

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 20/10/2015

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/37454-l-incentivo-all-utilizzo-degli-strumenti-di-a-d-r-come-contributo-al-superamento-della-crisi-economica>

Autori: Di Monte Emanuele, De Paola Lucilla

L'incentivo all'utilizzo degli strumenti di A.D.R. come contributo al superamento della crisi economica

Una svolta, anche culturale, che deve partire dalla Pubblica Amministrazione ed investire i settori della sanità pubblica e dei servizi essenziali

L'INCENTIVO ALL'UTILIZZO DEGLI STRUMENTI DI A.D.R. COME CONTRIBUTO AL SUPERAMENTO DELLA CRISI ECONOMICA

UNA SVOLTA, ANCHE CULTURALE, CHE DEVE PARTIRE DALLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE ED INVESTIRE I SETTORI DELLA SANITA' PUBBLICA E DEI SERVIZI ESSENZIALI

Dott. Di Monte Emanuele e Dott.ssa De Paola Lucilla

1. LA CRISI ECONOMICA E LA NECESSARIA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA CIVILE: GLI STRUMENTI DEFLATTIVI

La Banca Mondiale ogni anno stila l'[Ease of doing business index](#), un indice di competitività che misura le condizioni per fare impresa nel mondo, considerando le possibilità e i costi per gli investimenti in ogni Paese.

La graduatoria complessiva include 189 Paesi e si basa sull'analisi di variabili quali la facilità di ottenere permessi, la flessibilità del mercato del lavoro, la protezione degli investitori esteri, il pagamento delle tasse e gli eventuali vincoli al commercio con l'estero.

Tra le altre variabili viene in considerazione anche l'assetto del "sistema giustizia" di un Paese; infatti, secondo il World Bank Group, i tempi medi di un processo, la possibilità di vedere concretamente soddisfatte le proprie istanze dinanzi ad un giudice e la consapevolezza di una giustizia che funzioni e garantisca la certezza della pena, rappresentano fattori destinati ad incidere direttamente sull'indice di "appetibilità" di un Paese e su questi spesso si fondano le scelte degli investitori.

Proprio per quanto appena detto, consci delle carenze del nostro sistema giustizia, soprattutto di quello civile e commerciale, non desta sorpresa scoprire che nella citata graduatoria i Paesi dell'Est-Europa vantano posizioni migliori rispetto all'Italia, che si piazza solo al 56° posto.

Insomma, se tra i Paesi dell'UE gli investitori evitano l'Italia e considerano meno competitivi del nostro Paese solo la Grecia e la Croazia, è anche colpa dei pessimi risultati ottenuti dal nostro apparato giudiziario.

La durata media di sette anni¹ per un processo civile, rappresenta un tempo tutt'altro che ragionevole per vedere riconosciute le proprie istanze, e ciò contribuisce ad allontanare gli investitori, acuendo lo stato di crisi economica.

Ne è pienamente consapevole il nostro legislatore nazionale, che già nel 2012, nell'approvare le *"misure urgenti per la crescita del Paese"* con il d.l. n.83, ricorda che *"le organizzazioni nazionali e internazionali degli investitori indicano l'inefficienza della giustizia civile italiana come uno dei maggiori disincentivi allo sviluppo degli investimenti nel nostro Paese"*².

1 Consiglio Nazionale Forense, *"Rapporto del 23 gennaio 2014"*.

2 *"Relazione illustrativa al d.l. n.83 del 2012"*.

La relazione del Governatore della Banca d'Italia dell'anno precedente addirittura stima in un punto percentuale la *“perdita annua di prodotto interno lordo attribuibile all'inefficienza del sistema di gestione del contenzioso”*³.

Insomma, anche il grave stato di crisi economica impone al legislatore un serio e concreto intervento volto ad eliminare gli evidenti problemi strutturali del nostro sistema giustizia, soprattutto dopo che le citate analisi economiche li hanno palesati quali ostacoli alla crescita del Paese.

Primo tra tutti i problemi della giustizia civile in Italia è sicuramente l'enorme carico di arretrato pendente dinanzi alle Corti, unito al progressivo aumento delle controversie iscritte ogni anno; si stima un arretrato di circa 5,2 milioni di *“affari pendenti”*, di cui oltre il 63% è concentrato nei Tribunali ordinari, il 25% presso i Giudici di Pace e circa l'8% nelle Corti d'Appello⁴.

Una simile mole di arretrato è ovviamente determinata dalla sproporzione tra l'altissimo numero di controversie proposte ogni anno e le limitate risorse che lo Stato può destinare al loro smaltimento.

