice sì da velocizzare il processo), attraverso l'introduzione di ipotesi di conciliazione delegata, in modo tale che sia proprio il giudice, per determinate controversie individuate dalla legge, ad invitare le parti in causa ad esperire il tentativo di conciliazione davanti ad enti pubblici o privati riconosciuti, ed in questi casi conferire (previa omologa) la forza di titolo esecutivo al verbale di conciliazione⁽³⁴⁾.

(34) Questo sembra del resto anche l'auspicio della Commissione europea nel libro verde del 2002, cfr. § 3.2.2.3. V., nell'ordinamento tedesco, la previsione del § 794, Abs. 1 ZPO: "Die Zwangsvollstreckung findet ferner statt: 1. aus Vergleichen, die zwischen den Parteien oder zwischen einer Partei und einem Dritten zur Beilegung des Rechtsstreits seinem ganzen Umfang nach oder in betreff eines Teiles des Streitgegenstandes vor einem deutschen Gericht oder vor einer durch Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle abgeschlossen sind, sowie aus Vergleichen, die gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 oder § 492 Abs. 3 zu richterlichem Protokoll genommen sind". V. inoltre l'art. 12 della Ley argentina n. 24573 Mediacion y Conciliacion (pubblicata nel Boletín Oficial 27 ottobre 1995): "Si se produjese el acuerdo, se labrá acta en el que deberá constar los términos del mismo, firmado por el mediador, las partes y los letrados intervinientes. El mediador deberá comunicar el resultado de la mediación, con fines estadísticos, al Ministerio de Justicia. En caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deberá aplicar la multa establecida en el Art. 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación".

Tra class action e conciliazione

di Remo Caponi

Sommario

1. Conciliazione e class action. – **2.** Lavori preparatori. – **3.** Retroattività del nuovo istituto? – **4.** Quadro nazionale e comunitario. – **5.** Class action? – **6.** Oggetto del processo e del giudicato: di regola i diritti. – **7.** Diritti individuali “omogenei”. – **8.** Azioni seriali. – **9.** Profili funzionali salienti. – **10.** Campo di applicazione. – **11.** Legittimazione ad agire. – **12.** Adesione come forma di “opt in”. – **13.** Adesione: natura ed effetti. – **14.** Rapporto tra promotore e aderente. – **15.** Poteri processuali dell’attore collettivo. – **16.** Giudizio di ammissibilità. – **17.** Intervento del pubblico ministero nel giudizio di ammissibilità. – **18.** Pubblicità dell’azione collettiva. – **19.** Determinazione del corso del procedimento. – **20.** Contenuti della sentenza. – **21.** Esecuzione della sentenza. – **22.** Preclusione della riproposizione dell’azione collettiva. – **23.** Profili processuali minori (rinvio). – **24.** Conclusioni.

1. Conciliazione e class action

In un fascicolo monografico dedicato ai metodi negoziali di composizione delle controversie, in particolare alla conciliazione, l’inserimento di un saggio sulla *class action* (*rectius*: azione collettiva risarcitoria) si giustifica *in re ipsa*⁽¹⁾.

(1) Per l’apparato bibliografico si rinvia a R. CAPONI, *Una letteratura di interrogativi in attesa della giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 180, cui *adde*, usciti nel frattempo, il fascicolo monografico *Class, Action! (?)*, a cura di R. LENER e M. RESCIGNO, in *Analisi giuridica dell’economia*, 1/2008; P. BIAVATI, *Le prospettive dell’azione collettiva risarcitoria nel diritto dell’Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1373; R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 281; *Id.*, *Variabilità dell’oggetto del processo (nell’azione collettiva risarcitoria)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 47; *Id.*, *The collective redress action in the Italian legal system*, in *Era Forum*, (107), 2009; A.

La garanzia di una efficiente risoluzione delle controversie seriali di modico valore non è data tanto dalla possibilità di conciliarle, quanto dalla possibilità di trarle ad 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 ad opera di un rappresentante, come previsto dall'art. 140-*bis* cod. cons., 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 (in cui può avere spazio solo un negoziato posizionale su vasta scala), 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 contro-

GIUSSANI, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 339; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, Jovene, 2008; ID., voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur. Treccani*, aggiorn., Roma, 2008.

versie dei consumatori, diretta quindi ad evitare che i metodi alternativi di composizione delle controversie si trasformino in un modo per svendere una risposta ad una domanda di giustizia frustrata dall'indisponibilità di un'alternativa efficiente dinanzi alla giustizia civile statale.

Infatti, la conciliazione non è un rimedio all'inefficienza della giustizia civile. Al contrario, la sua prospettiva di successo è legata al recupero di efficienza di quest'ultima, alla sua capacità di offrire utilità ulteriori, pur rispetto ad un congruo sistema di risoluzione giudiziale delle controversie.

2. *Lavori preparatori*

In questi ultimi anni sono stati presentati in Parlamento molti progetti di legge per introdurre una disciplina della *class action*.

Fino alla fine del 2007, le prospettive di approvazione erano incerte, anche a causa della diversità di soluzioni proposte.

Poi, per una improvvisa e casuale svolta dei lavori parlamentari, si giunge alla fine del 2007 all'approvazione di una nuova norma, inserita nel codice del consumo: l'art. 140-*bis*, che reca la rubrica "azione collettiva risarcitoria"⁽²⁾.

L'art. 140-*bis* cod. cons. presenta molte lacune di disciplina, dovute anche ai tempi ristretti in cui la nuova norma è stata adottata.

In considerazione della necessità di colmare queste lacune con un successivo intervento legislativo, l'inizio di applicazione della riforma è stato posticipato due volte. Attualmente è fissato alla fine di giugno del 2009.

Il presente saggio ha ad oggetto il testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. risultante dalla proposta di modifica governativa n. 30.0.1, che aggiunge l'art. 30-*bis* al d.d.l. n. 1195, recante

(2) Il codice del consumo è recato dal d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia (A.S. 1195).

Dal 9 aprile 2009 il testo è all'esame della commissione in Senato. Per comodità, esso si indica nel prosieguo come "emendamento governativo" (3).

(3) Ecco il testo: "1. L'articolo 140-bis del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, è sostituito dal seguente:

"Art. 140-bis. – (*Azione di classe*). – 1. I diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le previsioni del presente articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa, può agire per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

2. L'azione tutela:

a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile;

b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale;

c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali.

3. I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela di cui al presente articolo aderiscono all'azione di classe, senza ministero di difensore. L'adesione comporta rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo, salvo quanto previsto dal comma 15. L'atto di adesione, contenente, oltre all'elezione di domicilio, l'indicazione degli elementi costitutivi del diritto fatto valere con la relativa documentazione probatoria, è depositato in cancelleria, anche tramite l'attore, nel termine di cui al comma 9, lettera b). Gli effetti sulla prescrizione ai sensi degli articoli 2943 e 2945 del codice civile decorrono dalla notificazione della domanda e, per coloro che hanno aderito successivamente, dal deposito dell'atto di adesione.

4. La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della Regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il Tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il Tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il Tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il Tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale.

5. La domanda si propone con atto di citazione notificato anche all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale adito, il quale può intervenire limitatamente al giudizio di ammissibilità.

6. All'esito della prima udienza il tribunale decide con ordinanza sull'ammissibilità della domanda, ma può sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini

Al momento della stesura del presente saggio (fine di aprile 2009), le sorti dell'emendamento governativo sono ancora incerte (tenuto conto anche della presenza di emendamenti parlamentari) ed incerto è anche l'inizio di applicazione della riforma.

del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo. La domanda è dichiarata inammissibile, quando è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili ai sensi del comma 2, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe.

7. L'ordinanza che decide sulla ammissibilità è reclamabile davanti alla corte d'appello nel termine perentorio di trenta giorni dalla sua comunicazione o notificazione se anteriore. Sul reclamo la corte d'appello decide con ordinanza in camera di consiglio non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il reclamo dell'ordinanza ammissiva non sospende il procedimento davanti al tribunale.

8. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente.

9. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda. Con la stessa ordinanza il tribunale:

a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione;

b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria. Copia dell'ordinanza è trasmessa, a cura della cancelleria, al Ministero dello sviluppo economico che ne cura ulteriori forme di pubblicità, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito internet.

10. È escluso l'intervento di terzi ai sensi dell'articolo 105 del codice di procedura civile.

11. Con l'ordinanza con cui ammette l'azione il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio.

12. Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell'articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a

La mia speranza è che l'emendamento governativo venga approvato tendenzialmente nella sua versione attuale. Quand'anche ciò non accadesse, credo comunque che la scrittura di questo saggio non sia vana e che non ne sia vana la lettura, perché l'emendamento governativo, per l'equilibrio di fondo delle soluzioni proposte, costituirà un decisivo punto di riferimento per gli sviluppi futuri.

3. *Retroattività del nuovo istituto?*

Il tema della azione collettiva risarcitoria in materia di tutela del consumatore, al pari di altri che attirano attualmente l'inte-

coloro che hanno aderito all'azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme. In caso di accoglimento di un'azione di classe proposta nei confronti di gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, il tribunale tiene conto di quanto riconosciuto in favore degli utenti e dei consumatori danneggiati nelle relative carte dei servizi eventualmente emanate. La sentenza diviene esecutiva decorsi 180 giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza.

13. La Corte, richiesta dei provvedimenti di cui all'articolo 283 del codice di procedura civile, tiene altresì conto dell'entità complessiva della somma gravante sul debitore, del numero dei creditori, nonché delle connesse difficoltà di ripetizione in caso di accoglimento del gravame. La Corte può comunque disporre che, fino al passaggio in giudicato della sentenza, la somma complessivamente dovuta dal debitore sia depositata e resti vincolata nelle forme ritenute più opportune.

14. La sentenza che definisce il giudizio fa stato anche nei confronti degli aderenti.

È fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva. Non sono proponibili ulteriori azioni di classe per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice ai sensi del comma 9. Quelle proposte entro detto termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale; altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice.

15. Le rinunce e le transazioni intervenute tra le parti non pregiudicano i diritti degli aderenti che non vi hanno espressamente consentito. Gli stessi diritti sono fatti salvi anche nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo”.

2. Le disposizioni dell'articolo 140-bis del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, si applicano, anche retroattivamente, agli illeciti compiuti successivamente al 30 giugno 2008”.

resse degli studiosi⁽⁴⁾, suggerisce di abbattere quelle barriere mentali, che, come riflesso dei settori scientifico-disciplinari, condizionano così frequentemente in Italia le ricerche e lo stesso modo di ragionare degli studiosi.

Non è possibile esaminare il nuovo istituto unicamente sotto il profilo processuale, ovvero solo sotto il profilo sostanziale. I due profili si fondono. L'affermazione non è retorica, ma orienta la percezione dell'impatto sistematico delle nuove disposizioni e la loro interpretazione.

Così, per svolgere un primo esempio, l'emendamento governativo prevede che l'azione collettiva risarcitoria possa applicarsi agli illeciti compiuti dopo il 30 giugno 2008 e qualifica l'applicazione come "retroattiva"⁽⁵⁾. Tale qualificazione è inadeguata: se si introducono nuove disposizioni processuali, come accade con l'azione collettiva risarcitoria, esse veicolano immediatamente la deduzione in giudizio dei diritti sorti in un momento anteriore rispetto a quello in cui si agisce.

Ci troviamo dinanzi ad una conseguenza normale dell'effetto immediato di nuove norme processuali, che in questo caso è anzi incongruamente limitato ai crediti risarcitori o restitutori sorti dopo il 30 giugno 2008 e non si estende anche, come dovrebbe accadere, ai crediti non ancora prescritti, sorti prima di quella data, per i quali resta a disposizione l'ordinaria disciplina processuale⁽⁶⁾.

(4) Un altro tema che si iscrive in questo contesto è l'incidenza dell'autonomia privata nella disciplina del processo civile, con cui la disciplina dell'azione collettiva risarcitoria presenta non a caso punti di contatto: si pensi alla qualificazione del rapporto tra il proponente e gli aderenti all'azione. Cfr. R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, suppl. 2008, p. 99.

(5) Per una rimediazione *ab imis* sulla nozione di retroattività della legge, v. M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, pp. 1825 e 2089.

(6) Per una rimediazione sul tema dell'efficacia delle norme processuali nel tempo, v. R. CAPONI, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 449.

Tuttavia l'appellativo di retroattività è indice della percezione che il nuovo istituto rende effettiva l'azionabilità di una vasta serie di diritti che in precedenza ne erano sostanzialmente privi e che esso quindi penetra a fondo nel tessuto del diritto sostanziale.

Infatti, in caso di danni di massa per i soggetti lesi coinvolti, ma di entità così lieve da non valere la pena di dedurli in giudizio isolatamente, l'aggregazione processuale delle pretese individuali ad opera di un rappresentante, come previsto dall'art. 140-*bis*, abbatte i costi e costituisce quindi l'elemento fondamentale di una risposta giudiziaria tesa a rimuovere le ragioni dell'atteggiamento rinunciatario dei consumatori e degli utenti dinanzi al torto subito.

Nuova è certo solo la possibilità effettiva di far valere un diritto in giudizio, ma è come se esso nascesse *ex novo* sul piano della realtà (quasi *ubi remedium, ibi ius*), al di là della declamazione dei testi di legge, in tutti quei casi in cui l'inaidempimento dell'obbligo costringeva finora il consumatore alla rinuncia, o a valersi tutt'al più della conciliazione amministrata dalle camere di commercio⁽⁷⁾, a causa della sproporzione tra il valore della singola controversia, normalmente modico, e le spese per il ricorso individuale alla tutela giurisdizionale.

Da ciò l'impressione falsa, ma imponente, di retroattività.

4. *Quadro nazionale e comunitario*

L'azione collettiva risarcitoria è istituita⁽⁸⁾ quale “nuovo strumento generale di tutela nel quadro delle misure nazionali

(7) Per un recente approfondito riesame, v. S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 146; P. BARTOLOMUCCI, *Conciliazione extragiudiziale*, in *Digesto civ.*, aggiorn., I, Torino, 2007, p. 211.

(8) Cfr. il comma 445 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (legge finanziaria 2008), in G.U. n. 300 del 28 dicembre 2007, suppl. ord. n. 285.

volte alla disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti”⁽⁹⁾, nonché in conformità “ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria volti ad innalzare i livelli di tutela”⁽¹⁰⁾.

Sul fronte delle azioni collettive risarcitorie, l’attuale quadro comunitario non reca indicazioni univoche.

Incerte rimangono le prospettive dopo la presentazione, il 27 novembre 2008, del libro verde sui “mezzi di ricorso collettivo dei consumatori”, da parte della Commissione europea⁽¹¹⁾.

In precedenza, il 2 aprile 2008, la Commissione aveva pubblicato il libro bianco in materia di risarcimento del danno per

(9) Il quadro delle misure italiane in questo settore rinviene il suo punto di riferimento fondamentale nel codice del consumo (d.lgs. 206/2005), come modificato da ultimo dai seguenti atti normativi:

a) il d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, di “Attuazione della direttiva 2005/29/CE relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori nel mercato interno e che modifica le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il regolamento (CE) 2006/2004”; questo strumento normativo sostituisce gli artt. da 18 a 27 e 57 cod. cons., nonché l’art. 14 del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190;

b) il d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, recante disposizioni correttive ed integrative del codice del consumo.

La scelta di affiancare al codice civile un corpo unitario di regole speciali per la tutela dei consumatori, seguendo il modello francese e non il tedesco, non è stata “né facile, né indolore” (così G. VETTORI, *Disposizioni generali e finalità*, in ID. (a cura di), *Codice del consumo*, Padova, 2007, p. 3), poiché essa solleva il problema del rapporto tra la disciplina del codice del consumo e la disciplina generale, non solo con riferimento al contratto. Il raccordo è appena profilato dall’art. 38 cod. cons.: per quanto non previsto da esso “ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile”.

Infatti il codice del consumo non è sufficiente a coprire tutta l’area della protezione dei consumatori, come si constata dalla stessa definizione del campo di applicazione dell’azione risarcitoria in forma collettiva.

(10) Il quadro della normativa comunitaria diretta ad innalzare i livelli di tutela del consumatore, muove dall’art. 153 in correlazione con l’art. 95 del Trattato CE.

Per quanto riguarda l’azione giudiziale delle associazioni dei consumatori, essa è stata prevista in una serie di direttive: in tema di pubblicità ingannevole (84/450/CEE), in tema clausole abusive (93/13/CEE), in tema di contratti a distanza (97/7/CEE), in tema di provvedimenti inibitori (98/27/CEE). Esse riguardano essenzialmente le azioni inibitorie, non le azioni risarcitorie.

(11) Sull’opportunità che il formante europeo batta in questa materia un colpo di qualità, v. C. CONSOLO, *È legge una disposizione sull’azione collettiva risarcitoria: si è scelta la via svedese dello “opt in” anziché quella danese dello “opt out” e il filtro (“L’inutil precauzione”)*, in *Corr. giur.*, 2008, pp. 5 e 9.

violazione delle norme antitrust comunitarie. In questo quadro la Commissione ha raccomandato l'adozione di azioni rappresentative, proposte da enti qualificati, che agiscono in nome di soggetti identificati o identificabili, oppure l'adozione di azioni collettive con modalità *opt in*, in cui le vittime decidono di aggregare in una sola azione le proprie richieste individuali di risarcimento danni.

5. *Class action*?

L'emendamento governativo ribattezza l'"azione collettiva risarcitoria" in "azione di classe"⁽¹²⁾, ma sarebbe stato opportuno mantenere la vecchia denominazione, che appartiene alla tradizione terminologica italiana ed europea (*collective redress action*) e connota meglio lo strumento, distinguendolo dalle azioni collettive inibitorie.

In realtà si è lontani dall'introduzione della *class action* di stampo nordamericano. Così è perché la *class action* statunitense trae alimento non tanto dalla pur raffinata disciplina della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, bensì piuttosto dalla mentalità degli avvocati e dei giudici chiamati ad applicarla, nonché dalle regole che disciplinano il finanziamento delle spese processuali (*contingency fees*).

Nell'ordinamento italiano manca qualsiasi previsione diretta ad agevolare il finanziamento delle azioni collettive risarcitorie.

La materia delle spese e degli onorari professionali è completamente sottoposta alle regole generali, che tuttavia dal 2006 non conoscono più il divieto del patto di quota lite e consentono all'avvocato di pattuire con il cliente un onorario commisurato al risultato.

(12) Vedi la nuova rubrica dell'art. 140-bis cod. cons.

In effetti la tutela collettiva nel processo civile mette in gioco una ridefinizione del ruolo dell'avvocatura, accanto a quello delle associazioni dei consumatori, come possibile fattore di catalizzazione e di aggregazione della difesa degli interessi collettivi. Ciò costituisce uno dei nodi centrali dell'intera materia della tutela collettiva.

L'efficienza dei rimedi giurisdizionali diretti a tutelare gli interessi individuali omogenei non dipende infatti unicamente da un adeguato atteggiarsi della disciplina processuale, bensì anche dal talento organizzativo di studi legali, i quali, agevolati da una determinazione del proprio onorario commisurata al risultato⁽¹³⁾, sappiano proiettarsi in questa nuova dimensione della attività professionale⁽¹⁴⁾, nonché dalla capacità del giudice di accertare in sede di giudizio di ammissibilità – come si vedrà meglio in seguito la “sana e robusta costituzione” dell'iniziativa collettiva.

(13) Sulla possibilità di concludere un patto di quota lite tra avvocato e cliente, dopo l'abrogazione dell'art. 2233, comma 3, c.c. ad opera del d.l. 4 luglio 2006, n. 223, convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, v. L. DITTRICH, *Profili applicativi del patto di quota lite*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 1141. In tema C. CONSOLO, *Pubblicità, tariffa, quota lite: chi ha più ragione?*, in *Rass. for.*, 2006, p. 1399. Per la difesa del divieto del patto di quota lite, pur dopo la modifica legislativa, v. G. SCARSELLI, *Il decreto Bersani e le tariffe forensi*, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 23.

Su tutta la problematica, un colpo d'ala è venuto dalla Corte costituzionale tedesca, 12 dicembre 2006, in *Foro it.*, 2007, IV, c. 408, con nota di R. CAPONI, *Parziale incostituzionalità del divieto di patto di quota lite nell'ordinamento tedesco*. La Corte tedesca ritiene che il divieto legislativo di onorari forensi di risultato non sia compatibile con la garanzia costituzionale della libertà della professione (art. 12 GG), poiché non prevede una eccezione nel caso in cui l'avvocato, nel concordare un compenso commisurato al risultato, tenga conto di particolari circostanze che riguardano la persona del cliente, che altrimenti lo indurrebbero a rinunciare a far valere i propri diritti. Sulla base di questa sentenza è stata adottata in Germania la nuova disciplina del 12 giugno 2008 sul divieto di pattuizione di un onorario commisurato al risultato.

(14) Su questo aspetto richiama l'attenzione da un quindicennio C. CONSOLO, *Class actions fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, p. 609.

6. Oggetto del processo e del giudicato: di regola i diritti

L'azione collettiva risarcitoria crea una nuova figura di liti-consorzio facoltativo, che si può definire "aggregato", poiché dà luogo ad una aggregazione di azioni seriali (le "adesioni") tese a far valere diritti individuali omogenei" di consumatori o utenti nei confronti dell'impresa convenuta⁽¹⁵⁾.

L'azione si esaurisce nel cumulo e nella gestione congiunta delle azioni individuali degli aderenti ad opera di un componente della "classe", che può agire da solo oppure "mediante associazioni cui dà mandato o comitati cui partecipa"⁽¹⁶⁾, per l'accertamento della responsabilità e per la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni.

In altri termini, l'iniziativa del promotore è diretta a catalizzare e gestire cumulativamente singole pretese degli altri soggetti lesi. Egli deduce in giudizio fin dall'inizio i singoli diritti al risarcimento e alla restituzione di somme di cui si affermano titolari i consumatori e gli utenti aderenti alla sua iniziativa.

Oggetto del giudicato reso nel processo collettivo sono pertanto i singoli crediti risarcitori e restitutori fatti valere dagli aderenti, mentre "è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva"⁽¹⁷⁾.

Questa tesi, già accreditabile sulla base del testo originario dell'art. 140-*bis* cod. cons., riceve conferma dalla proposta di riforma governativa.

In altri termini, i soggetti lesi si trovano dinanzi ad una alternativa fondamentale: esercitare l'azione in forma individuale ovvero esercitarla in forma collettiva. In entrambi i casi, oggetto

(15) Già adottata in riferimento all'originario testo dell'art. 140-*bis*, v. R. CAPONI, *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 819, la definizione esce rafforzata sulla base del nuovo testo.

(16) Cfr. art. 140-*bis*, comma 1, proposizione 2, cod. cons.

(17) Cfr. art. 140-*bis*, comma 14, proposizione 2, cod. cons.

del giudicato sono i crediti risarcitori e restitutori dei singoli.

In entrambi i casi il potere di azione è dei singoli, che nel secondo caso possono farsi promotori dell'iniziativa collettiva o aderire a quella proposta da un altro soggetto leso, oppure da un'associazione o da un comitato.

La ricostruzione appena proposta deve fare i conti con la variegata tipologia delle controversie collettive risarcitorie. Poiché è difficile modificare questa realtà, conviene rendere flessibile la ricostruzione.

Esempio. L'illecito plurioffensivo consiste nella produzione e vendita di un prodotto nocivo per la salute umana. L'accertamento dell'*an* e del *quantum* del danno subito da ciascun consumatore dipende da un giudizio individualizzato, calibrato sulle circostanze che hanno determinato il danno nel singolo caso. È meritevole di essere sostenuta (e conforme al canone di efficienza della giustizia civile) una interpretazione orientata alla conseguenza di escludere di impegnare il processo collettivo nel giudizio individualizzato relativo ad uno o più dei diritti cumulati. L'oggetto del processo e del giudicato può essere in questo caso limitato alla questione comune attinente alla responsabilità dell'impresa convenuta.

La tesi che coglie eccezionalmente l'oggetto del processo e del giudicato nell'azione collettiva risarcitoria in un qualcosa di diverso da un diritto o comunque da una situazione soggettiva sostanziale non incontra un ostacolo insuperabile nell'art. 24 Cost. Come le altre garanzie costituzionali, l'art. 24 Cost. è esposto al bilanciamento con altri valori costituzionali. Invalicabile è solo il suo contenuto essenziale, che consiste nel dischiudere sempre la tutela giurisdizionale dei diritti attraverso un processo a cognizione piena.

Ciò non esclude la possibilità di limitare l'oggetto del processo ad una questione comune ad una serie di cause, quando ciò sia lo strumento per conseguire economia processuale.

La materia della tutela collettiva richiede infatti di elaborare dei concetti in grado di trovare un punto di equilibrio tra la realizzazione delle garanzie individuali nel singolo processo

e le esigenze organizzative delle risorse dell'amministrazione della giustizia, che hanno ad oggetto la gestione della serie dei processi⁽¹⁸⁾.

Questi concetti possono rivelarsi utili per orientare la soluzione di una serie di problemi. Se si intende percorrere con cautela questa strada, entra in gioco quel canone di proporzionalità, efficacemente scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, laddove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, per quanto sia praticabile, tra l'altro: "attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi".

Così inteso, il principio di proporzionalità può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un risvolto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.).

In questo quadro rilevano valutazioni di efficienza, che sono per definizione diverse da un ordinamento all'altro, e diverse all'interno dello stesso ordinamento nel corso del tempo, poiché muovono dalla considerazione dello stato delle risorse dell'amministrazione della giustizia in un certo ordinamento, in un dato momento storico.

Riportando il discorso sull'azione collettiva risarcitoria, serve allo scopo una norma che consenta al giudice – in collaborazione con le parti – di limitare in concreto (in sede di giudizio di ammissibilità) l'oggetto del processo e del giudicato alla questione della responsabilità dell'impresa convenuta.

Vi è questa norma nell'emendamento governativo? Si direbbe di sì.

Innanzitutto, l'art. 140-bis, comma 1, profila distintamente l'azione per l'accertamento della responsabilità, rispetto

(18) Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 129; ID., *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 1519.

all'azione di condanna (che le due ipotesi siano congiunte attraverso una "e" e non disgiunte attraverso una "o" significa poco). In secondo luogo, con la sentenza che accoglie la domanda il giudice può limitarsi a stabilire il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione delle somme dovute⁽¹⁹⁾: quindi non una sentenza di condanna (poiché manca il requisito della attuale liquidità), bensì una sentenza di accertamento qualificato, cui deve seguire un'ulteriore fase (negoziale o giudiziale) di determinazione del *quantum* dovuto ai singoli aderenti.

Ciò presuppone logicamente che l'oggetto del processo collettivo possa essere limitato alla questione comune relativa alla responsabilità dell'impresa e che questa operazione debba essere già svolta dal giudice in sede di giudizio di ammissibilità, ove egli è chiamato a definire "i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione"⁽²⁰⁾.

Infatti, con l'adesione il singolo fa valere sicuramente il proprio diritto individuale, ma quando le caratteristiche di quest'ultimo richiedano un accertamento individualizzato, il giudice può eccezionalmente limitare l'oggetto del processo e del giudicato collettivo.

