



Il declino del processo e la “giurisdizione forense”

di Remo Danovi

244

Sommario: 1. La giurisdizione. - 2. La degiurisdizionalizzazione. - 3. L'arbitrato. - 4. Le mediazioni, conciliazioni e negoziazioni. - 5. L'avvocatura e la difesa dei diritti. - 6. In particolare: A) gli organi di conciliazione forensi. - 7. B) le camere arbitrali forensi (C.A.F.). - 8. C) la negoziazione assistita. - 9. I punti critici: formazione, consenso e spese. - 10. Conclusione: verso la “giurisdizione forense”.

1. La giurisdizione

La giurisdizione è una funzione dello Stato, preordinata per dare certezza ed effettività all'ordinamento e risolvere i contrasti tra le parti. Intesa generalmente come potestà pubblica di accertare i diritti e dirimere i conflitti attraverso una regolamentazione minuziosa del processo (più correttamente, dei vari tipi di processo, già segno di una difficoltà di concezione unitaria), la giurisdizione ha sempre goduto di due caratteristiche esclusive: il giudicato e la capacità di modificare e costituire lo *status* delle persone. Le frasi celebri che risalgono agli inizi del tempo giuridico (la sentenza *facit de albo nigrum et de rotundis quadrata*) attestano l'espansione enorme dell'oggetto della pronuncia, anche se celebrano in se stesse il principio dell'errore (appunto, il rotondo quadrato). Ma è stato anche detto che, per i rapporti umani, la certezza deve essere accettata come verità (*res iudicata pro veritate accipitur*), nella diffusa convinzione che il risultato certo sia l'unico apprezzabile concretamente tra le parti per la sicurezza stessa dei rapporti e l'effettività dell'ordinamento.

Tali essendo dunque molto pragmaticamente le caratteristiche della giurisdizione, da tempo la stessa è in difficoltà per la riconosciuta incapacità o impossibilità di risolvere adeguatamente tutti i conflitti. Vi è sempre infatti un numero enorme di liti pendenti e i tentativi radicali per porvi rimedio (come è stato fatto in passato: isolare tutte le pendenze per affidarne la definizione a stralcio a neo-giudici aggregati, così da consentire in via ordinaria lo smaltimento effettivo e tempestivo dei nuovi processi sopravvenuti) non hanno dato alcun esito: i ritardi si sono prontamente riprodotti e ancora oggi il numero dei processi civili pendenti veleggia tra i 4 e i 5 milioni.

Né qui si debbono indagare le cause di un fenomeno che già Muratori nei tempi passati considerava endemico: troppi avvocati, troppi litigi, pochi giudici? Tutto concorre a determinare il fenomeno, secondo le suggestioni dei fatti o le convinzioni dei singoli: certo non siamo nel paese di Utopia o nella Città del Sole, ove i litigi sono quasi inesistenti e si decidono i tre gradi di giudizio nel corso di tre giorni; e non siamo neppure nel Giappone ove le liti sono pochissime, poiché prevalgono le ragioni dell'armonia che inducono a ritenere offensiva un'azione giudiziaria coattiva per ottenere qualcosa. L'armonia non ammette forzature, poiché impone immediatamente il riconoscimento del proprio torto.

Forse è proprio qui la spiegazione del numero delle liti e del tempo interminabile per concluderle: è un problema di cultura e di educazione alla legalità, un altro tema rilevante di cui dovremmo occuparci più diffusamente.

2. La degiurisdizionalizzazione

Date le difficoltà riscontrate, una vera e propria patologia, è ovvio che siano stati ricercati mezzi alternativi di risoluzione delle controversie: mezzi invocati insistentemente dalla stessa magistratura. Ogni ipotesi infatti che possa sottrarre litigi alla giurisdizione non è avversata dai giudici ma – almeno in questi ultimi tempi – sollecitata dallo stesso sistema giudiziario.

Un impulso in questa direzione è stato dato anche dalla Corte di giustizia europea che ha condannato ripetutamente l'Italia per l'irragionevole durata dei processi: una lezione che avrebbe dovuto indurre a cercare soluzioni, ma è servita a poco poiché le condanne hanno portato paradossalmente a rimedi economici, ma non a rimedi strutturali!

