

GIUSTIZIA E FUTURO: CONCILIAZIONE E CLASS ACTION*

JUSTIÇA E FUTURO: CONCILIAÇÃO E AÇÕES DE CLASSE

Vincenzo Vigoriti**

RIASSUNTO

Questo articolo presenta alcune modifiche promosse dalla UNCITRAL nelle regole di arbitrato.

Parole chiave: Uncitral; Regole; Arbitrato; Modifiche.

RESUMO

O texto apresenta algumas modificações promovidas pela UNCITRAL nas regras de Arbitragem.

Palavras-chave: Unictal; Regras; Arbitragem; Modificações.

I – Le difficoltà della giustizia civile che risulta arduo superare non sono soltanto quelle pratiche e operative, ma soprattutto sono quelle di carattere concettuale. Veniamo da una giustizia d'élite caratterizzata da un numero limitato di controversie, da costi modesti e da una durata misurabile. Fino ad un recente passato, i diritti tutelati erano di numero e tipo limitato e conosciuti, ed erano protetti con un rito flessibile (preclusioni ridotte), disegnato sul modello dell'uno contro uno. Il giudizio era collegiale addirittura in tutti i gradi, generosamente accessibili al soccombente, che poteva coinvolgere più giudici e sollecitare nuovi accertamenti senza ostacoli seri, e con oneri sopportabili.

* Testo scritto dell'intervento svolto nel corso del I Salone della Giustizia, tenutosi a Rimini il 4 dicembre 2009.

** Professor of Law in the Facoltà di Giurisprudenza, Università di Firenze – Italy. Lawyer at 1977. he is a member of the: Associazione Italiana di Diritto Comparato; Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile; American Law Institute; Fellow American Bar Foundation; Associazione Italiana Arbitrato; Arbitration Chamber of Florence; WIPO Arbitration Center (Switzerland); Board of the American Review of International Arbitration; Comitato scientifico della Rivista dell'Arbitrato; Rivista de Processo (Brasile). Correspondence to: Studio Legale Vigoriti Russo, Via Pellicceria, n.8 – 50123, Firenze – Italia. E mail: vvigoriti@vigoritirusso.it.

Quel modello è stato travolto in modo irreversibile, ma non si sa con cosa sostituirlo. Da anni si registra una vera e propria *law explosion*, nel senso dell'emergere e del riconoscimento di una moltitudine di nuovi diritti (consumatori, minoranze, diritti di genere, ecc.) che hanno portato ad un numero illimitato di controversie, di tipo radicalmente diverso da quello conosciuto. Il costo è rimasto praticamente invariato, ma la durata è diventata incontrollabile, ed è per di più utilizzata come deterrente all'accesso alla giustizia. Il numero degli operatori non può essere aumentato più di tanto, né si possono aumentare le risorse, che concorrono con quelle destinate a soddisfare altre non meno importanti esigenze. Il rito ordinario è diventato un percorso "arcigno", disseminato di preclusioni e non è più neppure il riferimento principale del sistema di tutela, perché si sono dovuti creare nuovi strumenti, con discipline differenziate; si cerca in tutti i modi di scoraggiare l'accesso alle corti superiori, con regole "ostili", come, nel ricorso in Cassazione, il "vecchio" quesito, il filtro sull'ammissibilità, l'imposizione di una rete di principi con funzione deterrente. Tutto utile, ma se si rimane nell'ottica tradizionale, non sembra che si possa riuscire a dare una risposta adeguata.

Occorre cambiare ottica, e cercare qualcosa di radicalmente diverso. Non è facile né in Italia, né in altri ordinamenti, dove più o meno si vivono (si soffrono) esperienze analoghe, ma dove si riscontrano maggiori aperture, e forse anche più idee.