Il modo più diretto per rendere il sistema giustizia più efficiente è sicuramente rappresentato dall'aumento di risorse stanziare oppure da una sensibile diminuzione del numero di cause iscritte ogni anno.

Stante l'impossibilità economica di aumentare le risorse stanziare per aumentare in modo così considerevole il numero dei magistrati, è necessario operare anche sul versante della diminuzione dei processi.

Troppo spesso il legislatore ha perseguito questo obiettivo alzando le spese per l'istaurazione dei processi o limitando l'accesso alla giustizia mediante i filtri più diversi; ma di certo questa non è la strada più proficua, né in termini di risultati ottenuti⁵, né soprattutto in termini di giustizia sociale e rispetto delle garanzie costituzionali, su tutte il diritto alla giustizia.

Piuttosto appare virtuoso l'incentivo di tutte le forme di *“Alternative Dispute Resolution”*, cioè dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi alla via giudiziaria.

Nonostante gli interventi del legislatore volti a tal fine, le norme non hanno avuto l'impatto sperato; pertanto, l'analisi e la ricerca nell'intento di individuare misure idonee a determinare un'inversione di rotta in materia, non può non partire dall'analisi dei tentativi già compiuti per rintracciarne gli errori.

2. LE A.D.R. NEL SISTEMA GIURIDICO ITALIANO: RISULTATI OTTENUTI, ERRORI COMPIUTI E PROSPETTIVE DELLE RECENTI RIFORME

Nonostante in Europa la normativa comunitaria prevede che *“Gli Stati membri provvedano affinché la loro legislazione non ostacoli l'uso degli strumenti di composizione extragiudiziale delle controversie previsti dal*

³ *“Relazione del Governatore della Banca d'Italia”* del 31 maggio 2011.

⁴ *“Censimento effettuale dal Ministero di Giustizia”*, pubblicato il 2 luglio 2014.

⁵ Secondo il CNF dal 2005 al 2012 i costi di accesso sono lievitati del 55% per il primo grado, del 119% in Appello e del 182% in Cassazione.

*diritto nazionale*⁶ e invita gli stessi ad *“incoraggiare gli organi di composizione extragiudiziale delle controversie”*⁷, in Italia i risultati ottenuti non sono di certo soddisfacenti.

Al fallimento delle A.d.r. nel nostro Paese ha sicuramente contribuito la tecnica legislativa utilizzata: non si è mai avuta una sistematizzazione di tutti gli strumenti di A.d.r. e, invece di approntare un apparato che potesse rappresentare una valida alternativa alla via giudiziaria, si è preferita l'introduzione di specifici rimedi in singoli settori.

Si pensi al tortuoso ed impervio percorso compiuto dal legislatore per arrivare, solo nel 2010, al riconoscimento della mediazione come *“istituzione finalizzata alla conciliazione delle controversie in ambito civile e commerciale”*⁸, caratterizzato da una legislazione frammentata ed altalenante.

Di certo non ha giovato alla diffusione dell'istituto della mediazione la pronuncia di incostituzionalità dell'appena citato d.lgs. proprio nella parte in cui prevedeva l'obbligatorietà del preventivo ricorso allo strumento alternativo.

La frammentarietà della legislazione e le altalenanti posizioni assunte, anche in virtù delle prese di posizione di categorie portatrici di interessi propri e non animate dall'intento di perseguire il bene comune, hanno contribuito a generare un sistema di A.d.r. caratterizzato da profondi errori dogmatici, prima ancora che da scelte faziose di politica del diritto.

Alcuni degli errori commessi in passato sono stati sicuramente considerati dall'attuale legislatore che, con il recente d.l. n.132 del 2014, ha provato a dare nuovo impulso al sistema delle A.d.r., fornendo nuovi strumenti.

L'intervento presenta sicuramente aspetti positivi come l'introduzione della negoziazione assistita, istituto conosciuto già da tempo in altri ordinamenti⁹; ma di certo non abbandona il paradigma della legislazione speciale e settoriale in favore di un'opportuna sistematizzazione degli istituti che ancora latita.

Pienamente consapevoli dell'ormai improcrastinabile necessità di tale sistematizzazione, diventa necessario indagare le possibili strade da percorrere per dare nuovo impulso al sistema delle A.d.r.; tale ricerca non può prescindere da un'analisi degli istituti e dell'esperienza degli altri ordinamenti.

6 Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a *“taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno”*.