Peraltro, proprio sulla spinta di queste considerazioni, dapprima gli enti istituzionali e poi ripetutamente il legislatore sono intervenuti per ricercare, individuare e regolamentare modi e mezzi alternativi per risolvere i conflitti. Qui la letteratura è talmente ampia che ne è impossibile perfino la rievocazione. Basti dire che, ad ogni livello, sono cresciute in numero esponenziale le iniziative volte a cercare, o a sollecitare la ricerca di mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie, come

è attestato dagli organi creati per comporre le liti (comitati di difesa dei consumatori, comitati di esperti, collegi di probiviri, uffici reclami, giurì di autodisciplina, camere arbitrali, camere di conciliazione, giudici di pace, *ombudsman*, difensori civici, autorità garanti), e dai relativi strumenti offerti (programmi di arbitraggio, giudici arbitrali, azioni di classe, procedure *out-of-court* in senso ampio, deformalizzazione, conciliazioni, mediazioni).

Dapprima limitate a particolari settori (soprattutto le piccole liti o *small claims*, ma anche i nuovi diritti) e a soggetti ben definiti (in particolare i consumatori, gli utenti e i risparmiatori), queste iniziative si sono diffuse con ampie regolamentazioni, in ambito nazionale e internazionale, anche sotto forma di progetti pilota, libri verdi, piani di azione, pattuizioni, statuti: tutti obbedienti alla necessità di individuare procedure rapide, efficaci e poco costose.

E' questo in sintesi il fenomeno che è stato chiamato *in negativo* con una parola impossibile (la degiurisdizionalizzazione) e *in positivo* con l'acronimo che riproduce un concetto straniero (A.D.R. – *Alternative Dispute Resolution*), per l'universalità che lo contraddistingue.

Oggi, dunque, vi è un campo aperto di organi alternativi, sempre crescenti, sempre volentiersamente indicati come idonei a risolvere il problema. Si è posto anche il dilemma, se considerare le A.D.R. una *panacea*, la cura di tutti i mali, o un *anatema*, una maledizione da combattere.

Anche in questo caso non interessa la dialettica degli opposti ma occorre oggettivamente riscontrare il fenomeno e sottolinearne pragmaticamente la rilevanza: in altri tempi e modi potranno essere affrontate le disquisizioni giuridiche e sociologiche.

3. L'arbitrato

Un mezzo per eccellenza alternativo alla giurisdizione è sempre stato l'arbitrato, affidato a soggetti individuati per risolvere controversie specificamente delimitate, sulla base di patti liberamente precisati, secondo regole proprie. Le parti invero accettano che la controversia sia decisa autoritativamente da un terzo soggetto, attraverso vari tipi di procedure (arbitrato rituale, irrituale o amministrato), con effetti diversi in dipendenza delle varie formule utilizzate; e la stessa magistratura si

è spesa in infinite decisioni per interpretare l'intenzione delle parti e – inevitabilmente – per decidere sulle impugnazioni dei relativi giudizi proposte dai soggetti insoddisfatti.

A confermare il declino della giurisdizione è anche l'ultimo intervento del legislatore, che consente il "trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria" (art. 1 legge 162/2014), su istanza congiunta delle parti, nelle cause civili dinanzi al tribunale o in grado di appello: cause che il giudice trasmette al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario per la nomina del collegio arbitrale o di un arbitro.

Certamente l'arbitrato ha caratteristiche interessanti per farlo preferire alla soluzione giudiziaria dei contrasti: sono assicurate infatti – o dovrebbero essere assicurate – la riservatezza, la comprensione precisa degli accordi intervenuti o dei nuovi accordi prospettati, la durata ragionevole dei giudizi. Per contro, le spese sono sempre state ingenti e ciò ha allontanato l'idea di utilizzarlo in forma ampia, ove non intervengano limitazioni o correttivi.

Così è per quanto riguarda l'arbitrato c.d. *delegato* (quello trasferito dal giudice ordinario al collegio arbitrale, come abbiamo detto). Anche in questo caso il passaggio dalla potestà del giudice alla volontà degli arbitri, dopo anni di pregressa attività giudiziaria, non sembra destinato a raccogliere molti consensi.

