GIURISDIZIONE E RIMEDI ALTERNATIVI*

di *Renato Rordorf*

Il ricorso a rimedi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie è oggi soprattutto sollecitato dall'esigenza di deflazionare l'enorme carico del contenzioso che grava sui tribunali e sulle corti, frutto della più diffusa consapevolezza dei diritti, che in una società di massa inevitabilmente produce anche una domanda di giustizia massificata. Il favore verso i rimedi alternativi risponde pertanto anche a un'esigenza di ampliamento dell'area della tutela dei diritti, estesa a campi e situazioni per i quali il ricorso al giudice può non apparire adeguato. Tuttavia, pur nella generale tendenza alla privatizzazione delle funzioni statali, compresa quella giurisdizionale, il giudice pubblico resta il garante di ultima istanza della legalità e della coerenza del sistema giuridico. Perciò anche i rimedi alternativi possono svolgere una funzione positiva solo a condizione di operare all'interno di un quadro di giurisdizione pubblica efficiente.

Premessa

Il tema dei rimedi alternativi ai modi tradizionali di risoluzione giurisdizione delle controversie civili può dirsi antico[1], ma col passare del tempo è

* Lo scritto riproduce il testo di una relazione tenuta nell'ambito del Convegno su *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, svoltosi per iniziativa del Consiglio di Stato nella Villa Monastero, Varenna, 18-20 settembre 2014.

1. È un tema che affonda le sue radici nel nelle origini contrattuali del processo romano e ha percorso per oltre un millennio la storia tanto del *civil law* quanto del *common law*, come ricorda M.F. Ghirga, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, p. 367 (e in nt. 44 e 45, ove ulteriori citazioni sul tema).

divenuto sempre più attuale; e oggi è di bruciante attualità anche e soprattutto perché proprio a tali possibili rimedi si guarda per fronteggiare la crisi gravissima che attraversa la giustizia civile da ormai molti anni a questa parte. È fin troppo ovvio che, se l'esercizio dell'apparato giurisdizionale dello Stato non riesce ad assicurare in modo adeguato la tutela effettiva delle situazioni giuridiche che l'ordinamento intende proteggere, quel fondamentale valore morale e sociale cui ci riferiamo col nome di giustizia ne viene seriamente compromesso.

Oggi è di moda sottolineare quanto ciò incida negativamente sulle prospettive di crescita economica del Paese, per l'effetto di disincentivazione degli investimenti di capitale anche dall'estero che ne deriva, in un contesto nel quale la competizione commerciale si svolge su di un piano sempre più internazionale. Il che è verissimo, ma forse un po' riduttivo. Quel che è in gioco, quando si discute della concreta attuazione e quindi dell'effettività delle regole di diritto, non può essere solo la spinta a sorpassare qualche altro Paese nelle graduatorie di efficienza dei mercati redatte da svariati organismi internazionali; e d'altronde il *deficit* di competitività del cosiddetto *sistema-paese* dipende da un complicato intreccio di cause storiche tra le quali mi pare azzardato assegnare il ruolo principale all'insoddisfacente funzionamento della giustizia civile.

E allora sarebbe auspicabile, quando si affrontano temi come questo, tentare svincolare il discorso dalle strettoie della contingenza economica, mettendo prima d'ogni altra cosa in evidenza come il mal funzionamento della giustizia incida anzitutto, inevitabilmente, sul livello di civiltà della società in cui viviamo, che vorremmo fosse una civiltà dei diritti, in seno a uno Stato di diritto, ma che rischia di esserlo solo nominalmente se l'ordinamento non si mostra davvero in grado di assicurare l'attuazione dei diritti di tutti e di ciascuno.

1. L'incremento della domanda di giustizia

Non è certo possibile passare in rassegna ed esaminare approfonditamente in questa sede le molteplici cause della crisi della giustizia, alcune delle quali indubbiamente dipendono anche da peculiarità dell'ordinamento e della società italiani (alto tasso di litigiosità, elevato livello di illegalità diffusa, eccessivo numero di avvocati, tradizionali inefficienze della Pubblica amministrazione che non possono non riguardare anche l'amministrazione della giustizia etc.), concorrendo a rendere questa crisi particolarmente acuta nel nostro Paese[2].

