

UBALDO PERFETTI

GIUSTIZIA CIVILE TRA RIFORME E RITARDI: LA NECESSITÀ DI UN SISTEMA EFFICIENTE

CONFINDUSTRIA, ROMA, 12 SETTEMBRE 2013

LA POSIZIONE DELL'AVVOCATURA

Sommario: 1. Qualità, rapidità, prevedibilità e costo del servizio giustizia; lo stato della giurisdizione in Italia. - 2. Il razionamento della giurisdizione ed i filtri del processo. - 3. Le statistiche di *Doing business*, la realtà ed i luoghi comuni. - 4. I danni prodotti dall'intervento sulla c.d. *geografia giudiziaria* ed i tribunali delle imprese. - 5. L'utilità e l'individuazione di sistemi alternativi al processo per soddisfare la domanda di giustizia. - 6. Il problema della mediazione civile obbligatoria, l'Europa ed i dati sul fallimento della mediazione. - 7. La mediazione obbligatoria è sostanzialmente estesa a tutte le materie? - 8. Conclusioni: le camere arbitrali costituite presso i Consigli dell'Ordine.

1. QUALITÀ, RAPIDITÀ, PREVEDIBILITÀ E COSTO DEL SERVIZIO GIUSTIZIA; LO STATO DELLA GIURISDIZIONE IN ITALIA

Su un punto si può essere d'accordo a prescindere da qualsiasi statistica: la giurisdizione in Italia corrisponde ad una *funzione* (non ad un *servizio* come normalmente, invece, si dice) svolta in modo assolutamente inefficiente da parte dello Stato.

L'efficienza si misura con indici semplici quali la qualità del servizio, la rapidità di sua fruizione, la prevedibilità della risposta, il costo. Se sulla qualità si può ritenere che la giurisdizione sia mediamente efficiente, il problema concerne la rapidità, la prevedibilità ed il costo.

La rapidità è fattore concorrente di progresso economico; l'investitore tende a localizzare i suoi affari nelle aree in cui l'investimento è protetto da regole fatte rispettare in tempi ragionevolmente brevi; nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 della Corte di cassazione, il primo presidente ha evidenziato che la durata media di un procedimento civile è di circa 1500 giorni per i due gradi di merito, cui si devono aggiungere, in media, altri 600/800 giorni per il giudizio di cassazione: un minimo, perciò di sette anni. Ma il dato è come tutti quelli statistici: relativamente affidabile perché l'esperienza personale disegna un quadro ancora più fosco se esistono Corti di appello nelle quali l'udienza di precisazione delle conclusioni è fissata a sei/sette anni di distanza da quella di comparizione. Il confronto con altri paesi è impietoso.

La risposta deve essere anche *prevedibile* perché così si eliminano le incognite *giuridiche* che pure contribuiscono ad orientare le decisioni di investimento.

Il punto merita una riflessione aggiuntiva: è vero che la *prevedibilità* è fattore di stabilità e soprattutto di *certezza* del diritto, ma non è detto che quest'ultimo non debba recare con sé anche una dose, seppur calibrata, di *incertezza* se questo è il prezzo da pagare alla sua *mobilità* ed alla capacità di intercettare i bisogni di una società in cambiamento. Stefano Rodotà ha dimostrato la funzione delle clausole generali (esempio di norma a contenuto indeterminato) che, se possono rappresentare un modo di deresponsabilizzazione del Parlamento il quale affida al giudice il compito di detagliare contenutisticamente il precetto, sono però i *polmoni* dell'ordinamento mettendolo in comunicazione con la società, garantendo che sia in grado di coglierne gli sviluppi, le modificazioni, di seguirne la mutevolezza¹; ciò, però, reca con sé la *mobilità* delle soluzioni per renderle adeguate alle nuove istanze, con contraddizione del principio di prevedibilità. Non occorre giungere all'estremo di ritenere desiderabile un *diritto libero*², ma è certo che ingabbiarne le soluzioni/risposte in rigide, per quanto lineari, geometrie può provocarne l'*invecchiamento* rapido e, dunque, la sua altrettanto rapida inidoneità a dare le soluzioni che la società in rapida evoluzione richiede. Secondo Bobbio "(...) *l'esigenza della*

¹ S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali* in Riv. Crit. Dir. Priv., 1987.

² F. MARINELLI *Ricchezza del diritto libero (Rileggendo Kantorowicz cento anni dopo)*, L'Aquila, 2012, *passim*.

*certezza del diritto fa sì che il giurista debba rinunciare ad ogni contributo creativo nell'interpretazione della legge, per limitarsi semplicemente a rendere esplicito attraverso un procedimento logico (sillogismo) ciò che è già implicitamente stabilito nella legge*³; il risultato in questo caso è che al più si contribuisce alla conoscenza, non già alla produzione delle norme⁴. E' nel vero, perciò, Alpa⁵ quando sottolinea che la società moderna non tollera ingessature.

