

La conciliazione in Italia: quali prospettive?

Giovanni Cosi

Cinque milioni di cause civili pendenti. Durata media sei anni. Per due terzi di valore inferiore ai 5 mila euro. Questi sono i dati di un'emergenza, che purtroppo per l'Italia ha assunto i connotati di un problema endemico: il processo, il principale strumento di gestione della conflittualità, della patologia sociale, è diventato esso stesso un fenomeno patologico.

Ovunque si cerca di diffondere dei sistemi "alternativi" in funzione deflattiva della giustizia ordinaria. Il problema è che quando l'inflazione del contenzioso assume stabilmente dimensioni come quella italiana, di fatto un vero e proprio abuso di massa del processo, i motivi che spingono alla ricerca di alternative sono paradossalmente al tempo stesso il principale ostacolo al loro possibile affermarsi: se so che la mia posizione è debole, ma so anche che la causa si trascinerà per molti anni, per quale motivo dovrei collaborare a una soluzione rapida e non contenziosa? E molto probabilmente il mio avvocato – uno dei circa 200.000 operanti sul territorio – sarà d'accordo con me.

Non è difficile vedere come nei luoghi dove i sistemi di soluzione dei conflitti diversi dal processo sono riusciti ad affermarsi, questo è potuto accadere anche perché il processo stesso lì funziona tutto sommato in modi e tempi decenti. Si sono affermati soprattutto perché offrono un "prodotto" diverso da quello dei sistemi aggiudicativi: accordi, anziché decisioni. La funzionalità di qualsiasi sistema ADR è infatti strettamente connessa con la funzionalità del sistema "standard" giurisdizionale cui si affianca, o nel quale viene recepito come elemento endoprocedurale. Il vero punto di forza di strumenti come la mediazione/conciliazione non sta tanto nella loro presunta capacità deflattiva, ma nella loro reale alternatività, che si sostanzia in una minore invasività sociale e psicologica rispetto al rito e alla sentenza ordinari, in una maggiore rapidità ed economicità, in una vicinanza più alle forme dell'equità (gli interessi) che non a quelle della legittimità (i diritti). Autonomia, riservatezza, prevenzione della conflittualità, conservazione delle relazioni sociali: sono queste le qualità veramente fondamentali della mediazione che il nostro legislatore non sembra per ora in grado di comprendere e apprezzare più di tanto. I motivi storici e culturali che hanno determinato questa concezione riduttiva dei metodi ADR, che relega di fatto la conciliazione in una funzione quasi soltanto 'ancillare' rispetto al processo-giudizio, sono nel nostro contesto assai risalenti.

Chi apriva il Codice di procedura civile italiano del 1865, si trovava davanti a un Titolo preliminare "Della Conciliazione e del Compromesso", il cui art. 1 recitava: "I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie". Seguivano gli altri articoli che regolavano l'isti-

Giovanni Cosi è professore ordinario di Filosofia del Diritto alla facoltà di Giurisprudenza dell'università di Siena.

Studio di Sociologia del Diritto e di Antropologia giuridica, da molti anni coordina gruppi di ricerca sulla mediazione e sulle tecniche alternative di risoluzione delle controversie. Insieme a Maria Antonietta Foddai ha pubblicato Lo spazio della mediazione (Milano, Giuffrè, 2003).

tuto. Nella relazione di presentazione del Codice, ad opera del Ministro Guardasigilli Giuseppe Vacca, si affermava di aver voluto dare riconoscimento e valorizzazione alla conciliazione in quanto strumento di soluzione delle controversie la cui presenza era tradizionalmente consolidata in molti ordinamenti preunitari, specialmente nel centro e nel sud dell'Italia. Nell'edizione 1896 del *Digesto Italiano*, Lorenzo Scamozzi scriveva la voce "Conciliatore – conciliazione giudiziaria": un vero e proprio trattato di oltre 340 colonne dedicato in gran parte agli aspetti storici, culturali, comparativi dell'istituto. In più punti emergevano apprezzamenti per i vantaggi economici, etici, preventivi offerti dalla conciliazione. Se non fosse per lo stile, ovviamente datato, potrebbero essere espressi da un fautore contemporaneo dei metodi ADR.

