

La conciliazione: esperienze internazionali e principi comunitari

di Raffaele Perrone Capano

Esperienze internazionali

Nell'ordinamento internazionale la conciliazione rappresenta un valido strumento di gestione della conflittualità eventualmente insorgente tra Stati.

Non a caso lo Statuto dell'O.N.U. all'art. 33 dispone: "Le parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, devono, anzitutto, perseguirne una soluzione mediante negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso ad organizzazioni od accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta. Il Consiglio di Sicurezza ove lo ritenga necessario, invita le parti a regolare la loro controversia mediante tali mezzi"

A ben vedere la conciliazione internazionale tende a facilitare l'accordo delle parti, sicché non riveste carattere vincolante. Esso si sostanzia in un procedimento affidato alle cd. commissioni di conciliazione, composte tuttavia da soggetti indipendenti e non da Stati. In base alla normale previsione dei Trattati la commissione di conciliazione è composta da cinque membri, dei quali uno è designato da ciascuno Stato parte, solitamente fra i propri cittadini, gli altri sono scelti di comune accordo tra i cittadini di Stati terzi, al fine di assicurare, per un verso, l'indipendenza dell'organo cui è affidato il compito di promuovere la soluzione della controversia, per altro verso, la fiducia delle parti rispetto a siffatto istituto. Alle Commissioni spetta il compito di accertare la controversia in ogni suo elemento, nonché i fatti che l'hanno generata, formulando una proposta di soluzione la cui accettazione è rimessa alla discrezionalità delle parti. La conclusione del procedimento rimanda ad un verbale contenente l'accordo delle parti, nonché le condizioni dello stesso, oppure la mancata conciliazione. L'intero procedimento è gestito nel rispetto del principio della segretezza, favorendo per questa via la disponibilità degli Stati ad addivenire a soluzioni transattive.

Nell'esaminare le diverse esperienze internazionali pare opportuno analizzare preliminarmente i diversi metodi ADR conosciuti ed applicati negli Stati Uniti d'America, dove i sistemi di

risoluzione alternativa delle controversie sono assai diffusi già da tempo. Trattasi di sistemi che perseguono tutti il medesimo obiettivo, ovvero gestire la lite mediante tecniche agevolate, contenute nei costi e nel tempo. Di seguito si riporta un breve elenco delle stesse:

Mediation: vale a dire la negoziazione facilitata dall'intervento di un terzo specializzato appunto nell'agevolare anzitutto la comunicazione, la creatività, nonché la correttezza della soluzione. È oltretutto prospettabile il coinvolgimento di aspetti ed interessi anche diversi da quelli causativi della controversia.

Arbitration: vale a dire un autentico processo gestito da giudici privati secondo regole e procedure scelte dalle parti, che può assumere l'efficacia vincolante di un processo giudiziario pubblico.

Med Arb: nasce dalla combinazione delle due procedure di cui sopra, ovvero le parti che hanno senza alcun esito positivo tentato la conciliazione affidano la soluzione della lite ad arbitri che decideranno la soluzione in modo vincolante.

Small Claims Resolution: una procedura abbreviata per controversie di modesta entità, rapporti condominiali, incidenti automobilistici di lieve entità, fatture contestate, che generalmente viene offerta gratuitamente da organizzazioni pubbliche.

Dispute Review Evaluation: una conciliazione privata cui le parti sono indotte da un formale invito da parte delle Corti di Giustizia statunitensi, quando le stesse ritengano possibile la soluzione in fase pre-dibattimentale, sulla scorta dei suggerimenti di un esperto.

Mini Trial: un mini processo che conduce ad un esito non vincolante, che consente di economizzare in termini di costi e tempi, ma impone la presenza di difensori di parte.

Private Judging: si sostanzia nel "noleggio" di un giudice, autorizzato dallo Stato su richiesta delle parti con il parere favorevole della Corte competente a decidere, che emanerà una decisione vincolante.

Summery Jury Trial: una valutazione approssimativa di probabili esiti di un procedimento davanti ad una giuria, per spingere le parti verso una soluzione conciliativa. Il giudice nomina la giuria competente a decidere, e in seguito si discute il verdetto, che le parti possono fare proprio oppure meno.