Tuttavia la nostra giurisdizione aggiunge un grado ulteriore di imprevedibilità oltre quanto sarebbe astrattamente fisiologico e desiderabile.

Il costo del servizio è divenuto insopportabile: nel periodo dal 2000 al 2012 l'incremento medio del valore del contributo unificato è stato del 47% con estensione per di più anche a procedimenti prima esenti (come le cause in materia di lavoro). Il Ministero della Giustizia non ha mai dato conto delle direzioni nelle quali si incanala questo flusso di denaro: è tutto canalizzato nel settore giustizia? E' certo che quest'ultima è diventata una questione per *ricchi* anche perché si assiste ad un rovesciamento di prospettiva quando ci si lamenta che a fronte di una spesa per l'esercizio della funzione giurisdizionale di circa 3 miliardi di euro, lo Stato incassa solo circa 300 milioni di euro dal contributo unificato (quasi che si dovesse tendere al pareggio). La giurisdizione è, come altre funzioni essenziali quali l'insegnamento, o la difesa, una delle principali ragioni che giustificano il *patto sociale*: il relativo onere economico non giustifica di per sé il pagamento delle imposte? Per quale motivo occorre ipotizzare la corresponsione aggiuntiva del contributo unificato?

2. IL RAZIONAMENTO DELLA GIURISDIZIONE ED I FILTRI DEL PROCESSO

In questa condizione di inefficienza generale lo Stato, in luogo di approntare i rimedi opportuni adeguando la dotazione di magi-

³ N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1961, 74.

⁴ R. GUASTINI, *Dogmatica giuridica* (voce), in *Dig. Disc. priv.* - sez. civ. - Torino, 1991, VII, 28.

⁵ G. ALPA, *Il rinnovamento del diritto privato nella società moderna e i compiti del giurista: gli insegnamenti di Stefano Rodotà*, in G. ALPA - V. ROPPO (a cura di) *Il diritto privato nella società moderna*, Seminario in onore di Stefano Rodotà, Napoli, 2005, 15.

strati, funzionari di cancelleria e mezzi all'aumento della domanda (come farebbe il proprietario se si trattasse di un'autostrada per cui a fronte dell'aumento del traffico costruisce la terza corsia), ricorre alla metodo della sua compressione; è in atto un *razionamento* della giurisdizione che mortifica il diritto costituzionale di difesa. E' un *razionamento* che si manifesta, oltre che con fenomeni di *degiurisdizionalizzazione* e *de-tecnicizzazione* (leggi: mediazione civile), anche nella diffusione a macchia d'olio di una pervicace e dannosa cultura dei *filtri* applicati al processo, strumento di un'ideologia dell'efficienza perseguita con l'*incapsulamento* dei *diritti* nel quadro delle generali compatibilità economiche e che ne giustifica la restrizione della tutela; cultura insidiosa ed *ipocrita* perché, a parole, non nega la spettanza del diritto, ma nei fatti, ne condiziona l'esercizio.

E' questa ideologia che ha prodotto il *filtro* nel giudizio di appello ex artt. 348 *bis* e 348 *ter* c.p.c. per cui sono inammissibili le impugnazioni ritenute, con giudizio prognostico sommario, verosimilmente infondate, o il filtro nel giudizio di cassazione ex art. 360 *bis* c.p.c., che dichiara inammissibile il ricorso avverso la sentenza del giudice del merito che abbia fatto applicazione della giurisprudenza della corte senza che esistano argomenti per mutare orientamento. Qui, tra l'altro, si assiste ad un *razionamento* della giurisdizione realizzato *importando* surrettiziamente prodotti della cultura anglosassone perché è facile individuare la parentela di quel *filtro* col principio dello *stare decisis*.

I prodotti di questa cultura, nel loro essere fallimentari, contribuiscono ad aggravare il fenomeno; non si tratta di un'opinione personale: è il Ministero della Giustizia che ha costituito di recente una commissione di giuristi con il compito di analizzare gli effetti distorsivi prodotti sul processo dalle riforme del c.p.c. succedutesi sino ad ora, al fine di indicare rimedi; prova evidente che le riforme - soprattutto quelle classificate *a costo zero* - sono state, sin qui dannose, ancor prima che inutili.