Se invece apriamo il Codice di procedura civile vigente, quello del 1942, ci imbattiamo in quest'altro art. 1: "La giurisdizione civile, salvo speciali disposizioni di legge, è esercitata dai giudici ordinari secondo le norme del presente codice". Per ritrovare un accenno alla conciliazione bisogna aspettare l'art. 320, dove l'istituto, divenuto un passaggio all'interno di una procedura decisionale, è affidato a un giudice. Coerentemente, nell'edizione 1938 del *Nuovo Digesto Italiano* incontriamo Mario Ricca-Barberis, allora ordinario di diritto processuale civile nella Regia Università di Torino, che in quattro pagine liquida la voce "Conciliazione", ritenendo l'istituto sostanzialmente inutile, se non dannoso. Il nuovo codice era alle porte.

Nel passaggio dal vecchio al nuovo codice, e nei diversi atteggiamenti della dottrina, non è difficile cogliere i segni dell'evoluzione da una concezione della soluzione delle controversie anche come *servizio* che può essere svolto attraverso strumenti sia informali che formali, a un'impostazione in cui il *potere* decisionale basato sul modello del processo-giudizio diventa prevalente, se non esclusivo. All'affermarsi di forme comunque forti di stato, basate sull'accentramento del potere politico e sulla pervasività del controllo sociale, tende in genere a corrispondere una nozione di ordine di tipo *imposto*, piuttosto che *negoziato*. In questa cultura unidimensionale del conflitto e della sua gestione si sono formate generazioni di giuristi. E generazioni di utenti del diritto sono cresciute 'dimenticandosi' che la loro autonomia negoziale poteva proseguire, nella controversia, in un'autonoma ricerca di accordi, invece di arrestarsi sempre e comunque di fronte alla decisione eteronoma di un giudice.

Ci siamo dunque dimenticati di strumenti come la conciliazione. O meglio, li abbiamo rimossi, a livello sia culturale che tecnico. E adesso aspettiamo che la legge ci dica dove, quando e come usarli. Con il non piccolo paradosso che sia appunto il diritto a definire e autorizzare degli oggetti per loro natura e funzione eminentemente pre-, para-, meta-giuridici.

La vicenda italiana della riscoperta degli ADR si avvia ormai a concludere il suo secondo decennio. Il primo è stato quello delle Camere di Commercio, riformate nel '93 e incaricate con la normativa del '98 di organizzare servizi di arbitrato e conciliazione in materia consumeristica e di sub-fornitura. In quest'ambito, la realtà attuale si presenta sul territorio decisamente 'a macchie di leopardo', con Camere che svolgono effettivamente tali servizi e altre che di fatto li offrono soltanto sulla carta. Il decennio attuale, iniziatosi con le Raccomandazioni e il Libro Verde della Commissione Europea sulla diffusione della mediazione civile e commerciale, vede spuntare il secondo 'pilastro' della conciliazione italiana con la riforma del diritto societario del 2003 e i successivi decreti di attuazione, che hanno tra l'altro definito le caratteristiche delle società di conciliazione stragiudiziale professionale e individuato alcuni standard formativi dei conciliatori.

Ma la vera novità è rappresentata ora dall'art. 60 del ddl n. 1082 B su "Sviluppo economico, semplificazione, competitività e processo civile", approvato il 26 maggio scorso dalla Camera: "Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali". Il testo, che riproduce con minime varianti quello del ddl n. 1082 trasmesso al Senato nell'aprile 2008 e subito è stato da questi approvato di nuovo in via definitiva, merita un breve commento critico; se non altro perché rappresenta il primo tentativo dichiarato di dare una sistemazione 'organica' allo strumento della conciliazione in chiave endo-processuale, ed esprime quindi lo 'stato dell'arte' pubblico-ufficiale della cultura italiana della conciliazione.