Rispetto alla soluzione appena proposta, si prospetta una obiezione: la scelta giudiziale tra modelli alternativi di oggetto del processo limita un aspetto fondamentale del principio dispositivo in senso sostanziale, cioè il dominio della autonomia delle parti, non solo nella determinazione dell'inizio e della fine del processo, ma anche del suo oggetto.

L'obiezione è seria e costringe ad una replica articolata. Innanzitutto, vagliare l'incidenza del principio dispositivo nel processo civile non equivale a discettare dell'eterno ritorno dell'identico. Nel panorama europeo, l'incidenza del principio

(19) Cfr. art. 140-bis, comma 12.

(20) Cfr. art. 140-bis, comma 9, lett. a).

dispositivo non è identica nei vari ordinamenti. L'elemento in cui si registrano più sfaccettature è probabilmente proprio quello relativo alla delimitazione dell'oggetto del processo e del giudicato. Si passa dalla ristretta soluzione tedesca, in cui l'oggetto del processo e del giudicato è delimitato dalla richiesta della parte, individuata attraverso i fatti allegati, alla intermedia soluzione italiana, in cui la legge e non solo la volontà delle parti può contribuire alla delimitazione oggettiva del giudicato (art. 34 c.p.c.), per arrivare all'ampia soluzione inglese, che può precludere ogni nuova considerazione dei fatti oggetto della decisione giudiziale.

L'art. 34 c.p.c. consente una estensione dell'oggetto del processo alle questioni pregiudiziali (e quindi una limitazione dell'autonomia delle parti) dettata da ragioni di economia ed efficienza della tutela giurisdizionale, valutate in via generale ed astratta dal legislatore. La soluzione prima proposta consente una restrizione dell'oggetto del processo collettivo risarcitorio dettata da ragioni di economia ed efficienza della tutela giurisdizionale, valutate in concreto dal giudice. In entrambi i casi il principio dispositivo è limitato da ragioni attinenti alla funzionalità del processo, che nel secondo caso non sono certamente più deboli.

Contro questo ragionamento si prospetta la seguente obiezione finale: problematica non è tanto la limitazione del principio dispositivo in sé, quanto il fatto che essa sia affidata all'apprezzamento e alla scelta del giudice nel caso concreto. Ciò metterebbe a repentaglio la garanzia costituzionale della imparzialità del giudice.

Anche questa obiezione si espone ad una replica, che consente di confermare la soluzione proposta.

La previsione di un aumento di poteri del giudice è frequentemente accompagnata dal rilievo critico che tale aumento mina o può minare la sua imparzialità.

Ciò è accaduto in particolare con la previsione dei poteri istruttori d'ufficio del giudice.

Ammesso e non concesso che l'esercizio del potere di delimitare l'oggetto del processo paghi qualche leggero prezzo sul piano della imparzialità psicologica del giudice, nel quadro di quel bilanciamento di valori costituzionali cui deve ispirarsi la disciplina della tutela collettiva giurisdizionale, quel prezzo non sembra superiore a quello collegato all'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio e merita di essere pagato⁽²¹⁾.

7. Diritti individuali "omogenei"

Un approfondimento merita la nozione di diritti individuali "omogenei".

Con quest'ultima espressione tecnica – impiegata nel nuovo testo dell'art. 140-*bis*, comma 1, cod. cons. – la legge presuppone che la nozione di tutela collettiva indichi due ipotesi tra di loro tendenzialmente diverse: *a*) la tutela di un interesse essenzialmente "superindividuale"; *b*) la tutela di interessi in realtà individuali, che rinvergono il loro carattere collettivo nel fatto di ritrovarsi con analoga consistenza in capo a più soggetti (interessi individuali "omogenei" o "isomorfi")⁽²²⁾.

Nella ipotesi *sub a*), di cui l'art. 140-*bis* non si occupa, l'espressione interesse "superindividuale" indica l'interesse di più soggetti verso un bene che ha (anche, oppure solo) una dimensione non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi⁽²³⁾. Esempi: la concorrenza, la correttezza nelle

(21) Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *Variabilità dell'oggetto del processo (nell'azione collettiva risarcitoria)*, cit., p. 47.

(22) Per la precisazione concettuale dell'espressione "interessi individuali omogenei", v. soprattutto A. PELLEGRINI GRINOVER, *New Trends in Standing and Res Iudicata in Collective Suits*, rapporto generale al XIII congresso internazionale di diritto processuale (Salvador/Bahia, 16-22 settembre 2007).

(23) A tale proposito v. N. TROCKER, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Roma, 1989. Sul tema v. la recente monografia di R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit.; nonché in precedenza, C. PETRILLO, *La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi e collettivi*, Roma, 2005.

pratiche commerciali, l'ambiente, la salute, la sicurezza delle condizioni di lavoro⁽²⁴⁾.

Completamente diverso è il panorama che si dischiude nella seconda ipotesi (*sub b*), la sola di cui l'art. 140-*bis* si occupa. Tutela collettiva designa in questo caso la tutela di una pluralità di diritti individuali che proteggono interessi omogenei.

Non vi è una unica o unitaria condotta illecita che aggredisce il bene collettivo, bensì vi è una unica condotta illecita, ovvero più condotte illecite contestuali o parallele, che aggrediscono più beni individuali e quindi ledono diritti di cui sono titolari singoli individui.

A differenza dell'interesse superindividuale, l'interesse individuale omogeneo non si indirizza verso un unico bene collettivo, non suscettibile di appropriazione e godimento esclusivi, bensì verso un bene individuale. Esso sorge dopo il verificarsi di un illecito plurioffensivo ed è tensione della volontà, propria in modo identico di più soggetti lesi, verso un bene individuale ristoratore.

La condotta lesiva provoca pertanto quella crisi di cooperazione, apprezzabile nel contesto di uno specifico rapporto intersoggettivo, che fornisce l'occasione del ricorso alla tutela giurisdizionale dei diritti da parte dei singoli individui. Essi affermano in giudizio la lesione (il pericolo di lesione, la contestazione) di un proprio diritto, per chiederne il ristoro.

Esempi: il prodotto dannoso fonte di responsabilità del produttore nei confronti di più soggetti; la clausola vessatoria inserita in contratti stipulati da più consumatori o utenti mediante moduli o formulari; la pratica commerciale ingannevole o aggressiva che ha condotto parimenti alla conclusione di contratti da parte di più consumatori. Dall'illecito sorgono diritti al risarcimento o alle restituzioni, connessi dall'identità delle questioni da risolvere per accertare la loro esistenza o dall'identità del fatto costitutivo.

(24) Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *Azioni collettive: interessi protetti e modelli processuali di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 1205.

8. Azioni seriali

In caso di contestuali iniziative processuali dirette a far valere interessi individuali omogenei, si hanno le c.d. azioni seriali, rientranti tradizionalmente entro lo schema del litisconsorzio facoltativo proprio e improprio (art. 103 c.p.c.)⁽²⁵⁾.

Esempi: più consumatori agiscono (o più frequentemente eccepiscono) in giudizio la nullità delle clausole vessatorie inserite nei concreti contratti da loro stipulati e chiedono il risarcimento del danno o la restituzione delle somme. Più consumatori fanno valere in giudizio la scorrettezza delle pratiche commerciali che li hanno identicamente indotti a stipulare i contratti e chiedono il risarcimento del danno o la restituzione delle somme.

Nel settore degli interessi individuali omogenei, le questioni affrontate, pur di notevole importanza pratica, hanno un impatto sistematico più modesto rispetto a quelle suscitate dalla tutela degli interessi superindividuali.

In primo luogo, non è in discussione l'ordinaria legittimazione ad agire in capo a ciascuno dei soggetti lesi. Sarebbe fuori luogo aggiungere che si tratta di legittimazione disgiunta, poiché non siamo nel campo delle obbligazioni indivisibili o solidali. Non si tratta di una unica prestazione, bensì si tratta di tante prestazioni risarcitorie o restitutorie quanti sono i soggetti lesi.

In secondo luogo, si tratta di dare una adeguata disciplina dello svolgimento del processo collettivo, a cominciare dalla pubblicità dell'atto introduttivo del giudizio, per finire con la efficacia e stabilità dei provvedimenti di tutela.

(25) In ipotesi di illecito plurioffensivo, generato da una unica condotta illecita, ovvero da più condotte illecite contestuali o parallele, l'art. 103 c.p.c. consente che più soggetti lesi possano agire in giudizio, cumulando nello stesso processo più cause connesse per il titolo (*causa petendi*, fatto costitutivo) o per le identiche questioni da cui dipende totalmente o parzialmente la loro decisione.

9. *Profili funzionali salienti*

L'azione collettiva risarcitoria o “azione di classe” assolve a una pluralità di funzioni.

In primo luogo, come già detto, essa realizza la garanzia dell'accesso alla giustizia per le controversie di modico valore. 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, l'aggregazione processuale delle pretese individuali ad opera di un rappresentante, come previsto dall'art. 140-*bis* cod. cons., abbatte i costi e costituisce quindi l'elemento fondamentale di una risposta giudiziaria tesa a rimuovere le ragioni della rinuncia dei consumatori e degli utenti.

In questo caso, il nuovo strumento non serve a finalità di economia e di efficienza processuale, bensì a far emergere un contenzioso latente, che altrimenti non avrebbe modo di manifestarsi a causa della sproporzione tra il valore della singola controversia, normalmente modico, e le spese per il ricorso individuale alla tutela giurisdizionale.

Oltre al profilo teso al ristoro individuale dei soggetti lesi, il nuovo strumento presenta – in secondo luogo – anche profilo di deterrenza nei confronti della commissione di illeciti dannosi per una cerchia più o meno ampia di consumatori. In questo settore, l'iniziativa giudiziaria collettiva privata si affianca all'attività pubblica di prevenzione e di controllo nei confronti del potere economico dell'impresa, come sorta di potere generato dalla società civile, contrapposto al potere economico dell'impresa.

In questo senso il processo civile italiano (al pari di quello di altri paesi europei che hanno introdotto azioni collettive, anche risarcitorie) si arricchisce di una nuova funzione, tradizionalmente affidata nell'Europa continentale alla cura dello Stato e della pubblica amministrazione: la funzione di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono non tanto sugli interessi di un individuo isolato, quanto sugli interessi di una collettività di individui.

In terzo luogo, l'azione collettiva risarcitoria realizza una finalità di economia e efficienza processuale nelle controversie che altrimenti sarebbero affidate alla normale disciplina del processo con pluralità di parti.

10. *Campo di applicazione*

Il nuovo istituto si applica a fattispecie di illecito plurioffensivo tipizzate, finora inserite nell'ambito del litisconsorzio facoltativo: “a) i diritti contrattuali di una pluralità di consumatori e utenti che versano nei confronti di una stessa impresa in situazione identica, inclusi i diritti relativi a contratti stipulati ai sensi degli articoli 1341 e 1342 del codice civile; b) i diritti identici spettanti ai consumatori finali di un determinato prodotto nei confronti del relativo produttore, anche a prescindere da un diretto rapporto contrattuale; c) i diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali”⁽²⁶⁾.

La riformulazione del campo di applicazione elimina l'irrazionale esclusione delle ipotesi *ex art.* 1342 c.c. e limita il precedente riferimento agli atti illeciti extracontrattuali alla responsabilità del produttore.

Se ne affida l'esame dettagliato agli studiosi di diritto sostanziale.

11. *Legittimazione ad agire*

La disciplina della legittimazione ad agire in via collettiva sbocca finalmente nel riconoscimento di quest'ultima in capo al singolo componente della classe dei soggetti lesi.

L'esito è opportuno e marca la differenza tra la tutela dei

(26) Così art. 140-*bis*, comma 2, cod. cons.

diritti individuali omogenei e la tutela degli interessi superindividuali, su cui si è già richiamata l'attenzione. Esso era già dischiuso dall'estensione della legittimazione ad agire ad associazioni locali – diverse da quelle registrate – e a comitati sorti appositamente per organizzare una reazione giurisdizionale collettiva all'illecito dannoso.

Ciò non esclude evidentemente che l'attività delle associazioni dei consumatori o dei comitati possa favorire un'aggregazione più efficiente delle iniziative individuali, specialmente in caso di danni di massa per i soggetti lesi coinvolti, ma di lieve entità.

A questo punto l'azione collettiva risarcitoria potrà essere promossa dal singolo componente della classe oppure dalle associazioni dei consumatori o da comitati fondati *ad hoc*, senza necessità che associazioni o comitati si rendano cessionari dei diritti individuali⁽²⁷⁾.

Legittimata passiva è l'“impresa” cui è imputato l'illecito⁽²⁸⁾.

Aperto è il problema se il termine possa indicare in modo ellittico il “professionista”, vale a dire “la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale”⁽²⁹⁾.

12. Adesione come forma di “opt in”

I consumatori e utenti che intendono avvalersi della tutela prevista dall'art. 140-*bis* cod. cons. “aderiscono all'azione di classe”⁽³⁰⁾.

(27) Su questo punto l'art. 140-*bis*, comma 1, cod. cons. avrebbe potuto essere più chiaro. Sui problemi posti dalla legittimazione ad agire degli enti collettivi si rinvia a R. CAPONI, *Litisconsorzio “aggregato”. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 826 ss.

(28) Cfr. art. 140-*bis*, comma 4, proposizione 1.

(29) Cfr. art. 3, comma 1, lett. c) cod. cons., dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 221/2007.

(30) Cfr. art. 140-*bis*, comma 3.

Così l'ordinamento italiano esprime la sua predilezione per il sistema in cui il soggetto leso deve attivarsi se vuole essere incluso fra i destinatari degli effetti della sentenza (*opt in*), anziché per il sistema contrapposto – tipico di alcune ipotesi della *class action* statunitense – in cui tutti i diritti lesi dall'illecito sono dedotti in giudizio una volta per tutte dal rappresentante della classe e il singolo deve attivarsi se vuole essere escluso dal novero dei destinatari degli effetti della sentenza (*opt out*)⁽³¹⁾.

L'alternativa tra *opt in* e *opt out* è al centro del dibattito in Italia, come in altri paesi europei.

Non è il caso di ritornare a valutare gli argomenti favorevoli e contrari a ciascuno dei due sistemi.

Si possono solo segnalare due aspetti relativi all'esperienza italiana.

In primo luogo, progredisce lentamente la consapevolezza che l'*opt out* si presenta come la soluzione più funzionale alla realizzazione degli obiettivi dell'azione collettiva risarcitoria.

In secondo luogo progredisce la consapevolezza che l'*opt out* non incontra ostacoli di ordine costituzionale, quanto meno nelle settore delle controversie di modesta entità (*small claims*), o meglio – come detto – nel settore delle controversie che hanno un valore talmente basso che non verrebbero portate all'attenzione delle corti se non in modo aggregato, attraverso l'esercizio di un'azione collettiva⁽³²⁾.

Su questa strada si è mossa già qualche pronuncia giurisprudenziale.

È del 30 aprile 2008 un provvedimento del tribunale di Roma, investito con un ricorso cautelare *ex art.* 140, comma

(31) Cfr. A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, Il Mulino, 2008, p. 225, secondo cui l'esame delle esperienze straniere di tutela collettiva più avanzate, come quella statunitense, dimostra che l'adozione del sistema di *opt in* è una tappa intermedia verso l'*opt out*.

(32) Si apre l'alternativa se affidare l'individuazione di questo limite di valore al giudice nel caso concreto, come è preferibile, seguendo così l'esempio della legge danese, ovvero ad una norma giuridica, come era previsto in una proposta legislativa francese poi abbandonata.

8, cod. cons., con cui l'emittente di *pay Tv* Sky Italia s.r.l. è stata condannata a restituire agli abbonati le somme di denaro, indebitamente percepite rispetto alle pattuizioni contrattuali, per l'automatico invio di nuova rivista con i programmi televisivi⁽³³⁾. In altri termini, il Tribunale di Roma ha adottato un provvedimento di condanna alla restituzione di somme di denaro a vantaggio dei singoli abbonati, in quanto "misura idonea a correggere o eliminare gli effetti dannosi della violazione accertata", ex art. 140, comma 1, lett. b) cod. cons.

Dunque è stata di fatto accolta una specie di *class action* diretta alla restituzione di somme di denaro, promossa da un'associazione dei consumatori attraverso la richiesta di un provvedimento cautelare per ingiunzione ex art. 140 cod. cons.⁽³⁴⁾.

13. Adesione: natura ed effetti

L'adesione – per il cui compimento non è necessario il ministero di difensore – è un atto complesso. Formalmente unitario, esso racchiude due componenti: la prima è intesa a conferire un mandato all'attore collettivo (con elezione di domicilio). La seconda è intesa ad esercitare l'azione nei confronti dell'impresa convenuta, in via di principio con tutti gli effetti sostanziali e processuali che il nostro ordinamento collega all'atto di esercizio dell'azione. Pertanto l'atto indica il diritto fatto valere dal consumatore e i correlativi fatti costitutivi, con la documentazione probatoria, ed è depositato in cancelleria.

Gli effetti dell'atto di esercizio dell'azione, non solo l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione, ma anche la litispendenza, decorrono dalla notificazione della domanda

(33) Cfr. Trib. Roma, 30 aprile 2008, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2679, con nota di A.D. DE SANTIS.

(34) Per un più ampio discorso sul punto, v. R. CAPONI, *La class action in materia di tutela del consumatore in Italia*, in *Foro it.*, 2008, V, c. 281.

giudiziale⁽³⁵⁾ o dal deposito dell'atto di adesione in cancelleria, che potrà avvenire – e normalmente avverrà – tramite l'attore, entro il termine fissato dal giudice ai sensi dell'art. 140-*bis*, comma 9, lett. *b*)⁽³⁶⁾.

Con l'adesione i soggetti acquistano la qualità di parte del processo solo in senso sostanziale. Gli aderenti non compiono gli atti processuali, né subiscono gli effetti del processo in termini di spese⁽³⁷⁾.

Evidente è l'utilità dell'adesione. Poiché non siamo nel campo delle obbligazioni indivisibili o solidali, non si applica l'art. 1306 c.c. Il soggetto che non ha aderito non può giovare degli effetti del giudicato favorevole. L'adesione è dunque lo strumento attraverso il quale i consumatori o gli utenti possono opporre all'impresa la sentenza che accoglie la domanda. L'altra faccia della medaglia è la “rinuncia a ogni azione restitutoria o risarcitoria individuale fondata sul medesimo titolo”⁽³⁸⁾, nonché la soggezione agli effetti della sentenza che rigetta la domanda.

14. *Rapporto tra promotore e aderente*

Tra il promotore dell'azione collettiva e l'aderente sorge un rapporto obbligatorio, fondato su un contratto che si può

(35) Con il dischiudersi di un problema di responsabilità del promotore dell'azione collettiva che introduca la causa tardivamente rispetto a chi ha tempestivamente aderito.

(36) Così il nuovo testo dell'art. 140-*bis* elimina l'irrazionale (precedente) previsione della possibilità di aderire fino al momento della precisazione delle conclusioni nel giudizio di appello.

(37) La necessità di reperire i mezzi per il finanziamento dell'azione può peraltro indurre il promotore a richiedere all'aderente la corresponsione di una somma di denaro adeguata al valore del singolo diritto dedotto in giudizio (arg. *ex art.* 1719 c.c.).

(38) Cfr. art. 140-*bis*, comma 3, proposizione 2.

Tuttavia la rinuncia non vale più in caso di rinuncia o transazione intervenuta tra le parti del processo collettivo, cui l'aderente non abbia consentito, ovvero nei casi di estinzione del giudizio o di chiusura anticipata del processo (cfr. art. 140-*bis*, comma 15).

qualificare come mandato con rappresentanza⁽³⁹⁾. Pur se si mantiene fede all'orientamento consolidato che intende il requisito della spendita del nome del rappresentato in modo rigoroso ed esige una dichiarazione espressa e univoca, affermando l'inammissibilità di una *contemplatio domini* tacita, tale requisito è rispettato con l'allegazione nel processo dei nomi e delle generalità degli aderenti. Il mandato ha per contenuto il compimento della serie di atti giuridici diretti alla gestione del processo collettivo.

L'applicazione delle norme sul mandato offre una base normativa per risolvere alcuni problemi tra il promotore e l'aderente, come quello della revoca dell'adesione⁽⁴⁰⁾.

15. *Poteri processuali dell'attore collettivo*

L'attore collettivo può compiere validamente tutti gli atti che non presuppongono la capacità di disporre dei diritti (altrui) oggetto della controversia, a partire dalla nomina del difensore⁽⁴¹⁾.

Salvo patto contrario al momento dell'adesione, l'attore collettivo può rinunciare validamente agli atti del processo senza preannunciare dell'assenso degli aderenti. Questi ultimi tornano così ad essere posti dinanzi all'alternativa di esercitare l'azione in forma individuale ovvero in forma collettiva. Viceversa, salvo

(39) Lo stesso art. 140-*bis*, comma 1 qualifica in termini di mandato il rapporto tra promotore e aderente quando il primo sia un'associazione, ma il discorso evidentemente non cambia quando il promotore sia un singolo componente della classe.

(40) Il tema della revoca dell'adesione sarebbe peraltro meritevole di una disciplina *ad hoc*. Attualmente, il promotore che intenda prevenire la revoca nel corso del processo deve inserire nella propria proposta una clausola di irrevocabilità. In questo caso l'aderente può egualmente revocare, ma risponde dei danni, salvo che ricorra una giusta causa, come ad esempio la *mala gestio* del processo (arg. *ex art.* 1723 c.c.).

(41) Se del caso l'interrogatorio formale e il giuramento possono essere deferiti al singolo aderente, nelle ipotesi eccezionali in cui il sapere del singolo aderente rilevi ai fini della risoluzione di una questione di fatto comune.

patto contrario, l'attore collettivo non può prestare acquiescenza alla sentenza di merito di rigetto senza premunirsi dell'assenso degli aderenti, perché la rinuncia ad impugnare implica in tal caso disposizione del diritto.

Molto delicata, a causa dei possibili abusi, è l'attribuzione al promotore, al momento dell'adesione, del potere di transigere o conciliare la controversia. Ciò rafforza evidentemente la sua posizione dinanzi al convenuto. L'azione collettiva risarcitoria può conseguire il massimo di efficienza, se essa si conclude con una transazione collettiva, quando l'andamento del processo, congiunto alla ravvicinata prospettiva di una pronuncia di condanna, induca il convenuto a proporre anticipatamente il pagamento di una somma ai soggetti lesi, a definitiva composizione della controversia. In ogni caso, le rinunce e le transazioni intervenute tra l'attore collettivo e il convenuto non pregiudicano i diritti degli aderenti, che non vi abbiano espressamente consentito⁽⁴²⁾ o che non le abbiano ratificate.

16. Giudizio di ammissibilità

L'ammissibilità dell'azione collettiva risarcitoria è sottoposta ad un giudizio preliminare di carattere sommario⁽⁴³⁾, che si conclude in senso negativo quando la domanda è manifestamente infondata, quando sussiste un conflitto di interessi ovvero quando il giudice non ravvisa l'identità dei diritti individuali tutelabili, nonché quando il proponente non appare in grado di curare adeguatamente l'interesse della classe⁽⁴⁴⁾.

(42) Così l'art. 140-bis, comma 15.

(43) Sui giudizi preliminari e sommari di ammissibilità in generale, v. R. CAPONI, *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 833 ss.

(44) Cfr. art. 140-bis, comma 6. Con l'ordinanza di inammissibilità, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la più opportuna pubblicità a cura e spese del soccombente (cfr. art. 140-bis, comma 8).

La previsione di un giudizio di ammissibilità è opportuna. Esso serve da un lato all'interesse sostanziale della pluralità dei soggetti, che si affermano lesi nei loro diritti omogenei, a far valere in giudizio le loro pretese in modo aggregato ed effettivo. Dall'altro lato, tale valutazione serve al contrapposto interesse dell'impresa convenuta in giudizio ad evitare il danno ingiusto all'immagine conseguente alla pubblicità dei contenuti di una domanda collettiva che è manifestamente infondata oppure che non è occasionata da un illecito effettivamente seriale⁽⁴⁵⁾.

Con la riformulazione dei criteri del giudizio di ammissibilità rispetto al testo originario dell'art. 140-*bis*, esso compie ulteriori passi in direzione della *certification*, conosciuta nell'esperienza statunitense della *class action*. I passi avanti si colgono sotto il profilo dell'ingresso di un criterio omologo alla *adequacy of representation*, prevista dalla *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, cioè la capacità dell'attore di curare adeguatamente l'interesse della classe (se del caso valutata comparativamente, nella ipotesi in cui vi siano più promotori) nonché di un criterio omologo a quello della *commonality*, parimenti prevista dalla *Rule 23*, cioè l'identità (*rectius*: l'omogeneità) dei diritti individuali tutelabili attraverso l'azione collettiva risarcitoria.

17. *Intervento del pubblico ministero nel giudizio di ammissibilità*

Limitatamente al giudizio di ammissibilità può intervenire il pubblico ministero. A tal fine l'atto introduttivo dell'azione collettiva è notificato presso il suo ufficio⁽⁴⁶⁾.

(45) Per un più ampio discorso sul punto, cfr. R. CAPONI, *Litisconsorzio "aggregato". L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*, cit., p. 836 ss.

(46) Cfr. art. 140-*bis*, comma 5.

La previsione è opportuna ed è stata anticipata da iniziative della prassi. Si segnala una circolare della Procura generale della Repubblica di Torino, occasionata dall'entrata in vigore dell'art. 140-*bis* cod. cons. ⁽⁴⁷⁾. Si richiede alle cancellerie delle sezioni civili di segnalare alla procura la pendenza di processi civili relativi alla tutela del risparmio, alla tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti (anche sulla base della proposizione di un'azione collettiva risarcitoria), alla tutela del diritto alla salute, alla violazione del dovere di sicurezza nei luoghi di lavoro, o alla violazione delle norme a tutela dell'ambiente e del territorio. La segnalazione serve a valutare la sussistenza del "pubblico interesse" che legittima il pubblico ministero all'intervento in causa ai sensi dell'art. 70, comma 3, c.p.c.

Il colpo d'ala della Procura generale torinese rispolvera una norma praticamente dimenticata e si impone alla riflessione dei realisti, il cui cinismo è sempre esposto alla fallacia naturalistica: il fatto che la norma sia stata trascurata finora non impone che debba esserlo per tutto il futuro ⁽⁴⁸⁾. Esso si impone anche alla meditazione degli entusiasti fautori dello sviluppo unidirezionale verso il mitico *private enforcement*.

La realtà è per fortuna più complessa, sebbene si debba attendere che i fatti seguano alle parole.

L'iniziativa della Procura generale torinese, per il suo valore esemplare, è idonea a promuovere una riflessione teorica sulla nozione di pubblico interesse *ex art. 70, comma 3, c.p.c.* In una materia in cui pubblico e privato si intersecano, essa deve essere uno snodo fondamentale ⁽⁴⁹⁾. Il silenzio conservato sul punto dalla odierna letteratura di diritto processuale civile è

(47) Cfr. *Foro it.*, 2008, V, c. 216.

(48) Più in generale, contro il determinismo di chi ritiene che quello in cui viviamo è il solo mondo possibile, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2, *Teoria della democrazia*, Bari, Laterza, 2007, p. 611.

(49) Infatti essa è più volte citata da A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57 ss.

assordante. Se la terminologia appare vetusta, si può aggiornarla⁽⁵⁰⁾. In ogni caso, occorre muovere da questa nozione, anche per andare oltre.

Adesso si è risvegliato opportunamente anche il legislatore.