E' di nuovo una voce insospettabile quella che conclama il fallimento di questa cultura; l'eterogenesi dei fini (un effetto esattamente opposto a quello di deflazione dei processi dichiaratamente perseguito con l'istituzione dei filtri in appello) è il primo presidente della Corte di cassazione a denunciarla a pagina 79 della sua relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013 laddove nota che nel caso di pronuncia di inammissibilità dell'appello, è previsto che l'appellante possa proporre ricorso per cassazione di-

rettamente *per saltum* avverso la sentenza del primo giudice e non contro l'ordinanza di inammissibilità, costringendo così la Corte di cassazione a prendere cognizione della sentenza di primo grado contrariamente alla regola che la vuole giudice esclusivamente di quella di appello e determinando un aumento esponenziale dei ricorsi per cassazione, esattamente l'opposto di quel che si voleva ottenere.

Errato è anche il parametro del giudizio di ammissibilità affidato ad una generica e sommaria prognosi fondata su criteri ampiamente discrezionali, al punto che la normativa pare porsi in contrasto con il principio CEDU per cui la concessione del grado d'impugnazione, una volta che il legislatore la decida, non può essere sottoposta a condizioni incardinate su valutazioni eccessivamente discrezionali⁶.

Per altro verso - e qui tocchiamo l'insensatezza globale della riforma - "(...) *nel postulare una succinta motivazione dell'ordinanza di non ammissione, si finisce con l'immaginare non tanto un "filtro", quanto piuttosto (anche qui come in Cassazione) un canale breve per decidere gli appelli nel merito (sia pur all'interno di una decisione solo nominalisticamente qualificata ordinanza)*"⁷.

La soluzione del problema non sta, perciò, nella compressione artificiosa del diritto di difesa sull'altare di presunte esigenze dell'economia: *i diritti non sono merce* ha proclamato l'avvocatura nel suo congresso di Genova. La soluzione sta nell'investire risorse economiche per lo svolgimento di una funzione che tutti, a partire da Confindustria, ritengono essenziale per la competitività del Paese: si può pensare di trarne qualche utilità introducendo riforme *a costo zero*, confezionando norme confusionarie, prive di una visione lucida degli effetti che producono quando vengono innestate senza coordinamento in corpo normativo preesistente, legiferando in modo ambiguo e, soprattutto, escludendo sistematicamente qualsiasi confronto con la rappresentanza istituzionale dell'avvocatura che invece una legge di quasi settant'anni fa indica come naturale consulente del Ministero per progetti di legge riguardanti la materia?

⁶ Parere del Consiglio nazionale forense 4 luglio 2012 sul decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, p. 3, in www.consiglionazionaleforense.it.

⁷ Parere del Consiglio nazionale forense 4 luglio 2012 cit. loc. ult. cit.

3. LE STATISTICHE DI *DOING BUSINESS*, LA REALTÀ ED I LUOGHI COMUNI

“Bisogna guardarsi dalle statistiche e dalle deduzioni della Banca Mondiale degli Investimenti, che sono confezionate sulla base di dati discutibili, raccolti in modo scientificamente risibile e orientati a privilegiare i Paesi di *common law* in danno dei Paesi di *civil law* (...) In Francia i rapporti annuali di *Doing Business* sono duramente criticati; in Italia invece sono presi acriticamente e seguiti, citati, applicati come se fossero vangelo, persino dagli uffici ministeriali”: sono parole del presidente Alpa⁸ che fotografano la realtà. Non esiste possibilità di verifica della congruità dei dati raccolti, assunti in modo approssimativo, attraverso questionari cui si risponde sbrigativamente quando lo si fa; quelle statistiche dicono che nel nostro Paese il numero dei giudici è alto come quello dei Paesi più efficienti e gli investimenti non sono inferiori a quelli dei Paesi comparabili. Ma una realtà ben diversa è sotto gli occhi di chi, come gli avvocati, opera in trincea; perché non si inserisce in quelle statistiche il numero e la qualità dei sussidi, in termini di fornitura di servizi e mezzi, garantiti dai Consigli dell'Ordine ai vari tribunali e Corti di appello senza dei quali la giurisdizione si fermerebbe? Vi sono realtà nelle quali i Consigli dell'Ordine forniscono persino fotocopiatrici, ove il condizionamento dell'aria è reso possibile dall'acquisto di macchinari pagati dagli avvocati, o dove i Consigli mettono a disposizione proprio personale per la dattilografia di atti, e così via. Le statistiche non dicono che nel periodo dal 2009 al 2013 lo stanziamento finanziario delle somme iscritte nel bilancio dello Stato assegnate alla Giustizia è diminuito del 16,7% - da circa € 8.762.000,00 a circa € 7.300.000,00 mentre nel periodo dal 2000 al 2012 l'incremento medio del valore del contributo unificato è stato - come detto - del 47%.