7 Direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, cit.

8 Tale riconoscimento si ha solo nel 2010 con il d.lgs. n. 28.

9 La negoziazione assistita o *“procédure participative”* nasce in Francia nel 2008 con il rapporto *“L'ambition raisonnée d'une justice apaisée”* di Serge Guinchard.

3. L'ESPERIENZA DEGLI ALTRI STATI: LE A.D.R. IN MATERIA CONSUMERISTICA, SANITARIA E DEI SERVIZI

Oltreoceano già nel 1887, Il Governo Federale americano, con la legge sul commercio tra Stati, istituì un procedimento per dirimere volontariamente le controversie tra le compagnie ferroviarie e i loro dipendenti.

Nel 1906, in un convegno dell'*American Bar Association* fu tenuta dall'insigne Pound¹⁰ una relazione¹¹ che diede inizio al percorso di riconoscimento delle A.d.r., poi sfociato nella modifica del Titolo 28° della Carta dei Diritti del 1998, con la quale si è stabilito che *“gli strumenti e le procedure A.d.r. devono prevalere su qualsiasi procedura contenziosa”*¹².

Consapevoli, però, dell'enorme distanza dogmatica del nostro ordinamento da quello statunitense, volendo considerare e valorizzare l'esperienza di altri ordinamenti più simili al nostro, è possibile tenere in considerazione quanto avviene in altri stati europei c.d. di *civil law*.

Il Belgio, ad esempio, dalla riforma copernicana dell'amministrazione nel 1999, ha cominciato a promuovere la mediazione, con la convinzione che la creazione di un ambiente favorevole di A.d.r., soprattutto per il consumatore, conduce a un miglior funzionamento del mercato dei beni e dei servizi¹³.

A seguito di uno studio del 2006, si decise di creare addirittura uno strumento di Odr, *Online Dispute Resolution*, il “Belmed” o “Belgian Mediation”, presentato nel 2011.

Si tratta di un portale digitale che intende promuovere e rendere più accessibile l'A.d.r. e l'Odr, dando informazioni, con linguaggio accessibile, sui mezzi esistenti per comporre le liti commerciali in maniera amichevole: i vari arbitrati, la mediazione, l'*Ombudsman*¹⁴; fornendo concreti esempi di lettere e facsimili a imprese e consumatori dei ventisette Stati membri dell'Unione Europea.

Il sistema sta fornendo ottimi risultati soprattutto per le controversie in materia di energia, banche ed investimenti, autoveicoli, liti da viaggio e diritti dei consumatori.

Tale esperienza avanguardista potrebbe far riflettere il nostro legislatore ed orientare anche i risultati di questa ricerca.

Un intervento ispirato al sistema belga, soprattutto in relazione alle controversie con la P.A. concernenti servizi e beni essenziali, potrebbe sicuramente garantire l'accesso alla giustizia, raggiungendo non solo risultati deflattivi del carico giudiziario, ma permettendo anche una gestione più efficiente delle risorse economiche della P.A.

10 Nathan Roscoe Pound, noto giurista statunitense e preside della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Harvard.

11 *“The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice”*.

12 *“Cenni storici sulla nascita e diffusione dei metodi A.d.r.”* a cura di *“Alternative Dispute Resolution International Center”*.

13 Gioia G., *“L'esperienza della risoluzione alternativa delle controversie consumeristiche nell'Unione Europea”*, in *Giustizia civile*, fasc. n.11 del 2013.

14 L'*Ombudsman*, o *“Giurì Bancario”* è un organismo collegiale di giudizio alternativo alla Magistratura Ordinaria, cui possono rivolgersi i clienti per risolvere gratuitamente le controversie con le banche e gli intermediari finanziari.

Anche in Francia il funzionamento del sistema di A.d.r. è percepita come una questione di notevole rilevanza. Negli ultimi anni sono stati fatti numerosi tentativi per giungere all'adozione di uno “*statuto generale*” della mediazione, ma anche oltralpe non si è ancora riusciti a giungere ad un sistema unificato di A.d.r.¹⁵.

Nonostante ciò, nell’ottica di valorizzare l’esperienza altrui cui si accennava prima, un elemento molto positivo del sistema francese è offerto dal servizio di mediazione predisposto dall'Ordine dei medici.

Nel 2010 è stato siglato un accordo tra il Consiglio nazionale dei medici e “*le défenseur des droits*”, concernente lo scambio di informazioni per identificare azioni correttive e preventive, volte a migliorare la qualità e la sicurezza delle cure mediche; lavorando congiuntamente al trattamento dei “reclami”, migliorano la qualità delle relazioni con i fruitori del servizio sanitario¹⁶.