124

Per quanto adesso qui ci occupa, nel futuro della giustizia civile ci sono tre aspetti da valorizzare. Il primo è quello della partecipazione di laici (giuristi e non) alla decisione delle controversie. L'esperienza comparativa mostra che la grandissima maggioranza delle liti viene decisa da soggetti diversi dai giudici professionali; è così nel campo del lavoro, dei servizi pubblici, delle assicurazioni, e in tanti altri settori. Di quella preziosa esperienza occorrerà tener conto anche da noi, favorendo la devoluzione a laici, sostanzialmente agli avvocati, di settori del contenzioso.

È letteralmente impensabile che la grandissima maggioranza dei giuristi, per di più proprio quelli esperti di processi, possa sottrarsi al dovere di collaborare alla definizione delle controversie. Si tratterà di trovare gli strumenti adatti (GOA, GOT, giudici di pace, esperti, sezioni specializzate, ecc.), e insieme di articolare le garanzie del caso, ma non è pensabile che l'onere del contenzioso ricada solo sui giudici professionisti. Quello dell'avvocatura è un dovere – diritto, a cui non è lecito sottrarsi.

II – Il secondo aspetto riguarda la ricerca e la diffusione di strumenti di composizione delle controversie alternativi a quello contenzioso statale. Si tratta di una tendenza, ormai irreversibile in tutti i sistemi, che si avvicina a quella appena menzionata di valorizzazione del ruolo dei laici, in un'ottica però diversa.

Mettendo in disparte l'arbitrato, rileva qui l'istituto della conciliazione (*e/o mediation*), oggetto di un'attenzione impensabile solo pochi anni fa.

L'istituto è annoverato fra quelli che dovrebbero assicurare l'accesso alla giustizia, uno scopo da raggiungere in modo peculiare, e precisamente evitando il ricorso al giudice. La conciliazione insiste sul piano negoziale, nel senso che in caso di buon esito essa si chiude con un accordo fra le parti. La condivisione è il tratto essenziale: nessuna soluzione della controversia può essere imposta dall'esterno, dovendo sempre invece venire concordata. L'istituto prescinde insomma dalla forza del giudice (o dell'arbitro) e si basa sul consenso fra gli interessati, che negandolo devono poter far fallire il tentativo senza conseguenze pregiudizievoli.

Anche qui si cercano motivazioni in qualche modo intese a nobilitare l'alternativa, di cui si magnificano i vantaggi in termini di durata e di costi, vantaggi che effettivamente si avranno solo se la conciliazione riuscirà, avendosi invece un aggravio nel caso contrario. Oppure si predicono effetti virtuosi in punto di deflazione del contenzioso, che è invece un'illusione, perché mai in nessun ordinamento si è mai potuto registrare l'effetto promesso. Nella conciliazione, lo schema concettuale è quello dell'uno contro uno, su un piano di parità, per un solo rapporto. Questa è la prospettiva tradizionale, ma la visione è riduttiva, perché l'istituto opera sul piano degli interessi più che su quello della difesa puntuale e capziosa dei diritti, e offre quindi alle parti l'opportunità di sistemare più rapporti anche, allo stato, non contenziosi e magari di costituirne di nuovi. E proprio questo di fatto accade quando sono coinvolte imprese.

Il regime positivo è nella direttiva europea del 21 maggio 2008, nell'art. 60, l. n. 69/2009, che delega al Governo il compito di disciplinare l'istituto, e infine nel d.lgs. 28 ottobre 2009 dovrebbe attuare le indicazioni europee¹, testo a cui conviene volgersi.

La direttiva parla di un tentativo di conciliazione avente carattere facoltativo, sostanzialmente in qualunque controversia civile o commerciale, e prevede incentivi finalizzati all'esperimento, che viene però lasciato all'autonomia delle parti. Il decreto italiano fa un passo ulteriore. All'art. 2 dispone che chiunque possa accedere alla mediazione per la conciliazione di controversie vertenti su diritti disponibili (comma 1), apertura ribadita con l'esplicita ammissione di negoziazioni volontarie e paritetiche (comma 2), ma poi parla di un tentativo obbligatorio nelle controversie nascenti in un ambito vasto di casi (art. 5). In quei casi (condominio, diritti reali, successioni, ecc.) non basta che una parte prenda l'iniziativa, salvo il diritto del destinatario di rifiutarsi e di procedere quindi senza indugi in sede contenziosa, ma occorre che il tentativo sia effettivamente esperito, non ammettendosi un rifiuto aprioristico. La norma consente al giudice di rilevare, anche