Le carenze sono del sistema, ma si staglia con nettezza sulle altre la pervicacia nel non voler aumentare la dotazione di giudici ricorrendo a forme di supplenza che introducono, anche in questo settore, forme di precariato come sono quelle dei giudici onorari, della disciplina del cui *status* non ci si è mai voluti occupare, con-

⁸ Intervento del prof. G. ALPA al convegno di Genova su "La deflazione del contenzioso giudiziale strumenti e prospettive", Genova, 1° dicembre 2012.

tribuendo a dar vita ad ambiguità nel rapporto con l'avvocatura. Anzi, il recente decreto legge n. 69/2013 convertito nella legge n. 98/2013 stabilizza questa precarietà prevedendo la figura dei giudici ausiliari da pagare al massimo € 20.000,00 (!) (art. 72, comma 3, l. cit.).

Queste sono le inefficienze, cause del disservizio, non il numero degli avvocati, come un diffuso luogo comune vuole perché - si dice - favorirebbero la proposizione di giudizi strumentali ed infondati. Non si tiene conto, intanto, che tra tutti gli avvocati iscritti negli albi circa un quarto non esercita effettivamente, o in modo continuativo e prevalente, ed infatti almeno 60.000 di essi non sono iscritti alla Cassa di Previdenza forense; depurando il totale di questa parte, il numero che residua è praticamente equivalente a quello complessivo degli avvocati tedeschi ed inferiore a quello degli avvocati spagnoli. L'avvocatura si è dato carico di questo aspetto e non è un caso che nella recente legge n. 247 del 31 dicembre 2012, l'art. 21, da un lato, attribuisce ai Consigli dell'Ordine degli avvocati un potere che prima non avevano e cioè di cancellare dagli albi quegli iscritti che non dimostrino di esercitare la professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente e, dall'altro, impone l'automatica iscrizione alla previdenza forense per il solo fatto dell'iscrizione all'albo.

Non si tiene conto della contraddizione (per non dire della malafede) in cui cade chi addita il numero degli avvocati come causa dell'inefficienza e fa finta di dimenticare che è stato necessario l'intervento della Corte costituzionale per rimuovere dal sistema una legge che consentiva ai dipendenti pubblici *part time* di esercitare la professione, così aumentando il numero degli avvocati.

Non è vero, poi, che la dilatazione dei tempi dei giudizi favorisca economicamente l'avvocato; solo chi non sa di cosa si parla può pensare che un cliente sia disposto a pagare all'avvocato, oltre ad un primo acconto all'atto dell'assunzione dell'incarico, altre somme prima della fine del processo e sempre che questo abbia esito favorevole, condizione per giunta nemmeno sufficiente in alcuni casi per poter essere pagati. Anche per contribuire a spazzare via questo luogo comune il Consiglio nazionale forense, nella sua proposta di parametri in sostituzione di quelli di cui al d.m. 140/2012 presentata al Ministero di recente ai sensi della legge 247/2012, ha convalidato il meccanismo per cui la remunerazione, non solo prescinde dalla durata e dal numero delle attività, ma

addirittura penalizza le lungaggini, mentre si prevedono premi per le conciliazioni.

Infine, se i processi sono la proiezione del diritto in azione, in una società matura e democratica i diritti da tutelare sono più numerosi di quelli di una società arretrata, o non democratica e senz'altro più numerose ed incisive sono le aspettative dei singoli. Diritti ed aspettative devono avere possibilità di facile tutela e non ci si deve spaventare di fronte al numero delle domande; più numerosi sono i processi, più essi sono indice di democrazia e del grado di attuazione concreta dell'affermazione costituzionale del diritto di difesa.

Su tutto ciò ha avuto influenza determinante il passaggio da un sistema di Stato di Diritto a quello di Stato Costituzionale di Diritto in cui un ruolo centrale è assunto dai valori e in particolare - ma non solo - da quelli costituzionalizzati, per la cui affermazione e difesa potrebbe essere - in ipotesi estrema - non ostativo il fatto che non siano veicolati da norme, poiché per loro natura si possono e si debbono affermare anche contro la norma. Il giudice diviene, così, non più bocca della legge, ma interprete di questi valori e loro attuatore in concreto. Libertà e diritti - come nuovamente avverte Rodotà - accompagnano la nascita del cittadino moderno e definiscono un ordine politico e simbolico interamente nuovo⁹. In questo quadro di mutate sensibilità, anche democratiche, di avanzamento e progresso sul terreno della tutela dei diritti che trovano nella varie carte¹⁰ l'affermazione solenne del loro carattere di inalienabile dotazione della persona umana, la tutela del diritto è il profilo della sua concretezza. Già nel diritto romano, del resto, il diritto soggettivo si concretizzava nell'*agere licere*.

Per una buona parte, poi, la quantità del contenzioso è dovuta alla qualità della legislazione che lo aumenta e lo fomenta a causa dell'oscurità delle norme, per non dire della loro errata formulazione. Un esempio di miopia legislativa è in materia di cd. *geografia giudiziaria* la questione della sorte dei Consigli dell'Ordine aventi sede presso i tribunali soppressi; non una parola è spesa

⁹ S. RODOTÀ, *Il diritto avere diritti*, Roma - Bari, 2012, 41.