18. *Pubblicità dell'azione collettiva*

Se l'azione è dichiarata ammissibile, “il tribunale fissa termini e modalità della più opportuna pubblicità, ai fini della tempestiva adesione degli appartenenti alla classe. L'esecuzione della pubblicità è condizione di procedibilità della domanda”.

Contestualmente il tribunale: “a) definisce i caratteri dei diritti individuali oggetto del giudizio, specificando i criteri in base ai quali i soggetti che chiedono di aderire sono inclusi nella classe o devono ritenersi esclusi dall'azione; b) fissa un termine perentorio, non superiore a centoventi giorni dalla scadenza di quello per l'esecuzione della pubblicità, entro il quale gli atti di adesione, anche a mezzo dell'attore, sono depositati in cancelleria”⁽⁵¹⁾.

L'esigenza di adottare un sistema di pubblicità dell'atto introduttivo dell'azione collettiva, in grado di rendere edotti della pendenza del giudizio tutti i membri della classe interessata, è stata avvertita fin dai primi studi sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi⁽⁵²⁾.

Lo strumento è molto delicato, specialmente se la domanda collettiva viene poi rigettata. A seconda delle forme di pubblicità adottate, i danni arrecati nel frattempo all'immagine del-

(50) Fondamentali i contributi sul tema della letteratura tedesca: cfr., tra i tanti, P. HÄBERLE, *Öffentliches Interesse als Juristisches Problem*, Bad Homburg, 1970; J. ISENSEE, *Gemeinwohl im Verfassungsstaat*, in *Handbuch des Staatsrechts*, a cura di J. ISENSEE e P. KIRCHHOF, I, Heidelberg, 1995.

(51) Cfr. art. 140-bis, comma 9.

(52) Cfr. A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente: superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario*, in *Dir. e giur.*, 1974, pp. 801 ss. e 811.

l'impresa convenuta possono essere notevoli. Il legislatore ha affidato la soluzione del problema alla valutazione in concreto del giudice, salvo prevedere che "ulteriori forme di pubblicità" siano curate dal Ministero dello sviluppo economico, anche mediante la pubblicazione sul relativo sito Internet.

19. *Determinazione del corso del procedimento*

Sempre con la stessa ordinanza con cui ammette l'azione, "il tribunale determina altresì il corso della procedura assicurando, nel rispetto del contraddittorio, l'equa, efficace e sollecita gestione del processo. Con la stessa o con successiva ordinanza, modificabile o revocabile in ogni tempo, il tribunale prescrive le misure atte a evitare indebite ripetizioni o complicazioni nella presentazione di prove o argomenti; onera le parti della pubblicità ritenuta necessaria a tutela degli aderenti; regola nel modo che ritiene più opportuno l'istruzione probatoria e disciplina ogni altra questione di rito, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio"⁽⁵³⁾.

Il canone di proporzionalità nell'impiego delle risorse giudiziali – cui si è accennato indietro – ha suggerito di configurare la disciplina del processo collettivo all'esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo, e sull'altro piatto l'efficienza di un processo complesso *in re ipsa*, ancorché opportunamente depurato dell'intervento di terzi⁽⁵⁴⁾.

(53) Cfr. art. 140-*bis*, comma 11.

(54) Cfr. art. 140-*bis*, comma 11. La precedente previsione dell'intervento dei singoli nella causa collettiva era superflua e incongrua rispetto ad una delle finalità, quella di economia processuale, perseguita dalla introduzione dell'azione collettiva risarcitoria.

Ne è uscita parzialmente sacrificata la predeterminazione legale dello svolgimento del processo, a vantaggio di una determinazione giudiziale calibrata sulle caratteristiche della concreta controversia.

20. *Contenuti della sentenza*

“Se accoglie la domanda, il tribunale pronuncia sentenza di condanna con cui liquida, ai sensi dell’articolo 1226 del codice civile, le somme definitive dovute a coloro che hanno aderito all’azione o stabilisce il criterio omogeneo di calcolo per la liquidazione di dette somme”⁽⁵⁵⁾.

Come già anticipato, si prevedono due possibili varianti di contenuto dell’accoglimento della domanda: un contenuto di condanna, che costituirà la regola e si applicherà in tutte le ipotesi in cui dall’accertamento della responsabilità del convenuto scaturisca automaticamente la determinazione della somma da restituire, ovvero un contenuto di accertamento limitato alla responsabilità dell’impresa, laddove eccezionalmente vi sia bisogno di un giudizio individualizzato che può essere svolto non nel processo collettivo, bensì in un successivo giudizio limitato al *quantum* ovvero può essere oggetto di trattative interindividuali o collettive.

Il tema della liquidazione del danno risarcibile costituisce uno degli aspetti più delicati dell’azione collettiva risarcitoria e meriterebbe una trattazione *ad hoc*: infatti “benché in svariate occasioni l’illecito possa ledere una pluralità di soggetti in modo identico, causando a tutti un identico danno, nella maggioranza delle ipotesi l’incidenza dell’illecito sul patrimonio delle sue vittime è diversificata. In questi ultimi casi, occorre inevitabilmente scegliere fra due mali: procedere alla liquidazione su base individuale, rinunciando alle economie di scala

(55) Cfr. art. 140-*bis*, comma 12.

ed agli effetti perequativi delle opportunità processuali prodotti dall'azione collettiva, oppure adottare comunque un metodo standardizzato, rinunciando alla precisione nell'attuazione in sede giurisdizionale del diritto sostanziale"⁽⁵⁶⁾.

È evidente che il problema richiede una soluzione legislativa di diritto sostanziale. Il processo civile non può rinunciare (almeno *de iure*) alla precisa attuazione del diritto sostanziale, ma si può conformare e stemperare quest'ultimo, in materia di illeciti plurioffensivi, in modo da renderne possibile un'attuazione fedele pur attraverso meccanismi di liquidazione collettiva del danno (ad esempio, come accade nell'esperienza statunitense con la *fluid recovery*).

21. Esecuzione della sentenza

In coerenza con il carattere (tendenzialmente) di condanna della sentenza che chiude il processo collettivo, il nuovo testo dell'art. 140-*bis* cod. cons. non disciplina (più) una seconda fase diretta alla liquidazione del *quantum*.

Non se ne sentirà la mancanza, se non nelle eccezionali ipotesi in cui il processo collettivo si concluda con una sentenza di mero accertamento della responsabilità dell'impresa.

È previsto uno *spatium deliberandi* in favore dell'impresa. La sentenza diviene esecutiva solo dopo 180 giorni dalla pubblicazione. I pagamenti delle somme dovute effettuati durante tale periodo sono esenti da ogni diritto e incremento, anche per gli accessori di legge maturati dopo la pubblicazione della sentenza⁽⁵⁷⁾. L'obiettivo è evidentemente quello di incentivare l'adempimento spontaneo alla sentenza.

(56) Così A. GIUSSANI, *Azione collettiva risarcitoria e determinazione del quantum*, cit., p. 339.

(57) Così art. 140-*bis*, comma 12.

22. *Preclusione della riproposizione dell'azione collettiva*

Sulla base dell'anteriore testo dell'art. 140-*bis* cod. cons., era discusso il problema se, dopo la sentenza che avesse definito (accogliendo o rigettando la domanda) il processo collettivo, i soggetti, che si affermassero vittime dello stesso illecito, ma non avessero aderito all'azione collettiva, potessero riproporre l'azione collettiva, fondando un comitato *ad hoc* ovvero rivolgendosi ad una associazione dei consumatori diversa da quella che avesse agito nel primo processo.

Il problema è semplicemente di diritto positivo ed il nuovo testo dell'art. 140-*bis* lo ha risolto in senso negativo: è fatta salva l'azione individuale dei soggetti che non aderiscono all'azione collettiva (oppure se quest'ultima non si conclude con una sentenza di merito), ma non sono proponibili ulteriori azioni collettive per i medesimi fatti e nei confronti della stessa impresa dopo la scadenza del termine per l'adesione assegnato dal giudice in sede di dichiarazione di ammissibilità. Le azioni proposte entro questo termine sono riunite d'ufficio se pendenti davanti allo stesso tribunale. Altrimenti il giudice successivamente adito ordina la cancellazione della causa dal ruolo assegnando un termine perentorio non superiore a sessanta giorni per la riassunzione davanti al primo giudice⁽⁵⁸⁾.

23. *Profili processuali minori (rinvio)*

Lo spazio assegnato a questo contributo nel quadro del fascicolo monografico non consente la trattazione dei profili processuali minori, che peraltro non incidono sui tratti fondamentali dell'istituto: competenza, sospensione del giudizio di ammissibilità per istruttoria dinanzi ad un'autorità indipendente o per giudizio davanti al giudice amministrativo, regime di

(58) Così art. 140-*bis*, comma 14.

stabilità dell'ordinanza sull'ammissibilità dell'azione, regime dell'inibitoria in appello, ecc.

24. Conclusioni

Il giudizio sulla disciplina della azione collettiva risarcitoria, così come si presenta sulla base dell'emendamento governativo, è sostanzialmente positivo.

Tuttavia siamo ancora abbastanza lontani rispetto alla *class action* di stampo statunitense (per i motivi che si sono già considerati). Quest'ultima è l'obiettivo da perseguire?

Certamente la comparazione tra ordinamento statunitense e ordinamenti europei attesta che varia considerevolmente il grado in cui il perseguimento di importanti obiettivi di politica pubblica è affidato al sistema della giustizia civile⁽⁵⁹⁾.

Negli Stati Uniti il sistema della giustizia civile è considerato come un importante elemento di regolazione delle condotte sociali ed economiche, nonché ancora frequentemente come unico strumento di compensazione dei pregiudizi economici subiti in conseguenza di incidenti⁽⁶⁰⁾.

Viceversa, negli ordinamenti europei, prevale ancora la concezione che il processo civile rinvenga il suo scopo nella definizione di controversie interindividuali e vi è ancora una certa resistenza all'idea di attivare la leva delle iniziative giudiziarie private per conseguire obiettivi di politica pubblica e di regolazione di condotte ad impatto collettivo.

Peraltro, la comparazione tra i paesi europei non può fermarsi all'analisi degli assetti normativi, ma deve esaminare il diffuso livello di efficienza degli apparati amministrativi e giudiziari, la variegata serietà e robustezza delle articolazioni della società civile, il diverso grado di consapevolezza dei

(59) Così P.L. MURRAY e R. STÜRNER, *German Civil Justice*, Durham, Carolina Academic Press, 2004, p. 572.

(60) Così P.L. MURRAY e R. STÜRNER, *German Civil Justice*, cit., p. 575.

propri diritti da parte dei cittadini dei diversi paesi. Pertanto possono essere molto differenti da un ordinamento all'altro non solo il bisogno, ma anche la possibilità concreta, di ricorrere all'iniziativa giudiziaria privata (piuttosto che all'attività amministrativa o alla tutela penale) per la tutela effettiva e efficiente degli interessi collettivi.

In ogni caso, la funzione di regolazione e di controllo delle condotte sociali ed economiche che incidono non solo sugli interessi superindividuali, ma anche sugli interessi individuali omogenei, altrove ascritta alla *class action*, è indeclinabile nei sistemi sociali contemporanei. Se rinunciassimo a realizzarla attraverso il processo civile, dovremmo potenziare i controlli affidati alle istituzioni pubbliche.

Sennonché i dati salienti che caratterizzano l'esperienza italiana sono i seguenti: la difficoltà della classe politica attuale di governare la società civile, cioè di individuare le priorità del bene comune e di dare direttive rigorose ed effettive per il loro perseguimento; la disastrosa inefficienza della pubblica amministrazione nel curare in concreto la realizzazione degli interessi pubblici; l'asaperata prevalenza del tornaconto personale (il "particolare" di Guicciardini) e il familismo amorale nella società civile⁽⁶¹⁾. In una parola, il dato saliente dell'Italia di oggi è lo sfacelo della sfera pubblica.

In questo contesto, l'Italia sembra quasi il paese ideale per la sperimentazione di uno strumento, intonato all'idea del ristoro degli individui e della fortificazione dell'avvocatura, come la *class action*.

L'iniziativa giudiziaria collettiva privata è chiamata inevitabilmente ad affiancare l'attività pubblica di prevenzione e di controllo, come sorta di potere generato dalla società civile, contrapposto al potere economico dell'impresa, anche se questa prospettiva rischia di scontrarsi con la realtà di inefficienza che caratterizza, oltre che la pubblica amministrazione, l'apparato giudiziario italiano.

(61) C. BANFIELD, *Le basi morali di una società arretrata* (1958), Bologna, 1976.

Conciliazione stragiudiziale e amministrazioni pubbliche

di Michele Giovannini

Sommario

1. *La conciliazione come rimedio generale. Una riforma (soltanto) annunciata.* – **2.** *La conciliazione nelle controversie delle amministrazioni pubbliche.* – **3.** *L'amministrazione che concilia e i tre problemi: disponibilità del diritto, consenso dell'amministrazione, responsabilità amministrativa.*

1. La conciliazione come rimedio generale. Una riforma (soltanto) annunciata

Uno degli aspetti che maggiormente caratterizza la storia e le difficoltà che l'istituto della conciliazione stragiudiziale ha incontrato negli anni, è senz'altro rappresentato dall'alternativo interesse che esso ha suscitato a livello legislativo⁽¹⁾.

(1) Sulla conciliazione la letteratura è molto ampia. Tra gli studi maggiormente significativi si segnala F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, voce in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 397; A.R. BRIGUGLIO, *Conciliazione giudiziale*, voce in *Dig. Disc. Priv., sez. civile*, Torino, Utet, 1988, p. 203; A. ROSSI, *Conciliazione, I) Diritto processuale civile*, voce in *Enc. giur. Treccani*, Roma; F. SANTAGADA, *Conciliazione giudiziale ed extragiudiziale*, voce in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, Utet, 2000, p. 180; A. UZQUEDA e P. FREDIANI, *La conciliazione. Guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, Giuffrè, 2002; F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 1201; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione stragiudiziale: struttura e funzioni*, in G. ALPA e R. DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 217; S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, p. 453. Con riferimento alla conciliazione negli ordinamenti anglo-americani, si segnala L.L. FULLER, *Mediation. It's Forms and Functions*, in *Southern California Law Review*, 1971, p. 305; P.H. GULLIVER, *On mediators*, in I. HAMMETT (a cura di),

Se da un lato, infatti, non si può negare che il legislatore si sia in più occasioni occupato di conciliazione nel tentativo di dettarne una disciplina unitaria, dall'altro, va constatato il sistematico fallimento di ognuno di questi tentativi, rimasti ostaggio di molteplici veti e pratiche ostruzionistiche, con il risultato che, ad oggi, ancora non esiste una disciplina generale della conciliazione stragiudiziale.

Tra i diversi disegni di legge presentati a partire dall'inizio del nuovo secolo, si segnalano in particolare il d.d.l. 2463/C recante "norme per la promozione della conciliazione stragiudiziale professionale" e il d.d.l. 5492/C recante "disposizioni per la promozione della conciliazione stragiudiziale"⁽²⁾. Come generalmente riconosciuto, entrambi questi disegni di legge hanno influenzato la riforma della conciliazione in materia societaria adottata con il d.lgs. 5/2003.

Da ultimo, l'art. 61 del d.d.l. 1441-*bis*-B, nella versione modificata dal Senato il 4 marzo 2009, riprende alcuni principi precedentemente fissati, cercando al tempo stesso di specificarne ulteriormente il contenuto.

Non è dato di sapere se e in che misura quest'ultimo tentativo del legislatore sarà coronato da successo. Tuttavia, ai presenti fini, può essere utile un brevissimo accenno ad alcuni profili significativi della disciplina dettata, dai quali è possibile desumere, a legislazione invariata, uno statuto generale della conciliazione stragiudiziale.

Quanto all'ambito di applicazione, va innanzitutto rilevato che, ai sensi del comma 2, la riforma "realizza il necessario

Social Anthropology and Law, London-New York-San Francisco, Academic Press, 1977, p. 15, oltre che J.S. MURRAY e E.F. SHERMAN, *Processes of Dispute Resolution. The role of lawyers*, New York, The Foundation Press Inc., 1996; L. BOULLE e M. NESIC, *Mediation. Principles, Process, Practice*, London-Dublin-Edimburgh, Butterworths, 2001; H. GENN, *Mediation in Action*, London, Calouste Gulbenkian Foundation, 1999.

(2) Presentati alla Camera, rispettivamente, il 5 marzo 2002 e il 15 dicembre 2004.

coordinamento con le altre previsioni vigenti”. Si è dunque di fronte ad un intervento di tipo trasversale destinato ad influenzare la successiva produzione normativa di carattere settoriale e a produrre effetti sulle fattispecie conciliative già previste dall’ordinamento. Come si vedrà in seguito, se questa precisazione può essere scontata con riferimento alle controversie in ambito civile e commerciale, non si può dire altrettanto con riferimento alle controversie appartenenti ad ambiti diversi, come quello amministrativo.

Invece, quanto ai principi, il legislatore richiama espressamente la necessità che la controversia verta su diritti disponibili e che non precluda l’accesso alla giustizia, prevede la professionalità, l’indipendenza e la stabilità degli organismi che erogano servizi di conciliazione, l’istituzione di un registro presso il Ministero della giustizia e il dovere di informativa in capo all’avvocato. Importanti sono anche gli incentivi previsti, di carattere fiscale oppure relativi alla possibilità riconosciuta al giudice di valutare, ai fini della condanna al pagamento delle spese processuali, il comportamento complessivo che ciascuna delle parti ha assunto nella fase conciliativa, eventualmente valutando a quale di esse vada imputato il fallimento della procedura conciliativa⁽³⁾. Infine, in linea con quanto già stabilito in precedenza, si segnala anche la durata massima del procedimento di conciliazione (4 mesi) e l’efficacia esecutiva del verbale con tutto ciò che ne consegue in materia di espropriazione forzata, esecuzione in forma specifica e iscrizione di ipoteca giudiziale.

(3) Sul punto, il Cons. St., sez. V, 17 maggio 2007, n. 2480, in www.giustamm.it, afferma che “...il potere di compensazione delle spese processuali può ritenersi legittimamente esercitato da parte del giudice, in quanto risulti affermata e giustificata... la sussistenza dei presupposti cui esso è subordinato, sicché il suo esercizio, per non risolversi in mero arbitrio, deve essere necessariamente motivato...”.

2. *La conciliazione nelle controversie delle amministrazioni pubbliche*

Come si è sopra accennato, uno degli aspetti che maggiormente caratterizzano l'attività di progettazione del legislatore, riguarda l'ambito di applicazione della disciplina, di norma limitato alle sole controversie civili e commerciali.

Si tratta in realtà di un approccio che non è ispirato da esigenze di tipo sistematico, né ancorato a limiti di diritto positivo, né tanto meno obbligato da necessità di carattere dogmatico. Si è in presenza, né più né meno, di una prolungata e clamorosa "disattenzione" da parte del legislatore, forse influenzato dalla necessità di riproporre, in termini di diritto positivo, lo schema offerto dalla prassi, da cui senz'altro emerge una diffusione delle pratiche conciliative quanto meno sproporzionata tra i due diversi ambiti, quello civile/commerciale e quello amministrativo.

Viceversa, l'introduzione di un principio generale in base al quale la conciliazione può essere legittimamente utilizzata non solo dai privati ma anche dalle pubbliche amministrazioni avrebbe senz'altro l'effetto di incoraggiarne l'utilizzo e favorirne la diffusione. Molto interessante in proposito risultava la versione più recente dell'art. 1, comma 2, del d.d.l. 5492/C, che estendeva l'applicazione della legge di promozione della conciliazione stragiudiziale alle controversie in cui una delle parti era una pubblica amministrazione⁽⁴⁾.

Il legislatore più recente non pare orientato in tal senso ma, ciononostante, il quadro offerto dal diritto positivo non appare così limitativo. Infatti, nessuno ha mai negato il diritto delle

(4) Tale articolo stabiliva "... Salvo diverse previsioni contenute in leggi speciali, la presente legge si applica anche alle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, se favorita da un conciliatore che svolge la propria attività all'interno di uno degli organismi di conciliazione previsti dalla presente legge, non dà luogo a responsabilità amministrativa".

amministrazioni, come ogni altro soggetto dell'ordinamento, di affiancare agli strumenti tipici del diritto pubblico l'utilizzo degli strumenti del diritto privato ed in particolare del contratto. Al contrario, oggi, l'orientamento che si esprimeva con scetticismo a proposito dell'estensione dei moduli negoziali all'agire pubblicistico, è stato definitivamente superato ed è convincimento diffuso che, in alcune ipotesi, il contratto possa addirittura consentire di soddisfare l'interesse pubblico posto dalla norma con maggior efficacia rispetto agli atti a carattere autoritativo. Ammesso che tale ricostruzione sia corretta, è comunque innegabile che oggi sia diventato impossibile tracciare una chiara linea di distinzione tra gli ambiti pubblicistico e privatistico, tali e tante sono le sovrapposizioni e le contaminazioni nell'utilizzo dei relativi strumenti⁽⁵⁾.

Basti pensare all'art. 6, comma 2, della legge 205/2000 in materia di arbitrato ma, soprattutto, al pacifico riconoscimento della possibilità per le amministrazioni di utilizzare la transazione di cui all'art. 1965 c.c., sia nell'ambito di rapporti di diritto privato, sia in quello dei rapporti di diritto pubblico e, conseguentemente, la conciliazione stragiudiziale. Il problema della conciliazione, semmai, consiste proprio nel fatto che essa è stata fino ad oggi introdotta soltanto a livello di settore, senza mai acquisire la dignità di una opzione generale a disposizione degli amministratori pubblici.

3. *L'amministrazione che concilia e i tre problemi: disponibilità del diritto, consenso dell'amministrazione, responsabilità amministrativa*

A questo punto è necessario analizzare i tre problemi principali che le amministrazioni si trovano a dover fronteggiare

(5) Sul punto v. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 23-24 e M. DUGATO, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996.

nel rapportarsi all'istituto della conciliazione. Si tenga presente fin da ora che la sostanza del discorso, nonostante la causa dei due istituti sia significativamente diversa, non cambia se si fa riferimento alla transazione, ragion per cui il discorso può essere condotto in modo unitario.

Il primo problema riguarda la disponibilità dei diritti. Non tanto dei diritti implicati da controversie sorte nell'ambito dei rapporti di diritto privato; in questo caso, come del resto insegna la dottrina tradizionale guadagnando il consenso degli autori più recenti⁽⁶⁾, l'interesse pubblico resta sullo sfondo e l'atto di disposizione del diritto non appare idoneo ad arrecare a tale interesse alcun pregiudizio diretto.

Le principali difficoltà nascono invece dalla necessità di evitare che, nei rapporti di diritto pubblico, cioè nei rapporti caratterizzati dall'esercizio di una funzione amministrativa in ordine ad un interesse pubblico da soddisfare, l'atto di transazione o l'accordo conciliativo realizzino in concreto una disposizione dell'interesse pubblico al cui soddisfacimento è preposto il diritto oggetto di negoziazione. In altre parole, temendo che la conciliazione venga stipulata in pregiudizio dell'interesse pubblico alla cui soddisfazione è preposta la situazione giuridica soggettiva oggetto della controversia, si afferma la generale indisponibilità dell'interesse legittimo, cioè di quella particolare situazione giuridica che acquista rilevanza proprio in ragione della sua dimensione relazionale con il potere e l'interesse pubblico.

Esemplificativo quanto accaduto in tema di arbitrato. La legge 205/2000, limitando il ricorso all'arbitrato alle sole controversie "concernenti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo" mostra di condividere questo timore e legittima una lettura dei rapporti giuridici pre-

(6) Da un lato, E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. publ.*, 1936 (I), p. 65 ss., e dall'altro, G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, p. 229.

valentemente incentrata sulla distinzione in merito alla natura della situazione giuridica soggettiva, anziché sulla verifica della sua reale consistenza. Anche la giurisprudenza amministrativa, del resto, afferma che questa legge ha di fatto conferito veste normativa al principio della non arbitrabilità delle controversie concernenti interessi legittimi, in quanto indisponibili.

I timori rappresentati dall'orientamento interpretativo appena richiamato non possono essere condivisi. Come oggi riconosciuto dalla dottrina più recente⁽⁷⁾, l'indisponibilità non può essere automaticamente riferita all'interesse legittimo, bensì al modo in cui concretamente si manifesta il rapporto tra amministrazione e cittadino.

Ciò significa che in alcune ipotesi è ben possibile disporre dell'interesse legittimo, a condizione che non ne risulti pregiudicato l'interesse pubblico. Questa conclusione non è il risultato di un'attività esegetica particolarmente sofisticata; questa conclusione è l'unica possibile in ragione di quanto oggi stabilito dall'art. 11 della legge 241/1990 la quale, pur non affermando esplicitamente la negoziabilità del potere discrezionale, né ovviamente dell'interesse pubblico alla cui soddisfazione tale potere è indirizzato, ha introdotto una diversa concezione non solo del rapporto tra potere e cittadino, ma soprattutto del rilievo assunto dall'interesse privato nell'ambito di questo rapporto, pur sempre finalizzato alla soddisfazione dell'interesse pubblico generale.

In altri termini, come già intuito alcuni anni or sono da Massimo Severo Giannini⁽⁸⁾, nel "nuovo modo di amministrare" dell'amministrazione contemporanea il potere pubblico è orientato verso la ricerca del consenso dei destinatari e dunque verso l'adozione di modelli che sono riconducibili ai principi

(7) Per esempio, F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, p. 249.

(8) M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 1986.

dell'autonomia e del sinallagma contrattuale. È dunque in quest'ottica che la dottrina oggi ammette pacificamente il principio in base al quale, in alcune ipotesi, lo strumento negoziale consente all'amministrazione di soddisfare con maggior efficacia l'interesse pubblico che la legge le attribuisce⁽⁹⁾.

Il secondo problema riguarda la prestazione del consenso da parte dell'amministrazione ad instaurare la procedura conciliativa. Come è stato ricordato in altra sede⁽¹⁰⁾, la conciliazione ha un senso in tanto in quanto sia fondata sulla volontà di entrambe le parti al raggiungimento dell'accordo finale destinato a dirimere la lite. Non sempre, tuttavia, l'amministrazione è genuinamente interessata alla definizione anticipata della lite, sulla quale, al contrario, può essere indotta a speculare in ragione della asimmetria dei rapporti di forza all'interno della controversia.

Se questo corrisponde al vero, si tratta di individuare uno strumento in base al quale sia possibile incentivare il ricorso delle amministrazioni all'utilizzo della conciliazione, svincolando la decisione in merito all'instaurazione della procedura dalla singola vicenda conflittuale e restituendo all'amministrazione il ruolo di garante dei diritti del cittadino che troppo spesso è stato relegato in secondo piano e subordinato a mere valutazioni di strategia processuale o di mera convenienza economica.

L'adesione alla procedura di conciliazione, infatti, sembra sotto questo profilo meglio corrispondere al ruolo istituzionale che l'amministrazione svolge in quanto ente promotore dei diritti del cittadino. Questi diritti eccedono la singola vicenda processuale, la quale va considerata anche alla luce della specificità di una delle parti del conflitto. In questi termini, la

(9) F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto privato dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 689. Più cauto E. BRUTI LIBERATI, *Accordi pubblici*, voce in *Enc. giur.*, aggiorn., Milano, Giuffrè, 2001.