In Inghilterra si assiste ad un sistema non dissimile da quello caratterizzante l'esperienza statunitense sopra descritta. A tal proposito è sufficiente sottolineare l'operatività di sistemi quali il CEDR (CENTRE FOR DISPUTE RESOLUTION), ente senza scopo di lucro, e l'ADR GROUP, rete di studi legali e professionali, che gestiscono tecniche di ADR, effettuano formazione specifica e offrono consulenza e intervento professionale.

In Spagna, viceversa, opera il cd. “sistema arbitral de consumo”, istituto sussumibile per certi versi nel cd. arbitrato rituale: un’organizzazione pubblica, invero, senza formalità, risolve con effetti vincolanti i conflitti tra consumatori ed imprese nonché tra utenti professionisti (sono escluse le questioni penali), non recando pregiudizio alcuno alle procedure giudiziali. Il rito richiede di concludersi entro quattro mesi dalla costituzione di parte.

Esperienze di risoluzione alternativa delle controversie si rinvencono altresì in Germania. Ivi una tendenza in tal senso si è palesata già a partire dalla metà degli anni settanta, ovvero di indirizzare le liti verso forme di conciliazione preventive nell’intento di operare una sorta di “filtro” all’accesso alla giustizia contenziosa, in tal modo anzitutto “decongestionando” l’apparato giudiziario, in seconda battuta creando strutture più congeniali ai bisogni generati dall’evolversi della più recente società industriale.

In Francia nondimeno i sistemi ADR sono gestiti dal giudice; questi infatti, nella qualità di soggetto terzo ed imparziale, persuade le parti al fine di addivenire ad una transazione, e tuttavia ha la facoltà di attribuire a terzi la gestione delle procedure in questione. Il decreto n. 78381/1978 ha formalizzato la figura dei conciliatori “aventi come missione quella di facilitare, al di fuori di ogni procedura giudiziaria, la composizione amichevole di controversie, relative a diritti disponibili”. Da ultimo, un ruolo fondamentale è oggi svolto dalla Camera di Commercio Internazionale di Parigi (istituita negli anni ’20 per attuare l’arbitrato), sempre più operativa, specie negli ultimi tempi, nel campo delle ADR.

Infine in Argentina a partire dal 1996 è entrata in vigore una legge che qualifica il tentativo di conciliazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale per tutte le cause civili e commerciali. La procedura è non dissimile da quella vigente nell’esperienza italiana.

Principi comunitari

I metodi ADR fanno costituito oggetto di attenzione anche da parte dell’Unione Europea.

A tal proposito è utile segnalare due Raccomandazioni della Commissione Europea in materia di conciliazione a tutela dei consumatori: la n. 98/257/CE, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. L115/31/98, “concernente i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo” e la n. 2001/310/CE, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea n. 109/56/2001, “sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo”, nonché la Raccomandazione del Consiglio n. 2000/C 155/01 “relativa ad una rete comunitaria di organi nazionali per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo”. Le suddette Raccomandazioni sottolineano:

“L’esigenza di rafforzare la fiducia dei consumatori nel funzionamento del mercato interno e la loro capacità di trarre pienamente vantaggio dalle possibilità che quest’ultimo offre loro”, nonché l’esigenza di prevedere “la possibilità per i consumatori di risolvere le loro controversie in modo efficace ed adeguato attraverso procedure extragiudiziali” per cui risulta essenziale “che tali procedure soddisfino criteri minimi che garantiscono l’imparzialità dell’organismo, l’efficacia della procedura, la sua pubblicità e la sua trasparenza” visto che “la maggior parte delle controversie in materia di consumo, per loro natura, sono caratterizzate da una sproporzione tra la portata economica della controversia ed il costo della risoluzione giudiziaria”.

Le Raccomandazioni precisano oltretutto una serie di principi:

- L’imparzialità: i responsabili della procedura sono designati a tempo determinato e non possono essere rimossi senza giusta causa, fondamentale l’assenza di conflitto di interessi con le parti
- La trasparenza: piena informazione alle parti prima dell’avvio della procedura circa il funzionamento della medesima in ogni suo dettaglio
- L’efficacia: disponibilità della procedura in capo alle parti, pure mediante l’utilizzo di sistemi elettronici, nonché termini stretti per la sua definizione
- L’equità: assoluta parità di condizioni per le parti, nonché concessione alle medesime di un “ragionevole” periodo di tempo per valutare la soluzione suggerita, linguaggio chiaro e comprensibile, chiarimenti sulle alternative giudiziarie

In ambito europeo assume altresì rilevanza il Libro Verde “relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale”, cui ha fatto seguito nel 2004 il “Codice europeo di condotta per mediatori” applicabile alla mediazione civile e commerciale.