¹⁰ Basti pensare alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, cd. *Carta di Nizza*, proclamata il 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo; o alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, convenzione sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 che ha istituito la Corte europea dei diritti dell'uomo.

nella legge per disciplinare questa vicenda; eppure si tratta di enti pubblici per la cui regolamentazione vale la riserva di legge, quantunque relativa. Se si dovesse ritenere che si estinguono assieme ai tribunali soppressi, ci si domanda che sorte abbiano i rapporti, ad esempio, di impiego relativi al personale o quelli contrattuali; si può pensare che tutti questi rapporti trasmigrino in capo ad ordini aventi sede nei tribunali accorpandi? Si può imporre il loro subentro coatto in rapporti giuridici? E' pensabile che tutto ciò non generi plurimi contenziosi?

4. I DANNI PRODOTTI DALL'INTERVENTO SULLA C.D. *GEOGRAFIA GIUDIZIARIA* ED I TRIBUNALI DELLE IMPRESE

Le statistiche, o comunque le valutazioni economiche, non sono probanti anche sotto altri profili; nella relazione al provvedimento sulla riforma della cd. *geografia giudiziaria* si accredita l'idea di risparmi di spesa complessivi quantificati in € 2.889.597 per il 2012, in € 17.337.581 per il 2013 ed in € 31.358.999 per il 2014. Essi sono stati determinati con riferimento alle sole spese di gestione e di funzionamento delle strutture, ma non è dato capire come possano prodursi risparmi per il 2012 e per il 2013, se le disposizioni del decreto legislativo produrranno effetti solo a partire dal 13 settembre 2013 e quindi non prima del 2014. Del tutto imprevisti sono gli oneri per il trasferimento dei fascicoli dalle sedi sopresse a quelle di destinazione, nonché per il trasferimento delle dotazioni strumentali (mobili ufficio, computer, etc. etc). Che le cose non stiano esattamente come sono state dipinte a tinte rosse nella relazione lo dimostra il recente provvedimento ministeriale con cui si prevede una proroga per alcuni uffici accorpandi motivata con difficoltà e disservizi che potrebbero verificarsi: si tratta di 17 tribunali e 29 sezioni distaccate. Tutto ciò senza dire del modo come gli uffici da sopprimere sono stati individuati. Si è tenuto conto di indici non del tutto esaustivi come il numero degli abitanti, l'indice di litigiosità, e quello di produttività; mentre sono stati considerati in modo succedaneo gli altri indicati dalla legge delega e cioè la specificità territoriale del bacino di utenza, anche con riguardo alla situazione infrastrutturale, e del tasso d'impatto della criminalità organizzata, nonché la necessità di razionalizzare il servizio giustizia nelle grandi aree metropolitane. Tutto ciò è stato fatto perché il Ministero si è arrogato il potere di creare una ge-

rarchia tra i criteri di delega, tale per cui ne vengono considerati solo alcuni. Con ciò, dichiaratamente prescindendo dalle specificità territoriali del bacino di utenza. Ancora più grave è la soppressione di tutte indistintamente le sezioni distaccate così ingolfando ulteriormente i tribunali provinciali.

Quanto ai tribunali delle imprese, la separazione tra giustizia dei cittadini comuni e giustizia per le imprese desta, già di per sé ed in quanto tale, qualche perplessità; oltre a ciò manca un'effettiva specializzazione del giudice e comunque la previsione della legge per cui la riforma va attuata con dotazione organica invariata ed il fatto che tutto il nuovo lavoro dovrà essere espletato a personale invariato, rende ragione del dubbio che gli scopi prefissi non saranno raggiunti.

5. L'UTILITÀ E L'INDIVIDUAZIONE DI SISTEMI ALTERNATIVI AL PROCESSO PER SODDISFARE LA DOMANDA DI GIUSTIZIA

In questo quadro si inserisce il discorso sui sistemi alternativi alla giurisdizione per l'esercizio dei diritti. Per quanto l'art. 24 Cost. affermi che "*tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*", l'avvocatura non sostiene, ovviamente, che l'unico modo di tutela costituzionalmente ammissibile è il processo nell'accezione di procedimento giurisdizionalizzato. Ciò significa che l'idea di un'alternativa valida al processo non è di per sé eretica, o confliggente con principi costituzionali.