(10) Sia consentito il rinvio a M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, BUP, 2007.

conciliazione assume un significato particolare e si presta ad essere utilizzata come strumento, da un lato, di (ri)inclusione del cittadino nel processo di attuazione delle politiche pubbliche e, dall'altro, di (ri)legittimazione delle amministrazioni all'esercizio del potere politico-amministrativo.

In definitiva, le amministrazioni coinvolte in un conflitto non possono restare indifferenti alle implicazioni che tale conflitto solleva nei confronti delle collettività di riferimento. Ecco dunque che, nel momento in cui un'amministrazione acconsente allo svolgimento della procedura di conciliazione, non fa altro che riappropriarsi di una funzione che già le appartiene, quella di garante dei diritti della collettività, seppur attraverso l'angolo prospettico del singolo episodio conflittuale.

Da ciò emerge che il consenso in merito alla instaurazione della procedura di conciliazione non può essere lasciato alla mera estemporaneità della singola vicenda di conflitto. Al contrario, in ragione delle molteplici implicazioni di carattere giuridico e politico che tale vicenda solleva, è opportuno fare leva sulla capacità dell'amministrazione di operare una riduzione delle proprie facoltà giuridiche; per esempio, una temporanea rinuncia all'esercizio del diritto d'azione, affiancata dall'impegno preventivo alla instaurazione della procedura conciliativa per la risoluzione di una serie indeterminata di controversie, eventualmente individuate a livello settoriale.

Questa soluzione avrebbe il vantaggio di colmare la lacuna – l'assenza di una disciplina generale di riferimento in materia di conciliazione, soprattutto da parte delle amministrazioni – che esiste nell'ordinamento e che funge da fattore disincentivante la composizione negoziata delle liti⁽¹¹⁾.

(11) Cruciale, a questo proposito, diviene l'individuazione della sede cui devolvere la soluzione della controversia, problema affrontato in altra parte dello studio. Ci si limita soltanto a segnalare il fatto che, affinché il meccanismo funzioni, è assolutamente necessario che l'organismo incaricato di gestire la procedura sia riconosciuto, anche a livello territoriale, per la sua indipendenza e professionalità.

Di grande interesse, a questo proposito, risulta la via seguita dalla Regione Emilia-Romagna che in più occasioni ha ritenuto di ufficializzare il proprio interesse istituzionale per il tema della conciliazione stragiudiziale; per esempio, l'inserimento del tema da parte della Giunta nell'accordo quadro per la competitività del territorio, sottoscritto nel 2006 tra Regione e UnionCamere, ha consentito alla Regione di avviare una serie di attività destinate a diffondere la cultura della conciliazione, evidenziandone i principali benefici per i cittadini e le imprese operanti a livello regionale/locale. Ciò mostra una sensibilità, invero non così frequente a livello regionale, per la conciliazione ma soprattutto per le implicazioni giuridiche e politiche che tale istituto solleva.

Entro questo quadro va pertanto collocata la scelta operata dalla Regione di sperimentare l'inserimento delle clausole di conciliazione stragiudiziale all'interno dei contratti che la amministrazione stipula con le imprese fornitrici aventi ad oggetto beni e servizi. Si tratterebbe, in effetti, di un passo significativo nella direzione sopra indicata, che prescinde dalla prolungata inerzia del legislatore nazionale e, valorizzando l'autonomia e la responsabilità dell'amministrazione, potrebbe avere un effetto "trainante" per altre amministrazioni e segnare un punto di svolta nella problematica in esame.

L'ultimo problema riguarda la responsabilizzazione del soggetto che attiva la procedura e che, eventualmente, provvede alla stipulazione dell'accordo di conciliazione per conto dell'amministrazione. Come noto, infatti, sotto questo profilo, l'ordinamento non solo non contiene norme incentivanti ma consente alcune interpretazioni giurisprudenziali che provocano distorsioni e concretizzano ulteriori disincentivi all'uso della conciliazione.

Il problema nasce dal fatto che l'accordo finale non passa necessariamente attraverso l'accertamento, tra le parti del conflitto, della legittimità giuridica delle rispettive pretese. Da ciò deriva il rischio che la Corte dei conti, non concordando sulla scelta di conciliare la controversia, attivi un procedimento nei

confronti del soggetto che ha stipulato l'accordo per accertare se la chiusura anticipata della lite abbia eventualmente provocato un danno all'erario.

Considerate infatti le caratteristiche strutturali della procedura e la natura negoziale dell'accordo, la Corte ha margini per eccepire che, se la questione fosse stata decisa al termine di un regolare processo, l'amministrazione non avrebbe dovuto corrispondere la somma effettivamente corrisposta in sede di conciliazione, così arrecando un danno all'erario⁽¹²⁾. Questo rischio, peraltro, è direttamente proporzionale alla complessità giuridica della vicenda, la cui incertezza può indurre il giudice a sovrapporre il proprio convincimento (e dunque l'accertamento della responsabilità) alla scelta operata dal dipendente⁽¹³⁾.

È evidente che anche questo aspetto agisce da fattore disincentivante perché nessun dipendente vorrà rischiare di essere condannato a risarcire un danno provocato all'erario dall'avvenuta conciliazione, dal momento che, lasciando correre l'azione giurisdizionale, non rischia nulla. E infatti, come anche risulta da una recente indagine dottrinale, l'abuso del processo e la lite temeraria sono istituti non ancora pienamente affermati nell'ordinamento⁽¹⁴⁾.

(12) Sul punto v. Corte conti, sez. II centrale, 10 gennaio 2005, n. 3, in www.giustamm.it, che ha condannato il responsabile dell'ufficio legale per la stipula di un contratto transattivo senza che fossero state adeguatamente accertate le poste dedotte in transazione.

(13) Secondo la giurisprudenza, la Corte dei conti non può travalicare le competenze decisorie dell'amministrazione e deve limitarsi ad apprezzare – in astratto ed *ex ante* cioè al momento della scelta e non sulla base della congruità e ragionevolezza dei risultati accertati *ex post* – la compatibilità della scelta discrezionale con i fini istituzionali dell'ente territoriale. Quest'orientamento è stato di recente riaffermato da Corte conti, sez. giur. Lombardia, 30 giugno 2005, n. 467, in www.giustamm.it ed è pacifico anche in tema di transazione. Per esempio, Corte conti, sez. giur. Molise, 27 marzo 2000, n. 25, in *Riv. Corte conti*, 2000, p. 144 (s.m.), nonché Corte conti, sez. app., 20 aprile 1999, n. 80, in *Foro amm.*, 2000, p. 664.

(14) C.E. GALLO, *L'abuso del processo nel giudizio amministrativo*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008, p. 1005. Per un'analisi della giurisprudenza contabile in materia di danno erariale da lite temeraria promossa dai dipendenti del Ministero delle finanze si veda V. TENORE, *Liti temerarie dell'amministrazione finanziaria*,

Va aggiunto inoltre che, sotto questo profilo, il vuoto normativo più difficilmente può essere colmato dalle capacità di innovazione della singola amministrazione. Qui servirebbe semmai un intervento del legislatore che, come per esempio è avvenuto in materia di pubblico impiego, introduca espressamente l'esenzione del dipendente pubblico da qualunque forma di responsabilità amministrativa derivante dalla scelta conciliativa effettuata⁽¹⁵⁾.

D'altro canto, non va sottovalutato il fatto che l'introduzione di una clausola generale di esclusione della responsabilità potrebbe assecondare un uso spregiudicato dello strumento conciliativo, ciò che andrebbe a discapito del principio costituzionale del buon andamento dell'attività amministrativa, seriamente minacciato dalla abrogazione in fatto del controllo contabile.

La questione non pare comunque risolvibile sulla base del mero dato positivo. Ancora una volta il legislatore è chiamato alla individuazione di un delicatissimo equilibrio tra le ragioni a tutela dei diritti del singolo e quelle a tutela dell'autonomia e responsabilità delle scelte amministrative. Fin da subito, sarebbe comunque opportuno che la ricerca di tale equilibrio fosse sottratta alle contingenze momentanee (ed agli attori) della singola vicenda processuale.

Ciò, all'interno di un quadro complessivo che sappia incentivare l'utilizzo della conciliazione per arrivare, nel medio termine e sull'esempio seguito da altri ordinamenti tanto di *civil law* quanto di *common law*, ad invertire il rapporto regola/ eccezione nel numero delle controversie conciliate e di quelle affidate alla decisione dell'autorità giurisdizionale.

danno erariale e responsabilità dei funzionari dell'amministrazione, in *Rassegna Tributaria*, 1998, p. 1048. Sul punto, Corte dei conti, sez. giur. Calabria, 21 febbraio 2006, n. 249, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

(15) Si veda l'art. 66, comma 8, d.lgs. 165/2001.

La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali

di Giacinto della Cananea

Sommario

1. *L'ordinamento della comunicazione: una mutazione.* – **2.** *La risoluzione delle controversie: i tratti salienti.* – **2.1.** *L'Unione europea e l'arricchimento dell'offerta di giustizia.* – **2.2.** *Una "regulation by litigation".* – **2.3.** *Un'attività di crescente importanza.* – **3.** *La delega ai Comitati regionali: richiami essenziali.* – **4.** *Una visione d'insieme: raffronto con gli altri modelli nazionali.* – **5.** *Le opportunità.* – **5.1.** *Porre rimedio al sovraccarico di compiti.* – **5.2.** *La possibilità della sperimentazione.* – **6.** *I rischi.* – **6.1.** *Una delega piena?* – **6.2.** *L'adeguatezza degli uffici regionali.* – **6.3.** *Una disciplina procedurale differenziata?* – **7.** *Implicazioni per la tutela giurisdizionale dei diritti.* – **8.** *Conclusioni.*

1. L'ordinamento della comunicazione: una mutazione

Nello scorcio del nuovo secolo, la disciplina giuridica delle reti e dei servizi di telecomunicazione e televisivi ha subito nuovi e solo in parte previsti mutamenti.

Nei principi giuridici, nella scelta di campo a favore della liberalizzazione⁽¹⁾, nell'adesione alla convergenza multime-

Relazione all'incontro di studio sui Comitati regionali di controllo per le comunicazioni organizzato dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, Roma, 19 marzo 2009. Ringrazio Georg Hermes, Eva Nieto Garrido e Luis Ortega Alvarez per le informazioni fornite e Gianluca Gardini per i commenti a una prima stesura di questo scritto. Resto l'unico responsabile per eventuali errori od omissioni.

(1) M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, p. 195; R. PEREZ, *Comunicazioni elettroniche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007, II, p. 793.

diale⁽²⁾, il sistema italiano è, nella morfologia, simile a quelli prevalenti sulla scena internazionale. Persistono, peraltro, ritardi: nella realizzazione di nuove reti, nel conseguimento di maggiori gradi di effettiva concorrenza, nella *performance*.

Prima che entrassero in vigore le direttive comunitarie della seconda generazione, un mutamento è intervenuto nell'assetto istituzionale della Repubblica. Attraverso una revisione costituzionale controversa nel metodo⁽³⁾ e incerta in alcuni esiti, diverse materie sono state sottratte alla legislazione esclusiva dello Stato; sono state sottoposte alla legislazione concorrente, dello Stato e delle regioni. Nel novero di quelle materie, vi è l'ordinamento della comunicazione.

Questa scelta di campo chiama in causa la capacità delle varie istituzioni di rendere complementare ed efficiente la propria azione. La questione si è posta da tempo per alcune attività di sorveglianza sugli operatori. Si pone, adesso, per l'attività volta a dirimere le controversie tra gli operatori e gli utenti (non anche per l'altro ambito, riguardante le dispute tra gli operatori).

2. *La risoluzione delle controversie: i tratti salienti*

2.1. *L'Unione europea e l'arricchimento dell'offerta di giustizia*

Poche proposizioni possono riassumere i tratti salienti dell'attività ordinata alla risoluzione delle liti. Essa è resa doverosa dalle norme comunitarie, che presentano contenuti fortemente

(2) G. DELLA CANANEA, *Le comunicazioni elettroniche: convergenza dei mercati, divergenza delle regole*, in *La tripla convergenza*, a cura di A. CASTALDO, S. DA EMPOLI e A. NICITA, Roma, Carocci, 2008, pp. 165-178 (per una prospettiva critica quanto all'effettività).

(3) A. PACE, *L'ordinamento della comunicazione*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 841 (per via dell'esiguo tempo a disposizione di un ramo del Parlamento e dell'esile maggioranza nell'altro).

innovativi. Si configura come una *regulation by litigation* pubblica, in aggiunta a quella privata. Ha una crescente importanza.

Dopo una lunga fase d'intensa produzione normativa, nel corso dell'ultimo decennio del XX secolo, l'esigenza di organicità della disciplina e soprattutto quella di far emergere con chiarezza le finalità dell'ordinamento delle comunicazioni sono sfociate nella seconda generazione di direttive (2002). Queste hanno confermato, precisato, sviluppato la scelta politica fondamentale a favore della libera concorrenza. Hanno – cioè – disgiunto l'economia dallo Stato. Ne è conseguita, da noi, la traslazione della fornitura delle reti e dei servizi di comunicazioni elettroniche dall'area della riserva originaria a quella dei controlli (art. 41 Cost.)⁽⁴⁾.

Le norme comunitarie hanno altresì ribadito la scelta di arricchire l'offerta di giustizia. Esse disgiungono la funzione di risoluzione delle controversie dalla giurisdizione⁽⁵⁾. Impongono agli Stati membri di rendere esperibili rimedi d'altro tipo, come la conciliazione e un arbitrato *sui generis* (non alternativo alla giurisdizione). L'importanza di questi rimedi si manifesta appieno nell'ordinamento italiano, per via delle condizioni “ambientali” che incidono sulla tempestività della giustizia, soprattutto quella civile⁽⁶⁾. Il contributo di quegli istituti non è, tuttavia, trascurabile nei sistemi meglio attrezzati, come quello

(4) Art. 3, comma 2, codice delle comunicazioni elettroniche, approvato con d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259.

(5) Il considerando n. 32 anteposto alla direttiva 2002/21 afferma che “nell'eventualità che sorgano controversie fra imprese..., la parte... dovrebbe avere il diritto di rivolgersi a un'autorità di regolamentazione nazionale per risolvere la controversia”; il considerando n. 47 anteposto alla direttiva 2002/22 stabilisce che “devono essere definite procedure efficaci di risoluzione delle controversie” tra imprese e utenti.

(6) Per alcuni dati riferiti a quel periodo, C. GUARNIERI, *La giustizia in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2001, p. 101. Sui nuovi istituti relativi ai servizi pubblici, *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, a cura di A. CORPACI, Bologna, Il Mulino, 2003. Per un inquadramento generale, M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, p. 1.

tedesco. Il processo civile può non rivelarsi, spesso non è lo strumento più adatto per tutelare, insieme agli interessi individuali, interessi superindividuali, quali sono quelli alla tutela della concorrenza e la protezione dei consumatori.

2.2. Una “*regulation by litigation*”

Quanto appena osservato fa emergere l'altro tratto saliente dell'attività volta alla risoluzione delle controversie. Sebbene la liberalizzazione sia più avanzata in questo settore rispetto agli altri, l'autonomia imprenditoriale – pur protetta dalla Costituzione – non è pienamente libera di esplicarsi. È sottoposta a controlli, più esattamente a un regime di “concorrenza guidata e controllata dai pubblici poteri” (7).

Quel “controllo” si realizza anche mediante le nuove procedure di conciliazione e arbitrato. La mera previsione di questi rimedi costituisce deterrente, presso gli operatori, contro pratiche scorrette e distorsioni informative. Essi configurano una *regulation by litigation* (8). Concorrono, con la posizione di regole e la loro attuazione mediante provvedimenti, a determinare gli assetti tra gli interessi rilevanti per il diritto. Non vanno confusi con la *litigation* che i privati possono attivare dinanzi ai giudici: è un “diverso paradigma di giustizia” (9). Non a caso, le norme di specie richiamano i principi generali cui l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni deve attenersi e gli obiettivi della regolazione. Non a caso, l'ordinamento nazio-

(7) S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 115.

(8) Per questa espressione, A.P. MORRIS, B. YANDLE e A. DORCHAK, *Regulating by Litigation: The EPA'S regulation of Heavy-duty Diesel Engines*, in *Administrative Law Review* (56), 2004, p. 404.

(9) C.H. CROWNIE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review* (76), 2001, p. 1768. Per una comparazione, S. BOYRON, *The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany*, in *Public Law*, 2006, p. 320.

nale compie un'ulteriore scelta, in sé opinabile. Essa consiste nel sottoporre le decisioni prese dall'Autorità al sindacato del giudice amministrativo.

Il ruolo dell'Autorità perciò non è, non deve essere, quello d'un giudice⁽¹⁰⁾. Essere neutrali – come l'ordinamento richiede – davanti agli interessi particolari nel suo caso non equivale a essere in posizione d'indifferenza per il diverso grado in cui ciascuno di questi interessi condiziona la realizzazione degli obiettivi fondamentali della regolazione. Anche nel dirimere le liti, l'Autorità non può prescindere.

2.3. *Un'attività di crescente importanza*

L'attività di risoluzione delle controversie ha, nell'assetto istituzionale italiano, particolare rilievo per il diritto. Lo ha perché il legislatore si è avvalso dei margini di discrezionalità lasciati dalle direttive. Queste non stabiliscono se l'attività contenziosa consti della sola mediazione o conciliazione oppure di istituti mediante i quali il regolatore prende decisioni, come si è scelto, rispettivamente, in Germania e in Italia. Non stabiliscono neanche se i poteri pubblici nazionali debbano disimpegnare l'attività volta alla risoluzione delle controversie o se possano limitarsi a definire una cornice acconcia, come si è deciso di fare – rispettivamente – in Italia e nel Regno Unito⁽¹¹⁾. In ciò, l'ordinamento italiano si è spinto più lontano rispetto al tradizionale modo d'intendere la separazione delle funzioni, che si fa risalire a Montesquieu⁽¹²⁾.

(10) La questione è discussa, per la Francia, da B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p. 538 ss.

(11) Per un confronto tra la disciplina italiana e quella inglese, rinvio a G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Diritto pubblico*, 2005 pp. 601-618. Sulla disciplina tedesca, B. HOLZNAGEL, C. ÉNAUX e C. NIENHAUS, *Grunzge des Telekommunikationsrechts*, Munchen, Beck, 2001.

(12) “*Il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrete le pouvoir*”, Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), Paris, Flammarion, 1979, p. 292.

Oltre che per questa ragione di fondo, l'attività di risoluzione delle controversie ha acquistato importanza sotto un duplice profilo, quantitativo e qualitativo. Per il primo aspetto, nel 2007-2008 sono state ben 800 le istanze di deferimento delle controversie. Quelle prodotte nei primi quattro mesi del 2008 hanno eguagliato le istanze degli ultimi due quadrimestri dell'anno precedente. Sono stati raggiunti accordi in un terzo dei casi (264). Sono stati emanati più di un centinaio di provvedimenti (112)⁽¹³⁾.

Sotto il profilo qualitativo, il novero delle materie e delle questioni esaminate è sempre più ampio. Rilievo crescente hanno assunto nel tempo le tematiche relative non soltanto alla telefonia vocale di base, ma anche quelle relative ai servizi a banda larga. Spiccano, inoltre, le dispute concernenti servizi non richiesti, con fatturazione indebita. La circostanza che ciò abbia richiesto l'intervento dell'Autorità mediante apposite regole (delibera 418/2007) costituisce un'ulteriore riprova – se ve ne fosse bisogno – dei nessi esistenti tra la produzione di regole e la risoluzione delle dispute.

3. *La delega ai Comitati regionali: richiami essenziali*

È all'interno del quadro generale di riferimento or ora delineato che è stata attivata la procedura per delegare questa attività, unitamente ad altre. Della delega vanno evidenziati almeno tre aspetti: *a)* la base giuridica; *b)* i requisiti; *c)* i controlli sull'esercizio⁽¹⁴⁾.

(13) Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, *Relazione annuale sull'attività svolta e sul programma di lavoro*, Roma, 2008, p. 246 (ove è segnalato un "incremento esponenziale" delle dispute).

(14) Per un'analisi ad ampio raggio, F. DONATI, *Tra federalismo e decentramento: i Corecom nell'ordinamento delle comunicazioni*, relazione al medesimo convegno in cui questo scritto è stato presentato.

La base giuridica è costituita dalla legge. Già la legge 249/1997 riconosceva le esigenze del decentramento. Nel nuovo assetto istituzionale, quelle esigenze sono valorizzate sia dal codice delle comunicazioni (art. 84), sia dalla prassi applicativa. Tra l'Autorità e gli organi esponenziali delle regioni è intercorso un accordo quadro. È seguita la stipulazione di apposite convenzioni, di durata triennale. Con esse, è stata realizzata una sperimentazione, ad ampio raggio⁽¹⁵⁾. Nuove deleghe funzionali sono state attribuite, anche in rapporto alla definizione delle controversie.

Il conferimento delle deleghe ai vari comitati regionali è, peraltro, un atto condizionato. È subordinato al concretizzarsi di precisi presupposti. Ha particolare rilievo l'indipendenza degli uffici regionali preposti allo svolgimento dell'attività delegata. Essa richiede una scansione tra il comitato e gli organi di direzione politica. "Scansione" non equivale a separatezza, tanto meno in ambito regionale, dove più recente e meno consolidata è la distinzione tra indirizzo e gestione. Tuttavia, essa non può scemare, dando luogo all'appannarsi, sino all'indistinto, dei diversi ruoli spettanti a chi fa parte del circuito dell'indirizzo politico di maggioranza e a chi è, deve essere, sottratto a istanze politiche. Un altro presupposto è costituito dalla separazione tra le competenze istruttorie e quelle decisorie.

L'Autorità conserva comunque una duplice potestà: di controllo e di sostituzione. Essa effettua controlli in funzione di osservanza. In caso d'inosservanza dei requisiti, ha il compito di adottare le misure necessarie a porvi rimedio. Quelle misure includono l'esercizio di poteri sostitutivi in caso di accertata inerzia o ritardi. Il tempo dirà se le verifiche poste in essere saranno rigorose, se la misura prevista non sia troppo incisiva politicamente, per costituire un'opzione realistica, effettiva.

(15) G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2009, p. 318.

4. *Una visione d'insieme: raffronto con gli altri modelli nazionali*

La congruità della scelta effettuata può essere meglio valutata mediante un raffronto con quanto si è fatto altrove.

Non è forse superfluo chiarire in premessa l'obiettivo di questo raffronto. Compito degli studiosi è di analizzare, con scrupolosa attenzione e con impassibilità, i movimenti della realtà, registrandone la direzione e segnalando gli scostamenti rispetto ai propositi iniziali e all'*id quod plerumque accidit*. Ciò può dar luogo a osservazioni critiche, le quali non vanno considerate come incursioni nella cittadella delle istituzioni. Sono, invece, i contributi che una scienza giuridica consapevole della propria connotazione pratica⁽¹⁶⁾, è in grado di recare all'analisi della funzionalità degli istituti⁽¹⁷⁾.

È utile richiamare brevemente un ulteriore punto di metodo. L'effetto complessivo della normazione comunitaria è ben lungi dall'essere anche lontanamente paragonabile a una unificazione del diritto, simile a quella che ebbe luogo in Italia dopo il 1865. Si tratta, piuttosto, di un'armonizzazione⁽¹⁸⁾. Essa non elimina, esalta, le aree dove permangono differenze tra ordinamenti, specie nel diritto amministrativo, processuale, fallimentare, oltre che in quello penale. Nell'ambito che qui interessa, le norme comunitarie compiono la scelta di fondo di arricchire l'offerta di giustizia. Ma non prendono posizione su ogni aspetto. Di conseguenza, non vengono meno i differenziali di efficienza tra i vari ordinamenti. All'opposto, i "dislivelli di statualità" divengono ancor più rilevanti ed evidenti⁽¹⁹⁾. Dalle scelte effettuate

(16) S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Rivista italiana delle scienze giuridiche*, 1950, p. 63; R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, trad. it. Milano, Giuffrè, 1991, p. 223.

(17) M.S. GIANNINI, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1954, p. 925.

(18) Considerando n. 51 anteposto alla direttiva 2002/22.

(19) R. PEREZ, *Le funzioni di OFTEL in Gran Bretagna*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1999, p. 863.

altrove possono, quindi, trarsi utili insegnamenti. Ne mostra consapevolezza lo stesso codice. Esso richiede alle autorità nazionali di tener conto delle *best practices*, oltre a “garantire lo sviluppo di prassi regolamentari coerenti” (art. 13, comma 5, lett. e, d.lgs. 259/2003). Conferma quanto il buon senso e la teoria giuridica da tempo suggeriscono.

Due modelli normativi assumono un particolare rilievo, a tal fine. Nel primo modello, rinvenibile nell’esperienza inglese⁽²⁰⁾, il ruolo delle autorità locali è pressoché nullo. I rimedi esperibili dai fruitori dei servizi di comunicazioni elettroniche, si è visto, sono concepiti in un’ottica privatistica, allineata al mercato. Il regolatore ha altri compiti: d’integrazione delle regole del giuoco e di sorveglianza circa il loro rispetto da parte dei singoli operatori.

Ci si potrebbe aspettare che i poteri locali abbiano un ruolo maggiore altrove, nei paesi che da più tempo e con maggiore consapevolezza si sono spinti sul percorso del federalismo. Ne costituiscono altrettante, significative, dimostrazioni la Germania e la Spagna. Ma in realtà l’articolo 124 della legge tedesca attribuisce la mediazione esclusivamente al regolatore nazionale (*Bundesnetzagentur*). Nessuna forma di cooperazione con gli uffici dei *Länder* è formalizzata. Anche in Spagna, la competenza spetta allo Stato e per esso al Ministero dello sviluppo economico.

Le risultanze appena esposte non danno fondamento a una teoria normativa, a un paradigma dei rapporti tra i vari livelli di governo, applicabile in qualsiasi epoca e in ogni contesto ambientale. Pure, esse sollevano dubbi e interrogativi circa le scelte effettuate nel nostro ordinamento. Più precisamente, richiedono all’osservatore esterno di sforzarsi di comprenderne la logica, d’individuare le opportunità che possono discenderne e insieme i rischi che occorre – invece – scongiurare.

(20) Per un’analisi ad ampio raggio, F. DONATI, *Tra federalismo e decentramento: i Corecom nell’ordinamento delle comunicazioni*, relazione al medesimo convegno in cui questo scritto è stato presentato.

5. *Le opportunità*

5.1. *Porre rimedio al sovraccarico di compiti*

È in questo senso, ed entro questi limiti, che si può fare riferimento a due rilevanti opportunità.

Anzitutto, nella delega di compiti ai comitati regionali, vi è un indubbio vantaggio di ordine pratico. Con l'incremento dei servizi offerti al pubblico e degli operatori che li offrono, l'azione del regolatore è divenuta più complessa, tanto nella determinazione delle regole del giuoco, quanto nello svolgimento dei controlli sulla loro osservanza. L'innalzamento dei livelli delle aspettative riguardanti la qualità e la sicurezza dei servizi ha richiesto all'Autorità di concentrare l'attenzione sui profili di efficienza ed efficacia. Nel complesso, il carico di lavoro è cresciuto in misura consistente. Lo dimostra, segnatamente, l'incremento delle istanze di deferimento delle controversie.

