

DAVID CERRI

*Vedi alla voce: “Degiurisdizionalizzazione”  
(trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti)*

### **Degiurisdizionalizzazione e privatizzazione**

Un commento a caldo al decreto legge n.132 del 12 settembre 2014, “*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell’arretrato in materia di processo civile*”, non può avere che modeste ambizioni, e non solo per l’aureo principio che prima di studiare le norme bisogna essere certi del loro testo definitivo, nella fattispecie dopo la conversione in legge (il provvedimento, mentre si scrive, è al Senato come AS 1612).

Qualcosa però si può dire, perché non è da ieri che si parla di alcuni dei temi principali dell’intervento governativo; ci limiteremo infatti a qualche considerazione su uno dei due profili tra i più discussi: il trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti civili pendenti (lasciando ad altra sede quello sulla negoziazione assistita da un avvocato).

Non si può fare a meno di una premessa, che non vuole esser polemica ma solo scientifica: usare un termine ostico ed ai limiti dello scioglilingua come “degiurisdizionalizzazione”<sup>1</sup> deve avere un significato per chi lo propone, e quindi è lecito indagare l’intenzione nell’adottarlo. Diremmo allora che è qualcosa di più di una semplice descrizione degli effetti sperati delle nuove norme, e piuttosto una sorta di ammonimento utile ai fini dell’interpretazione da parte dei giuristi pratici, avvocati e magistrati. In altre parole, è come se il legislatore dicesse: cari cittadini, guardate che ricorrere alla giustizia statale in materia civile è un lusso che va riservato alle ipotesi nelle quali sia davvero indispensabile; pensateci bene, perché se esiste una possibilità di non ingombrare i tavoli dei giudici con le vostre beghe e non la sfruttate, ve ne pentirete.

Così ci sembra di poter riassumere in termini più brutali quanto con indubbio maggior *savoir faire* il Ministro ha illustrato presentando già a luglio le nuove misure sul sito istituzionale, puntando sulla necessità di eliminare l’arretrato e diminuire la durata del processo civile, obiettivi – *ça va sans dire*, per continuare col francese – assai più che nobili; ed ha ripetuto a settembre con l’Atto di indirizzo politico-istituzionale per l’anno 2015, con ancor maggior chiarezza sugli scopi generali dell’azione del Ministero (“*1. Rendere la sua struttura compatibile con le prescrizioni in materia di riduzione della spesa pubblica succedutisi dal 2006 ad oggi*”) e su quelli specifici della giustizia civile (“*...introduzione di meccanismi deflattivi idonei a contribuire in modo immediatamente*

---

<sup>1</sup> “*impronunciabile parola (purtroppo da qualche anno già presente nel gergo politico)*”: M.LIBERTINI, *La ‘degiurisdizionalizzazione’*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

significativo alla riduzione dei flussi in entrata...muovendosi nella direzione di una rilevante de-giurisdizionalizzazione<sup>2</sup>).

Posizione quindi che non scandalizza, per carità, e che anzi può esser condivisa (ma entro certi limiti, che ci sembrano dettati dalla Costituzione<sup>3</sup>), visto che un (in)sano realismo esclude che si possano ipotizzare soluzioni diverse ed apparentemente ovvie e banali, come ad esempio maggiori risorse finanziarie per il sistema giustizia, la sua razionalizzazione in senso “aziendale”, una migliore formazione professionale e deontologica per magistrati, avvocati e personale amministrativo, fino ad una diversa tecnica di redazione dei testi normativi (sempre ispirati agli immortali versi di Trilussa *Se vòl l'ammirazione de l'amichi Nun faje capì mai quello che dichì*<sup>4</sup>).

La questione è probabilmente più generale, e certamente non solo italiana.