A fronte della pluralità di metodi alternativi esistenti - ad esempio - negli USA¹¹, in Italia il quadro delle ADR appare più limitato tenuto conto che fino al 2010 potevano annoverarsi solo procedimenti para conciliativi previsti nel contesto di specifiche procedure giudiziali, quali l'istanza per la conciliazione non contenziosa di cui all'art. 322 c.p.c. nel procedimento innanzi al Giudice di Pace, la procedura di conciliazione prevista dal codice del consumo (d.lgs. n. 206/2005, art. 140, comma 2), il tentativo di conciliazione nel processo societario prima che fosse abrogato, la risoluzione arbi-

¹¹ Che annovera i sistemi dell'*Arbitration*, della *Mediation*, dell'*Early Neutral Evaluation*, del *Mini Trial*, del *MedArb* combinazione di *Mediation* ed *Arbitration*; per queste indicazioni e per i sistemi di ADR inglesi, v. F. ORLANDI, *La mediazione familiare e i modi alternativi di risoluzione delle controversie*, in AA.VV. *La mediazione familiare nel diritto interno e nelle situazioni transfrontaliere*, Fondazione dell'Avvocatura Italiana, Napoli, 2007, 12 ss.

trale della controversia di lavoro prevista dall'art. 412 c.p.c., la conciliazione e l'arbitrato previsti dall'art. 10 della legge n. 192/1998 sulla subfornitura, l'Ombudsman bancario e così via. Non si tratta, come è agevole ricavare, di singoli istituti, ma del medesimo sostanziale procedimento conciliativo *annegato* qua e là nel sistema.

Di recente in sede europea sono stati emanati: a) la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE sulla ADR per i consumatori; b) il regolamento UE n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie *on line* dei consumatori che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE sull'ADR per i consumatori.

L'avvocatura non è contraria ad un efficiente sistema di ADR.

Prova ne sia che su 166 Consigli dell'Ordine almeno 115 hanno costituito camere di conciliazione; e corrisponde ad un interesse specifico dell'avvocato la definizione quanto più rapida possibile del processo, soprattutto alla luce dei nuovi parametri nei quali il tempo e la quantità dell'attività profusa non *pesano*.

6. IL PROBLEMA DELLA MEDIAZIONE CIVILE OBBLIGATORIA, L'EUROPA ED I DATI SUL FALLIMENTO DELLA MEDIAZIONE

Corrisponde la mediazione civile obbligatoria ad un efficiente sistema di ADR in grado di risolvere, se non tutti, almeno parte dei problemi? Per rispondere basta riflettere sulla singolare vicenda dell'art. 410 c.p.c. che in materia di controversie di lavoro prevedeva che il relativo procedimento non potesse essere incardinato se prima non fosse stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione; questa norma è stata modificata dall'art. 31, comma 1, della l. n. 183/2010 che ha reso facoltativo quel tentativo, prima qualificato come obbligatorio e condizione di procedibilità della domanda.

Singolare vicenda questa dell'art. 410 c.p.c., perché proprio nello stesso turno di tempo (2010), in controtendenza col provvedimento che lo eliminava riconoscendo la sostanziale improduttività sul fronte deflattivo dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, con il d.lgs, n. 28/2010 è stata introdotta la mediazione obbligatoria. Non si vuol dire che le due situazioni siano comparabili;

ma è certo che se per il processo del lavoro è venuta meno la condizione di procedibilità dopo parecchi decenni, perché è stata introdotta per il giudizio civile *ordinario*?

Quello della necessità del previo esperimento del procedimento di mediazione elevato a condizione di procedibilità del giudizio è il punto focale della contrarietà dell'avvocatura, non alla mediazione in sé, ma a questa mediazione come di recente reinserita e riconfigurata dal decreto legge 21 giugno 2013 n. 69 convertito con modifiche nella legge 9 agosto 2013 n. 98 che riconferma la previsione della condizione di procedibilità della domanda.

Come spesso accade in questi casi, sul punto specifico della mediazione come condizione di procedibilità l'*Europa* viene invocata taumaturgicamente per far risalire ad un supposto orientamento formatosi in sede europea la giustificazione dell'introduzione dell'obbligatorietà dell'esperimento del procedimento di mediazione; senonché, al di là della metafora, il volto dell'*Europa* è quello che le presta in questo caso la Direttiva sulle ADR 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21.5.2008 e, per usare le parole della sentenza della Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2012 che a suo tempo dichiarò incostituzionale il sistema per eccesso di delega "(...) *l'ordinamento comunitario non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio*"; il che significa che la direttiva in questione rilascia segnali di neutralità a proposito dell'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di mediazione.

In aggiunta occorre domandarsi: se la mediazione obbligatoria è rimedio al ritardo di risposta della giurisdizione, perché restringerla a solo alcuni tipi di controversia? Con quali criteri sono state selezionate queste tipologie?