Da ultimo si segnala la Direttiva 2008/52/CE “relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale”.

Obbligatorietà e conciliazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione Europea

La Corte di Giustizia Europea, nell’ambito di un giudizio di rinvio pregiudiziale, con una sentenza del 18 marzo scorso (casi C-317/08,318/08-319/08-320/08), ha ribadito il favor conciliationis più volte espresso in ambito europeo anche dalle altre Istituzioni, statuendo che “l’art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) dev’essere interpretato nel senso che esso non osta ad una

normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali. Neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone".

Pur intervenendo in un settore specifico, la sentenza appare significativa nell'ottica della recente riforma organica e generale sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali, trovando nella stessa, la Corte, l'opportunità per esprimersi altresì in merito conformità delle norme italiane ad alcuni principi generali fondamentali dell'ordinamento comunitario, ovvero dei principi di equivalenza, effettività e tutela giurisdizionale effettiva.

Il giudice a quo (giudice di pace di Ischia) chiedeva alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, in sintesi, se la direttiva servizio universale, l'art. 6 CEDU, la direttiva 1999/44/CE e le raccomandazioni 2001/310/CE e 1998/257/CE dovessero prevalere sull'art. 3 della delibera 173/07/CONS che prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione. La controversia vedeva contrapposti alcuni utenti di servizi telefonici e le società fornitrici, Telecom Italia e Wind, per un allegato inadempimento all'obbligo di servizio universale previsto dalla direttiva 2002/22/CE riguardante i diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva "servizio universale"), recepita in Italia con il D.lgs. n. 259/2003 (codice delle comunicazioni elettroniche). In particolare, l'art. 34 della direttiva individua le coordinate che dovrebbero guidare i legislatori nazionali nella individuazione delle procedure extragiudiziali: semplicità e snellezza del procedimento, costi contenuti, un'equa e tempestiva risoluzione delle controversie, un sistema di rimborso o di indennizzo. Le società convenute avevano eccepito l'improcedibilità della domanda delle parti attrici per non essere stato esperito il tentativo di conciliazione pregiudiziale ai sensi della delibera 173/07/CONS Agcom. La Corte ha ritenuto la legittimità e conformità con il diritto dell'Unione del tentativo di conciliazione obbligatorio e pregiudiziale, così come previsto dall'art. 84 del Codice delle comunicazioni elettroniche e dal regolamento sulle procedure di risoluzione delle controversie tra operatori di comunicazione e

utenti, adottato dall’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni con delibera n.173/07/CONS. Risolta in senso positivo la questione della ricevibilità della domanda, la Corte ha individuato la normativa comunitaria applicabile. Per garantire un effettivo ed agevole accesso alla giustizia di utenti e consumatori e, dunque, anche ai rimedi stragiudiziali, il Legislatore sovra nazionale ha indicato agli Stati di istituire uffici e servizi on line per l’accettazione dei reclami. Le raccomandazioni 98/ 257/CE e 2001/310/ CE avevano già individuato le caratteristiche di tali procedure e degli organi competenti a conoscere delle controversie in via stragiudiziale, puntualizzando che le procedure conciliative possono trovare soluzione in un accordo tra le parti o in una decisione del terzo, idonea a produrre effetti vincolanti nei confronti delle parti, a condizione che le stesse siano state previamente informate della vincolatività ed abbiano espressamente accettato di partecipare ad una procedura con tali caratteristiche. Fermo restando che le raccomandazioni non sono vincolanti ma non del tutto prive di effetti giuridici, i giudici hanno escluso l’applicabilità della raccomandazione 2001/310/CE in quanto riguardante le procedure che si limitano ad un tentativo di riavvicinamento delle parti per convincerle a trovare una soluzione di comune accordo. Il tentativo di conciliazione previsto dalla delibera 173/07/CONS è, a parere della Corte, rientrando in quelle procedure che portano alla risoluzione della controversia tramite l’intervento attivo di un terzo che propone o impone una soluzione e dunque ha ritenuto applicabile al caso di specie unicamente la raccomandazione 1998/257/CE. Dunque, secondo la CGUE, la scelta del legislatore italiano di creare un meccanismo deflattivo del contenzioso, assicurando una più immediata tutela ai consumatori coinvolti, attraverso un tentativo di conciliazione obbligatorio per le controversie tra utenti e fornitori, esperibile innanzi ai Co.re.com regionali o, in alternativa, innanzi agli altri organi di conciliazione extragiudiziale previsti dall’art. 13 del regolamento dell’Autorità, è conforme al diritto comunitario. Avuto riguardo poi alla legittimità del tentativo obbligatorio, nonché alla sua previsione quale condizione di ricevibilità del ricorso, la Corte deduce dai principi contenuti nella raccomandazione 1998/257/CE e nell’art. 34 della direttiva “servizio universale” che spetta agli Stati membri, in sede di attuazione, di determinare le modalità con cui tali procedure devono essere esperite, ivi “compreso il loro carattere obbligatorio”, avendo, in ogni caso, cura di salvaguardare l’effetto utile derivante dalla direttiva. L’imposizione del tentativo, secondo i giudici di Lussemburgo, rendendo sistematico il ricorso ad esso “tende a rafforzare l’effetto utile della direttiva”, purché il consumatore non venga privato del diritto di adire i giudici competenti per la risoluzione della controversia. La direttiva servizio universale non prevede tale tentativo come obbligatorio ma nemmeno esclude tale possibilità. In questo senso, osserva la Corte, richiamando anche le conclusioni dell’avvocato generale, la previsione, da parte del legislatore italiano