Da tempo è in atto negli ordinamenti occidentali un processo di espulsione del contenzioso al di fuori dalla giurisdizione statale; quella che si può definire sinteticamente, e con inevitabile imprecisione, la “privatizzazione” della giustizia civile è un fenomeno accertato con chiarezza ad esempio negli Stati Uniti, dove di recente a proposito delle Federal Rules of Civil Procedure si sono definite “*endangered species*” (specie in pericolo di estinzione) i *Trial Judges* e il *Public Process*; è cambiato lo stesso modo di fare il giudice, e si parla apertamente di “*outsourcing*” a proposito delle crescenti previsioni contrattuali che *impongono* il ricorso alle procedure alternative<sup>5</sup>; e la stessa Corte Suprema ha un chiaro indirizzo in quel senso, accentuatosi negli anni del mandato di John Roberts come Chief Justice<sup>6</sup>. Non c'è quindi da meravigliarsi se anche da noi spira la stessa brezza; compiacersene, è un'altra cosa<sup>7</sup>.

---

<sup>2</sup> qui col trattino, ndr...

<sup>3</sup> E magari anche dalle Carte sovranazionali: per es. l'art.6 della C.E.D.U. sul diritto ad un processo equo, il cui rispetto è certamente compatibile con la rinuncia alla giurisdizione statale in favore di arbitri, ma...*est modus*: “*Le droit à un tribunal revêt en effet une trop grande importance dans une société démocratique pour qu'une personne en perde le bénéfice par cela seul qu'elle a souscrit à un arrangement parajudiciaire*” (C.E.D.U., V Sec., 28-10-2010 in 1643/06, *Suda c. République Tchèque*).

<sup>4</sup> Trattati da *Pappagallo ermetico*, in *Acqua e vino* (1937).

<sup>5</sup> Per un quadro generale v. J.RESNIK, *The Privatization of Process: Requiem for and Celebration of the Federal Rules of Civil Procedure at 75* (June 5, 2014), Yale Law School, Public Law Research Paper No. 510. SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2431426>, da cui sono tratte le citazioni nel testo. Cfr. anche A.S.ZIMMERMAN-R.DANA, *Aggregate litigation goes private*, (August 22, 2014). Loyola-LA Legal Studies Paper No. 2014-38; SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2485416>, che si riferisce a J. DODGE, *Disaggregative Mechanisms: Mass Claims Resolution Without Class Actions*, 63, EMORY L.J. 1253 (2014), a proposito della tendenza alla creazione – in via contrattuale - di sistemi di soluzione delle controversie di massa tali da evitare il ricorso alle azioni di classe (si cita il caso della Costa Concordia, tra gli altri).

<sup>6</sup> Anche per il loro carattere divulgativo utili i numerosi articoli sul tema di David COLE (che insegna a Georgetown) come ad es. l'ultimo *The Anti-Court Court* sulla NYRB <http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/aug/14/anti-court-supreme-court/>.

<sup>7</sup> V. in senso più positivo T.GALLETTO, *Il processo gestito dai privati e la competitività dello strumento arbitrale*, e F.P.LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it). Per

### La *translatio*<sup>8</sup> in sede arbitrale

Se non abbiamo sbagliato di molto nell'individuare la *ratio* generale delle norme, si può dare un'occhiata al trasferimento in sede arbitrale delle controversie pendenti in primo e secondo grado.

Ignoriamo le ovvietà...o quasi – come il carattere disponibile dei diritti contemplabili, la scontata esclusione delle controversie in materia di lavoro e previdenza, e la maturazione di preclusioni e decadenze<sup>9</sup> – e vediamo di capire perché le parti congiuntamente (prima che la causa venga trattenuta in decisione)<sup>10</sup> dovrebbero chiedere al giudice quella sorta di autorizzazione di cui al comma 2 dell'art.1, anziché semplicemente abbandonare il giudizio (sono d'accordo, no ?) e scegliere la via dell'arbitrato secondo le consuete modalità.

La risposta si atteggia su due argomentazioni: una debole ed una forte.