Una commissione regionale svolge un’indagine con l’obiettivo di trovare un accordo negoziale tra la vittima e l’assicurazione della responsabilità professionale¹⁷.

Leggermente diversa è l’esperienza tedesca: in Germania il concetto di risoluzione alternativa delle controversie è associato a un procedimento giurisdizionale o all’arbitrato e sono pochi gli esempi di A.d.r. stragiudiziale.

Ciononostante, è fortemente incoraggiata la composizione della lite, visto che gli avvocati ricevono un compenso più alto se è raggiunto un accordo in pendenza di controversia rispetto a quanto percepito nell’ipotesi di causa decisa dal giudice¹⁸.

Esattamente il contrario di quanto accade nel nostro Paese; pertanto, anche questo dato meriterebbe attenzione da parte della dottrina e del legislatore, potendo rappresentare un fertile terreno di ricerca.

Anche nell’esperienza tedesca è significativo il dato delle “controversie sanitarie”, le quali sono gestite da dodici “schemi speciali di conciliazione” organizzati su base regionale, il più esteso dei quali dal 2010 ad oggi ha già gestito circa 85.000 reclami.

Si tratta di un’organizzazione indipendente, che, nonostante sia finanziata dalle 9 Camere mediche, è caratterizzata da un’indipendenza tale da garantire alle parti che la controversia non sarà conosciuta neanche dalla relativa Camera; inoltre lo schema è gratuito.

Il procedimento è improntato alla lealtà, alla trasparenza, all’assenza di limiti, con formalità minime e veloci.

15 L’art. 2238 del *code civil*, modificato nel 2010, stabilisce che “*La prescription est suspendue à compter du jour où, après la survenance d’un litige, les parties conviennent de recourir à la médiation ou à la conciliation ou, à défaut d’accord écrit, à compter du jour de la première réunion de médiation ou de conciliation [...]*”.

16 Gioia G., op. cit.

17 Cfr. il codice della *Santé Publique*.

18 Gioia G., op. cit.

L'assicurazione del medico partecipa al procedimento in posizione egualitaria con le parti, cosicché può decidere se accettare la decisione o meno; la sua partecipazione e l'assenza di conseguenze della conciliazione sul premio assicurativo del medico rappresentano efficaci incentivi all'utilizzo dello strumento.

Tale impostazione, infatti, ha permesso nel 2008 di raggiungere un risultato eloquente: su 4.840 casi di responsabilità medica, il 46% è stato portato davanti al giudice, mentre il 54% è stato risolto con la mediazione.

Per i motivi appena evidenziati il modello tedesco, almeno nel settore sanitario e dei servizi pubblici essenziali, non può non rappresentare il *benchmark* per una ricerca in materia.

4. LA POSSIBILE INVERSIONE DI MARCIA IN MATERIA DI SANITA' E SERVIZI PUBBLICI ESSENZIALI: IL DISEGNO DI LEGGE REGIONALE DELLA REGIONE LAZIO

Lo studio degli appena richiamati modelli di A.d.r. per le controversie consumeristiche e in materia di sanità, deve rappresentare il punto di partenza per l'individuazione di nuove strade da percorrere per ottenere, sia l'auspicato effetto deflattivo sul carico pendente, sia per migliorare i servizi essenziali forniti dalla P.A.

Accertato il fallimento degli strumenti finora introdotti e troppo spesso modificati, presumendo risultati positivi, ma non determinanti dell'appena istituita negoziazione assistita, e, in attesa di una necessaria sistematizzazione di tutto l'impianto delle A.d.r., è possibile indagare i citati modelli e offrire un'alternativa alle ipotesi fin qui sperimentate.

Queste ultime hanno sempre puntato sull'obbligatorietà e sul sistema di sanzioni per ottenere risultati in un terreno che, invece, trova la sua naturale vocazione proprio nella volontarietà.

Il ricorso alle A.d.r. è prima di tutto una scelta culturale.

Un dato aberrante è fornito dall'impalpabile partecipazione alle procedure di A.d.r. della Pubblica Amministrazione, talvolta vietata addirittura per legge¹⁹.

Non si può pretendere che vi sia un'inversione di tendenza e una maturazione culturale dei cittadini dello Stato europeo con il più alto indice di litigiosità, se tale inversione non è prima dimostrata dallo Stato stesso, declinata nella forma della Pubblica Amministrazione.

Anche per questo motivo un impulso virtuoso si potrebbe ottenere intervenendo proprio in materia di sanità e di servizi essenziali offerti dalla P.A. con strumenti congeniati sull'esempio dei citati modelli europei.