2. So bene quanto siano ineleganti le autocitazioni. È solo per consentire di comprendere meglio ciò cui alludo nel testo che mi permetto di rinviare al mio scritto *La crisi della giustizia civile e l'affanno della cassazione*, in *La crisi della giustizia civile in Italia: che fare?* (atti del convegno dell'osservatorio Giordano Dell'Amore, 14-15 novembre 2008, Palazzo di giustizia - Milano), Milano 2009, p. 31 ss. (nonché in *Questione giustizia*, 2009, p. 22 ss.).

Vale però la pena di accennare qui – sia pure in termini molto generali e con inevitabile schematismo – ad alcune ragioni storiche, che definirei di lungo periodo, dalle quali nascono le difficoltà che stiamo vivendo, che mi paiono destinate a caratterizzare fortemente anche in futuro l'evoluzione della giurisdizione, non soltanto nel nostro Paese. Ragioni storiche che, ovviamente, si riflettono anche sullo sviluppo sempre più accentuato dei cosiddetti sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, i quali al tempo stesso si presentano come conseguenza e come possibile terapia della crisi della giurisdizione pubblica.

È stato già posto spesse volte in evidenza come l'affanno della giurisdizione sia conseguenza della sempre crescente domanda di giustizia, a fronte della quale le strutture pubbliche deputate a fornire la risposta giurisdizionale sono rimaste sostanzialmente invariate, sia per entità di uomini e mezzi sia per le modalità procedurali con cui quella risposta dovrebbe esser data (le recenti ripetute riforme della procedura civile hanno riguardato aspetti di dettaglio senza intaccare nell'essenziale la struttura di un processo, che resta nel suo complesso estremamente formalizzato).

Ma l'incremento della domanda di giustizia non è un fenomeno contingente, e sarebbe paradossale – oltre che probabilmente inutile – volerlo contrastare, perché ha radici profonde nell'evoluzione storica, né alcuno si spinge ad auspicare un arretramento del fronte di tutela dei diritti.

Uno storico torinese, Vincenzo Ferrone, ha di recente assai ben ricostruito come lo sviluppo della moderna concezione dei diritti dell'uomo, a partire dall'illuminismo settecentesco, si sia accompagnata alla progressiva costruzione della persona come individuo autonomo e cosciente, «*traghettando la cultura politica dell'Occidente dalla civiltà dei doveri a quella dei diritti*» [3]. Il percorso che ne è seguito, pur se attraversato da frequenti arretramenti e da contraddizioni molteplici (basti pensare all'epoca dei totalitarismi nel *secolo breve*), ha condotto nel lungo periodo al diffondersi tra strati sempre più ampi della popolazione della consapevolezza dei diritti di ciascuno, come singolo individuo e come componente dei più svariati gruppi sociali, sino a tradursi nelle ben note disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (e, ovviamente, della nostra Costituzione) in tema di diritto di accesso alla giustizia e di diritto al giusto processo.

In una società ormai divenuta di massa, questo fenomeno inevitabilmente ha comportato e comporta che anche la giustizia – non diversamente dalla scuola, dalla sanità, dai trasporti e via elencando – deve ormai rispondere a una domanda di massa, incomparabilmente diversa, per quantità e in parte anche per connotati tipologici, da quella che lo Stato, con i suoi organi a ciò deputati, era chiamato a fronteggiare sino ancora a una cinquantina di anni fa.

Vi si ricollega, benché forse con connotati non altrettanto virtuosi e senza un rapporto di vera e propria consequenzialità necessaria, la progressiva e

3. V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, Bologna, 2014, p. 114 e *passim*.

inarrestabile giuridificazione di aree sempre più estese della realtà sociale (fenomeno che, nella lunga distanza, sembra assai più consolidato delle spinte alla deregolamentazione manifestatesi negli ultimi decenni), che ha ovviamente non poco contribuito a ingrossare il flusso delle questioni riversate sul tavolo dei giudici, nel campo del diritto dei mercati[4] come in quello dei diritti della persona e della famiglia[5] e in altri ancora. Il che rende abbastanza evidente come, pur con gli indispensabili adattamenti procedurali e organizzativi, la risposta che lo Stato è in grado di offrire rischia di essere sempre cronicamente in ritardo, insufficiente a fronteggiare l'inarrestabile incremento della domanda di giustizia.