¹ Ved. V. Vigoriti, La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?, in *Riv. Arb.*, 2009, p. 1 ss.

d'ufficio, l'omissione e quindi di costringere le parti ad esperire effettivamente il tentativo di conciliazione prima di proseguire l'iter contenzioso. Insomma, il tentativo è condizione di procedibilità ed è requisito non meramente formale. Il che va condiviso, se si vuole promuovere seriamente l'istituto.

La direttiva europea postula il carattere facilitativo e non valutativo del tentativo, escludendo ogni accertamento sulla fondatezza delle pretese, ed ammettendo quindi soltanto un'attività di elaborazione e convincimento dei paciscenti.

Formalmente anche il decreto italiano sembrerebbe ugualmente orientato. A ben vedere, però, non è così, perché si parla della nomina di mediatori ausiliari, di accertamenti specialistici, della necessità di acquisire competenze tecniche, con terminologia e impostazione non dissimile dalla CTU e relative consulenze di parte (art. 8, comma 4). Si parla di atti e documenti (art. 3, comma 3; art. 17, comma 2) informali e gratificati da un regime fiscale di favore, lasciando però intendere l'ammissibilità di comparse, produzioni documentali, e quant'altro si usa nell'avversata sede giudiziaria, tutte incombenze da cui l'istituto verrà inevitabilmente soffocato. Addirittura si parla di formalizzazione delle proposte non accolte col diritto del conciliatore, magari corrucciato dal rifiuto, di versarle nel processo con pesanti conseguenze, senza che gli interessati abbiano neppure avuto la possibilità di spiegare al giudice le proprie ragioni (art. 13).

126

Tutto questo non ha nulla a che fare con la conciliazione, che non è processo e non è accertamento dei diritti, non vuole verifiche fattuali e non deve chiudersi con proposte di carattere sostanzialmente decisivo. L'istituto si fonda sulla semplicità di forme e la rapidità di trattazione col massimo rispetto del valore essenziale: quello della riservatezza, con esclusione di ogni conseguenza negativa riconducibile al mancato accordo. Queste sono condizioni imprescindibili, se davvero si vuole il successo dell'istituto, che non è un "simil processo" condotto da un "simil giudice", che magari neppure è un giurista, che pretenda di decidere sulla base di qualche documento e memorietta d'occasione, bensì un esperimento finalizzato ad un accordo negoziale, che può essere raggiunto solo se si opera con discrezione e prudenza. È così ovunque, tanto che non c'è regolamento di conciliazione internazionale che non assicuri ai paciscenti la più totale riservatezza, vietando verbali da trasmettere al giudice, testimonianze, e simili.

Ultimo rilievo. Uno dei problemi centrali della materia è quello dell'assistenza tecnica. La direttiva non la pretende, ma neppure la vieta, rimettendosi all'autonomia delle parti, senza però mostrare alcuna ostilità.

Il decreto italiano in apparenza è sulla stessa linea, ma comunica una certa avversione nei confronti dei professionisti. Lo fa allorché dispone che sin dal primo contatto col cliente l'avvocato debba comunicare, per scritto e a pena di nullità di qualunque intesa, che esiste la possibilità di conciliare la controversia, anche senza il suo ministero (magari e preferibilmente senza il suo ministero!) (art. 4,

comma 3)². La disposizione è inutile, visto che il giudice ha il potere di rilevare anche d'ufficio il mancato esperimento del tentativo obbligatorio, ma l'assunto di fondo è che gli avvocati sempre si adoperano per fomentare il contenzioso, che in buona misura non sorgerebbe se si lasciassero le parti libere di confrontarsi fra loro, o di rivolgersi al "buon" conciliatore.