4. Le mediazioni, conciliazioni e negoziazioni

Indipendentemente dalla risoluzione contenziosa delle liti, ma anzi per favorirne la definizione, in questi ultimi tempi lo Stato è intervenuto per imporre forme alternative, soprattutto con riferimento alla mediazione, intesa come condizione preliminare o presupposto per esperire l'azione giudiziaria, e quindi con un intendimento vagamente deflattivo (per allungare nel tempo la proposizione effettiva della lite), ma anche nella prospettiva del raggiungimento di una intesa tra le parti. Come tutti i fenomeni obbligatori, la mediazione così concepita è stata avversata ed è stata considerata in parte incostituzionale: riproposta con una nuova regolamentazione, e in via sperimentale, la mediazione è in

attesa di essere nuovamente giudicata (e sicuramente confermata e ampliata).

Per attuare in senso pratico la mediazione sono stati previsti e disciplinati molteplici organismi deputati a intervenire ed eventualmente risolvere i contrasti tra le parti in via conciliativa. Qui l'elenco è infinito, non solo in senso orizzontale (tanti enti hanno creato sistemi di risoluzione delle controversie), ma anche in senso verticale (poiché le derivazioni territoriali dei singoli enti hanno creato a loro volta camere periferiche conciliative). Basti pensare alle camere di commercio e, da ultimo, agli stessi ordini forensi.

Non solo. Organismi specializzati sono stati individuati per risolvere specifiche controversie, in tutte le forme immaginabili (e con le varie sigle conosciute: CORECOM, Autorità Garanti, CONSOB, Centri ADR e altro, in vari settori quali le telecomunicazioni, l'energia, le banche, i trasporti, la riassegnazione dei nomi a dominio). Il settimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia, a cura di ISDACI (2014), ne dà un ampio resoconto, così come il quarto rapporto dell'Unione Nazionale Camere Civili (2015).

Ma non basta. Il legislatore è intervenuto ancora affidando a organismi pubblici specificamente indicati e regolamentati la composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 15 legge n. 3/2012 e d.m. n. 202/2014); e ha poi introdotto la negoziazione assistita, cioè la convenzione con cui le parti esprimono la condivisione di "cooperare in buona fede e con lealtà" per risolvere direttamente le questioni insorte tra le stesse, secondo le regole fissate dalla legge (legge n. 162 del 2014). E con le stesse finalità è infine il d. lgs. 6 agosto 2015 n. 130, che dà attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori.

La conciliazione ovviamente avviene sempre tra le parti coinvolte e su base volontaria, e ciò distingue nettamente queste ipotesi dall'arbitrato: ma è la proliferazione degli enti interessati alla conciliazione il fenomeno più vistoso, allo scopo ormai consolidato di indurre le parti a volontariamente definire le loro controversie in tutti i modi possibili, precisando in modo pattizio l'assetto dei loro diritti o interessi, senza ricorrere necessariamente all'autorità giurisdizionale.

5. L'avvocatura e la difesa dei diritti

Questo essendo lo scenario, tocca all'avvocatura cogliere le tendenze in atto per modificare radicalmente il proprio atteggiamento, partendo dalla considerazione che nel giudizio civile non vi è normalmente un'iniziativa d'ufficio, ma vi è sempre un'azione di parte. Spetta infatti ai soggetti tutelare i propri diritti e spetta all'avvocato individuare i mezzi per realizzare tale obiettivo, procedendo con la formulazione della domanda: domanda che normalmente viene proposta davanti all'autorità giudiziaria.

Fino ad oggi.