Ciò inevitabilmente conduce alla necessità di soddisfare almeno in parte quella domanda facendo ricorso a rimedi alternativi, che si sono infatti sviluppati in modo considerevole.

2. Ragioni e funzione dei rimedi alternativi

La spinta a favorire i metodi di *alternative dispute resolution*, proveniente dagli Stati Uniti come ormai gran parte delle novità introdotte nel nostro ordinamento, risale già a quasi quaranta anni fa, stando a coloro che ne individuano la nascita in una celebre conferenza dell'*American Bar Association*, promossa nel 1976 dall'allora *Chief Justice* della Corte suprema Warren Burger col significativo titolo di *Popular dissatisfaction with the administration of justice* (conferenza nota come *Pound Conference*, perché celebrativa del settantesimo anniversario di un famoso discorso tenuto dal noto giurista americano Roscoe Pound, fondatore della *sociological jurisprudence*, sulla riforma del sistema giudiziario di quel Paese)[6].

La tesi in quella sede sostenuta dai più era che si dovessero dirottare alcune categorie di controversie verso organi di giurisdizione privati, in grado di decidere con modalità più flessibili e informali, così da favorire l'accesso di strati più ampi della popolazione a quelle forme di tutela che la giustizia statale, con i suoi tempi lunghi e il suo accentuato tecnicismo giuridico, appariva in grado di assicurare efficacemente solo a una élite relativamente ristretta di soggetti.

Le premesse dalle quali muovevano i partecipanti alla *Pound Conference* possono sembrare solo in parte calzanti, se raffrontate alla realtà attuale del

4. Su cui vedi le considerazioni di G. Alpa, *La cd. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 725 ss.

5. Cfr., tra gli altri, E. Carbone, *La giuridificazione delle relazioni domestiche e i suoi riflessi aquiliani*, in *Familia*, 2006, p. 83 ss.; G. Marini, *La giuridificazione della persona - Ideologie e tecniche nei diritti della personalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 359 ss.; e N. Irti, *La giuridificazione del bios*, *ivi*, 2005, I, p. 337 ss.

6. Si veda, in argomento, E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1999, p. 321 ss.

nostro sistema ordinamentale, ma continuano per molti aspetti a costituire un punto di riferimento imprescindibile per ogni dibattito sui rimedi alternativi alla giurisdizione. Aiutano, in particolare, a evidenziare la duplice esigenza che vi è sottesa: diversificare le forme di tutela per renderle meglio aderenti alla varietà delle possibili controversie e per ampliarne la portata complessiva; consentire un recupero di efficacia alla giustizia statale circoscrivendone l'azione alle situazioni che ne giustificano l'intervento.

Potrebbero, a prima vista, apparire esigenze di segno opposto: perché l'ampliamento dell'area delle tutele sembra configgere con l'istanza volta a deflazionare i carichi gravanti sui tribunali e sulle corti. Ma non è così, a patto che quell'ampliamento si realizzi diversificando gli strumenti di tutela e cioè, per l'appunto, mediante la valorizzazione di rimedi alternativi alla giurisdizione non solo in funzione delle già richiamate esigenze deflattive della giustizia ordinaria ma anche per rispondere a un bisogno di attuazione della giustizia in un più vasto raggio di situazioni.

È quel che sin dalla fine degli anni Settanta aveva ben intuito Mario Cappelletti: cioè che la spinta ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie è essa stessa espressione del movimento per l'*access to justice*, sviluppatosi soprattutto a partire da quell'epoca, perché destinata non tanto (o non soltanto) a deviare il corso della domanda di giustizia, che tradizionalmente si indirizza al giudice, quanto piuttosto a favorire l'emersione e il soddisfacimento di domande di giustizia ulteriori, che precedentemente stentavano a trovare sfogo[7].