Quella francamente debole potrebbe essere questa: perché in queste ipotesi si avrebbe una garanzia di professionalità per la figura degli arbitri, qualora la scelta non sia concordata tra le parti: essa infatti dovrebbe essere operata dal Presidente del Consiglio dell'Ordine degli avvocati, tra i legali dichiaratisi disponibili con una anzianità minima di tre anni. Che organo e bacino di scelta siano oggettivamente *migliori* e quindi preferibili rispetto al meccanismo delineato dall'art.810 c.p.c. è però tutto da dimostrare, così come che non si tratti soltanto di una (lecita!) strizzata d'occhio alla categoria<sup>11</sup>, che da tempo auspica una maggiore diffusione delle procedure alternative e vuole esserne protagonista (vedi le iniziative sulle camere arbitrali presso i Consigli degli Ordini, come del resto previsto nella legge di riforma dell'ordinamento professionale).

Una digressione a sfondo deontologico.

---

un quadro italiano v. il settimo *Rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia* dell'ISDACI: per un estratto <http://www.isdaci.it/images/pdf/estratto%20ricerca%20isdaci.pdf>.

<sup>8</sup> Che *translatio* vera e propria a dir la verità non sarebbe (lo ha notato anche B.CAPPONI, *Traslazione dei contenziosi: dai tribunali ai consigli dell'ordine*, in *Questione Giustizia* on line), ma tutti la chiamano così, a cominciare dal Ministro... efficace ma *traditrice* la formula di G.NAVARRINI, *Riflessioni a prime lettura sul nuovo "arbitrato deflattivo"*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

<sup>9</sup> Punto quest'ultimo, detto di sfuggita, peraltro non così semplice, introducendosi nell'arbitrato la considerazione di questioni maturate altrove. Sui numerosi quesiti sollevati dalla nuova normativa tempestivamente A.BRIGUGLIO, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio*, in [www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com), e G.NAVARRINI, *op.cit.*

<sup>10</sup> Ed anche a questo proposito: cosa impedirebbe già oggi alle parti di rinunciare all'azione ed introdurre un arbitrato anche dopo la precisazione delle conclusioni, se prima della decisione ?

<sup>11</sup> La pensa così ad es. B.CAPPONI, *op.cit.* Cfr. anche di G.SCARSELLI, *Luci e ombre sull'ennesimo progetto di riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia* on line. Più ottimista V.VIGORITI, *Il "trasferimento" in arbitrato: un'inversione di tendenza?* in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

Parlando di scelta degli arbitri, un'altra rilevante perplessità deriva dalla previsione – non si quanto consapevole: v. tra poco – del “collegio” arbitrale. Perché escludere, come sembra, che le parti possano preferire un arbitro unico (la differenza in termini di costi, tra l'altro, non è irrilevante<sup>12</sup>) ?

Se davvero meditata e voluta, la scelta del legislatore potrebbe avere un'unica spiegazione, che cioè si sia voluta offrire la più compiuta garanzia del “collegio” tenuto conto del bacino di scelta non specificamente qualificato (ripeto e preciso: avvocati iscritti da almeno tre anni “*all'albo dell'ordine circondariale*”, dichiaratisi disponibili prima della trasmissione del fascicolo<sup>13</sup>). Mi sembra doveroso porre qui un problema di serietà tutto proprio della nostra categoria, che in qualche modo vede riconosciuta una preferenza<sup>14</sup>, a cominciare dalla limitazione territoriale: sarebbe infatti potuto forse venire in mente di *escludere* dall'ambito della scelta gli iscritti allo stesso ordine territoriale nel quale, con grande probabilità (legata alle regole sulla competenza) esercitano i difensori delle parti; non il contrario. Tanto che a proposito di un problema in parte analogo sorto per gli avvocati mediatori si era segnalata l'opportunità pratica di aggregazioni territoriali tra gli organismi di mediazione forensi, volte a garantire insieme libertà, competenza e trasparenza nella scelta.

Restringerla, di fatto, giusto ai colleghi dei difensori, può allora parer fornire un'indicazione contraddittoria rispetto ai criteri sull'imparzialità dell'arbitro codificati dalla legge (v. l'art.815 c.p.c.), più severamente dai codici deontologici (art.55 del codice deontologico forense vigente, il cui contenuto sarà sostanzialmente trasfuso nel “nuovo” art.61), e comunque diffusi nelle più frequentate regolamentazioni<sup>15</sup>.