Esistono più modi per ovviare al *regulatory overload*. Dal lato della domanda delle attività di amministrazione, i mutamenti della cornice regolamentare hanno consentito di far leva non su una restrizione dell'ambito di azione, ma su nuove forme di collaborazione con gli operatori nell'individuare prassi più in linea con i principi generali. Le lacune di tipo informativo possono divenire meno gravi se vi sono avanzamenti nel grado di trasparenza.

Dal lato dell'offerta, più d'una ragione consiglia di combinare lo svolgimento dei compiti di sorveglianza e di risoluzione delle controversie. Essi presuppongono l'effettuazione di verifiche e di incontri con le parti, la conoscenza delle caratteristiche generali dell'area. Inoltre, dalla circostanza che l'ingresso degli operatori nel mercato non è sottoposto a limiti discendono due conseguenze principali. Il campo applicativo della funzione non è individuabile *ex ante*, una volta per tutte. Deve essere costantemente verificato in relazione ai cambiamenti che intervengono. Anche sotto il profilo territoriale possono esservi, vi sono, differenze non irrilevanti. Mentre in alcune aree si

concentrano più operatori, intenzionati a sviluppare nuove tecnologie, in altre sono presenti solo pochi operatori oltre a quello che eroga il servizio universale. Ciò depone a favore di un ampio coinvolgimento degli uffici territorialmente più vicini alle imprese e a quanti fruiscono dei servizi che esse erogano.

5.2. *La possibilità della sperimentazione*

La compresenza di più autorità pubbliche nell'ordinamento della comunicazione ha un'ulteriore implicazione, da non sottovalutare. Quelle autorità, governative o indipendenti, sono tutte tenute al rispetto delle finalità generali della regolazione di settore, oltre che della libertà di concorrenza. I loro compiti sono specificati dalle norme primarie, comunitarie e nazionali. Sono, secondo alcune ricostruzioni, tassativamente individuati, per evitare ingerenze nelle scelte dei privati, fornitori e fruitori di servizi. Tuttavia, anche se quei compiti fossero più minuziosamente regolati, vi sarebbero margini non esigui per differenziare l'esecuzione delle norme. Non occorre che le regioni si diano proprie regole, se del caso differenziate. È sufficiente che esse esercitino l'autonomia organizzativa che la Costituzione riconosce loro (art. 116).

L'esistenza, anziché di una sola, di più autorità pubbliche assume così un preciso significato, coerente con il principio di differenziazione. Esalta le aree dove vi sono differenze indotte dalla funzionalità delle strutture, dalla capacità della dirigenza politica e amministrativa, dalla disponibilità di risorse finanziarie, dalla "cultura". Permette di sperimentare diversi metodi, di far emergere quelli meglio rispondenti agli obiettivi determinati dalle istituzioni comunitarie. L'Autorità può svolgere un ruolo, prezioso, effettuando raffronti, rendendone noti gli esiti: al Parlamento, verso cui essa è *accountable*, oltre che ai consigli regionali, ai quali i comitati di controllo sono funzionalmente collegati. Probabilmente non a caso, l'accordo quadro fa riferimento alla necessità di uno "scambio costante di esperienze".

6. I rischi

6.1. Una delega piena?

Assieme alle opportunità che vanno colte, vi sono alcuni rischi. Essi riguardano sia l'Autorità, sia le parti.

Vi è prima di tutto un equivoco, al quale sono forse esposti soprattutto i giuristi. Esso consiste nel ritenere che un'attuazione rigorosa delle norme vigenti renda superfluo, se non controproducente, che l'Autorità seguiti a espletare l'attività di definizione delle controversie.

In realtà, il modello italiano si contraddistingue per l'estensione dell'impegno a cui chiama il regolatore settoriale, per la varietà dei suoi compiti. Il fine ultimo di tali compiti, la loro *reductio ad unum*, la ragione della loro attribuzione all'Autorità sono da ravvisare, da un lato, nei nessi inscindibili tra attività ordinate alla promozione della concorrenza e degli investimenti, della tutela dei consumatori e della neutralità tecnologica; dall'altro nel fatto che tra quegli interessi non vi è un equilibrio predeterminato una volta per tutte. Tra di esse vi sono evidenti complementarità, da non compromettere. Vi sono altresì professionalità ed esperienze consolidate, da non dissipare.

Detto ciò, bisogna pur dire – però – che il problema è di non facile soluzione. Se si scarta l'ipotesi d'istituire una sorta di doppio grado di giudizio, rimane da chiedersi se si possano escogitare accorgimenti d'altro tipo. Decidere caso per caso se l'Autorità debba esercitare un ruolo decisionale porrebbe senz'altro problemi insormontabili in termini di funzionalità, speditezza, trasparenza. Decidere in base a criteri previamente stabiliti attenuerebbe quei problemi. Ma farebbe sorgere la questione di quali possano essere quei criteri. Il criterio del valore economico della lite, da solo, non è soddisfacente. Prima di tutto, è noto che il rilievo economico e giuridico d'una questione può non coincidere, sovente non coincide. Probabilmente non a caso, la legge austriaca utilizza il criterio *de minimis non*

curat praetor (non ignoto alla Commissione europea), ma lo tempera, consentendo che una procedura sia attivata ove la questione da risolvere sia importante. Inoltre, importi anche lievi per il singolo utente o per un certo numero di utenti assumono ben altro rilievo su una scala di attività più elevata: si pensi alla redazione e all'invio delle fatture. Pare più saggio, quindi, fare riferimento ai criteri dei quali si servono le giurisdizioni superiori, come il grado di novità delle questioni poste dalle parti e l'esistenza di orientamenti difformi.

6.2. *L'adeguatezza degli uffici regionali*

Un secondo profilo di criticità è costituito dall'adeguatezza degli uffici regionali. Le specifiche prescrizioni dell'accordo quadro annettono particolare importanza all'indipendenza dei comitati. Esse suscitano nell'osservatore esterno reazioni contrastanti. Da un lato, non si può che condividere la preoccupazione da cui muovono. Chiunque abbia il potere di definire le controversie deve muovere da una posizione di neutralità: non deve avere preferenze aprioristiche, soggettive, per modelli di sviluppo, segmenti produttivi, clienti. Dall'altro lato, l'indipendenza costituisce un requisito necessario, ma certamente non sufficiente dell'adeguatezza.

Nel sistema regionale italiano, quale esso si era venuto configurando alla fine degli anni '70, si era già acquisita consapevolezza che l'uniformità legislativa era soltanto di facciata, che le istituzioni avevano diversi rendimenti, che la spiegazione andava cercata altrove. Gli studi successivi – soprattutto quelli sociologici promossi da Putnam⁽²¹⁾ – hanno confermato la diversità dei rendimenti, la hanno messa in relazione con fattori d'ordine culturale. La stessa legislazione nazionale, nel disporre lo svolgimento di analisi comparate dei costi e dei rendimenti

(21) R. PUTNAM, R. LEONARDI e R. NANETTI, *La pianta e le radici. Il radicamento dell'istituto regionale nel sistema politico italiano*, Bologna, Il Mulino, 1985.

delle gestioni pubbliche, ha riconosciuto la rilevanza di quelle differenze. Esse sollevano problemi tutt'altro che lievi in rapporto alle attività di controllo sui privati, di erogazione di utilità in qualche modo riservate. Sono suscettibili di porne di ancora più seri per quanto concerne la risoluzione delle dispute. Per le attività in vario modo riconducibili alla giustizia è, infatti, più pressante l'esigenza di uniformità.

Pur se non disponiamo di modelli pronti, di facile applicazione ovunque, l'analisi giuridica e l'esperienza possono offrire criteri direttivi, ai quali fare riferimento. Può essere di qualche utilità richiamarli, per orientare la comprensione, la valutazione di quanto i comitati regionali sapranno fare. Hanno un'influenza non trascurabile sull'adeguatezza dei pubblici uffici le dotazioni, finanziarie e logistiche, destinate loro. Ne hanno, in misura maggiore, l'autonomia nell'imprimere destinazioni a quelle risorse, la cultura amministrativa, la specifica attenzione riposta nelle verifiche circa i risultati conseguiti.

6.3. *Una disciplina procedurale differenziata?*

Un ulteriore rischio, certamente non ultimo per importanza, riguarda le regole di procedura. Per un'industria come quella delle comunicazioni elettroniche, per la quale sono vitali precisione, rapidità e certezza nelle applicazioni del diritto, eventuali divergenze provocano pesanti ripercussioni normative, da evitare. Non consentono alle imprese di stabilire una *routine*. Possono ingenerare vantaggi nella scelta d'una regione in luogo di un'altra.

Evenienze di questo tipo potrebbero essere ragionevolmente escluse se le norme stabilissero l'invarianza delle regole procedurali. In questa linea di ragionamento, si potrebbe sostenere che il regolamento dell'Autorità, se correttamente interpretato, prevede una soluzione acconcia: l'applicazione uniforme da parte di tutte le istituzioni cui sia stata conferita la delega per la definizione delle controversie.

Tuttavia, un'analisi accurata mostra che le condizioni indicate non si realizzano, almeno non pienamente. Il regolamento dispone che le norme ivi previste valgono anche per i comitati regionali, ma se e "in quanto compatibili" (art. 22). Identico tenore ha il precetto di fonte convenzionale (art. 3 dell'accordo quadro). Non si può escludere, inoltre, che a voler accentuare oltremodo l'efficacia delle norme regolamentari si creino più problemi, dal punto di vista della teoria delle fonti, di quanti se ne risolvano.

La soluzione che pare preferibile è, dunque, un'altra. Essa consiste nel distinguere – seguendo la teoria consolidata nella fase più recente della riflessione giuridica – tra principi e regole. I principi fondamentali della materia sono di fonte comunitaria. Essi si traggono dalle direttive, dalla giurisprudenza, dalle raccomandazioni della Commissione⁽²²⁾. È a quei principi che devono conformarsi le leggi statali, in forza dell'apposito rinvio all'ordinamento comunitario, sancito dalla Costituzione (art. 117, comma 1). Ai medesimi principi devono conformarsi gli atti di amministrazione, contenenti regole o decisioni di tipo individuale, in forza del rinvio stabilito dalla legge sul procedimento amministrativo (art. 1 legge 241/1990)⁽²³⁾.

(22) Il considerando n. 47 anteposto alla direttiva 2002/22 afferma che "gli Stati dovrebbero tenere pienamente conto della raccomandazione della Commissione n. 98/257". Si veda anche la raccomandazione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

(23) A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 2005, p. 707. Per la tesi che si debbano annoverare le garanzie procedurali esistenti tra le condizioni minime che devono in ogni caso essere assicurate da parte dei pubblici poteri, in particolare quando le loro decisioni incidano sulle prestazioni concernenti i diritti civili e politici, G. PASTORI, *La funzione amministrativa nell'odierno quadro costituzionale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, p. 475.

7. Implicazioni per la tutela giurisdizionale dei diritti

Vi è un ultimo aspetto da segnalare, pur se esso non concerne i rimedi attualmente messi a disposizione dall’Autorità, bensì quelli giudiziali. Lo scopo delle procedure di conciliazione e arbitrato è di fornire forme di tutela ulteriori – più che alternative – rispetto alla giurisdizione, “trasparenti, semplici e poco costose”, tali “da consentire un’equa e tempestiva risoluzione delle dispute” (art. 84, comma 1 del codice).

È coerente con quei criteri l’allocazione delle attività volte alla definizione delle controversie presso gli uffici regionali. Ma ci si può chiedere se, a quel punto, sia coerente tenere ferma la deroga al criterio generale sulla competenza territoriale dei tribunali amministrativi regionali, a vantaggio di quello del Lazio. Vi sono, beninteso, buone ragioni a sostegno della deroga e della uniformità che essa è in grado di promuovere. Pure, vi è il rischio di un allungamento delle procedure, di una maggiore onerosità rispetto a quanto è possibile ottenere in periferia.

Resta sullo sfondo l’ulteriore questione se debba cambiare il sindacato giudiziale, visto che l’intervento del giudice è di secondo grado, si realizza dopo che una disputa ha già ricevuto una composizione, per quanto non definitiva⁽²⁴⁾.

8. Conclusioni

Nonostante il permanere di alcune criticità, nel settore delle comunicazioni elettroniche molto è stato realizzato, sul piano degli indirizzi e degli interventi di struttura. Essi sono stati avviati, realizzati, attuati sulla base delle norme comunitarie, talvolta su pressante richiesta dell’istituzione cui l’Unione attribuisce la sorveglianza sul rispetto degli impegni assunti dagli Stati, ossia la Commissione.

(24) A. SANDULLI, *La tutela giurisdizionale nelle “controversie in materia di servizi pubblici”*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2001, p. 789.

L'attuazione deve essere, certo, completata: dal Parlamento, ove si rivelino necessarie correzioni di talune scelte; dagli operatori, ai cui comportamenti il buon andamento del mercato è in ultima analisi collegato; dalle autorità indipendenti e dalle regioni, cui spetta il controllo su quei comportamenti.

Nell'espletamento del controllo, assieme alla "ordinaria" attività di supervisione, continuerà molto probabilmente a rivestire importanza la risoluzione delle controversie, nel sollecitare gli operatori. Essi hanno rilevanti responsabilità in ordine al raggiungimento di livelli più elevati di progresso. Ma è doveroso non nascondersi i guasti, economici e istituzionali, a cui può condurre il tentativo di "usare" gli operatori quali strumenti d'intervento economico e sociale.

L'attività di conciliazione dei Corecom

di Gianluca Gardini

Sommario

1. Il contesto generale. – **2. La procedura per la conciliazione delle controversie tra operatori e utenti.** – **2.1. Il mancato accordo tra le parti.** – **3. Un primo bilancio dell'attività di conciliazione svolta presso i Corecom.** – **3.1. Le problematiche più frequenti: casi ed esperienze.** – **4. Le prospettive future. La delega ai Corecom per la definizione delle controversie.**

1. Il contesto generale

Tra le poche certezze concernenti il nostro sistema di giustizia vi è quella della dilatazione dei tempi di conclusione dei processi, costante e progressiva negli anni. Dal 1975 al 2004 la durata delle cause civili è aumentata del 90 per cento, mentre si calcola che i tempi per ottenere una sentenza di primo grado siano mediamente di 887 giorni, 808 per l'appello e 912 per l'eventuale ricorso in cassazione: 7 anni di vita per ottenere un riconoscimento ufficiale delle proprie ragioni⁽¹⁾.

È evidente che, a queste condizioni, la funzione di giustizia svolta dalla magistratura smette di essere tale, essendo direttamente condizionata dalla “ragionevole durata” del processo: veder riconosciuta la fondatezza delle proprie pretese in tempi biblici equivale, in molti casi, a perdere interesse verso il bene di speranza, considerato che spesso il risultato utile viene

(1) I dati sono tratti da M. GIOVANNINI, *Quali rimedi alla lentezza del processo? La via della conciliazione stragiudiziale*, pubblicato sulla rivista *nelmerito.com*, 28 novembre 2008.

meno con il trascorrere del tempo. Non solo. La lentezza dei processi civili incide negativamente su interessi pubblici, oltre che individuali: frena l'insediamento produttivo delle imprese, che vedono nell'inefficienza del sistema di giustizia italiano un fattore di rischio importante per gli scambi e, dunque, per gli investimenti; comporta aggravii economici per i contribuenti che, mediante la fiscalità generale, sono costretti a sopportare il costo delle sanzioni irrogate a carico del nostro Paese a causa dell'inefficienza dimostrata nell'esercizio della funzione giurisdizionale. Basti qui ricordare che, nel solo periodo che va dal 2002-2006, l'Italia è stata multata per una cifra pari a 41 milioni di euro per le ripetute violazioni dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che riconosce il diritto di ogni persona ad un processo "equo".

Per porre rimedio a queste disfunzioni strutturali, nel nostro Paese – sull'esempio di quanto accade da anni negli ordinamenti di matrice anglosassone – si stanno sviluppando varie forme alternative di risoluzione delle controversie, sia giudiziali che stragiudiziali, basate sull'idea comune di sostituire la pronuncia di un organo giurisdizionale con accordi tra le parti in conflitto in ordine a soluzioni che possano risultare soddisfacenti per entrambi i litiganti.

Tra queste tecniche alternative, una delle più efficaci è senz'altro la conciliazione stragiudiziale, di cui si occupa il numero monografico di questa Rivista. In particolare, nel vasto universo della conciliazione stragiudiziale, frammentato in una pluralità di tipologie difficilmente riconducibili a unità⁽²⁾, il sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie tra operatori ed utenti in materia di comunicazioni elettroniche risulta essere, oltre che uno dei più interessanti, senz'altro il più avanzato⁽³⁾. Nelle pagine che seguono verrà analizzata bre-

(2) M. TARUFFO, *Forme e funzioni della conciliazione*, in *Impresa e Stato*, 2002, 60, p. 65.

(3) M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bononia University Press, 2007, p. 250.

vemente la cornice normativa che fa da sfondo a questa attività giustiziale, mentre nella seconda parte del presente lavoro si evidenzieranno le principali criticità del sistema, nel tentativo di suggerire alcune soluzioni per migliorarne l'efficienza.

L'esigenza di far precedere da un tentativo di conciliazione le controversie in corso tra esercenti un servizio pubblico e utenti è espressa, in origine, nell'art. 2, comma 24 della legge 14 novembre 1995, n. 481, istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità. Questa norma qualifica il tentativo di conciliazione come *condizione di procedibilità*, stabilendo che i termini per l'azione in giudizio restano sospesi "fino alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle istanze di conciliazione", e prevede espressamente che il verbale di conciliazione costituisce titolo esecutivo⁽⁴⁾. In realtà, a fianco di queste nitide disposizioni la norma in parola prevedeva anche che i criteri e le modalità per l'esperimento del tentativo di conciliazione presso le Autorità fossero fissati mediante un regolamento attuativo, che non venne mai emanato: con il risultato che, a tutt'oggi, autorevoli posizioni in giurisprudenza ritengono che le controversie tra utenti e esercenti servizi di pubblica utilità nei settori dell'energia elettrica e gas non siano soggette alla condizione di procedibilità del tentativo di conciliazione⁽⁵⁾.

Ora, per quanto concerne il settore delle comunicazioni elettroniche il problema della mancanza di un regolamento di attuazione risulta superato dalla legge 31 luglio 1997, n. 249 (c.d. Maccanico), che, nell'istituire l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (d'ora in avanti Agcom), rimette all'Au-

(4) Per un'attenta analisi della disciplina introdotta dalla legge 481/1995 si veda G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA*, 2002, p. 269 ss.

(5) Cfr. Cass., 17 maggio 2007, n. 11452. Sul punto si veda I. PAGNI, *Le controversie tra operatori e utenti*, Relazione al Convegno "La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche" svoltosi presso l'Auditorium Ente Cassa di Risparmio di Firenze, 13 giugno 2008.

torità stessa il potere di disciplinare con propri provvedimenti le modalità per lo svolgimento del percorso stragiudiziale volto alla soluzione delle controversie in questione. In particolare la legge Maccanico stabilisce espressamente che per la soluzione delle controversie tra operatori e utenti non possa proporsi ricorso in sede giurisdizionale finché non venga esperito un tentativo di conciliazione da ultimarsi entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza (art. 1, comma 11), mentre assegna alla Commissione per le infrastrutture e le reti (CIR) dell'Agcom il potere di dirimere le controversie tra operatori in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di comunicazione (art. 1, comma 6, lett. a, n. 9).

In questo quadro va segnalato che l'attività di conciliazione tra operatori ed utenti venne quasi subito delegata ai Comitati regionali per le comunicazioni (d'ora in avanti Corecom)⁽⁶⁾, mentre in alcuni casi, nelle more dell'entrata a regime dei Corecom, le procedure conciliative vennero gestite direttamente dall'Agcom, o in alternativa dagli organi di composizione stragiudiziale delle controversie – su tutti le camere di commercio – disciplinati dal codice del consumo.

Sin dall'origine, pertanto, il legislatore mostra di voler tenere separate le controversie tra operatori della comunicazione, da un lato, e tra operatori e utenti, dall'altro. Ciò, sia in ragione dei diversi rapporti di forza che contraddistinguono queste due tipologie di liti, sia in virtù della diversa finalità che la risoluzione delle controversie manifesta nei due casi: soluzione equa di un conflitto, nel caso di controversie tra utenti e operatori; promozione della concorrenza nei servizi di comunicazione e rimozione degli ostacoli che ne impediscono la fruizione, nel caso di controversie tra imprese. Al punto che, riguardo alle controversie tra imprese, viene segnalata un'anomala sovrapposizione tra finalità regolatorie e giudiziali,

(6) In questo senso dispone la delibera 182/02/Cons, con cui l'Agcom adotta il regolamento concernente la risoluzione delle controversie sorte tra organismi di telecomunicazione e utenti, oggi modificato con delibera 173/07/Cons.

che porterebbe a snaturare il carattere di questi procedimenti giustiziali, rischiando di incrinare l'immagine di sede terza e indipendente dell'Agcom che agisce in veste di mediatore⁽⁷⁾. Questa volontà di separazione, d'altra parte, è stata pienamente confermata dal codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 259/2003), che si limita ad introdurre modifiche concernenti le sole controversie tra imprese di comunicazione, lasciando intatta la previgente disciplina sulle controversie tra operatori ed utenti⁽⁸⁾.

2. *La procedura per la conciliazione delle controversie tra operatori e utenti*

Per questa tipologia di controversie, se si escludono alcuni principi generalissimi stabiliti dall'art. 8 del d.lgs. 259/2003, la disciplina è fissata interamente dalle delibere Agcom che si sono succedute nel tempo: la delibera 182/02/Cons, con cui si adotta il regolamento concernente la risoluzione delle controversie sorte tra organismi di telecomunicazione e utenti, e il nuovo regolamento approvato con delibera 173/07/Cons.

Questo complesso normativo prevede che per le controversie in materia di comunicazioni elettroniche tra utenti finali ed operatori, inerenti al mancato rispetto delle disposizioni relative al servizio universale ed ai diritti degli utenti finali stabilite dalle norme legislative, dalle delibere dell'Autorità,

(7) M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, cit., pp. 253-254.

(8) Sul punto la dottrina segnala che, nonostante la liberalizzazione sia più avanzata in questo settore che in altri, "l'autonomia imprenditoriale non è pienamente libera di esplicarsi", essendo sottoposta ad un regime di concorrenza guidata e controllata dai pubblici poteri, che "si esercita anche mediante le nuove procedure di conciliazione e di arbitrato, la cui esplicazione non è solo legittima, è posta in rapporto di antecedenza necessaria" rispetto all'esperimento dei rimedi giurisdizionali. G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Diritto pubblico*, 2/2005, p. 605.

dalle condizioni contrattuali e dalle carte dei servizi, il ricorso in sede giurisdizionale sia “improcedibile fino a che non sia stato esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione dinanzi al Corecom competente per territorio munito di delega a svolgere la funzione conciliativa, ovvero dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie” in materia di consumo, di cui all’articolo 141, commi 2 e 3, del codice del consumo (art. 3, comma 1, delibera 173/07/Cons).

Il procedimento dinanzi al Corecom è gratuito, e la competenza territoriale va individuata in base al luogo in cui è ubicata l’utenza per la telefonia fissa, in base al luogo di residenza o domicilio dell’utente per la telefonia mobile. Se il Corecom territorialmente competente non dovesse essere titolare della delega, il tentativo obbligatorio di conciliazione dovrà essere esperito dinanzi agli organi di composizione extragiudiziale delle controversie sopra ricordati. Nello specifico, il regolamento stabilisce che “Il termine per la conclusione della procedura conciliativa è di trenta giorni decorrenti dalla data di proposizione dell’istanza; dopo la scadenza di tale termine le parti possono proporre ricorso giurisdizionale anche ove la procedura non sia stata conclusa” (art. 3, comma 3)⁽⁹⁾.

Si noti che l’obbligatorietà del tentativo di conciliazione è stata recentemente confermata e ribadita dalla Corte di Cassazione (sent. 30 settembre 2008, n. 24334), che ha sancito come, in assenza di tale tentativo, risulti impedita persino la conoscenza dell’esistenza o meno del contratto in essere tra utente e operatore da parte di un organo giurisdizionale⁽¹⁰⁾.

(9) Sul punto si fa notare che queste forme di risoluzione delle controversie non si sostituiscono a quelle giurisdizionali, per le quali il termine di decadenza è sospeso *ex lege*: “non sono, cioè, rimedi realmente ‘alternativi’ alla giurisdizione, nel senso indicato dalla scienza giuridica e politica dei paesi di ceppo inglese”. Cfr. G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza*, cit., p. 605.

(10) Nello specifico, l’utente a cui era stato attivato un contratto da Wind senza alcuna autorizzazione aveva ottenuto l’annullamento del contratto grazie all’intervento di un legale. Per ottenere il rimborso delle spese legali, quindi, aveva presentato prima istanza al giudice di pace e poi in Cassazione, che ha rigettato la richiesta perché non era stata preventivamente tentata la conciliazione.

L'udienza di conciliazione si svolge dinanzi al responsabile del procedimento designato dal Corecom territorialmente competente, che invita le parti ad esporre le rispettive ragioni, al fine di chiarire i punti di contrasto e di individuare una soluzione reciprocamente accettabile. In udienza le parti intervengono personalmente, oppure, in caso di persone giuridiche, mediante un legale rappresentante. Le parti possono inoltre farsi rappresentare da soggetti muniti di procura generale o speciale purché idonea a conciliare o transigere la controversia, e possono altresì farsi assistere da consulenti o rappresentanti delle associazioni di consumatori. In qualsiasi fase della conciliazione il responsabile del procedimento può suggerire alle parti una o più soluzioni alternative per la composizione della controversia (art. 9 delibera 173/07/Cons). Se la conciliazione ha successo viene redatto un verbale in cui si indicano i punti controversi e si dà atto dell'accordo, specificandone il contenuto. Il verbale, sottoscritto dalle parti e dal responsabile del procedimento, ha valore di titolo esecutivo, mentre anche il fallimento della procedura comporta la redazione di un verbale che attesta la mancata presentazione delle parti o il mancato raggiungimento dell'accordo, ai fini della successiva procedibilità in giudizio della controversia.