Ciò aiuta a comprendere anche la ragione per cui il fenomeno di cui stiamo parlando sia estremamente sfaccettato, vastissima essendo tanto la gamma tali sistemi alternativi, quanto la modalità del loro operare e il loro grado di efficienza.

Schematizzando all'estremo, occorrerebbe almeno distinguere due grandi aree.

Quella degli strumenti di natura per così dire preventiva, volti a suggerire percorsi di tipo conciliativo atti a evitare la lite giudiziaria o a porvi termine, in una logica che potrebbe dirsi di *soft law*, in cui si privilegia la cultura del compromesso su quella della decisione; e quella dei veri e propri meccanismi decisionali[8], affidati a organismi che possono in teoria rivestire anch'essi connotati almeno parzialmente pubblicistici ma che il più delle volte, viceversa, si traducono in forme di vera e propria privatizzazione della funzione giudiziaria, secondo il prototipo dell'arbitrato, cui ancor di recente

7. M. Cappelletti, *Accesso alla giustizia*, in *Encicl. giur.*, Treccani, Roma, 1988, vol. I,; Id., *Accesso alla giustizia come programma di riforma e come metodo di pensiero*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 233 ss. Sul tema, anche per ulteriori riferimenti al pensiero di Cappelletti, si veda anche M.F. Ghirga, *op. cit.*, p. 357 ss.

8. Di un modello *conciliativo*, contrapposto a un modello *valutativo*, parla E. Silvestri, *op. cit.*, p. 326.

la Cassazione è tornata a riconoscere natura propriamente giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario[9].

In quest'ultima declinazione il fenomeno assume perciò anche un altro, non meno importante, significato: testimonia in modo eloquente del progressivo arretramento dello Stato da funzioni – quale quella giurisdizionale – che un tempo si ritenevano immancabilmente acquisite al monopolio statale, siccome insite nel concetto stesso di sovranità. Senza bisogno di scomodare le note quanto discusse teorie sulla sovranità condivisa[10], sembra potersi davvero dire che anche questa tendenza, lungi dal presentarsi con carattere contingente, ha affondato ormai radici profonde nelle nostre società occidentali, in cui la sovranità degli Stati nazionali è viepiù compressa[11] da una duplice sussidiarietà: verticale rispetto alle funzioni degli organismi sovranazionali, e orizzontale rispetto ai compiti delegabili alla sfera privata.

Negli Stati Uniti – e non solo – il favore per i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie rispondeva d'altronde, negli anni Settanta del novecento, anche a una tendenza generale della società verso l'indebolimento dei centri in cui si esprimesse qualsiasi potere sentito essenzialmente come autoritario, ivi compreso quello giudiziario. In anni successivi il clima culturale prevalente è mutato e a farsi sentire è stata altresì la spinta post-moderna a un marcato scetticismo verso la certezza del diritto: che del pari ha concorso a creare un clima propizio ai sistemi alternativi, scevri da ogni pretesa di ricerca della verità oggettiva e piuttosto inclini, viceversa, a trovare empiricamente la soluzione meglio adatta alle contingenti esigenze delle parti[12]. Se infatti si muove dal presupposto che il diritto ha rinunciato a separare il vero dal falso, per abbracciare la categoria della possibilità, e che ciascun giudicante sceglie tra le tante possibili la *Grundnorm* cui decide di attenersi perché ognuno è chiamato ad assumere individualmente posizione nel politeismo di valori di cui già parlava Max Weber, onde la sola esigenza davvero inderogabile è che la soluzione dei conflitti all'interno della società sia affidata alla decisione di un giudice terzo, allora tende a sfumare la ragione per cui quel giudice debba essere espressione dello Stato sovrano, ben potendo la sua terzietà trovare adeguato fondamento anche solo nell'accordo delle parti in lite.