Intanto, il tipo di strumento che è stato scelto. La forma della delega al governo, con i suoi tempi e i suoi modi, nell'attuale congiuntura istituzionale italiana può far sorgere più di un dubbio intorno alle reali possibilità di un confronto costruttivo in materia: non dimentichiamo che il 'parto' governativo, qualunque esso sia, determinerà in larga misura il futuro della conciliazione civile e commerciale nel nostro paese. Se una delle buone intenzioni è quella di fare presto, sappiamo però anche quale sia il luogo che di buone intenzioni è lastricato. Nella velocità si annida soprattutto il rischio di dare per scontata una concezione esclusivamente deflattivo-coattiva degli ADR, cui "girare" una parte della giurisdizione, in un'ottica centrata ancora una volta sulla lite e non sulle parti: ancora una volta insomma una riforma "a costo zero", che può dare più di un'impressione di voler scaricare sulla collettività l'inefficienza del servizio pubblico statale. Sul piano lessicale, fin dal titolo si nota poi una sovrapposizione tra "conciliazione" e "mediazione", forse dovuta anche questa alla buona intenzione di voler "traghetare" senza traumi verso la terminologia internazionalmente consolidata.

Sul piano dei contenuti, il modello che viene a prefigurarsi – lettera p) del testo – è sostanzialmente quello di una mediazione valutativa con addebito del mancato accordo, corredata di incentivi premiali e di sanzioni. Si prevede infatti che "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 possa escludere la ripetizione delle spese sostenute dal vincitore che ha rifiutato l'accordo successivamente alla proposta dello stesso, condannandolo altresì, e nella stessa misura, al rimborso delle spese sostenute dal soccombente, ... e inoltre che possa condannare il vincitore al pagamento di un'ulteriore somma a titolo di contributo unificato".

Il testo tradisce una visione esclusivamente transattiva della mediazione: come sarebbe altrimenti possibile che la decisione con cui si chiude il processo riesca a corrispondere interamente al contenuto dell'accordo proposto in sede di conciliazione? Ma una vera mediazione non è soltanto transazione o compromesso. Non si tratta soltanto di fare reciproche concessioni per raggiungere un accordo che eviti la lite, ma di prospettare possibilità e inventare alternative per una 'vittoria' comune. Tanto meno è giudizio: non si tratta di *decidere*, di "tagliare" con la spada della giustizia per separare una ragione da un torto, un'innocenza da una colpevolezza, al fine di attribuire responsabilità. Mentre il giudizio guarda al passato per raccogliere gli elementi su cui fondare la sua "verità", la mediazione è rivolta al futuro per generare opportunità di soluzione. Tutto questo sembra inimmaginabile per il nostro legislatore.

Inoltre l'accordo è "proposto", evidentemente dal conciliatore. Ciò gli conferisce un potere valutativo che inevitabilmente influenzerà il comportamento delle parti, nel senso che queste tenderanno a evitare di 'scoprirsi', soprattutto in previsione del procedimento connesso in caso di mancato accordo. In un colpo solo si riesce così a violare due degli elementi caratteristici fondamentali della mediazione: la trasparenza comunicativa tra le parti e la riservatezza della procedura. Il tutto viene aggravato dalla pericolosa

previsione del punto m) relativa al premio per il conciliatore che riesce a “chiudere” l’accordo: dove va a finire il principio di autodeterminazione delle parti, di fronte a un mediatore incentivato a raggiungere un accordo purchessia?

Si conferma la possibilità per gli Ordini professionali di avvocati e commercialisti di attivare in proprio servizi di conciliazione, ma nulla si dice sulla formazione specifica. Eppure è intuitivo, ad esempio, che l’attività di assistenza al cliente prestata nell’ambito di una procedura di mediazione debba necessariamente essere notevolmente diversa, nella forma e nei contenuti, da quella svolta nel contesto contenzioso del giudizio.

Il punto i) prevede poi che gli organismi di conciliazione iscritti nell’apposito Registro (quello disposto dai decreti di attuazione della riforma del diritto societario) possano svolgere il servizio di mediazione anche attraverso procedure telematiche. Al di là dell’opportuna apertura all’interessante mondo dei cosiddetti “ODR”, il rischio è che l’italica ignavia trasformi quell’“anche” in un “soprattutto”.

Si stabilisce al punto n) il dovere dell’avvocato di informare il cliente, prima dell’instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell’istituto della conciliazione. Encomiabile disposizione, ma forse sarebbe stato meglio parlare di “obbligo”; e in ogni caso non si vede come potrebbe essere verificata e sanzionata la violazione di tale dovere.

Questo è grosso modo ciò che probabilmente ci aspetta. Certo è che tra non molto si comincerà a fare sul serio.