In ordine a questa dettagliata disciplina si possono fare due considerazioni, una in punto di fatto e l'altra in punto di diritto. Sotto il primo profilo, va sottolineato che "rendere obbligatorio il tentativo di conciliazione non solo non serve assolutamente a nulla, come l'esperienza delle controversie di lavoro dimostra, ma è addirittura controproducente"⁽¹¹⁾. La conciliazione funziona al meglio infatti laddove viene lasciata alla spontanea iniziativa delle parti, mentre quando è costruita come passaggio obbligatorio produce per un verso l'effetto di intasare le sedi di conciliazione, come è avvenuto per le commissioni istituite presso le Direzioni provinciali del lavoro per

(11) M. TARUFFO, *Forme e funzioni della conciliazione*, cit., p. 68.

le conciliazioni in materia di lavoro privato e pubblico (art. 410 ss. c.p.c.), e per altro verso non determina affatto un incremento negli esiti positivi, dal momento che spesso le parti si recano davanti all'organo di conciliazione solo perché costrette dalla legge, e non animate da una reale disponibilità a trovare un accordo⁽¹²⁾. Molto più utili, in termini di effettività, sono gli incentivi di natura economica, quali l'esenzione da imposte di bollo e di registrazione per il verbale di conciliazione; e gli incentivi di natura processuale, come l'interruzione dei termini di prescrizione per l'azione giudiziaria o la possibilità riconosciuta al giudice di valutare, ai fini del pagamento delle spese processuali, il comportamento complessivamente tenuto dalle parti durante la procedura conciliativa. Tali considerazioni, naturalmente, prescindono totalmente dalla legittimità di queste forme di "giurisdizione condizionata", di cui non si fa ormai più questione: la Corte costituzionale ha più volte avuto occasione di pronunciarsi sul punto, sottolineando la piena conformità all'art. 24 Cost. di strumenti che, come il tentativo obbligatorio di conciliazione, siano finalizzati ad assicurare "l'interesse generale al soddisfacimento più immediato di situazioni sostanziali, realizzato attraverso la composizione preventiva della lite rispetto a quello conseguito mediante il processo"⁽¹³⁾. In punto di diritto, semmai, si può dubitare della opportunità della scelta legislativa di rimettere interamente la disciplina procedurale della conciliazione alla potestà regolativa dell'Agcom, rispetto alla quale vengono in rilievo le consuete critiche concernenti il vuoto di legittimazione democratica che

(12) Anche l'esperienza del tentativo di conciliazione presso le camere di commercio, necessario per l'instaurazione di una controversia in materia di subfornitura ai sensi dell'art. 10, legge 18 giugno 1998, n. 192, dimostra come il connotato obbligatorio di questa procedura non abbia per nulla contribuito alla sua corretta diffusione e al suo impiego quale strumento effettivamente alternativo al contenzioso giudiziario. In senso nettamente contrario all'introduzione di ulteriori tentativi obbligatori di conciliazione, a fianco di quelli già esistenti, S. CHIARLONI, *Conciliare, ma senza imporre*, in *Impresa e Stato*, 2002, 60, p. 69.

(13) V. da ultimo, Corte cost., 21 novembre 2007, n. 403.

circonda l'attività normativa delle amministrazioni indipendenti: la scelta di attribuire ad un'amministrazione posta al di fuori del circuito della democrazia rappresentativa il compito di fissare o integrare regole importanti, come quelle concernenti la tutela pre-giudiziale dei cittadini, peraltro obbligatoria, solleva più di un dubbio circa il rispetto del principio di legalità e la possibilità di limitare per questa via diritti costituzionalmente protetti, come il diritto alla difesa in giudizio.

2.1. Il mancato accordo tra le parti

In seguito al fallimento del tentativo di conciliazione si apre per le parti la strada della tutela giurisdizionale, poiché – come si è detto – il regolamento prevede la possibilità di ricorrere all'autorità Giudiziaria dopo 30 giorni dalla proposizione dell'istanza (artt. 6 e 3, comma 3, delibera 173/07/Cons). In alternativa è possibile che le parti congiuntamente, o anche il solo utente, chiedano all'Agcom di definire la controversia entro un termine massimo di 150 giorni, presentando a tal fine un apposito ricorso in via amministrativa entro sei mesi dalla data di conclusione del tentativo di conciliazione andato fallito integralmente o in parte. In questa veste di “arbitro”, l'Autorità, laddove riscontri la fondatezza dell'istanza a seguito di un'istruttoria collegiale⁽¹⁴⁾, può condannare l'operatore ad effettuare rimborsi di somme ad esso non dovute o al pagamento di indennizzi nei casi previsti dal contratto, dalle carte dei servizi, nonché nei casi individuati dalle disposizioni normative o da delibere dell'Autorità, mentre resta salva la possibilità per le parti di far valere in sede giurisdizionale il maggior danno. Si noti che il provvedimento di definizione della controversia

(14) Eccezione fatta per la definizione delle controversie di modesta entità, che hanno ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria o commerciale di valore non eccedente i 500,00 euro (senza computare eventuali interessi, diritti fissi e spese), la quale viene normalmente delegata al direttore.

è formalmente un atto amministrativo, un ordine soggetto al regime sanzionatorio per inottemperanza di cui all'art. 98, comma 11 del d.lgs. 259/2003, che come tale va prontamente comunicato alle parti e pubblicato nel Bollettino ufficiale e sul sito web dell'Autorità. Nel provvedimento decisorio l'Autorità può riconoscere anche il rimborso delle spese necessarie per l'espletamento della procedura, liquidate secondo criteri di equità e proporzionalità, tenendo conto del comportamento assunto dalle parti anche in pendenza del tentativo di conciliazione (art. 19 delibera 173/07/Cons). Siamo dunque dinanzi ad una sorta di "arbitrato", direttamente collegato al fallimento della procedura obbligatoria di conciliazione: sul punto può richiamarsi l'approfondita discussione in merito alla natura giustiziale o negoziale della decisione arbitrale, e dunque alla riconducibilità o meno del provvedimento definitivo agli strumenti alternativi di tutela basati sul consenso delle parti⁽¹⁵⁾. Va tuttavia segnalato che la possibilità di ricorrere in giudizio per il maggior danno, di per sé, dimostra la natura non arbitrale di questa tecnica di risoluzione delle controversie, essendo un carattere essenziale dell'arbitrato la piena alternatività al ricorso in sede giurisdizionale. Sul punto, un recente studio avvicina il potere di definizione delle controversie spettante all'Agcom alle fattispecie di "amministrazione in forma contenziosa" in cui l'intervento della giurisdizione avviene dopo l'esercizio del potere ad opera dell'organo, ed ha luogo mediante l'esame dell'atto amministrativo che ha posto termine al procedimento⁽¹⁶⁾. Altri fanno invece notare che le decisioni che le autorità di regolazione adottano sono distanti dal paradigma dell'atto amministrativo, anche ove ad esso siano ricondotti gli atti designati dalla locuzione "decisioni ammi-

(15) Sul punto si vedano le attente considerazioni di G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in *Politica del diritto*, 1997, p. 406.

(16) Cfr. I. PAGNI, *Le controversie tra operatori e utenti*, cit.

nistrative”: con questa terminologia, infatti, si fa solitamente riferimento ad un’attività contenziosa tra il soggetto privato e l’autorità amministrativa, “mentre le autorità di regolazione, mediante procedure conciliative e arbitrali, agiscono in posizione di terzietà rispetto agli interessi in gioco, siano questi uguali ed antagonisti, nel caso delle controversie tra organismi di telecomunicazione, oppure simmetrici, ove alle imprese si contrappongano i consumatori”(17). In questa sede, tuttavia, più che approfondire l’inquadramento teorico dell’istituto, è interessante notare l’effetto di questo intervento in funzione decisoria dell’Autorità, che finisce fatalmente per trasferire la tutela giurisdizionale delle parti dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa, cui è consegnato il sindacato in via esclusiva sui provvedimenti dell’Agcom. Davanti al Tar del Lazio, cui spetta la competenza funzionale su questo tipo di atti, si potrà altresì agire per il maggior danno arrecato dal provvedimento di definizione della controversia (ad es. da ritardo), mentre per il maggior danno legato al comportamento originario del gestore sarà comunque necessario ricorrere al giudice ordinario (18). Date le complicazioni che possono scaturire in vista del risarcimento dei danni, e che rischiano di sfociare in azioni parallele o successive dinanzi a giudici diversi (senza trascurare la questione di pregiudizialità necessaria che potrebbe porsi tra l’annullamento del provvedimento di definizione della controversia e il successivo risarcimento), sarebbe forse opportuno prevedere per queste controversie un’ipotesi eccezionale di sindacato in via principale del giudice ordinario su provvedimenti amministrativi, ai sensi dell’art. 113, comma

(17) G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, cit., p. 278; sul punto, in senso conforme v. L. TORCHIA, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in *I garanti delle regole*, a cura di S. CASSESE e C. FRANCHINI, Bologna, 1995, p. 65.

(18) In parte difforme è la posizione di I. PAGNI, *Le controversie tra operatori e utenti*, cit., che ritiene sempre necessario dar vita a due binari giurisdizionali paralleli per l’annullamento dell’atto, da un lato, e per il risarcimento del danno, dall’altro.

3, Cost., sulla falsariga di quanto già avviene per gli atti del Garante della privacy.

La delibera 173/07/Cons prevede la possibilità di delegare ai Corecom la definizione delle controversie, attualmente gestita dall'Autorità. Ciascun Corecom, nell'ambito della propria organizzazione interna, dovrà garantire la separazione tra la funzione di conciliazione e quella di definizione della controversia e, nell'ambito di quest'ultima, tra competenze istruttorie e decisorie (art. 22). A partire dalla sottoscrizione delle relative convenzioni di delega, ciascuna delle parti in lite potrà chiedere ai Corecom competenti per territorio – analogamente a quanto avviene ora con l'Agcom – di definire la controversia ove il tentativo di conciliazione abbia avuto esito negativo o per i punti ancora controversi nel caso di soluzione parziale.

Le scelte politiche intraprese da parte dei diversi soggetti istituzionali che operano nell'ambito dell'"ordinamento della comunicazione" sembrano appunto muovere in questa direzione. L'accordo quadro del 25 giugno 2003 stipulato tra l'Agcom, la Conferenza dei presidenti delle Regioni e la Conferenza dei presidenti dei Consigli regionali, ha individuato i principi generali concernenti l'esercizio delle funzioni delegate in tema di comunicazioni, prefigurando il contenuto delle convenzioni tra l'Agcom e i Corecom e prevedendo una prima attuazione sperimentale della delega di funzioni. Tra le funzioni delegate ai Corecom è stata ricompresa l'attività obbligatoria di conciliazione tra utenti e imprese di comunicazione, da realizzarsi secondo il sistema sopra descritto.

A partire dal 2004, quindi, i Corecom che hanno sottoscritto le convenzioni con l'Agcom hanno potuto avviare una fase sperimentale di attività conciliativa, conclusasi con il 1° gennaio 2007, data a partire dalla quale le funzioni delegate si sono definitivamente consolidate in capo ai Corecom, ormai a tutti gli effetti autorità funzionalmente dipendenti dall'Agcom.

Successivamente alla delega in materia di conciliazione, nel maggio 2006 l'Autorità ha delegato ai Corecom anche l'adozione di provvedimenti temporanei in caso di sospensione del

servizio (limitatamente al servizio interessato dal mancato pagamento, come previsto dall'art. 5 della delibera 173/07/Cons, interpretato e integrato dalla successiva delibera 95/08/Cons), da concludersi entro 10 giorni dalla presentazione dell'istanza da parte dell'utente.

Seguendo la traiettoria di un progressivo incremento delle deleghe e del decentramento delle funzioni regolatorie in materia di comunicazioni elettroniche, il 4 dicembre 2008 è stato sottoscritto un secondo accordo quadro tra l'Agcom, la Conferenza dei presidenti delle Regioni e la Conferenza dei presidenti dei Consigli regionali, con l'obiettivo di promuovere modelli organizzativi più efficaci per l'esercizio delle funzioni delegate. In questo nuovo accordo quadro si prevede la delega ai Corecom di ulteriori funzioni originariamente attribuite all'Agcom, tra cui la definizione delle controversie in sede di ricorso amministrativo. La sfida del futuro consisterà quindi nell'approntare un meccanismo "decentrato" di definizione delle controversie di secondo grado, avvicinando questa funzione giustiziale agli interessati. Ma di questo aspetto si dirà meglio in seguito.

3. *Un primo bilancio dell'attività di conciliazione svolta presso i Corecom*

L'attività di conciliazione ha richiesto un grande impegno ai Corecom in termini di organizzazione, di specializzazione e di investimenti. Basti pensare che le attività di conciliazione negli ultimi quattro anni si sono moltiplicate in maniera esponenziale, e che nell'ultimo anno alcuni Corecom hanno visto più che raddoppiare il numero dei tentativi di conciliazione effettuati.

In termini quantitativi, l'incremento dell'attività di conciliazione svolta dai Corecom si può evincere dai dati di seguito riportati, concernenti le due annualità 2006-2007:

Istanze di conciliazione

Regione / Provincia autonoma	Anno 2006	Anno 2007
	Nr. istanze di conciliazione	Nr. istanze di conciliazione
Abruzzo	198	1.342
Basilicata	471	707
Calabria	2.888	3.440
Emilia-Romagna	1.005	2.107
Friuli-Venezia Giulia	821	1.215
Lazio	4.350	5.550
Liguria	692	1.371
Lombardia	2.573	4.366
Marche	364	1.221
Piemonte	1.817	3.294
Puglia	–	3.200
Toscana	687	2.673
Trento	–	301
Umbria	373	641
Valle d'Aosta	29	108
Veneto	652	2.090

Non meno impegnativa dal punto di vista del numero di istanze e della tempistica richiesta per la conclusione della procedura (dieci giorni dal momento della presentazione dell'istanza) è l'adozione dei provvedimenti per la riattivazione del servizio in caso di sospensione dell'utenza. Anche questa funzione è in costante aumento proprio per la celerità e la gratuità della procedura, che la rendono indubbiamente vantaggiosa se confrontata con i tempi e i costi della giustizia ordinaria.

È evidente che ad un incremento così imponente delle attività di conciliazione deve corrispondere un proporzionale potenziamento finanziario ed organizzativo delle strutture dedicate all'erogazione di questo servizio. I Corecom, nella fase iniziale, hanno dovuto sostenere un notevole sforzo per l'attivazione di questo servizio, garantendo una dotazione di personale di

Provvedimenti temporanei (art. 5, comma 7, all. a), delibera 173/2007/Cons)

Regione / Provincia autonoma	Anno 2007
	Nr. provvedimenti temporanei
Abruzzo	268
Basilicata	–
Calabria	–
Emilia-Romagna	471
Friuli-Venezia Giulia	–
Lazio	1.043
Liguria	121
Lombardia	31
Marche	–
Piemonte	50
Puglia	–
Toscana	23
Trento	3
Umbria	–
Valle d'Aosta	32
Veneto	524

adeguato livello professionale, la predisposizione di opportuni servizi di assistenza all'utente, un coordinamento costante dei calendari con gli operatori di comunicazione, nonché la messa a disposizione di spazi e strumenti tecnologici adeguati all'esercizio della delega⁽¹⁹⁾.

In generale, uno degli aspetti più problematici che i Corecom hanno dovuto affrontare nello svolgimento dell'attività conciliativa è legato ai rapporti interni con l'organo politico presso cui (normalmente) sono incardinati. La possibilità di disporre

(19) Per quanto riguarda la formazione, sul finire del 2004 l'Autorità ha organizzato tramite il Foromez un percorso formativo presso la SSPA, rivolto al personale e ai componenti dei Corecom e dedicato all'approfondimento delle diverse materie oggetto di delega, sotto il profilo normativo, tecnico ed operativo.

di adeguate risorse umane e di una reale autonomia finanziaria e gestionale è infatti indispensabile per rafforzare il ruolo e il peso istituzionale dei Corecom, impegnati nell'esercizio di funzioni che si caratterizzano per una forte componente di servizio al cittadino e, pertanto, dovrebbero trovare negli organi istituzionali di riferimento i "naturali sostenitori". In realtà i Corecom, configurati come organi di garanzia strutturalmente dipendenti dai Consigli regionali e funzionalmente dipendenti dall'Agcom, rischiano invece di rappresentare un anello intermedio senza chiara identità per l'esercizio delle funzioni in tema di "ordinamento della comunicazione", previste dall'art. 117 Cost.

Per far fronte alla scarsità delle risorse umane e materiali ad essi assegnate, molti Corecom hanno dovuto attivare – compatibilmente con le procedure e i regolamenti in essere presso ogni assemblea legislativa – percorsi alternativi, attivando forme flessibili di collaborazioni con enti esterni, tirocini formativi con facoltà universitarie, conferendo incarichi a studi legali esterni, e stipulando convenzioni e protocolli d'intesa con le categorie professionali coinvolte nelle attività di conciliazione rivolte ai cittadini.

Nei rapporti interni con l'ente di riferimento un secondo aspetto problematico è dato dal delicato equilibrio che spesso caratterizza i rapporti tra Giunta e Consiglio regionale. In questo quadro istituzionale i Corecom – tra i pochissimi organi strumentali posti alle dipendenze dirette dei Consigli – si trovano spesso a scontare la contrapposizione di ruoli tra gli organi politici della Regione, che certo non facilita lo sviluppo di potenziali collaborazioni: quanto più è ampia la forbice politica tra Consigli e Giunte, tanto più i Corecom rischiano di rimanere ostaggio delle rivendicazioni o dei rapporti di forza che si instaurano tra questi organi.

Un terzo profilo problematico riguarda i finanziamenti erogati dall'Agcom per lo svolgimento delle funzioni delegate ai Corecom. A conclusione della fase sperimentale triennale (2004-2007), e dopo il primo anno di attività ordinaria, si è po-

tuto constatare che le risorse rese disponibili dall'Agcom sono insufficienti rispetto alla dimensione che l'attività ha assunto, soprattutto per quanto riguarda la conciliazione e l'adozione dei provvedimenti temporanei⁽²⁰⁾.

Un quarto elemento di difficoltà nell'esercizio della funzione conciliativa è rappresentato dall'atteggiamento di parte dei professionisti del foro, in particolare avvocati e commercialisti, attivi nel territorio regionale. Costoro, forse nel timore di perdere clientela o potenziali quote di mercato, assumono a volte un approccio antagonista nei confronti della parte avversaria e del conciliatore, recandosi in udienza di conciliazione senza una reale volontà di trovare un accordo, ma solo per ottemperare al comando legislativo, e dimostrando – in modo più o meno evidente – di puntare ad una soluzione autoritativa della controversia, secondo la tradizionale visione avversariale, piuttosto che ad un accordo transattivo. Questo spiega l'atteggiamento di “resa burocratica”⁽²¹⁾ manifestato in alcuni casi dai funzionari Corecom addetti alla conciliazione, i quali, inondati di un gran numero di richieste obbligatorie, pressati dall'esigenza di convocare le parti entro un termine ragionevole, trovandosi dinanzi all'atteggiamento negativo degli avvocati che assistono le parti in udienza rinunciano al tentativo di favorire la comunicazione e di ravvicinare le posizioni aprioristicamente inconciliabili dei litiganti⁽²²⁾.

(20) Si noti che, in proposito, la convenzione del 2004 prevedeva l'erogazione dei finanziamenti per semestralità, ma si è constatato che, in una prima fase, i pagamenti sono stati effettuati con ritardo. A causa di questi ritardi le amministrazioni regionali hanno dovuto anticipare i costi dell'esercizio delle funzioni delegate, creando l'effetto indesiderato di un decentramento posto a carico degli enti delegati. Questi ritardi non hanno certo aiutato i rapporti dei Corecom con le amministrazioni di appartenenza e hanno penalizzato il potenziamento di questi organismi di garanzia. Recentemente, questa disfunzione è stata corretta e negli ultimi due anni l'Agcom ha dato corso a pagamenti regolari.

(21) L'espressione è mutuata da S. CHIARLONI, *Conciliare, senza imporre*, cit., p. 71.

(22) Secondo gli studiosi della materia l'atteggiamento ostile che “quote non trascurabili di avvocati” hanno tradizionalmente riservato alle tecniche alternative di risoluzione dei conflitti è legato al timore di perdere opportunità e spazi di mer-

In questo senso sono pertanto da salutare con favore le intese fra Corecom e esperti di diritto rappresentati dagli ordini forensi e dagli ordini dei commercialisti, ispirate ad una condivisione di esperienze, competenze e professionalità, e volte a realizzare congiuntamente studi e ricerche, ma soprattutto percorsi formativi comuni per le tecniche di composizione alternativa delle controversie. Questa collaborazione istituzionale contribuisce infatti a diffondere la conoscenza e l'utilizzo di tecniche consensuali di composizione delle liti – quanto mai utile, visto che il grado di conoscenza degli istituti conciliativi dinanzi ai Corecom è decisamente basso, addirittura inferiore a quello già minimo concernente la conciliazione camerale – e favorisce la crescita di una “cultura” della conciliazione presso i professionisti che intervengono nelle controversie tra operatori ed utenti dei servizi di comunicazione⁽²³⁾.

Un ultimo problema che si presenta nell'esercizio delle deleghe per la conciliazione è la diversità in termini di tempi, modalità e professionalità, con cui le istanze conciliative vengono evase dai diversi Corecom attivi sul territorio italiano⁽²⁴⁾. Da questo punto di vista, un maggior raccordo tra i Corecom e un miglior dialogo tra questi e l'Autorità di garanzia – anche attraverso la costituzione di tavoli paritetici, peraltro previsti

cato. Cfr. M. GIOVANNINI, *Amministrazione pubbliche e risoluzione alternativa delle competenze*, cit., p. 172.

(23) Il Corecom Emilia-Romagna, a questo riguardo, ha siglato due protocolli d'intesa con gli ordini professionali degli avvocati e dei commercialisti, dando vita ad un corso di formazione, organizzato congiuntamente da Fondazione Forense Bolognese e Corecom, rivolto ad avvocati e praticanti avvocati e diretto a formare un elenco di conciliatori esperti in telecomunicazioni, dal quale attingere figure specialistiche di conciliatore, anche nell'ottica della prevista ulteriore delega in materia di definizione delle controversie. Questi percorsi formativi, che sono stati riconosciuti come crediti formativi, prevedono, oltre la parte teorica, l'esperienza pratica presso i tavoli di conciliazione del Corecom con la presenza dei partecipanti al corso in qualità di uditori.

(24) La tempistica media va da un mese a tre/quattro mesi nelle realtà territoriali più virtuose (ad es. Emilia-Romagna, Puglia e Veneto), fino a tempi medi molto più lunghi, che si attestano sui sette/otto mesi in altre regioni.

dalle convenzioni e mai attivati – potrebbero favorire un percorso volto ad armonizzare e semplificare le procedure gestite, ad ottimizzare la comunicazione interna riducendo i tempi negli scambi di informazioni, a risolvere problematiche operative legate alla convenzione e alla gestione delle deleghe.

Si consideri che, oggi, la conciliazione rappresenta una delle principali funzioni svolte dai Corecom (eccezion fatta per Sicilia, Sardegna, Campania e Molise, i cui Corecom non hanno ancora sottoscritto le convenzioni sul punto), senz'altro una delle più delicate, visto che pone l'amministrazione regionale a diretto contatto con il cittadino/utente. Su questa attività, viene da dire, i Consigli regionali si giocano l'immagine, divenendo erogatori di un servizio rivolto al pubblico mediante gli organismi di garanzia che presso di essi sono incardinati. In quest'ottica, dunque, è senz'altro opportuno avviare una più stretta collaborazione anche tra la Conferenza dei presidenti dei Consigli regionali e i Corecom, al fine di consentire un esercizio coordinato di tutte le funzioni – proprie e delegate – in materia di comunicazione, superare le difficoltà operative, condividere le esperienze positive, e, al contempo, fornire alla Conferenza dei presidenti un supporto tecnico e specialistico. Queste sedi di confronto richiedono una rappresentanza unitaria dei Corecom, diversamente troppo frazionati all'interno delle diverse realtà territoriali, che può realizzarsi solo mediante l'attivazione di forme di coordinamento, più o meno strutturate, tra i presidenti dei diversi Corecom regionali.

Al di là di queste problematiche generali, l'esperienza sino ad oggi compiuta dai Corecom in materia di conciliazione deve considerarsi senza dubbio positiva. Complessivamente, i tempi brevi per la conclusione del procedimento, la non onerosità della procedura, la percentuale di esiti positivi hanno riscosso il gradimento dell'utenza e inducono a prevedere un ulteriore sviluppo di questa funzione. L'attività di conciliazione dinanzi ai Corecom si configura come un vero e proprio servizio al cittadino, il quale vede soddisfatto il proprio bisogno fondamentale di giustizia. Ciò è tanto più vero se si considera che

il servizio di conciliazione è indirizzato anche e soprattutto ad un'utenza "debole" (anziani, giovani, disabili) che per ragioni culturali, sociali ed economiche incontra maggiori difficoltà nel rivolgersi alla giustizia ordinaria.

3.1. *Le problematiche più frequenti: casi ed esperienze*

Dal punto di vista operativo/procedurale, le principali criticità emerse nell'attività ordinaria di conciliazione svolta dai Corecom possono essere sintetizzate attraverso alcune tipologie ricorrenti, che vengono di seguito elencate seguendo una scala decrescente dal generale al particolare. Si tratta, in gran parte dei casi, di situazioni derivanti dalle difficoltà organizzative degli operatori, che, in molti casi, non si sono ancora debitamente attrezzati per favorire una soluzione conciliativa dinanzi ai Corecom⁽²⁵⁾.

1) Un primo fattore di criticità del sistema è costituito, a monte, dalla totale assenza di un interlocutore diretto cui il cliente possa rivolgersi, specie in caso di intervento necessario dell'operatore per rimediare all'interruzione del servizio. I c.d. *call center* degli operatori sono inadeguati a questo scopo e spesso inducono gli utenti ad avviare un contenzioso che sarebbe evitabile con l'istituzione di un efficiente servizio clienti.

2) In alcune realtà regionali si rileva da tempo un progressivo "irrigidimento" degli operatori rispetto alle posizioni conciliative iniziali, con conseguente aumento di esiti negativi

(25) In generale va notato che la telefonia mobile costituisce ormai una parte molto limitata del contenzioso complessivo. Superato il problema della "Number Portability", le istanze residue attengono per lo più all'attivazione di servizi non richiesti e alla difficoltà di disabilitazione degli stessi, alla contestazione del traffico e alla mancata applicazione delle condizioni offerte. Questo grazie anche all'entrata in vigore del decreto legge 31 gennaio 2007, n. 7 (meglio noto come decreto Bersani), che ha contribuito notevolmente alla risoluzione dei problemi in materia di telefonia mobile, riducendo il contenzioso per quanto riguarda la ricarica di servizi di telefonia mobile, trasparenza e libertà di recesso dai contratti con gli operatori telefonici.

dei tentativi di conciliazione. Questa tendenza è in parte dovuta all'avvicinarsi di rappresentanti delle imprese di comunicazione non sempre esperti e in grado di valutare con sufficiente flessibilità il mandato ricevuto dall'operatore, ma anche all'esiguo margine di intervento concesso in udienza al conciliatore da parte di alcuni operatori.

A ben vedere, la risoluzione della controversia è demandata quasi sempre a legali esterni delle società di telefonia, che compaiono in udienza con un pacchetto di "soluzioni" preconfezionate a seconda della casistica, proponendo soluzioni e rimborsi spesso non adeguati a fronte di comportamenti errati o scorretti degli operatori. Ciò nella convinzione, spesso esatta, che il cittadino non procederà in altri gradi di giudizio (in sede amministrativa o giurisdizionale), per evitare ulteriori sprechi di tempo ed eventuali spese legali. Inutile sottolineare quanto un simile comportamento svisciva la *ratio* di fondo dell'istituto conciliativo, ingenerando negli utenti ulteriore sfiducia e diffidenza non solo nei confronti degli operatori di telefonia, dichiaratamente percepiti come "poco trasparenti" sia nelle offerte che nei comportamenti, ma in ultima analisi anche nei confronti delle Istituzioni (Corecom e Regione), che non riescono a porre rimedio all'asimmetria svantaggiosa per i contraenti più deboli.

3) Un problema che da sempre affligge il tentativo di conciliazione riguarda la mancata comparizione in udienza di alcuni operatori di telecomunicazione⁽²⁶⁾, i quali manifestano così facendo un comportamento non rispettoso del dettato normativo, che prevede a carico del gestore "l'onere di comunicare al Corecom la propria volontà, entro cinque giorni dalla data dell'udienza, di partecipare alla procedura conciliativa" (art. 8, comma 3, delibera 173/07/Cons).