9. Cass., sez. unite, 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.*, 2013, I, 3407, con nota di E. D'Alessandro, *Le sezioni unite mutano opinione sulla natura dell'eccezione di arbitrato estero*; in *Nuova giur civ. comm.* 2013, I, 169, con nota di A. Giussani, *Intorno alla deducibilità ex art. 41 cpc dell'eccezione contestata di compromesso per arbitrato estero*; e in *Corriere giur.*, 2014, 84, con nota di G. Verde, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni unite tornano all'antico*.

10. N. Mc Cormick, *La sovranità in discussione*, Bologna, 2003.

11. N. Picardi *Il bicentenario del codice di procedura civile in Italia - Origine, evoluzione e crisi del monopolio statuale della procedura*, in *Giusto processo civ.*, 2008, p. 935 ss.

12. O.G. Chase, in *L'altra giustizia - I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di Varano, Milano, 2007, p. 148 ss.

Posizione certo discutibile, nella sua radicalità, ma d'altro canto neanche può ignorarsi – pur non essendo possibile qui approfondire il tema come sarebbe necessario – che la progressiva e sempre più inarrestabile internazionalizzazione di quasi tutti i fenomeni commerciali di maggiore dimensione rischia di rendere gli ordinamenti processuali dei singoli Stati naturalmente inadeguati a risolvere le controversie che dal commercio si sviluppano. E questo anche perché l'innegabile avvicinamento reciproco che negli ultimi decenni si è registrato tra i sistemi giuridici di *civil law* e quelli di *common law* ha riguardato assai più il diritto sostanziale (del resto in gran parte ricondotto, nel commercio internazionale, a basi contrattuali) che non quello processuale, nel cui ambito permangono differenze rilevanti e reciproche diffidenze. Donde un'ulteriore spinta verso l'adozione di sistemi di risoluzione delle controversie su base convenzionale, in cui finiscono per prevalere profili di mediazione/conciliazione rispetto a quelli tipicamente giurisdizionali.

Né manca di giocare un ruolo assai importante, nel medesimo senso, il grado di specializzazione normalmente richiesto in coloro cui sono affidati i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, a fronte del quale, in società sempre più articolate e complesse e sempre maggiormente dominate dalla tecnica specialistica, rischia spesso di apparire inadeguato il bagaglio giuridico-culturale di cui è dotato il giudice togato.

3. Il legislatore europeo e quello nazionale

Al fascino dei rimedi alternativi non poteva certo rimanere indifferente neppure il diritto comunitario europeo, nell'ambito del quale si sono andate moltiplicando le direttive e le disposizioni volte a favorire lo sviluppo di tali rimedi, variamente denominati, pur ribadendosi la necessità di non privare mai le parti del diritto di accesso al sistema giudiziario (si vedano, ad esempio, l'art. 14 della direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori l'art. 53 della direttiva MIFID 2004/39/CE, e la direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale, i regolamenti 2006/2004 e 524/2013 sulle controversie *on line* dei consumatori).

Anche in tal caso il numero dei provvedimenti adottati, in aggiunta alla specificità settoriale di molti di essi, impedisce in questa sede ogni tentativo di analisi. In termini assai generali, si può solo notare come, specialmente nella direttiva 2008/52 sulla mediazione/conciliazione in materia civile e commerciale, l'intento del legislatore europeo sembra essere stato non tanto quello di ridurre il ricorso al giudice quanto piuttosto di offrire tutela a istanze di giustizia altrimenti destinate a rimanere in ombra, in un'ottica di maggiore efficienza complessiva del mercato.

In ambito nazionale sembra in molti casi aver prevalso invece la preoccupazione di deflazionare il carico eccessivo dei tribunali e delle corti, come attestano anche le recentissime disposizioni del dl 12 settembre 2014, n. 132, significativamente intitolato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e*

altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile. Non è questa la sede per commentare i profili tecnici di tale nuova normativa – tesa per un verso a favorire forme di conciliazione con l'assistenza dei rispettivi legali delle parti e, per altro verso, a incoraggiare il trasferimento delle cause già pendenti dinanzi al giudice in una sede arbitrale affidata ad avvocati – né per esprimere prognosi sulla reale efficacia della misure introdotte. Efficacia che, in larga parte, dipenderà dalla convinzione con cui i difensori vorranno davvero sperimentare le soluzioni alternative in tal modo prospettate e che, comunque, richiederà un significativo lasso di tempo perché la si possa seriamente valutare.