Il problema è molto più complesso e non suscettibile di una soluzione sicura e perentoria, che vieti o imponga sempre la presenza di un legale accanto alla parte. Dipenderà ovviamente dalla natura e dall'importanza della controversia, dovendosi anche tener conto del pericolo che chi si avventura da solo in simili procedimenti rischia di fare errori, di cedere alle pressioni di conciliatori aggressivi, di trovarsi in situazione sperequata di fronte ai c.d. "utenti abituali" del servizio (ad esempio, banche o compagnie di assicurazioni), soggetti che dell'assistenza legale si avvalgono, o sono perfettamente in grado di non valersi. Forse una soluzione accettabile potrebbe essere quella di affidare al conciliatore il compito di avvisare la parte che la difesa personale è insufficiente, e che essa va integrata con l'assistenza legale, più o meno come fanno i *magistrates* inglesi nei procedimenti in cui le parti pensano di potersi difendere da sole.

III – Il terzo profilo concerne la tutela in forma collettiva del diritto di risarcimento dei danni causati a più soggetti da un fatto pluri-offensivo. È il tema della *class action*, istituto di matrice statunitense conosciuto in quel sistema dal 1938, e disciplinato in America dalla *rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, e la cui introduzione pare imminente anche in Italia.

L'istituto ha una forte valenza innovativa e, diversamente dalla conciliazione, non mira ad evitare il processo, bensì aspira a forzarne i confini e valorizzarne le potenzialità di strumento di tutela. L'ottica non è quella tradizionale del contrasto fra singoli, bensì quella radicalmente diversa dei molti, occasionalmente uniti dalla comunanza di interessi, contro un'impresa, soggetto per definizione collettivo. Tutti gli istituti processuali vengono sottoposti a tensione fortissima, e tutti necessitano di essere ripensati ed adattati alla nuova esigenza.

Il modello di riferimento è la *class action* americana, a cui però si guarda con invincibile diffidenza. In Europa i commenti si diffondono più sulla patologia che sulla fisiologia di questo tipo di azione, regolarmente drammatizzando i pericoli di ricatto che le aziende corrono, l'insopportabile onere risarcitorio, l'innammissibilità della condanna ai c.d. *punitive damages*, il ruolo preponderante dei grandi Studi legali nell'assumere iniziative di classe e nello stipulare transazioni vantaggiose, soprattutto per quegli Studi.

² Cfr. A. Berlinguer, Solo un maggiore coinvolgimento degli avvocati assicura appetibilità alla conciliazione giudiziale, in *Guida al diritto*, 2009, n. 46, p. 10.

Ma, a dispetto di tutto, l'attrazione è fatale e l'esperienza americana risulta il riferimento normale anche per l'Europa. Del resto, al di là delle critiche, non si può dimenticare che quel modello è stato esportato in molti altri paesi (Australia, Canada, Nuova Zelanda, ecc.) e che l'istituto gode di giusta e meritata fortuna nell'ordinamento di origine, dove ogni anno si registrano circa 5000 nuove azioni di classe. Il che non significa assenza di problemi, ma implica consenso ed apprezzamento.

Anche qui l'atteggiamento europeo è di favore, con nettissime prese di posizione a sostegno del c.d. *collective redress* dei danni provocati da fatti lesivi dei diritti di molti. Ci sono limiti istituzionali che l'Unione deve rispettare, per cui gli interventi riguardano tendenzialmente le controversie transfrontaliere, e sono limitati ai diritti dei consumatori (che peraltro è nozione assai lata), ma la presa di posizione è di solare chiarezza. Gli Stati membri devono attrezzarsi e fornire una risposta alla domanda di tutela in forma collettiva del diritto al risarcimento dei danni³.

L'atteggiamento italiano è noto. Dopo un numero rilevante di tentativi, scanditi dalla presentazione di progetti di legge, dall'approvazione di una prima forma di azione collettiva, subito fermata da un provvedimento di sospensione e da uno di abrogazione, adesso sta per entrare in vigore una nuova versione dell'art. 140 bis cod. cons. rubricata come "azione di classe". Nel complesso, la tutela ivi prevista risulta assai difficile da conseguire, ed è agevole immaginare che anche in futuro i responsabili dei fatti plurioffensivi non abbiano da temere molto di più di quanto adesso paventino. Le reazioni dei gruppi offesi, magari veementi all'inizio, si spegneranno lentamente fiaccate dalle molte asperità di un iter processuale complicato e punitivo.