Ora per altro, per quanto abbiamo detto, e per le scelte operate necessariamente dal legislatore, si possono aprire tre differenti percorsi con obiettivi alternativi chiaramente precisati, con la partecipazione attiva degli organi forensi. Infatti:

- a) *la mediazione/conciliazione*. In alcuni casi è imposta obbligatoriamente la mediazione; in altri le parti stesse possono dar vita a richieste di conciliazione presso i tanti organismi a tale effetto costituiti, tra i quali sono gli ordini e le fondazioni forensi;
- b) *l'arbitrato*. Ove le parti non intendano addivenire a una conciliazione, ma al contrario intendano procedere per ottenere la decisione di un terzo sulla controversia tra loro pendente, è sempre possibile instaurare una procedura davanti a una camera arbitrale tra le tante esistenti e costituite anche dagli organi forensi. Questa opportunità è oggi ancor più favorita dalla scelta del legislatore – sopra ricordata – di deferire ad arbitri la risoluzione della lite per i giudizi già in corso in tribunale o in corte d'appello;
- c) *la negoziazione assistita*. Ancora le parti, assistite dai rispettivi legali, senza ricorrere a mediatori e senza richiedere l'intervento di terzi giudicanti, possono (e in alcuni casi debbono) richiedere di dar vita alla particolare procedura prevista, sottoscrivendo una convenzione di negoziazione assistita. L'accordo raggiunto costituisce titolo esecutivo ed è idoneo a iscrivere ipoteca giudiziale e, nelle controversie famigliari, "produce gli effetti e tiene luogo dei provvedimenti giudiziali" che definiscono i procedimenti di separazione e divorzio. Sono queste le tre alternative che oggi si presentano

all'avvocatura e sono queste le possibilità di risolvere i conflitti che qualificano il ruolo degli avvocati in senso sostanziale e formale: sono gli avvocati infatti che chiedono in nome delle parti il riconoscimento dei diritti e sono gli avvocati che scelgono il mezzo più adeguato per farlo.

Oggi dunque non vi è più un'esclusiva dell'autorità giudiziaria, ma vi sono mezzi alternativi che tendono a dare risposte diversificate alle istanze dei cittadini, e – ciò che più conta – attraverso organismi costituiti dagli stessi ordini forensi. E' l'avvocatura dunque che interviene nell'ambito della giurisdizione in piena conformità con le scelte del legislatore.

6. In particolare: A) gli organismi di conciliazione forensi

Abbiamo detto che gli organismi di conciliazione/mediazione sono stati previsti e regolamentati dal legislatore per la risoluzione delle varie controversie, e dobbiamo dare atto che la legge ha previsto che tali organismi possano essere costituiti anche dagli ordini forensi. Di fatto moltissimi *organismi di conciliazione* sono già sorti presso i vari consigli dell'ordine (o presso le relative fondazioni) e sono operativi da tempo, ed esiste anche un "Coordinamento nazionale" che raccoglie oltre cinquanta ordini forensi e si riunisce periodicamente per dibattere i temi più rilevanti. Nell'ultimo incontro del 19 settembre 2015, a Milano, i rappresentanti dei vari organismi che danno vita al coordinamento hanno dibattuto tra l'altro i temi che riguardano la conciliazione *on line* e la predisposizione degli strumenti idonei per gestire e comporre le crisi da sovraindebitamento, come disposto dalla legge, nonché il tema cruciale della qualità dei mediatori. E' fondamentale, infatti, il percorso formativo dei mediatori, così come il rapporto tra questi ultimi e gli avvocati che assistono le parti in mediazione, con tutti i profili di incompatibilità e conflitti di interesse che possono prospettarsi anche sotto il profilo deontologico, e sono oggetto della circolare del Ministero della giustizia del 14 luglio 2015, per garantire i requisiti di terzietà e imparzialità.

Vi è dunque una situazione di fatto meritevole di grande attenzione poiché gli organismi di conciliazione creati dagli ordini forensi, per le tante ragioni richiamate,

già raccolgono migliaia di richieste; e ciò sia per la loro dislocazione sul territorio, sia per l'obbligatorietà della mediazione (in alcuni casi) o per la competenza specifica accordata (la crisi da sovraindebitamento) o l'utilità manifesta (le controversie familiari).

Il punto dolente è ancora il numero esiguo di effettive conciliazioni, ma proprio questa è la prospettiva che impone di superare le resistenze per incoraggiare quanto più possibile la giustizia del caso concreto e contribuire concretamente alla deflazione del contenzioso. Gli organismi di conciliazione presso gli ordini forensi, e gli avvocati che assistono le parti davanti a questi organismi, possono rendere possibile questo risultato.