4. Un esempio virtuoso: l'ABF

Come già dicevo, la varietà dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie è tale da impedire ogni pretesa di analisi in questa sede. Vorrei però almeno accennare a uno di tali sistemi, che, nel limitato settore in cui è stato concepito, mi sembra abbia dato in questi ultimi anni risultati interessanti.

Alludo all'Arbitro bancario e finanziario (acronimo ABF), istituto, a norma dell'art. 128 *bis* del TUB, con delibera del CICR del 29 luglio 2008, n. 275, su proposta della Banca d'Italia, e disciplinato con deliberazione della stessa Banca d'Italia del 18 giugno 2009 (parzialmente modificata con il provvedimento di revisione del 12 dicembre 2011), cui è affidato il compito di risolvere le controversie tra banche e clienti in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, pur non pregiudicando per il cliente il ricorso a ogni altro mezzo di tutela previsto dall'ordinamento.

Le caratteristiche di questo sistema, alquanto peculiari, sono indubbiamente legate alla disciplina del settore bancario e al relativo regime di vigilanza, solo in forza del quale è stato evidentemente possibile prevedere l'adesione obbligatoria delle banche e degli altri soggetti vigilati e instaurare un meccanismo di sanzione reputazionale, consistente nella pubblicazione su apposito bollettino dell'eventuale inadempimento delle banche e dei soggetti vigilati alle decisioni assunte dall'ABF.

La natura dell'istituto è controversa, ma sembra preferibile la tesi di chi, ad onta della denominazione, nega lo si possa ricondurre negli schemi tradizionali dell'arbitrato[13], scorgendovi piuttosto una forma di *giurisprudenza precognitrice*[14]. Infatti, pur potendo avere una valenza *lato sensu* anche

13. Come sostenuto invece da G. Guizzi, *L'arbitro bancario finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Società*, 2011, p. 1216 ss., il quale fa leva sull'adesione della banca al sistema, cui corrisponderebbe la volontà negoziale espressa dal cliente mediante lo stesso ricorso all'ABF.

14. In tal senso C. Consolo e M. Stella, *L'«arbitro bancario finanziario» e la sua «giurisprudenza precognitrice»*, in *Società*, 2013, p. 185 ss.; e G. Finocchiaro, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza*, Milano, 2012, p. 293 ss.

sanzionatoria (la sanz
dell'ABF non pare des
de esso non è impugn
neppure è suscettibil
sciuta legittimazione
sua principale finzio
mente molto qualific
causa giudiziaria, co
Questo sistema, a
ti all'ordinamento st
il compito di esamir
i rispettivi legali e f
sarebbe decisa la d
disposizioni date d
sembra aver dato b
corsi proposti e d
2010, data della su
Benché condiz
un ordinamento d
pubblico di vigila
nativi basati sulla
estrema informal
relativamente mo
sue caratteristich
quanto meno esa
ambiti settoriali:
connotato dalla
virtuosa coopera

Conclusione

Naturalmen
rimedi alternat
A quelli ch
rischio di min
le solo dai so
ovviare ricorr

15. Corte co
16. Benché
mostri»: V. Ta
mostri»), in Co
17. Dal sito
1316 nel 2011.

sanzionatoria (la sanzione reputazionale cui sopra si accennava), il *dictum* dell'ABF non pare destinato ad assumere caratteri propriamente decisori, onde esso non è impugnabile come lodo arbitrale dinanzi al giudice ordinario e neppure è suscettibile di costituire cosa giudicata, né all'ABF è stata riconosciuta legittimazione a sollevare questioni di legittimità costituzionale[15]. La sua principale finzione consiste nel fornire alle parti una prognosi tecnicamente molto qualificata, rapida e poco costosa, circa l'esito di una possibile causa giudiziaria, così per lo più evitandone l'instaurazione.