La percezione dell'opinione pubblica e dei cittadini è di una giustizia lentissima che quasi mai riesce a dare risposta alle proprie istanze in tempi accettabili.

¹⁹ La legge n.244 del 2007 ha fatto divieto alle P.A. di deferire ad arbitri la decisione di controversie in tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, come evidenziato da Lubrano F., "La pubblica amministrazione come parte", in "Arbitrato, A.D.R., Conciliazione, dottrina casi sistemi", Zanichelli, 2009.

Il settore dei servizi pubblici contribuisce ad appesantire la mole di conflitti pendenti in maniera rilevante: nel 2011 i settori con il maggior tasso di controversie sono stati proprio trasporti, *utilities* e contenzioso in materia sanitaria.

Nonostante questi numeri siano in costante aumento, spesso accade che il cittadino rinunci a far valere i propri diritti a causa della sproporzione tra l'entità del danno subito e i tempi/costi di un eventuale giudizio; e questo è inaccettabile per uno Stato di Diritto con la nostra Costituzione.

La Regione Lazio, in virtù degli oltre 200.000 procedimenti pendenti solo nel Tribunale di Roma, si è fatta promotrice di una proposta di legge²⁰ volta a ridurre il contenzioso giudiziario in materia di servizi pubblici.

L'esperimento mira a conseguire un duplice vantaggio: la maggiore rapidità nella risoluzione dei conflitti e la riduzione dei costi sostenuti dalla P.A.; lo strumento sarebbe una "Carta dei Servizi" integrata e rivitalizzata dalla clausola espressa conciliativa, la quale garantirebbe per i cittadini la possibilità di ricorrere allo strumento conciliativo, e per gli enti l'obbligo di partecipare alla procedura.

La commissione Politiche sociali e salute del Consiglio regionale del Lazio ha esaminato già l'articolata proposta di "legge sulla conciliazione nelle controversie sanitarie e in materia di servizi pubblici" ed ha fornito parere positivo, intravedendo in essa "una possibilità in più ai cittadini, che non sostituisce od elimina le altre forme di tutela"²¹.

Con la proposta viene istituita la Camera regionale di conciliazione, che avrà il compito di comporre in via stragiudiziale le controversie fra i cittadini e i soggetti erogatori di servizi pubblici che riguardano il mancato rispetto degli standard di qualità previsti dalla Carte dei servizi e l'erogazione di prestazioni sanitarie fino a 10mila euro²².

Un elemento fondamentale dello strumento che verrebbe introdotto con l'approvazione della citata proposta di legge è sicuramente rappresentato dalla gratuità e facoltatività del ricorso ad esso per i cittadini; mentre, l'amministrazione dovrà intervenire obbligatoriamente nel procedimento.

La legge citata, ancora al vaglio del Consiglio regionale, vorrebbe una camera di conciliazione modellata sull'esempio europeo e idonea a rappresentare un'alternativa valida alla costosa via giudiziaria.

Un'occasione per il vaglio del citato strumento potrebbe essere rappresentata dall'istituzione delle "Città metropolitane" e il relativo spostamento in capo a queste della gestione dei servizi, che richiederà la stipula di nuove Carte dei servizi.

20 Proposta di legge n. 21163 del 2013, contenuta nella delibera n.1 del 1 Gennaio 2014, "*Norme per favorire la conciliazione nelle controversie sanitarie e in materia di servizi pubblici*".

21Cfr. Intervento del Presidente della "Commissione Politiche sociali e salute", R.Lena, al Consiglio regionale del Lazio del 23 Aprile 2015.

22 www.consiglio.regione.lazio.it/consiglioweb/news

Lo strumento garantirebbe un ulteriore vantaggio alla Pubblica Amministrazione: la gratuità dell'ipotizzata procedura faciliterebbe l'accesso alla giustizia, soprattutto ai ceti meno abbienti, permettendo l'emersione di ipotesi di cattiva gestione e offrendo così la possibilità di un monitoraggio costante dei servizi dati in gestione a soggetti terzi, evitando gli scandali cui si è abituato il cittadino italiano negli ultimi anni.

L'esperimento della regione Lazio, qualora vedesse l'approvazione definitiva, potrebbe rappresentare, insieme ai modelli europei prima richiamati, un ottimo campo di ricerca, al fine di individuare strade alternative per una netta inversione di tendenza, in attesa di una definitiva sistematizzazione delle *Alternative Dispute Resolution*.

Dott. Di Monte Emanuele
Dott.ssa De Paola Lucilla