7. B) le camere arbitrali forensi (C.A.F.).

Anche questa è una prospettiva che, indipendentemente dalla regolamentazione normativa e dalle iniziative legislative in corso, può essere presa in esame e di fatto è già stata concretizzata da numerosi consigli dell'ordine. Sono state costituite infatti camere arbitrali forensi (C.A.F.), con specifiche strutture e regolamentazioni, a seguito anche della preventiva predisposizione di attività formative per migliorare le prestazioni e la funzionalità, e sono state quindi poste le basi per consentire il ricorso a queste procedure per la risoluzione delle controversie, in tutti i casi possibili.

Certo, fino ad oggi, in termini numerici i risultati sono molto modesti, e poche decisioni di casi risolti non sono nulla di fronte alla enormità dei numeri delle liti pendenti davanti ai tribunali. Ma è proprio questo il punto. Se l'avvocatura vuole riscattare le proprie incertezze e contribuire direttamente per essere parte attiva della capacità di fare giustizia (sono 240.000 gli avvocati, mentre sono 9.000 i giudici), è tempo di cambiare radicalmente: lo si può fare applicando ai contratti clausole compromissorie che facciano riferimento alle camere arbitrali forensi e procedere poi con competenza ed efficienza alla gestione delle liti, con costi sostenibili e predeterminati.

Né con ciò si vuole fare concorrenza alle altre camere arbitrali esistenti: la scelta sarà dettata dalle capacità effettive e dalle qualità che saranno esibite, con i tempi utilizzati e i costi proponibili.

E' dunque anche questo un compito rilevante e ambizioso che coinvolge l'attività difensiva e l'attività giudicante e si pone come un traguardo meritevole dei più ampi consensi.

8. C) la negoziazione assistita

Se gli avvocati non vogliono (o non possono) consentire alla conciliazione delle contestazioni, e se ancora gli avvocati non vogliono (o non possono) aderire alla gestione delle liti attraverso le camere arbitrali forensi, gli stessi avvocati possono ancora realizzare la composizione dei conflitti attraverso il nuovo istituto della negoziazione assistita.

Lo stesso legislatore, invero, ha dettato i confini delle competenze per rendere questa procedura obbligatoria in alcuni casi, e per consentirne comunque l'applicazione molto ampia; e ha poi imposto agli avvocati il dovere deontologico di informare gli assistiti sulla possibilità di risolvere ogni contrasto attraverso la convenzione di negoziazione assistita: e la relativa mancanza di informazione è considerata illecito disciplinare.

Se l'informativa è dunque un dovere deontologico, occorre condividere e rafforzare l'idea dell'utilità della negoziazione, poiché solo in tal modo diventa realistica la possibilità di definire un numero elevato di contrasti, ponendo l'avvocatura su un piano ben più elevato di quanto sia stato fino ad ora, in tutte le controversie civili, con il vantaggio di poter utilizzare l'accordo raggiunto come titolo esecutivo e possibilità di iscrizione di ipoteca, o con effetti equivalenti ai provvedimenti giudiziali, come pure abbiamo detto. Né va disconosciuta in questo caso la rilevanza della funzione forense, come è attestato dal deposito dell'accordo raggiunto presso l'Ordine degli avvocati.

Ma non solo: con la negoziazione nell'ambito familiare le stesse parti possono arrivare alla modifica dello *status* delle persone (con il nulla-osta del p.m. o addirittura davanti al sindaco), ed è la prima volta che viene limitato il potere esclusivo della giurisdizione in questo campo. Un potere costitutivo eccezionale dunque, ed è indispensabile che gli avvocati ne avvertano l'importanza e ne facciano concreta applicazione.

9. I punti critici: formazione, consenso e spese

Vi sono naturalmente alcuni punti critici che debbono accompagnare ogni specifica disquisizione sulle novità che abbiamo precisato.