Questo sistema, accostabile ai meccanismi di *early neutral evaluation* noti all'ordinamento statunitense, mediante i quali a un terzo neutrale è affidato il compito di esaminare i fatti oggetto della controversia, ascoltando le parti e i rispettivi legali e fornendo quindi una previsione su come presumibilmente sarebbe decisa la disputa se portata davanti a un tribunale, ma senza che le disposizioni date dal valutatore abbiano mai esse stesse natura vincolante, sembra aver dato buoni risultati[16]), a giudicare dal crescente numero dei ricorsi proposti e delle decisioni che l'organismo ha emanato a partire dal 2010, data della sua costituzione[17].

Benché condizionati – come accennavo – dall'essere l'ABF inserito in un ordinamento di settore, caratterizzato dalla forte presenza di un organo pubblico di vigilanza, questi dati suggeriscono la validità di rimedi alternativi basati sulla forte specializzazione professionale del decidente, sulla estrema informalità del procedimento decisionale e su un costo di accesso relativamente modesto. Se è vero che difficilmente un simile sistema con le sue caratteristiche peculiari potrebbe esser generalizzato, si potrebbe tuttavia quanto meno esaminare l'eventualità di riprodurlo anche in altri analoghi ambiti settoriali: penso, ad esempio, al mondo delle assicurazioni, del pari connotato dalla presenza di un organo pubblico di vigilanza, in un'ottica di virtuosa cooperazione tra *public* e *private enforcement*.

Conclusione

Naturalmente non tutto è oro quel che luce, e un più accentuato ricorso ai rimedi alternativi non manca di seri inconvenienti.

A quelli che tradizionalmente si suole ascrivere alla giustizia privata – il rischio di minore garanzia per la parte debole e il rischio di essere fruibile solo dai soggetti più abbienti – è forse possibile, almeno parzialmente, ovviare ricorrendo a organismi precostituiti del genere di quello da ultimo

15. Corte cost. 21 luglio 2011, n. 218, in *Foro it.*, 2011, I, 2906.

16. Benché non sia mancato chi lo ha senz'altro inserito nella categoria dei *«nuovi mostri»*: V. Tavornina, *L'arbitro bancario finanziario (un altro episodio de «I nuovi mostri»)*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 1021 ss.

17. Dal sito della Banca d'Italia si rileva che vi sono state 610 decisioni nel 2010, 1316 nel 2011, 2152 nel 2012, 3411 nel 2013, e già 3947 nel 2014.

ricordato. Ma il rischio che mi sembra tra tutti il più difficile da evitare è quello di un progressivo e sempre più inarrestabile aumento dell'entropia dell'ordinamento giuridico nel suo complesso, soprattutto se visto nell'ottica del cosiddetto diritto vivente.

Alla valenza pubblica, e per così dire «sociale», della decisione che il giudice assume ed esterna in nome del popolo italiano si sostituisce il carattere privato e individuale del modo in cui la controversia si risolve. Il proliferare dei centri di decisione (più o meno formalizzata) delle controversie e la scarsa pubblicità di una buona parte dei provvedimenti adottati non può non riflettersi negativamente sulla possibilità del formarsi di orientamenti giurisprudenziali consolidati e condivisi in ambito generale: condizione indispensabile per garantire, almeno entro limiti ragionevoli, la certezza del diritto, la prevedibilità delle decisioni e, in definitiva, il principio di uguaglianza che costituisce uno degli assi portanti della nostra costituzione.

A questo tipo d'inconveniente non posso non essere personalmente sensibile, condizionato soggettivamente come sono dalla lunga permanenza nella Corte di cassazione, cioè nell'organo giurisdizionale istituzionalmente deputato alla nomofilachia, e dalla conseguente abitudine a contemperare lo *ius litigatoris* con lo *ius costitutionis*. Non mi nascondo, però, che la sempre maggiore complessità dei moderni sistemi sociali, l'accelerazione nel ricambio normativo, l'intrecciarsi di fonti di diritto nazionali e sovranazionali di vario livello, la stessa pluralità dei plessi giurisdizionali, che caratterizza il nostro sistema e rende complesso il riparto delle rispettive attribuzioni: sono tutti elementi già in presenza dei quali la pretesa sistematicità dell'ordinamento giuridico appare nei fatti sempre più compromessa.