Il sistema di mediazione così come è stato congegnato è anche inefficiente: i dati dei procedimenti incardinati nel periodo di mediazione obbligatoria prima della nota sentenza della Corte costituzionale, dimostrano che su 192.739 procedimenti attivati, 22.845 si sono conclusi con la conciliazione, 158.907 col fallimento; la percentuale di successo è pari all'11,85%. Secondo le prime statistiche sull'applicazione del d.lgs. n. 28/2010 al 30 aprile 2011 la mancata partecipazione della parte invitata al procedimento si

asestava sul 69,17% dei casi, percentuale in aumento al 30 giugno 2011, data nella quale il valore ha raggiunto il 72,24%¹².

Le zone d'ombra della mediazione non possono dirsi superate dalla nuova normativa che, stante la natura di fonte primaria, supera il difetto di delega in punto ad obbligatorietà del sistema. Si ricorderà che il TAR del Lazio riscontrò, altresì, un ulteriore profilo di possibile illegittimità costituzionale dell'istituto caratterizzato da *"due scelte di fondo [che] in misura inversamente proporzionale, ma biunivocamente, mirano, con forza cogente, l'una, alla deistituzionalizzazione e de-tecnicizzazione della giustizia civile e commerciale (...), e, l'altra, alla enfaticizzazione di un procedimento para-volontario di componimento delle controversie (...). Tale esecrabile risultato deriva, ad avviso del remittente, dall'inadeguatezza della disciplina con specifico riferimento alle ipotesi di obbligatorietà della mediazione. A fronte dell'astratta idoneità di tale tipologia a conformare definitivamente i diritti soggettivi da essa coinvolti (...) [non si appresta] un'adeguata conformazione della figura del mediatore (...) di cui manca la prefigurazione dei requisiti di professionalità (...) in contrasto con l'art. 24 Cost. nella misura in cui determina (...) una incisiva influenza (...) sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale statuale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce"*¹³. Queste perplessità restano anche in riferimento alla nuova mediazione.

7. LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA È SOSTANZIALMENTE ESTESA A TUTTE LE MATERIE?

Il dubbio di cui sopra nasce esaminando l'art. 5, comma 2 del d.lgs 28/2010 nell'attuale formulazione risultante dalla sua sostituzione operata dall'art. 84 della legge n. 98/2013. Ivi si prevede che il giudice, anche d'appello, *"(...) valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibi-*

¹² G. ALPA - S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione, le ragioni di un insuccesso*, in *Rass. Forense*, 2011, 593.

¹³ TAR Lazio, 12 aprile 2011, n. 3202 (ord.).

lità della domanda giudiziale anche in sede di appello. Il provvedimento di cui sopra è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa".

Può il giudice imporre l'esperimento del procedimento di mediazione quando e come vuole (si tratta di un provvedimento ampiamente discrezionale) ed anche fuori delle materie indicate dall'art. 5, comma 1 *bis*, con buona pace del principio per cui l'obbligatorietà è invece apparentemente limitata solo ad esse?

La norma è di difficile interpretazione: se si trattasse di materie per le quali il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità già di per sé, non avrebbe senso prevedere che il giudice *possa* disporre il suo esperimento come condizione di procedibilità. Una prima lettura è nel senso che il giudice possa voler far reiterare un procedimento di mediazione già effettuato, magari in primo grado, allorché, per esempio, ritenga che sono sopravvenute circostanze tali da far pensare ad un suo successo; in questa direzione si dovrebbe ritenere che è la mancata reiterazione a determinare l'improcedibilità. Ma un'altra interpretazione potrebbe essere nel senso che il giudice possa imporre l'esperimento del procedimento anche in materie escluse dal recinto dell'obbligatorietà come delineato dall'art. 5, comma 1 *bis* cit. perché in questo modo avrebbe un senso la previsione della condizione di procedibilità. Se questa fosse l'interpretazione si aggiungerebbero ulteriori profili di incostituzionalità di questa legge perché (a) surrettiziamente introduce una sorta di obbligatorietà generalizzata del procedimento, in contrasto con la dichiarata limitazione alle sole materie previste dall'art. 5, comma 1 *bis*, (b) perché affida, nei fatti, al giudice il compito di stabilire una condizione di procedibilità, (c) perché è priva di razionalità alla luce della facoltà già concessa al giudice dal nuovo art. 185 *bis* c.p.c. (introdotto dall'art. 77, comma 1, legge n. 98/2013) di effettuare una proposta di conciliazione che, sostanzialmente, per come congegnata e per le conseguenze che produce (trattandosi di un'anticipazione del giudizio legalizzata: v. art. 185 *bis* ultima parte che, nel negare la possibilità della ricusazione, conferma trattarsi di un giudizio anticipato) surroga qualsiasi procedimento di mediazione.

Comunque sia, questa norma è la conferma di quel che si diceva: il contenzioso trae origine anche dalla qualità della legislazione perché è certo che anche per la ragione da ultima segnalata sul sistema sarà di nuovo chiamato a pronunciarsi il giudice delle leggi.