4) Altra difficoltà non trascurabile dell'attività di conciliazione è rappresentata dai rapporti non sempre fluidi con le

(26) Si tratta, segnatamente, di BT Italia Spa, Tiscali, Elitel, Sky.

associazioni dei consumatori, che nel corso della procedura assumono sovente atteggiamenti antagonistici, scarsamente professionali, certamente a scapito dell'utente. In occasione della modifica della delibera 182/02/Cons i Corecom non condivisero la proposta di estendere a consulenti o rappresentanti delle associazioni di consumatori la facoltà di assistere le parti in udienza, sottolineando tra l'altro la mancanza dei requisiti previsti dalla direttiva europea per tali soggetti. Tuttavia l'Agcom ritenne di non recepire questa indicazione.

5) Il più importante operatore di telefonia fissa, forse per ragioni organizzative interne, non sempre ha messo a disposizione per tempo le figure professionali necessarie ad attivare i tavoli di udienze e consentire di svolgere le conciliazioni nei termini previsti dal regolamento. Basti pensare che alcuni Corecom, in particolare nel Sud, hanno accumulato ritardi di sei mesi nella convocazione delle udienze, non solo a causa di inefficienza e disfunzioni interne, ma per l'indisponibilità di quest'operatore a calendarizzare una data d'udienza. Un'opportuna sollecitazione da parte dell'Agcom nei confronti dell'operatore al rispetto delle procedure normativamente previste potrebbe aiutare a risolvere una situazione critica e consentire ai Corecom di svolgere nei tempi richiesti la propria attività ordinaria di conciliazione.

6) Una questione emersa di recente in modo sempre più netto riguarda il ritardato adempimento degli accordi assunti dal gestore in sede di conciliazione. Per questi frequenti inadempimenti sono pervenute ai Corecom numerose lamentele e richieste di informazioni da parte degli utenti circa il comportamento da tenere nel caso in cui il contenuto dell'accordo venga disatteso da parte dell'operatore. In questi casi l'utente si rivolge direttamente alla sede presso la quale ha raggiunto l'accordo transattivo, e i Corecom, andando oltre le proprie specifiche competenze, devono spesso attivarsi nei confronti dell'operatore per cercare di rispondere alle esigenze dell'utente, con un dispendio di energie e di risorse non indifferente per la struttura.

7) Da ultimo, l'utilizzo dei numeri speciali continua a rappresentare un grave problema sociale, soprattutto per l'utente più debole e più impreparato. Questa tecnica è frequentemente impiegata nelle trasmissioni televisive dedicate al gioco del lotto, agli oroscopi, alle vincite, oppure in alcuni siti Internet. La rilevanza che il fenomeno sta assumendo è sotto gli occhi di tutti, ma la legislazione vigente non consente ai Corecom alcun intervento diretto sul punto specifico.

L'Autorità è stata più volte sensibilizzata su tali problematiche, per le quali tuttavia non è ancora stata individuata una regolamentazione adeguata. Per compensare a questo vuoto normativo i Corecom sono spesso costretti a cercare soluzioni "creative" e di buon senso, attivando, ove possibile, rapporti diretti e di collaborazione con gli enti gestori. Resta che, di fronte a comportamenti scorretti e anomali dei gestori di imprese di comunicazione, i Corecom non hanno alcun potere sanzionatorio diretto, ma solo la possibilità di inoltrare segnalazioni all'Autorità, in molti casi senza avere modo di conoscerne gli sviluppi successivi. In vista del conferimento delle nuove deleghe in tema di monitoraggio, definizione delle controversie e tenuta del registro degli operatori delle comunicazioni, avviato con l'accordo quadro del dicembre 2008, si potrebbe forse ripensare a questa scelta e attribuire ai Corecom diretti poteri di intervento sul mercato, mediante l'irrogazione di sanzioni per i comportamenti illeciti da essi riscontrati. D'altra parte, l'attribuzione del potere di definire le controversie e la gestione del registro degli operatori (Roc) implica di per sé il conferimento di poteri esterni ai Corecom, mediante l'assunzione di provvedimenti destinati ad incidere sui terzi; poteri che rimarrebbero in un certo senso privi del naturale complemento laddove ad essi non fosse associato il potere di sanzionare gli eventuali comportamenti illeciti o scorretti.

Su questi aspetti non si può fare a meno di evidenziare una precisa responsabilità dell'Agcom: il mancato intervento per la soluzione delle problematiche sopra indicate, da un lato, e la scarsa trasparenza che circonda i procedimenti sanzionatori

nei confronti degli operatori, dall'altro, costringono sovente i Corecom a "girare a vuoto", svolgendo procedimenti ed effettuando segnalazioni che poi restano senza riscontro.

4. *Le prospettive future. La delega ai Corecom per la definizione delle controversie*

Come si è ricordato, la delibera 173/07/Cons prevede la possibilità di delegare ai Corecom la definizione delle controversie, attualmente gestita dall'Autorità. Il nuovo accordo quadro, sottoscritto il 4 dicembre 2008 tra le parti interessate (Autorità di garanzia, Consigli e Giunte regionali), prevede la delega ai Corecom di ulteriori funzioni originariamente attribuite all'Agcom, tra cui la definizione delle controversie in sede di ricorso amministrativo.

Per svolgere questa funzione nel rispetto della normativa esistente i Corecom dovranno organizzarsi in modo da garantire la separazione tra la funzione di conciliazione e quella di definizione delle controversie e, nell'ambito di questa, tra competenze istruttorie e decisorie. Occorreranno pertanto figure professionali in grado di assicurare una corretta gestione di queste attività, che, come disciplinate dalla delibera 173/07/Cons, comportano l'adozione dei provvedimenti finali, dotati di impatto diretto sulla sfera soggettiva dei terzi, e richiedono pertanto il coinvolgimento del Comitato e del dirigente della struttura. Trattandosi di un secondo grado della conciliazione, si rende necessario istruire la pratica valutando il merito del contenzioso, anche dal punto di vista tecnico, definire l'entità degli eventuali indennizzi, quantificare il rimborso delle spese legali ed infine emettere il provvedimento. Questi caratteri rendono evidente che l'attività definitoria richiede specifiche competenze giuridiche, conoscenze tecniche nel settore delle telecomunicazioni, massima imparzialità e adeguata formazione dei funzionari.

Per quanto riguarda l'impatto quantitativo che questa nuova

delega avrà sui Corecom, la valutazione non può che essere presuntiva. In proposito è doveroso ipotizzare che tutti gli utenti che non abbiano trovato soddisfazione nell'accordo transattivo presenteranno, al termine dell'udienza di conciliazione, istanza per la definizione della controversia. Ora, considerato che gli esiti negativi delle conciliazioni, a seconda delle realtà territoriali, oscillano fra il 35 e il 50% del totale delle istanze presentate, stante l'attuale dimensione dell'attività di conciliazione (a fine 2007 attestatasi a livello nazionale oltre le 35.000 istanze complessive, con una crescita minima intorno al 70-80% rispetto all'anno precedente), si può ipotizzare che immediatamente dopo la sottoscrizione delle convenzioni per l'esercizio della nuova delega i Corecom si troveranno a dover gestire tra le 12.000 e le 17.000 istanze "di secondo grado". Un diverso calcolo, basato sul numero di ricorsi presentati all'Agcom negli ultimi anni, rischia infatti di essere fallace: in analogia a quanto avvenuto con il decentramento della conciliazione, anche l'attività di definizione delle controversie, finora gestita esclusivamente presso la sede centrale dell'Autorità, potrebbe aumentare notevolmente in termini quantitativi, di pari passo con l'avvicinamento della sede arbitrale, che la rende più facilmente accessibile ai cittadini.

Vista la complessità delle procedure da svolgere, i Corecom dovranno dotarsi di professionalità altamente qualificate e di un assetto organizzativo interno in grado di soddisfare la condizione, posta dall'ordinamento settoriale, che l'esercizio delle funzioni arbitrali avvenga in modo da coinvolgere sia l'apparato politico-istituzionale, sia le strutture amministrative. Trattandosi di attività completamente nuova per i Corecom, e per le Assemblee legislative all'interno delle quali essi si radicano, è indispensabile che, al momento del trasferimento delle deleghe, si avvii un percorso formativo idoneo, eventualmente concepito d'intesa con gli ordini professionali (v. sopra), per tutte le figure coinvolte nell'attività arbitrale. È inoltre importante garantire l'armonizzazione delle procedure, dei contenuti decisori e delle professionalità, per assicurare un comportamento omogeneo da

parte di tutti i Corecom e offrire risposte uniformi ai cittadini-utenti su tutto il territorio nazionale. A questo fine è indispensabile dare vita a forme di raccordo tra i Corecom, e tra questi e le istituzioni – centrali e regionali – coinvolte nell'attività di definizione delle controversie, per favorire la diffusione di *best practices* e la circolazione di modelli ed esperienze positivi.

L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia-Romagna.

Gli scenari dei conflitti: comunità, scuola, imprese

di Ana Uzqueda

Sommario

1. *L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia-Romagna.* – **2.** *Gli scenari dei conflitti: comunità, scuola, imprese.* – **3.** *Gli enti locali e la mediazione dei conflitti urbani.* – **4.** *Un cambio di paradigma professionale.*

1. L'esperienza della mediazione civile e commerciale in Emilia-Romagna

L'introduzione della conciliazione⁽¹⁾ quale strumento per consentire un più facile accesso alla giustizia da parte dei cittadini, richiede innanzitutto di un cambiamento nella concezione tradizionale della giustizia: dal sistema aggiudicativo a quello autocompositivo; dal paradigma vincente-perdente, al modello cooperativo; dall'identificazione delle pretese fondate sull'applicazione di una regola generale di diritto, all'individuazione degli interessi sottostanti le posizioni per l'elaborazione di una soluzione adatta ai veri bisogni delle parti.

(1) I termini “mediazione” e “conciliazione” indicano forme cooperative e non formali di soluzione delle controversie tramite l'intervento di un terzo imparziale, privo del potere di decisione sulla sostanza del conflitto. Attualmente hanno campi di applicazione e caratteristiche proprie. La distinzione terminologica si accentua in modo direttamente proporzionale alla professionalizzazione della conciliazione, alla sistematizzazione delle tecniche e delle strategie impiegate dagli operatori e agli sviluppi teorici degli studiosi del settore. In genere in Italia si riserva il termine conciliazione all'ambito civile, commerciale e del lavoro e mediazione al settore familiare, sociale, educativo e penale. A livello internazionale, l'utilizzo del termine mediazione in questi ambiti è pacifico; nel settore civile e commerciale, non c'è invece un criterio uniforme sulla denominazione e a volte si indica come conciliazione la stessa procedura che in altri paesi è chiamata mediazione.

La conciliazione rappresenta un modo radicalmente diverso di gestire i conflitti nati in ambito civile e commerciale, per cui la principale sfida è rappresentata dalla necessità di fare capire il significato: la conciliazione intesa non come mero strumento alternativo, ma come un'opportunità in più a disposizione dei cittadini; non come una restrizione dell'accesso alla giustizia, ma come una diversificazione degli strumenti destinati ad un'efficace tutela dei diritti. Questo è il messaggio che da più di una decade trasmettono in Italia le camere di commercio e, in alcune realtà, gli enti locali.

In Emilia-Romagna, ad esempio, coesistono due esperienze che si complementano a vicenda: da una parte, i servizi di conciliazione commerciale offerti dalle camere di commercio per la composizione delle controversie tra imprese, tra imprese e consumatori nonché in ambito societario, bancario e di intermediazione immobiliare; dall'altra i servizi di mediazione sociale offerti da alcuni enti locali ai cittadini per la gestione dei conflitti di vicinato e condominio.

Le camere di commercio sono state le pioniere in Italia nella gestione di servizi di conciliazione riguardanti le controversie commerciali, attività che ha trovato riconoscimento normativo con la legge 580/1993, sulla riorganizzazione degli enti camerale, e che si è consolidata con l'emanazione della legge 192 nell'anno 1998 in materia di subfornitura industriale⁽²⁾.

I principali vantaggi della conciliazione amministrata dal sistema camerale sono:

- l'adozione di un regolamento uniforme;
- standard per la formazione dei conciliatori;
- adozione di un codice deontologico.

(2) L'art. 10 della legge 192/1998 disciplina un tentativo obbligatorio di conciliazione davanti agli enti camerale prima di qualsiasi altra azione giudiziale o stragiudiziale per controversie relative a contratti di subfornitura: "Art. 10 (*Conciliazione e arbitrato*) – 1. Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'articolo 5, comma 4, le controversie relative ai contratti di subfornitura di cui alla presente legge sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore, ai sensi dell'articolo 2, comma 4, lett. a) della legge 29 dicembre 1993, n. 580".

Il regolamento. Nell'anno 2005 UnionCamere nazionale, con la collaborazione del Tavolo di lavoro sulla conciliazione e della Commissione di studio sulla conciliazione camerale, che ha coinvolto i maggiori esperti in materia⁽³⁾ nonché le camere di commercio, ha adottato un nuovo regolamento e degli standard uniformi per la formazione dei conciliatori, allo scopo di adeguarsi alle ultime riforme legislative e dare una risposta alle necessità emerse fra gli operatori camerale durante il triennio di applicazione del primo regolamento uniforme, risalente all'anno 2002.

Con il regolamento unico di conciliazione, che garantisce l'omogeneità del servizio offerto da tutte le camere di commercio d'Italia, sia dal punto di vista della procedura che da quello delle tariffe, è stata ratificata la scelta del modello facilitativo per la gestione delle procedure conciliative.

Il regolamento stabilisce gli aspetti operativi della procedura (che rimane comunque flessibile e adattabile ad ogni singola controversia): l'ambito di applicazione, l'avvio della conciliazione, il ruolo e la modalità di nomina del conciliatore, il compito della Segreteria che amministra la procedura, la modalità conclusiva dell'incontro e la riservatezza.

Standard per la formazione dei conciliatori. Gli standard formativi uniformi costituiscono delle indicazioni minime che le camere di commercio dovranno necessariamente rispettare, ma che potranno arricchire laddove richiesto dalle esigenze del territorio di riferimento. Con gli stessi sono stati determinati gli obiettivi, i contenuti, l'impegno orario e la metodologia didattica dei diversi percorsi formativi. È stata sottolineata inoltre l'importanza della formazione continua, quale requisito imprescindibile per la permanenza negli elenchi dei conciliatori delle camere di commercio, nonché della valutazione finale, come garanzia di qualità del servizio.

(3) Tra cui la prof.ssa Chiara Giovannucci Orlandi, il prof. Gaetano Armao e l'autrice del presente lavoro.

Sono state così definite le caratteristiche del corso base di formazione (con un impegno orario di 36 ore, di cui almeno 16 ore di formazione pratica e 4 di valutazione finale), del corso avanzato (16 ore di formazione con valutazione facoltativa), dei corsi integrativi necessari per completare la formazione minima stabilita dai nuovi standard (16 ore, di cui 4 di valutazione finale), dei corsi di aggiornamento obbligatori a cadenza biennale (della durata di 12 ore compresa la valutazione di 4 ore) e dei corsi di formazione per conciliatori in materia societaria (della durata totale di 44 ore compresa la valutazione finale).

Dal 2003 al 2007 sono stati formati 6.112 conciliatori di cui 1.088 solo nel 2007.

Il codice deontologico è stato redatto ispirandosi al codice deontologico approvato dall'Unione Internazionale degli avvocati nella sessione 2 aprile 2002, e adattato alla conciliazione amministrata dalle CCIAA italiane. I principi di comportamento, che costituiscono una garanzia dell'imparzialità, indipendenza e riservatezza delle parti, stabiliscono anche che il conciliatore non solo deve essere formato adeguatamente ed aggiornare costantemente la propria preparazione in tecniche di composizione dei conflitti, ma che è anche tenuto a rifiutare la nomina nel caso in cui non si ritenga qualificato.

L'adozione di un tariffario con costi predeterminati. Con l'adozione del regolamento uniforme, nell'anno 2005 è stato anche adottato un tariffario del servizio, nel quale è stato stabilito l'ammontare minimo e massimo delle indennità spettanti ai servizi di conciliazione camerale e il criterio di calcolo. Gli importi indicati come indennità corrispondono all'importo posto a carico degli utenti per la fruizione del servizio (comprensivo delle spese di avvio del procedimento, le spese di mediazione e l'onorario del conciliatore per l'intero procedimento).

Gli enti locali. In Emilia-Romagna, diversi sono gli enti locali che da diversi anni offrono servizi di mediazione dei conflitti sociali, in particolare quelli nati dai rapporti di vicinato e di condominio. Si tratta di servizi gratuiti creati fundamentalmente con l'obiettivo di migliorare la qualità della vita urbana.

Per “mediazione sociale” si intende un procedimento finalizzato a far evolvere dinamicamente una situazione di conflitto, aprendo canali di comunicazione che si erano bloccati. La mediazione sociale è, quindi, una “procedura” di gestione dei conflitti tra i membri di una comunità in base alla quale il mediatore, quale terzo imparziale, assiste le parti in conflitto facilitandone la comunicazione, guidando la loro negoziazione e orientandole verso la ricerca di accordi di reciproca soddisfazione.

Tra le principali tipologie di conflitti affrontate nell’ambito della mediazione sociale vi sono i disaccordi e i contrasti tra cittadini in relazione all’utilizzo degli spazi comuni e del verde privato, inquinamento acustico e rumori molesti anche dovuti alla presenza di animali domestici.

Le iniziative avviate dagli enti locali in materia di mediazione sociale rispondono alle indicazioni del Consiglio d’Europa che riconosce alla mediazione una funzione utile nella gestione dei conflitti per mantenere i legami sociali. Gli stessi principi hanno motivato la provincia di Roma a concedere il Premio Tom Benetollo, in ricordo dell’impegno civile del presidente nazionale dell’ARCI prematuramente scomparso, per le buone pratiche locali al Servizio di mediazione sociale del comune di Reggio Emilia, in considerazione dell’originalità e dell’innovazione, del significato culturale e dell’impatto che ha dimostrato di avere sulla vita concreta dei cittadini⁽⁴⁾.

Come riferito dal presidente della provincia di Roma, Adriano Labbucci: “Il progetto messo in atto dal comune di Reggio Emilia ha evidenziato la centralità della mediazione che, puntando su relazioni costruttive e favorendo la comunicazione ecologica, è la miniatura a misura di cittadino della soluzione delle controversie auspicata tra i popoli”⁽⁵⁾.

(4) Alle selezioni del Premio hanno concorso 54 province, comuni e comunità montane con 77 progetti. Tra questi, il Centro per la mediazione sociale dei conflitti del comune di Reggio Emilia che ha ottenuto il primo premio.

(5) Così in occasione del conferimento al Comune di Reggio Emilia del “Premio

2. *Gli scenari dei conflitti: comunità, scuola, imprese*

Per capire le potenzialità che offre lo strumento della mediazione, è importante individuare le tipologie di conflitti che potrebbero interessare i diversi ambiti di applicazione.

In ambito sociale o di comunità, i conflitti più frequenti sono:

- *Controversie condominiali e negli alloggi comunali*: come noto, nel condominio e negli alloggi comunali le discordie ed i contrasti tra gli abitanti sono oggetto di frequenti preoccupazioni; oltre ai problemi insorgenti a seguito di rapporti di vicinanza e di contiguità, vi è infatti, la reciproca interdipendenza nell'uso delle cose comuni. Ugualmente difficile appare poi l'armonizzazione dei vari interessi, poiché sovente sono assai diverse le finalità perseguite dai condomini di uno stesso immobile:

- 1) verde privato: questioni generate dalla presenza di alberi o siepi che escono dai confini di proprietà e dalla falciatura dell'erba dei giardini;

- 2) inquinamento acustico: nei casi in cui l'inquinamento acustico non è tale da rientrare nell'ambito della normativa vigente, ma è comunque causa di disagio per i condomini di uno stabile;

- 3) inquinamento atmosferico: nei supposti in cui le emissioni in atmosfera da canne fumarie di piccole attività (ad. es. pizzerie o ristoranti), considerate emissioni non rilevanti dalla normativa vigente, sono motivo di disturbo per i cittadini residenti nelle immediate vicinanze;

- 4) presenza di animali domestici;

- 5) scarico di acque pluviali, servitù di passaggio, manutenzione di strade private;

- 6) conflitti derivati dai rapporti intergenerazionali che spesso costituiscono un altro ambito di criticità in relazione all'utilizzo di spazi pubblici.

• *La mediazione in ambito scolastico.* L'inserimento della mediazione tra i processi di gestione dei conflitti scolastici cerca di favorire lo sviluppo dell'autonomia degli studenti e si propone come strumento per la prevenzione della violenza nelle scuole.

Nella mediazione, il contesto competitivo del rapporto vincitore-sconfitto è sostituito da un contesto collaborativo, e a questo scopo, lo sviluppo delle abilità sociali diventa parte fondamentale dei programmi di formazione in mediazione rivolti agli studenti, con la finalità di creare un ambiente facilitante dove gli studenti possano trovare maggiori possibilità di crescita e di sviluppo delle proprie potenzialità.

La mediazione in ambito scolastico consiste nell'allenamento delle abilità negoziali e comunicative degli studenti delle scuole medie e superiori per riuscire a mediare i conflitti tra i loro compagni, attraverso il modello conosciuto a livello internazionale come "peer mediation". I conflitti più frequenti tra gli studenti riguardano le prese in giro, le incomprensioni nell'ambito delle amicizie, gli etichettamenti, le dinamiche di esclusione e i danni ad oggetti personali come libri, dvd e cellulari.

Dalla ricerca svolta nell'ambito del Progetto europeo sul bullismo, condotta in sette paesi europei nel biennio 2006-2008, è emerso che la mediazione scolastica è uno degli approcci utilizzato nell'ambito della prevenzione del bullismo⁽⁶⁾.

• *I conflitti nelle imprese e nelle organizzazioni.* Oltre ai conflitti tra imprese (v. paragrafo 1), ci sono conflitti che nascono *all'interno* delle imprese e delle organizzazioni in generale,

(6) Progetto Leonardo "Analisi comparativa dei metodi utilizzati con successo nella lotta contro il bullismo: la formazione dei formatori – Progetto Bullismo". I sette paesi partecipanti al progetto sono: Gran Bretagna (Lincoln Christ's Hospital School); Germania (University of Koblenz-Landau), Italia (Associazione Equilibrio & Risoluzione Conflitti), Polonia (Centro di Formazione dei Docenti Cracovia), Romania (Uniunea Sindicala Didactica), Repubblica Ceca (Associazione Tempo) e Spagna (Scuola San José Maristak Durango).

che richiedono un approccio sistemico per la loro gestione. Le cause principali dei conflitti di natura organizzativa sono:

- sistema di comunicazione inefficace, che può generare confusione e demotivazione;
- disaccordo con le politiche/valori dell'organizzazione, in quanto percepiti come ingiusti;
- mancanza di chiarezza negli obiettivi dell'organizzazione/area/posto di lavoro;
- mancanza di definizione delle responsabilità e delimitazione dei posti di lavoro;
- mancanza di partecipazione nell'adozione delle decisioni, non condivisione dei criteri distributivi delle risorse organizzative,
- mancanza di abilità sociali che provocano difficoltà relazionali e incompatibilità di personalità.

3. *Gli enti locali e la mediazione dei conflitti urbani*

La domanda che sorge più spontanea per gli enti locali è perché un comune dovrebbe attivarsi per la creazione di un servizio di mediazione sociale.

Secondo Zygmunt Bauman, la globalizzazione ha generato “un'importante trasformazione che ha interessato le strutture statali, le condizioni lavorative, le relazioni tra gli Stati, la soggettività collettiva, la produzione culturale, la vita quotidiana e le relazioni interpersonali” (7).

Le complesse trasformazioni delle dinamiche sociali costituiscono un terreno sufficientemente fertile per favorire la nascita di molti conflitti sociali di diversa natura, di molteplici forme e di diversa intensità.

Allo stesso modo, anche le forme di esclusione sociali presenti nelle società attuali generano altri spazi per il confronto.

(7) Z. BAUMAN, *Identidad. Zygmunt Bauman. Conversazioni con Benedetto Vecchi*. Buenos Aires, Losada, 2005.

Emerge così la necessità di trovare nuove risposte che richiedono decisioni politiche, economiche e sociali, per favorire la ricomposizione dei legami tra i diversi attori sociali. Una di queste risposte è costituita sicuramente dalla mediazione sociale, intesa non solo come un ambito per la composizione di dispute, ma anche come uno spazio di socializzazione.

I conflitti rappresentano una delle circostanze che possono essere significative per un individuo anche quando non sfociano in manifestazioni esteriori di violenza o di insofferenza. Molto spesso, questi, pur presentandosi agli occhi di terzi come banali o di poco conto, assumono invece una grossa rilevanza per chi li vive. Tuttavia mentre le manifestazioni di disagio più gravi a livello sociale trovano accoglienza in numerosi Servizi Sociali od istituzioni pubbliche, ciò non avviene per quelle forme espressione di conflitti tra vicini.

La capacità di risolvere i conflitti è senza dubbio un elemento importante per valutare lo spessore civico, sociale e culturale di una collettività. Uno dei principali compiti del comune è quello dello sviluppo della sicurezza, con particolare riferimento all'emergere di fenomeni di illegalità diffusa. La domanda di sicurezza da parte dei cittadini riguarda la paura personale di rimanere vittima di un reato e di subirne le conseguenze, ma assume anche l'aspetto di una preoccupazione di carattere più generale, legata anche al diffondersi di semplici atti di inciviltà con il rischio di logorare i rapporti al punto di sfociare in veri e propri episodi di violenza urbana.

Poiché la domanda di sicurezza è legata dunque alla paura personale e alla preoccupazione sociale, essa non si risolve in una semplice richiesta di ordine pubblico, cioè nell'esigenza di un'azione repressiva volta a diminuire il numero e la gravità dei reati.

La complessità della vita sociale, richiede strumenti specifici e flessibili che privilegiano interventi integrati di natura preventiva, quali pratiche di mediazione, laboratori con i cittadini sulla gestione dei conflitti quotidiani e iniziative di mediazione scolastica. La mediazione viene così prospettata, come parte del

processo autoformativo delle persone per consentire alle stesse di affrontare in maniera costruttiva le situazioni che possono sfociare in conflitti.

I comuni di solito ricevono ogni giorno richieste di intervento da parte dei cittadini per conflitti tra condomini o vicini che spesso non rientrano nell'ambito della competenza dell'amministrazione poiché avvenuti nella sfera dei rapporti tra privati. Per questi tipi di controversie a volte la giurisdizione ordinaria da sola non può fornire le risposte adeguate, sia per la durata e i costi delle cause, sia perché il conflitto riguarda fundamentalmente aspetti soggettivi legati alla mancanza di comunicazione, alla percezione selettiva e alla diffidenza che hanno logorato i rapporti.

L'attivazione di un Centro di mediazione sociale permette di trasformare il conflitto in una occasione di cooperazione e comunicazione, per creare una maggiore armonia sociale e contribuire alla prevenzione della violenza urbana e al disagio.