dell'obbligatorietà del tentativo non solo raggiunge l'obiettivo previsto dalla direttiva, ma assicura una maggiore tutela di consumatori ed utenti, estendendo lo strumento a tutte le controversie che riguardano la materia oggetto della direttiva.

Successivamente la corte esamina la legittimità del tentativo obbligatorio di conciliazione alla luce dei principi di equivalenza e di effettività, da un lato, e del principio della tutela giurisdizionale effettiva, dall'altro. In ordine al rispetto del principio di equivalenza, la Corte osserva che il tentativo obbligatorio si applica sia su ricorsi fondati sul diritto dell'Unione che sul diritto interno. Quanto al principio di effettività, il tentativo obbligatorio non è tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva, in quanto il risultato della procedura non è vincolante e non incide sul diritto ad un ricorso giurisdizionale, la procedura non provoca ritardi sostanziali, sospende la prescrizione ed è gratuita. Sotto il profilo della ragionevole durata del processo, la procedura di conciliazione, dovendosi concludere entro il termine di trenta giorni dalla presentazione della domanda, non comporta un ritardo sostanziale nell'avvio del processo davanti all'autorità giudiziaria. Peraltro, le parti, scaduto detto termine, possono proporre il ricorso anche ove la procedura non sia stata conclusa. Inoltre, nelle more della procedura di conciliazione, i termini di prescrizione e decadenza restano sospesi. La Corte, quindi, ha ritenuto la normativa nazionale tale da non rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai singoli dall'ordinamento giuridico comunitario. Difatti il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva è previsto dagli art. 6 e 13 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (CEDU) e ribadito dall'art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 7 dicembre 2000. L'introduzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione pur rappresentando una limitazione per l'accesso alla giustizia e dunque, pur incidendo sull'esercizio dei diritti riconosciuti dalla direttiva, appare rispettosa del principio di tutela giurisdizionale effettiva. Secondo giurisprudenza costante, infatti, i diritti fondamentali non sono prerogative assolute ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano un intervento sproporzionato ed inaccettabile rispetto allo scopo perseguito, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti. La sentenza conclude nel senso che né l'art. 34 della direttiva 2002/22/CE, né i principi di equivalenza e di effettività, né il principio della tutela giurisdizionale effettiva "ostano" ad una normativa di uno Stato membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazioni elettroniche, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali.

Muovendo dalla funzione nomofilattica delle pronunce in sede di rinvio pregiudiziale e dal carattere vincolante delle sentenze della CGUE, può forse concludersi che con questa decisione la Corte abbia inteso anticipare e chiarire il proprio atteggiamento rispetto ai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie, individuando il precedente giudiziale in esame quali saranno i criteri che la Corte potrà adoperare al fine di misurare la conformità al diritto comunitario delle eventuali normative nazionali di attuazione che prevedranno, come quella italiana (D. Lgs. 28/2010), l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, condizione di procedibilità dell'azione in sede giurisdizionale.