Più in generale, sarà possibile ai Consigli territoriali (preferibilmente sulla base di linee guida predisposte dal C.N.F. e/o dalle sue fondazioni, per garantire una omogeneità nel territorio nazionale) adottare dei criteri regolamentari per l' “iscrizione” – uso con cautela il termine, giacché non si tratta certamente di un nuovo albo o registro, ma almeno di un “elenco” bisognerà parlare - degli aspiranti arbitri ? gli organismi di mediazione (giusto per fare un paragone) possono adottare regolamenti più o meno rigorosi pur nell'ambito

---

<sup>12</sup> In particolare ove si faccia riferimento alle tariffe forensi del 2004, punto 9 tab.D all. al D.M. N.127/2004, come previsto con rinvio formale dall'art.24 del c.d. decreto Bersani del 2006, e come ha ritenuto parte della giurisprudenza di merito, come ad es. Trib.Pisa, 08-08-2013; Id., 28-08-2013; Id. 30-08-2013, quest'ultima confermata espressamente sul punto da App.Firenze 04-04-2014, inedite. Anche il “silenzio” del D.M.n.55 del 2014 sui compensi del “collegio” arbitrale – malamente spiegato nella relazione di accompagnamento con la natura meramente orientativa e non vincolante dei parametri - non dovrebbe condurre a conclusioni diverse.

<sup>13</sup> Notarella speciosa: dopo la *trasmissione del fascicolo* no, ma dopo il provvedimento del giudice od ancor prima, dopo la richiesta congiunta, sì ? e, in ogni caso, perchè limitare la facoltà di scelta delle parti ?

<sup>14</sup> Va da sé che eguali ed anzi maggiori perplessità deriverebbero dall'estensione della platea dei potenziali arbitri ad altre categorie professionali.

<sup>15</sup> Sul profilo per tutti C.SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, Giuffrè, 2009, spec. 139 ss. sulla designazione.

delle previsioni generali. O fioccheranno i ricorsi dei colleghi che lamenteranno l'ingiusta esclusione, vantando la scarna lettera della legge ? a scampo di equivoci un modesto emendamento che attribuisse tale facoltà anche soltanto all'organo istituzionale apicale, di concerto o meno con il Ministero, risolverebbe i dubbi, considerata anche la probabile adozione di criteri di rotazione nelle nomine.

### **Gli incentivi**

La spinta più forte dovrebbe derivare piuttosto da quanto finora è solo *previsto* all'ultimo comma dell'art.1, che cioè il Ministro possa stabilire "*riduzioni dei parametri relativi ai compensi degli arbitri*", previsione che si somma all'esclusione della solidarietà per i compensi (è l'inapplicabilità dell'art.814, 1 c., secondo periodo, c.p.c.<sup>16</sup>).

Questo sì che sono incentivi all'uso dell'arbitrato, dove la comparazione costi/vantaggi porta spesso ad un rifiuto, come il rischio per la parte vincitrice di doversi sobbarcare integralmente i costi del procedimento.

E lo sono talmente, che è davvero troppo malizioso immaginare che le parti, al costo di un contributo unificato, possano volutamente iniziare un procedimento giudiziale solo per poi usufruire di tali agevolazioni (con riduzioni dei costi che dovrebbero essere appunto limitate ai casi contemplati dalle nuove norme, e non esigue per apparire attraenti) ? Speriamo di sì, ma crediamo di no; le differenti modalità nella scelta dell'arbitro (nell'ipotesi dell'art.810 c.p.c. ed in quella ora delineata<sup>17</sup>) non sarebbero certo tali da far sottovalutare un consistente risparmio, cui potrebbero/dovrebbero però aggiungersi incentivi di carattere fiscale (il Ministro ha annunciato ai giornali che sono senz'altro allo studio).