Due rilievi soltanto. Il primo concerne una scelta fondamentale in materia, quella fra il c.d. *opt in* oppure *opt out*. Nell'azione di classe dell'art. 140 bis, l'attore in realtà non deduce affatto l'interesse di tutti i titolari dei diritti omogenei, ma solo il suo proprio. Potranno aggiungersi i diritti di quanti decidono di aderire all'iniziativa (comma 2 e 14), ma nessun'altro è vincolato pur se componente della classe e titolare di un diritto omogeneo a quelli dedotti. In sostanza, la norma adotta il sistema dell' *opt in* (vincolo solo per chi ha agito o aderito), e rifiuta il c.d. *opt out* (vincolo per tutti, salvo dissociazioni) accolto non a caso dalla *class action* risarcitoria. In tal modo non si avrà mai alcuna azione di classe, ma solo un insieme di azioni individuali, di gestione più o meno semplice sul piano del rito, ma non un'azione collettiva nella quale viene tutelato l'interesse di un gruppo unitariamente considerato.

³ Ved. V. Vigoriti, L'azione risarcitoria di classe: sollecitazioni europee, resistenze italiane, in *Contratto Impresa/Europa*, 2009, 10 ivi ampi riferimenti anche all'esperienza americana sulla *class action*.

Si sostiene però che *l'opt in* avrebbe il presidio delle norme costituzionali che assicurano il diritto di agire in giudizio per la tutela dei diritti individuali, non espropriabili da enti collettivi, neppure con l'intenzione di farli valere insieme a quelli di altri. Se il singolo non aderisce, egli rimarrà terzo rispetto all'azione collettiva e indifferente al suo esito.

In questo modo, una garanzia nata per proteggere e difendere si trasforma in un qualcosa di radicalmente diverso, pregiudizievole per coloro che dovrebbero trarne vantaggio. Invece, come già negli Stati Uniti, quando si pose il problema della compatibilità della *class action* con il *due process*, la risposta deve essere che l'adeguatezza del processo collettivo fa ritenere soddisfatto il requisito costituzionale. Qui l'individuale si fonde nel collettivo, e la tutela di questo secondo vale come tutela del primo, dovendosi evitare che, con il pretesto di lasciare ai singoli l'astratta possibilità di far valere i diritti individuali, si finisca con ottenere il risultato opposto (incostituzionale), quello che tali diritti non siano mai attivati.

Il secondo concerne un aspetto non tecnico processuale, ma economico. Le *class actions* hanno sempre costi elevati, e non è mai facile accertare la responsabilità dell'agente e i danni causati. Si pensi alle conseguenze di farmaci dannosi, agli accertamenti relativi ad operazioni di borsa, alle gestioni di titoli finanziari, e si avvertirà subito come il problema delle risorse rivesta carattere assolutamente centrale. Negli Stati Uniti, gli oneri necessari ad effettuare questi accertamenti sono sostenuti dai grandi Studi legali che hanno di fatto struttura imprenditoriale. Si spiega così la grandezza dei compensi liquidati agli avvocati delle *class actions*, compensi che ristorano spese ingentissime. Per gli Studi legali europei, o comunque italiani, queste non sono strade percorribili per cui si teme che le uniche azioni di classe veramente esperibili saranno le più semplici, quelle in cui l'accertamento del fatto non avrà bisogno di verifiche tecniche complesse o comunque costose.

129

REFERÊNCIAS

VIGORITI, Vincenzo. La decisione arbitrale come precedente. *Rivista dell'Arbitrato*, 1/1996. Milano: Giuffrè, p. 33-41, 1996.

Data de recebimento: 11/10/2010

Data de aprovação: 15/10/2010