D'altronde, lo stesso numero esorbitante della cause e il conseguente gravissimo ma inevitabile ritardo nella loro definizione da parte del giudice, ivi compreso il giudice di legittimità, contribuisce non poco, a propria volta, a rendere evanescente la funzione nomofilattica.

Lo sviluppo dei rimedi alternativi – speriamo il più possibile equi, razionali ed efficaci, pur con gli inevitabili inconvenienti sistematici che ne possano derivare – più che un'opzione mi sembra sia perciò oggi una necessità. Ma occorre mettervi ordine, prefigurando un numero limitato di tipologie di rimedi alternativi, distinguendo nettamente quelli di carattere propriamente arbitrale da quelli di natura conciliativa, generalizzando i sistemi di *early neutral evaluation* nei settori amministrati da autorità di vigilanza in cui essi possano essere correlati ai poteri di controllo spettanti a dette autorità.

E occorre, al tempo stesso, non perdere mai di vista la stretta connessione e il giusto equilibrio che deve sussistere tra tali rimedi e il buon funzionamento della giurisdizione pubblica, guardandosi dal credere che basti ampliare il campo di applicazione dei primi perché anche la seconda si risollevi.

È vero, come ho ricordato sin dall'inizio, che il recupero della funzionalità del sistema dei tribunali e delle corti passa anche attraverso meccanismi capaci di deflazionare l'eccessivo carico di contenzioso che li affligge, e che a tale scopo i rimedi alternativi possono giocare un ruolo di primaria im-

portanza; ma, a loro
la funzione di supple
diritti solo a condizio
sia efficacemente ass

Perché questo circ
verso i sistemi alterna
pagnarsi a un tendenz
naria, si saldi con ulte
ma più efficiente. E c
– anche cercando in
giurisdizione dello St
di cui s'è parlato: a c
togati, nelle materie c
assai più elastiche e s
ne processualcivilisti

Condizione indisp
equilibrata di giurisd
gata, che consenta a
orientamento giurisp
dei princìpi basilari c
pete. Solo così si pot
ai rimedi alternativi s

portanza; ma, a loro volta, essi saranno in grado di assolvere correttamente la funzione di supplenza e quella di ampliamento dell'area della tutela dei diritti solo a condizione di operare in un quadro ordinamentale la cui tenuta sia efficacemente assicurata dagli organi della giustizia pubblica.

Perché questo circolo virtuoso si generi è perciò necessario che la spinta verso i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, lungi dall'accompagnarsi a un tendenziale disinteresse per l'esercizio della giurisdizione ordinaria, si saldi con ulteriori interventi volti a migliorare e a rendere quest'ultima più efficiente. E ciò dovrebbe farsi – se non è troppo ardito il suggerirlo – anche cercando in qualche misura di avvicinare il *modus operandi* della giurisdizione dello Stato a quello che caratterizza molti dei rimedi alternativi di cui s'è parlato: a cominciare da una maggiore specializzazione dei giudici togati, nelle materie che lo richiedono, per finire con l'adozione di procedure assai più elastiche e semplificate di quelle cui la nostra pur gloriosa tradizione processualcivilistica ci ha abituati.

Condizione indispensabile, questa, perché si possa realizzare una forma equilibrata di giurisdizione condivisa, tra rimedi alternativi e giustizia togata, che consenta a quest'ultima di preservare l'indispensabile funzione di orientamento giurisprudenziale e di controllo di ultima istanza sul rispetto dei princìpi basilari dell'ordinamento giuridico che a essa pur sempre compete. Solo così si potrà evitare che – come pure è stato paventato – la corsa ai rimedi alternativi si risolva in una fuga dal diritto.