8. CONCLUSIONI: LE CAMERE ARBITRALI COSTITUITE PRESSO I CONSIGLI DELL'ORDINE

Come si è visto, l'approccio al tema delle *ADR* quando è condizionato dalla *necessità* e non costituisce il risultato di una precisa scelta culturale, quando lo si impone obbligatoriamente come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, rischia di tradire i presupposti stessi che lo giustificano; si tratta, in questi casi, di forme di *degiurisdizionalizzazione* e *de-tecnicizzazione* frutto di una visione *autoritaria*, che impone il metodo alternativo come estremo ed inutile tentativo di rimediare ad un fallimento, quello nell'assolvimento del compito principale dello Stato di garantire la giustiziabilità dei diritti senza la quale quest'ultimi restano dei puri simulacri vuoti di sostanza, pure affermazioni enfatiche.

Ben diversamente, distaccandosi da questa visione autoritaria, il Consiglio nazionale forense ha, per esempio, più volte ed in più occasioni proposto l'istituzione di camere arbitrali presso ciascun Consiglio dell'Ordine e la regolazione per legge delle loro competenze. Già ora sono presenti sul territorio oltre 115 organismi di conciliazione incardinati dagli Ordini; si potrebbe prevedere di istituire camere arbitrali presso di essi con trasferimento dei procedimenti ordinari; come evidenziato dal presidente Alpa, si tratta di una soluzione già studiata a livello ministeriale nel 1996, nell'ambito della commissione istituita sotto la direzione di Elio Fazzalari per la riforma del processo civile: "*Basterebbe ripescarla, tradurla in articolato, per correggere le storture vecchie e nuove che stanno affliggendo i cittadini e, con loro, gli avvocati che trovano sempre più ostacoli nella difesa*"¹⁴.

Comunque sia, la soluzione del problema non sta nelle riforme sin qui effettuate, nessuna delle quali ha anche minimamente a che fare con gli interessi delle imprese. Le quali hanno bisogno di giudici di primo grado che in tempi celeri decidano sulle loro domande di recupero dei crediti, di tutela di brevetti ed invenzioni, sui decreti ingiuntivi e sulle istanze di provvisoria esecutorietà, senza rinvii di mesi, se non di anni, della prima udienza, senza rinvii di anni per l'udienza *post* memorie, senza che le sezioni di

¹⁴ Intervento del prof. G. ALPA al convegno di Genova su "*la deflazione del contenzioso giudiziale strumenti e prospettive*", cit.

Tribunali e Corti d'appello vengano depauperate da distacchi ministeriali con prospettive di rimpiazzo aleatorie, quando non effimere, senza *tourbillon* di magistrati da sede a sede e da sezione a sezione con i relativi trasferimenti dei ruoli.

Il problema è complesso e complesse sono le risposte; intanto e per prima cosa si tratta di dismettere un'ideologia ingannevole: la cultura delle riforme a costo zero. Non esiste una possibilità anche minima di porre rimedio ai guasti di decenni illudendosi ed illudendo che gli interventi non richiedano presidi economici all'altezza degli obiettivi da raggiungere. Occorre poi un altro salto culturale consistente nel rendersi conto che i fallimenti del mercato sono sotto gli occhi di tutti e che esso non può essere il regolatore della giurisdizione; è vero che l'esercizio di quest'ultima ha conseguenze economiche, ma essa manipola anche i diritti che attengono all'individuo, costituiscono la dotazione della personalità e contrassegnano la superiorità dell'*homo dignus*¹⁵.

Parente dell'ideologia ingannevole di cui si è detto, è infine, il rifugio nei luoghi comuni che addita gli *untori* per evitare sani e doverosi esami di coscienza. Ed a proposito di *untori* è giunto il momento che anche da parte delle imprese si prenda atto dell'importanza e del ruolo dell'avvocatura; un'avvocatura libera ed indipendente, non *martirizzata* economicamente, è importante non solo quale fattore di attuazione del diritto costituzionale di difesa, ma anche quale necessario contrappeso interno all'esercizio della giurisdizione; il rischio della perdita di competitività del Paese non è solo nella mancata risposta alla domanda di giustizia, ma anche nel trasferimento in sede giurisdizionale di scelte economiche ed imprenditoriali, anche strategiche per il Paese, come il recente caso di un'acciaieria insegna. Avvocatura e mondo delle imprese sono naturalmente connessi e non debbono ingaggiare confronti che impoverendo la prima, producono immediati effetti negativi sul secondo; è l'auspicio di un più intenso e rinnovato rapporto dal quale non potranno che derivare vantaggi reciproci.

¹⁵ S. RODOTÀ, *Antropologia dell'homo dignus*, in *Civiltistica.com*, 1, 2013 *passim*.