Il primo riguarda la formazione, che richiama la necessità per l'avvocatura di rinnovare le tradizioni di indipendenza, competenza, integrità e senso della giustizia, che sempre ne hanno contraddistinto la funzione, nel rispetto della duplice fedeltà sempre esistente, verso l'ordinamento da un lato e nei confronti degli assistiti dall'altro. In tal senso occorre assicurare la qualità della prestazione, che si esprime con l'impegno delle istituzioni forensi e di tutte le associazioni a promuovere incessantemente iniziative per la formazione iniziale e permanente e oggi con i corsi previsti per l'attribuzione del titolo di specialista. Di fatto, con questi obiettivi, può essere valorizzato il compito costituzionale che viene ora proposto dal legislatore per la tutela dei cittadini, per migliorare la comprensione del diritto e della legge e prevenire e risolvere i conflitti. E' questo un obiettivo che rientra anche nell'impegno più diffuso per l'educazione alla legalità, che pure si pone come dovere fondamentale per la classe forense.

Gli altri due punti che sollevano esitazioni e critiche sono ugualmente importanti perché pongono all'interno della categoria il dubbio sulla pratica operatività delle soluzioni proposte. Ogni scelta infatti richiede necessariamente il consenso delle parti contrapposte, le quali per definizione hanno interessi divergenti anche sui tempi e sui modi. Per di più si deve tener conto dei riflessi economici e delle spese e dei costi che le parti devono sopportare. Potremmo chiamarla l'etica della convenienza, che suggerisce ampie riflessioni partendo dal principio che occorre evitare una equiparazione ingiusta (conflitto equivale a profitto) e impone di considerare al contrario l'utilità che per la parte può derivare da un accordo raggiunto e il riconoscimento che può essere dato per la prestazione resa dall'avvocato. Sono punti che debbono essere assolutamente approfonditi, tenendo conto da un lato che sono stati promessi benefici fiscali ed è prevista una particolare onerosità per i ritardi nei pagamenti (sicché la dilazione del processo non è più conveniente), e d'altro lato

che la rivalutazione del valore dell'attività stragiudiziale sul contenzioso, anche per quanto riguarda i compensi (con un preventivo accordo che contempli identità di corrispettivi), potrebbe poco alla volta incoraggiare un diverso atteggiamento.

10. Conclusione: verso la "giurisdizione forense"

Si tratta dunque di abbandonare preventive preclusioni e di avviare una riflessione approfondita, incoraggiando una visuale diversificata dei problemi di sempre.

In tale prospettiva, sulla premessa che le forme alternative al processo giudiziario sono necessarie, non può essere contestato *a priori* il ruolo assegnato agli avvocati dal legislatore, né possono essere rifiutate le possibilità offerte, tanto più che – come già ricordato – nella stessa legge che disciplina la negoziazione assistita e nel nostro codice deontologico (come in quello degli avvocati europei) si impone all'avvocato di dare al cliente ogni informazione utile sui percorsi alternativi al contenzioso giudiziario (art. 27.3 c.d.f. e art. 3.7 cod. deont. europeo).

Nel merito, poi, non vi devono essere esitazioni nell'assecondare oggettivi reciproci riconoscimenti o nel consentire dilazioni degli adempimenti, nel pieno rispetto delle regole e della volontà delle parti, partendo dalla

condivisione dell'idea che la composizione dei conflitti è un valore, non solo etico sociale.

E' ampio dunque il complesso dei rimedi offerti agli avvocati, diversi dal processo, ed è un complesso di azioni che possiamo indicare come "*giurisdizione forense*", cioè come attitudine dell'avvocatura a intervenire con i mezzi offerti dalla normativa vigente per la definizione delle liti e come legittimazione formale riconosciuta dalla legge.

Sarebbe eccezionale se si potesse scrivere (come è stato detto per un paese europeo) che in Italia, nei casi suscettibili di esser definiti con accordi negoziali, le parti ricorrono così raramente alle corti civili da far ritenere appropriato considerare il ricorso a tali corti come un tipo di ADR!

E' tempo dunque di rifondare l'impegno dell'avvocatura e di capire che tanto più elevato è il numero degli avvocati tanto più spetta loro il dovere di realizzare *la giurisdizione forense*, un'attività di rango costituzionale che si aggiunge all'attività difensiva svolta.

Per chi protesta per l'inadeguatezza del processo, ecco la possibilità operativa assegnata alla classe forense. Basta poco per coglierla e attuare una profonda trasformazione del nostro costume e della nostra cultura. ■