4. *Un cambio di paradigma professionale*

La mediazione è l'unica procedura di composizione dei conflitti che parte da principi realmente autocompositivi in grado di produrre una trasformazione, un'emancipazione dei cittadini⁽⁸⁾.

La competenza professionale dei mediatori è costituita da un insieme di saperi, abilità e risorse che si traduce anche nella capacità di reinvestire e di riposizionare l'intero patrimonio delle conoscenze e delle competenze accumulate in contesti diversi.

(8) S. BOAVENTURA DE SOUSA, *A crítica da razão indolente – Contra o desperdício da experiência*, São Paulo, 2005, introduce i concetti di regolazione e di emancipazione vincolati al diritto e alla ripercussione sulle persone. Secondo l'Autore, ci sono stati momenti storici in cui il diritto è stato utilizzato per regolare o per emancipare. La mediazione potrebbe essere definita da questa prospettiva come parte del diritto emancipatore per promuovere l'autocomposizione e l'esercizio pieno dei diritti.

La mediazione rappresenta una grande sfida e una modalità molto diversa da quella con cui quotidianamente i professionisti gestiscono le controversie. Ecco che il saper divenire, il sapere riorientarsi verso un nuovo paradigma di gestione dei conflitti, diventa un aspetto fondamentale per il suo sviluppo.

La mediazione è in continua crescita e svariati sono i settori in cui è possibile la sua applicazione: controversie commerciali, urbanistiche, edilizia pubblica e privata, conflitti nati in ambito sanitario, sociale, familiare, penale, ambientale, organizzativo (mediazione all'interno delle organizzazioni), sono soltanto alcuni esempi. Si tratta di scenari che presuppongono un approccio interdisciplinare, e che richiedono necessariamente un orientamento in termini negoziali e non conflittuali.

Le iniziative della Regione Emilia-Romagna per la divulgazione della conciliazione stragiudiziale

di *Francesca Paron*

Sommario

1. Premessa. – **2. L'approccio della Regione Emilia-Romagna.** – **3. La promozione della cultura della conciliazione nel contesto delle linee proposte dall'Unione europea.** – **4. L'accordo quadro sulla semplificazione e l'Intesa per la diffusione della conciliazione tra Regione Emilia-Romagna, UnionCamere regionale e Intercent-er.** – **5. Un nuovo impegno per le politiche di sostegno alla conciliazione.** – **6. Conclusioni.**

1. Premessa

L'amministrazione regionale, che ha tra le sue finalità lo sviluppo del territorio, il rafforzamento del sistema imprenditoriale entro e oltre i propri confini geografici, la crescita del benessere materiale e immateriale delle comunità locali, la coesione e l'integrazione del sistema istituzionale, la modernizzazione e la semplificazione della pubblica amministrazione, non può certamente trascurare, tra i suoi obiettivi generali, il tema dei diritti individuali e collettivi.

Se è vero che “la mancanza di effettività della giustizia equivale alla violazione del diritto fondamentale di ogni individuo ad ottenere in concreto giustizia”⁽¹⁾ allora è anche vero che nel nostro Paese – come si evince dalle relazioni che accompagnano l'apertura dell'anno giudiziario – la situazione appare alquanto critica.

Uno dei problemi più evidenti in tema di diritti è costituito dal fatto che spesso siamo di fronte a casi di giustizia ritardata

(1) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

che – come alcuni esperti sostengono – è giustizia denegata: la lunghezza e la lentezza dei procedimenti giudiziari, determinata in gran parte dalla carenza di strutture e di personale, dalla inadeguata disponibilità di strumenti informatici, da un sistema normativo ridondante e poco organico, contribuisce a generare nei cittadini e nelle imprese un senso latente di sfiducia che spesso si tramuta nella rinuncia a perseguire la tutela dei propri diritti.

Da una indagine di UnionCamere nazionale condotta nel 2006 risulta che il 43,20% dei cittadini esprime fiducia nel sistema giudiziario. E il restante 66,80%? Se il costo medio delle spese del giudizio, sommato agli onorari dei legali, per una lite di 2.000 euro è pari – se non superiore – a circa 2.500 euro, come possiamo sorprenderci che i cittadini rinuncino a far valere i propri diritti?

Secondo rilevazioni ufficiali aggiornate al 2006, i cittadini e le imprese che fanno valere un diritto davanti al giudice devono attendere in media 887 giorni per una sentenza di primo grado, 808 giorni per l'appello e 912 per l'eventuale giudizio in Cassazione: un totale di 2607 giorni, pari a oltre 7 anni.

Nel periodo 2002-2006, il contenzioso per violazione del termine ragionevole del processo è costato allo Stato italiano circa 41 milioni di euro, di cui quasi 18 milioni soltanto nel 2006.

Se pensiamo poi al mondo delle imprese e dunque all'economia, il quadro appare, forse, ancora più critico. Molti studi recenti confermano che la crisi della giustizia penalizza le imprese italiane contribuendo a ridurre la loro competitività. Costi e tempi di recupero del credito si ripercuotono in modo determinante sulle imprese, specialmente su quelle di piccole dimensioni. Ma non solo. Da un Rapporto della Banca mondiale del 2008⁽²⁾ si evince che la lentezza dei processi costituisce uno dei principali ostacoli allo sviluppo produttivo dell'Italia in quanto genera incertezza negli scambi e demotiva gli investitori

(2) *Doing Business 2008*: <http://www.doingbusiness.org/economyrankings>.

stranieri: su 178 paesi analizzati l'Italia si posiziona al 156° posto.

2. L'approccio della Regione Emilia-Romagna

Che fare dunque? La Regione ha scelto la strada di sostenere la cultura della conciliazione, attraverso la valorizzazione delle esperienze di conciliazione avviate in questi anni dalle camere di commercio, dal Corecom, dalle associazioni dei consumatori. Ci si propone di accrescere la sensibilità degli ordini professionali, in primis degli avvocati e dei commercialisti, che mostrano interesse ad approfondire il tema delle ADR.

È importante sostenere la conciliazione proponendola come strumento capace di integrarsi con il sistema giudiziario, sulla base di una efficace ripartizione di ruoli e di competenze: non tanto quindi uno strumento alternativo quanto uno strumento che affianchi la giustizia ordinaria e contribuisca a facilitare l'accesso alla giustizia da parte di cittadini e imprese. È necessario, pertanto, avviare esperienze concrete a sostegno della conciliazione dando vita a forme permanenti di collaborazione tra enti che amministrano le procedure di conciliazione e tra questi e le istituzioni pubbliche per indirizzare insieme i comportamenti individuali e collettivi, per qualificare ulteriormente la conciliazione, per agevolare le condizioni di sviluppo e di competitività delle imprese.

E da ultimo, ma non meno importante, è rilevante per la Regione l'impegno nel favorire la cultura della pace sociale⁽³⁾ insistendo sulla necessità di superare un concetto assai

(3) Obiettivo posto in rilievo anche nel libro verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002 della Commissione europea: "È opportuno mettere particolarmente in risalto il ruolo dell'ADR come strumento al servizio della pace sociale. In effetti, nelle forme di ADR in cui i terzi non prendono alcuna decisione, le parti non si affrontano più, ma al contrario s'impegnano in un processo di riavvicinamento, e scelgono esse stesse il metodo di risoluzione del contenzioso svolgendo un ruolo più attivo in tale

diffuso, ma estremamente *dispendioso*: che il conflitto cioè, debba tradursi inevitabilmente in un dissidio inconciliabile, perché il bisogno percepito come irrinunciabile è quello di avere ragione, non quello di trovare una soluzione. Si tratta quindi di lavorare per sostenere e promuovere un approccio culturale nuovo. Si tratta di insistere sul concetto che in una lite le parti non debbano essere necessariamente nemiche ma possono essere avversarie e che utilizzando la conciliazione possono trovare una soluzione *amichevole* alle loro dispute. Le parti *avversarie* hanno così la possibilità di fare a meno persino dell'ordine imposto. La conciliazione offre alle parti un percorso che invita ad un'interazione diretta facilitata da un mediatore, il quale è sì privo di potere decisionale, ma è al contempo preparato a dare coerenza e ordine al loro rapporto ⁽⁴⁾ conflittuale.

La Regione ritiene che una pubblica amministrazione che vuole porsi concretamente in una dimensione innovativa nel rapporto con la comunità dei cittadini, con le imprese e le istituzioni, possa e debba assumersi il ruolo di facilitatore e promotore di iniziative tese a migliorare l'efficienza dell'intero sistema amministrativo. Iniziative che possono anche esulare dai consueti assetti di competenze legislativamente definite, ma che hanno il potere di definire una nuova qualità del vivere sociale.

Il tema della conciliazione stragiudiziale è, in questo senso, un'occasione emblematica per una amministrazione regionale, chiamata ad agire con efficacia nel dispiegare la propria capacità di governo: interpretare i bisogni emergenti dei cittadini, considerandoli il baricentro fondamentale del proprio agire.

processo per tentare di trovare da sole la soluzione che conviene loro di più. Questo approccio consensuale aumenta le possibilità per le parti di mantenere, una volta risolta la lite, le loro relazioni di natura commerciale o di altra natura”.

(4) Si veda il contributo di Giovanni Così dell'Università di Siena, pubblicato in questo fascicolo.

Questo è ciò che può davvero conferire una legittimità sostanzialmente nuova alla pubblica amministrazione.

Pur non avendo competenze né conferite né tantomeno proprie in materia di giustizia, la Regione interviene ed è intervenuta concretamente nel sostenere con azioni mirate e in momenti di difficoltà il sistema della giustizia, mediante l'attivazione di accordi interistituzionali. Ma non basta. La Regione è convinta che si possano ottenere i migliori risultati nell'ambito del tema dei diritti se si realizza un vero sistema integrato della giustizia – intesa come servizio ai cittadini – e una collaborazione costante con le istituzioni e i soggetti che in tale ambito operano.

3. La promozione della cultura della conciliazione nel contesto delle linee proposte dall'Unione europea

Il tema della conciliazione stragiudiziale comincia ad acquistare una dimensione importante nell'agenda della Regione Emilia-Romagna in occasione del progetto europeo “Promoting a wider culture on alternative dispute resolution in civil and commercial matters” avviato nel 2006 in collaborazione con la Regione Toscana, l'Associazione Infodroits dell'Aquitaine e la Comunitat Autònoma de València⁽⁵⁾.

L'importanza di partecipare al progetto europeo è parsa subito evidente almeno per tre ordini principali di ragioni:

- da un lato, per intraprendere un percorso di approfondimento sostanziale, normativo e dottrinale, sul tema della conciliazione e del fenomeno del contenzioso, letto attraverso l'utilizzo della chiave che chiamiamo “accesso alla tutela dei diritti”;

- dall'altro per assumere un ruolo attivo nella promozione della cultura della conciliazione con l'audace obiettivo sia di

(5) Agreement n. JLS/2005 fpc/041-30-ce-0036399/00-39.

contribuire indirettamente al superamento della deflazione del contenzioso giudiziario di cui tutti i paesi europei hanno necessità, non da ultimo il nostro, sia di contribuire ad ampliare la conoscenza dei cittadini riguardo alla gamma di possibilità e strumenti per la risoluzione di eventuali liti;

– infine, per creare e consolidare un network con le realtà territoriali locali e con quelle europee che in tema di conciliazione, sia pure nell'ambito dei propri peculiari ordinamenti, sono attive e propositive e con le quali poter mantenere un efficace e reciproco confronto sulle esperienze sino ad ora intraprese e su quelle future.

Il progetto, conclusosi nel mese di aprile del 2007⁽⁶⁾, ha permesso di ricostruire un quadro esaustivo circa i contenuti e le specificità della normativa europea in tema di ADR (il libro verde della Commissione, le raccomandazioni, le convenzioni, le risoluzioni, le direttive del Parlamento europeo). Nel corso del progetto, inoltre, sono state realizzate approfondite analisi delle tre diverse legislazioni nazionali attinenti le forme alternative di risoluzione delle controversie, gli ambiti di applicazione e lo studio comparato dei tre sistemi (italiano, francese e spagnolo) dalla cui base si è poi giunti a realizzare la ricognizione degli ambiti di applicazione dei metodi di risoluzione alternativa delle controversie, ricostruendo l'effettività del ricorso alle ADR e le sue specificità.

4. *L'accordo quadro sulla semplificazione e l'Intesa per la diffusione della conciliazione tra Regione Emilia-Romagna, UnionCamere regionale e Intercent-er*

Nei diversi mesi di attività dedicati allo svolgimento del progetto, è emerso con evidenza che i metodi alternativi di risoluzione delle controversie costituiscono un tassello, tra i tanti,

(6) I risultati del progetto sono reperibili nel sito <http://www.adreurope.info>.

delle politiche di semplificazione ed è in questa prospettiva che la Giunta regionale inserisce il tema della conciliazione stragiudiziale nell'accordo quadro per la competitività del territorio, sottoscritto tra la Regione Emilia-Romagna e UnionCamere regionale nell'aprile del 2006. Come si evince chiaramente dal testo dell'accordo, esso "si inquadra nell'ambito delle politiche di semplificazione che la Regione pone al centro del programma di legislatura, prevedendone la realizzazione anche attraverso il Patto per lo sviluppo e il Documento di programmazione economico-finanziaria, con particolare riferimento alla semplificazione amministrativa per rafforzare la competitività delle imprese, la qualità del territorio e facilitare il rapporto tra cittadini, imprese e pubblica amministrazione coniugando l'efficacia, l'efficienza e la semplicità delle procedure e degli strumenti" (7).

L'obiettivo è molto ben identificato: Regione e UnionCamere si impegnano ad individuare gli strumenti utili a concretizzare e a promuovere un'efficace collaborazione con gli operatori istituzionali della giustizia che agiscono sul territorio, con gli enti locali e, non da ultimo, con le associazioni di rappresentanza delle categorie economiche e dei consumatori.

Se l'accordo è un passo importante che testimonia dell'interesse dell'amministrazione verso la conciliazione, a poco più di un anno – nel giugno del 2007 – già incalza la seconda fase connotata da impegni puntuali, la cui articolazione è il chiaro frutto dell'esperienza e dei risultati ottenuti nel corso del progetto europeo conclusosi, come già ricordato, nell'aprile dello stesso anno. Viene sottoscritto, infatti, un Protocollo d'intesa tra Regione, UnionCamere Emilia-Romagna e Intercent-er nel cui ambito si delineano specifici percorsi di promozione e divulgazione dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie. Si attiva a tal fine il Comitato operativo per l'attuazione dell'intesa che predispone un ricco programma di iniziative da

(7) Delibera della Giunta regionale prot. n. DAL/07/123002.

sviluppare nell'arco di ventiquattro mesi⁽⁸⁾. L'intersettorialità nella composizione del Comitato⁽⁹⁾ e la sua struttura snella garantiscono risultati di indubbia efficacia.

Gli obiettivi del Protocollo d'intesa al quale si ispirano gli interventi progettati dal Comitato operativo si possono identificare nei seguenti punti:

- diffondere la cultura delle ADR e il ricorso alla conciliazione sia presso gli operatori sia presso l'intera comunità locale, intendendo con quest'ultima accezione i cittadini e le imprese;

- promuovere e sostenere iniziative permanenti di informazione e orientamento, per offrire risposte differenziate alla domanda di giustizia: adeguate al valore e alla natura degli interessi di volta in volta in gioco e orientate a soluzioni più efficaci, più rapide, più economiche e più semplici;

- integrare i soggetti a vario titolo coinvolti – o coinvolgibili – nella conciliazione creando network permanenti (camere di commercio, sportelli di conciliazione, associazioni, ordini professionali) per sviluppare un sistema di divulgazione delle ADR il più possibile diffuso, efficace e organico;

- qualificare la conciliazione garantendo competenze specializzate, anche per le controversie transfrontaliere;

- sperimentare la conciliazione introducendo le clausole conciliative nei contratti della pubblica amministrazione.

A pochi mesi dalla conclusione del Protocollo d'intesa, i risultati appaiono incoraggianti e rappresentano una ottima base per proseguire in futuro. Vediamo di seguito che cosa è stato realizzato.

(8) Il Comitato operativo per l'attuazione dell'intesa viene formalmente costituito nel novembre 2007.

(9) Prendono parte ai lavori del Comitato operativo dirigenti e funzionari della Direzione generale agli Affari istituzionali e legislativi, della Direzione generale alle Attività produttive, della Direzione generale all'Organizzazione del personale, della camera di commercio di Ferrara, oltreché di Intercent-er e UnionCamere Emilia-Romagna, questi ultimi cofirmatari del Protocollo di intesa.

L'obiettivo di inserire, a titolo sperimentale, clausole di conciliazione⁽¹⁰⁾ nelle convenzioni di Intercent-er⁽¹¹⁾ è stato raggiunto. Le convenzioni con clausole di conciliazione sono state in totale tredici e hanno riguardato varie categorie merceologiche e lotti di diversi importi, tutti di grandi dimensioni trattandosi di convenzioni per acquisti in forma aggregata volti al contenimento dei costi della pubblica amministrazione. Nell'ambito degli interventi proposti e avviati dal Comitato operativo è stata anche svolta un'indagine per verificare il grado di conoscenza e di ricorso alla conciliazione da parte degli enti locali della Regione e delle aziende sanitarie registrate ad Intercent-er. Sono stati coinvolti 937 punti ordinanti e i questionari sono stati compilati dall'11,21% del campione.

Per quanto riguarda le attività volte alla sensibilizzazione degli sportelli unici per le attività produttive (SUAP) sul tema della conciliazione, è stato assunto un importante impegno da parte del Servizio regionale⁽¹²⁾ competente della Direzione generale alle Attività produttive. L'attività è consistita inizialmente nella attivazione di tavoli specifici con i comuni, al fine di diffondere e aggregare interesse verso la conciliazione. Successivamente è stata realizzata una indagine che ha visto coinvolti 325 enti, con l'obiettivo di verificare la loro conoscenza

(10) Per coloro che fossero interessati a conoscere il testo della clausole di conciliazione, si riportano di seguito due diverse formulazioni adottate nelle convenzioni di Intercent-er: *a*) "Per tutte le controversie concernenti la presente Convenzione, che dovessero insorgere tra il fornitore e l'agenzia, le parti si impegnano a ricorrere alla conciliazione, prima di dare impulso a qualsiasi procedimento giudiziale, presso la CCIAA di Bologna ed in conformità al regolamento di conciliazione, che si richiama integralmente"; *b*) "Per tutte le controversie relative ai rapporti tra il fornitore e le aziende sanitarie contraenti, le parti si impegnano a ricorrere alla conciliazione, prima di dare impulso a qualsiasi procedimento giudiziale, presso la CCIAA territorialmente competente". Si veda <http://www.intercent.it>.

(11) Intercent-er è l'agenzia regionale di sviluppo dei mercati telematici alla quale è affidato il compito di promuovere e sostenere il processo di ottimizzazione degli acquisti e di gestire la piattaforma tecnologica predisposta dalla Regione Emilia-Romagna.

(12) Servizio Sportelli unici per le attività produttive, semplificazione amministrativa per le imprese e consulenza giuridica.

della conciliazione e sondare la loro opinione sull'utilità della conciliazione. L'indagine ha altresì cercato di definire esigenze e tipologie formative. Dai primi risultati emersi⁽¹³⁾, il 25% del campione ha risposto ai questionari. Di questi il 42% considera la conciliazione come utile strumento per la risoluzione delle controversie e ritiene che le imprese se ne potrebbero molto avvantaggiare. Il 17% degli intervistati afferma di conoscere la conciliazione, il 25% solo in parte e il 58% non ne è affatto a conoscenza. Gli operatori degli SUAP esprimono grande interesse circa la possibilità di costituire un punto informativo per i loro utenti e si dichiarano disponibili ad assumere il ruolo di sportello che informa sulla conciliazione. Per far ciò con la dovuta qualificazione gli intervistati (66%) richiedono la predisposizione di un percorso formativo a loro dedicato che li ponga nelle migliori condizioni di operare contribuendo alla divulgazione della conciliazione.

Riguardo alla terza linea di attività del Comitato operativo che attiene alla formazione e divulgazione della conciliazione, i risultati paiono molto interessanti. È stato progettato a cura della Direzione generale all'Organizzazione un percorso formativo rivolto a tutti i dipendenti della Regione, di Intercenter, ai dipendenti dei servizi di conciliazione delle camere di commercio, agli addetti degli sportelli unici per le attività produttive. Tale progetto ha lo scopo di sensibilizzare i cittadini-dipendenti regionali sull'opportunità di scegliere, quando possibile, la procedura conciliativa. L'obiettivo dei seminari consiste nel coinvolgimento attivo dei partecipanti attraverso una innovativa modalità di intervento: si prevede infatti un segmento di formazione tradizionale, integrata da una parte di formazione esperienziale di tipo teatrale. Attraverso tale progetto verranno coinvolte circa 1.800 persone. In aggiunta a tale percorso – il cui principale scopo è la sensibilizzazione alla

(13) Al momento della redazione del presente contributo il rapporto finale è in fase di elaborazione conclusiva. I dati qui presentati sono pertanto parziali e di orientamento generale.

cultura conciliativa – è previsto un percorso più strutturato da un punto di vista tecnico-giuridico rivolto ai dipendenti che si occupano di contratti e a coloro che sono chiamati ad affiancare le parti nelle procedure conciliative.

Sempre in tema di formazione sono state progettate e in corso di avvio azioni rivolte agli addetti dei servizi di conciliazione delle camere di commercio, ai quali si aggiungeranno una ventina di funzionari comunali addetti agli sportelli unici per le attività produttive. Tale iniziativa prevista dal Comitato operativo per l'attuazione dell'intesa è stata organizzata con il diretto contributo di UnionCamere regionale, così da integrarsi con iniziative seminariali di informazione e approfondimento svoltesi nei mesi di febbraio e ottobre 2008 volti all'approfondimento della conciliazione e dei servizi offerti dalle camere di commercio e dal Corecom Emilia-Romagna.

5. *Un nuovo impegno per le politiche di sostegno alla conciliazione*

Un'ulteriore linea di intervento è costituita dalla progettazione di interventi di comunicazione istituzionale che ha un triplice scopo: sensibilizzare, divulgare e diffondere una cultura della conciliazione. La progettazione che sostiene questi obiettivi presenta una struttura molto complessa che spazia da interventi volti alla individuazione della fenomenologia della litigiosità nel nostro tempo e nel nostro territorio (e per tale scopo è stata avviata una indagine demoscopica su un campione rappresentativo della popolazione emiliano-romagnola); alla costruzione di un network istituzionale tra attori strategici (avvocati, enti pubblici, imprese, camere di commercio, ordini professionali) che stimoli la *institutional capacity building*⁽¹⁴⁾ allo scopo di

(14) Con la locuzione *institutional capacity building* spesso usata nelle scienze politiche si intende, come noto, la costruzione della capacità istituzionale di promuovere lo Stato di diritto e migliorare la governance. Il rafforzamento delle

rafforzare la governance multi-livello sulla conciliazione/mediazione; alla organizzazione di campagne di sensibilizzazione e informazione rivolte ad un pubblico allargato anche in collaborazione con gli enti locali; alla realizzazione di uno sportello regionale di orientamento sui diritti.

Si tratta di un impegno significativo per il quale la Regione Emilia-Romagna ha deciso di presentare un proprio progetto alla Commissione europea-Direzione generale Giustizia, sicurezza e libertà che ha aperto un bando su un programma specifico denominato "Giustizia civile 2007-2013". La proposta è stata ammessa al finanziamento e le attività si sono avviate nel mese di gennaio 2009 in *partnership* con l'Associazione Infodroits della Regione Aquitaine e con la Diputació de Barcelona⁽¹⁵⁾. A questo progetto hanno aderito in qualità di soci sostenitori: l'ordine degli avvocati di Ferrara, UnionCamere Emilia-Romagna, l'agenzia regionale per lo sviluppo dei mercati telematici Intercent-er, la Regione Piemonte, la camera di commercio di Firenze, Confindustria Emilia-Romagna, la Provincia di Bologna.

Da questo progetto ci attendiamo risultati importanti. Innanzitutto una crescita significativa del ricorso a procedure di mediazione da parte di cittadini e imprese per controversie sia nazionali che transnazionali; un rafforzamento del diritto ad una giustizia ragionevolmente efficiente per cittadini e imprese sul territorio europeo; una capacità delle istituzioni di fare rete

capacità istituzionali è fondamentale per facilitare lo sviluppo e la promozione della sostenibilità a lungo termine attraverso la responsabilizzazione degli attori locali. "Institutional and administrative capacity" refers to a set of characteristics of public organisations related to the performance and the success of public policies. The concept of "capacity" concerns the attention to the development of strategies and competences to maximise the opportunities for programme effectiveness" di K. HANF in:http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/evaluation/evalsed/downloads/sb1_institutional_capacity.doc.

(15) Agreement JLS/CJ/2007-1/24-30-CE/02225620069, European Commission Directorate General Justice, Freedom and Security Directorate C: Civil justice, rights and citizenship Unit C4: Financial support for justice, rights and citizenship. Specific Programme "Civil Justice 2007-2013".

orientando e promuovendo con azioni organiche e concertate le procedure di conciliazione/mediazione; un rafforzamento del network europeo multi-livello sui temi della mediazione/conciliazione; ed infine un aumento della qualità del sistema giudiziale in parallelo ad un miglioramento dell'efficienza degli enti pubblici.

6. Conclusioni

Le Regioni possono avere un ruolo importante nel sostegno della conciliazione e delle altre forme di risoluzione alternativa delle controversie. Si tratta, da un lato, di puntare ad una crescita diffusa della cultura delle ADR e, dall'altro, alla creazione stabile di un sistema a rete di orientamento rivolto ai cittadini, che sia in grado di facilitare le loro scelte in rapporto alle caratteristiche delle controversie che di volta in volta dovranno affrontare.

La conciliazione stragiudiziale rappresenta uno strumento di crescente rilevanza sul quale, non a caso, anche recenti proposte legislative hanno iniziato ad investire fortemente. La conciliazione va certamente considerata uno strumento di prevenzione del contenzioso giudiziale e può aprire nuove prospettive anche per lo sviluppo professionale degli avvocati analogamente a quanto avvenuto, ad esempio, negli Stati Uniti d'America.

È di fondamentale importanza lavorare insieme perché i migliori risultati si potranno ottenere solo se si realizzerà un vero sistema integrato della giustizia. La conciliazione stragiudiziale deve e può rappresentare sempre più un sollievo al carico giudiziario, consentendo in via indiretta ai tribunali di migliorare le proprie *performances*.

Tra le varie leve che la Regione può attivare vi è appunto il sostegno alla conciliazione proprio nell'ottica di contribuire al miglioramento generale, concreto ed immediato, del sistema giudiziario anche attraverso la stretta collaborazione con gli ordini degli avvocati. Ciò può contribuire a determinare due

risultati importanti: l'efficienza del sistema e la piena tutela dei diritti dei cittadini.

Con il progetto europeo la Regione coglie l'opportunità di potenziare ulteriormente la diffusione degli strumenti esistenti per la gestione stragiudiziale delle controversie e di rafforzare le attività dei servizi sul territorio (Corecom, camere di commercio, ecc.): la molteplicità delle diverse "agenzie" di conciliazione accompagnata non raramente da scarsa comunicazione e promozione determina l'effetto di ingenerare fra cittadini e imprese una certa confusione. È necessario quindi impegnarsi attraverso la messa in campo di azioni integrate, coordinate e permanenti.