Un modesto suggerimento in senso deflattivo è poi dato dal 4 comma, con un meccanismo di tempi certi in sede di appello a pena di estinzione del processo; ma l'indicazione di un termine apparentemente inflessibile per la pronuncia del lodo confligge tanto con la libertà delle parti quanto con le norme del codice di rito, pur richiamate al 1, sì che sarebbe auspicabile un chiarimento od una coerente interpretazione (per dirne solo qualcuna: si applicano le proroghe di cui all'art.820, 4 c., c.p.c. ? è necessaria la notifica di cui all'art.821 c.p.c. ? e come la mettiamo con l'art.830, 2 c., c.p.c. al riguardo dei poteri della Corte di appello di decidere nel merito <sup>18</sup> ?). Ci limitiamo a notare che anticipazioni

---

<sup>16</sup> La Nota di lettura del Servizio Bilancio n.63 (sul sito del Senato sub AS 1612) si dimentica la deroga...

<sup>17</sup> Se la scelta dell'arbitro è concorde, il problema non si dovrebbe ovviamente porre, neppure da un punto di vista dei costi.

<sup>18</sup> "*Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829, commi primo, nn. 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo*"; riferimenti questi ultimi che imporrebbero l'opportunità di una regolamentazione pattizia caso per caso, a scampo di equivoci.

Altre perplessità sono sollevate nello stesso Dossier del Servizio Studi del Senato sull'AS 1612, in particolare sui poteri del Presidente del tribunale di cui agli artt.811, 813 bis, 814 2 c., 815 (interpretati in collegamento

ufficose dei nuovi testi non distinguevano tra primo e secondo grado, il che porterebbe ad escludere l'ipotesi interpretativa dubitativamente avanzata dall'Ufficio Studi del C.N.F.<sup>19</sup>, secondo la quale l'obbligo della riassunzione potrebbe scattare anche in primo grado per il decorso del termine di 120 giorni per il deposito del lodo. Argomento – quello del “ripensamento” del legislatore, tra l'altro del tutto ufficioso – senz'altro debole, mentre potrebbe esser più valido quello della *ratio* acceleratoria delle nuove norme.

Infine, è forse solo un eccesso di scrupolo chiedersi se davvero “*Quando il processo è riassunto il lodo non può più essere pronunciato*”? se è una precisazione è forse ovvia, mentre non sembra lecito escludere la possibilità di adire nuovamente gli arbitri (i soliti od altri, previo l'abbandono del processo riassunto): ma, appunto, è solo un eccesso di scrupolo.

Insomma, se proprio si dovevano invitare le parti ad un maggiore uso della giustizia arbitrale, forse lo si poteva fare meglio, senza creare nuovi problemi interpretativi: “*basta, per favore basta*” scriveva un Autore a proposito di altre riforme dettate da improvvidi e contraddittori impulsi deflattivi<sup>20</sup>.

Il rischio delle nuove norme, in conclusione, è che si tratti dell'espressione di un pio desiderio, giacchè la possibilità così “offerta” “*ha pochissimo di nuovo, e sarà rarissimamente utilizzata*”<sup>21</sup>: a meno che gli avvocati non si mettano in condizione di renderla appetitosa, garantendo qualità degli arbitrati a costi ridotti. Altrimenti, i ricorsi alla *translatio*, comunque non frequenti, condurranno a procedimenti che saranno considerati più o meno di serie B.

---

ad un potere di nomina ora trasferito al Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati) ed all'art.825 c.p.c.

<sup>19</sup> <http://www.consiglionazionaleforense.it/site/home/pubblicazioni/dossier-ufficio-studi/articolo8798.html>.

<sup>20</sup> M.FORNACIARI, *Ancora una riforma dell'articolo 360, comma 1, numero 5 c.p.c.: basta, per favore, basta*, in *Rass. Forense*, 2012, 493 ss. A.BRIGUGLIO e G.NAVARRINI *op.cit.* auspicano l'eliminazione totale della previsione di cui al c.4 dell'art.1.

<sup>21</sup> G.SCARSELLI, *op.cit.*; per A.BRIGUGLIO, *op.cit.* – condiviso da M.LIBERTINI, *op.cit.* - il d.l. “*è assai poco utile ma anche pochissimo dannoso*”: ma così forse si sottovaluta l'impatto “morale” di una nuova normativa inutile.