

### UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI FOGGIA

#### DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

Dottrine generali del diritto-XXVIII ciclo
TESI DI DOTTORATO

in

#### Diritto civile

# Alternative dispute resolution: le ragioni dell'attuale favor conciliationis

Docente Tutor: Ch.mo Prof. Francesco

Astone

Dottoranda: Serena Antonia delli Carri

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

#### **INDICE**

#### Introduzione

#### Capitolo I

## Dalle origini del fenomeno conciliativo all'attuale favor conciliationis: un'analisi storica

#### **Premessa**

- 1. Le vicende storiche del fenomeno conciliativo: un antichissimo favor
  - 1.1. Le particolarità che il fenomeno assunse in epoca romana e l'importanza dell'analisi della natura giuridica della *litis* contestatio
- 2. Adr e anni 70 negli Stati Uniti
- 3. Accesso alla giustizia. Il rapporto intercorrente tra ADR e processo

#### Capitolo II

Il fenomeno conciliativo moderno in Italia: mezzi autonomi ed eteronomi. Le peculiarità dell'arbitrato

#### **SEZIONE I**

#### **Premessa**

- 1. L'estensione del potere negoziale dei privati alla fase della contestazione: il *recupero* dell'autonomia privata
- 2. Classificazioni in tema di strumenti alternativi delle dispute

#### **SEZIONE II**

- 3. Le facce dello *ius dicere* e l'emancipazione della funzione dal modello statuale: l'Arbitrato
  - 3.1. L'arbitrato e l'analisi dei dati
  - 3.2. Il nuovo istituto del trasferimento in arbitrato
- 4. Altre questioni in tema di arbitrato
  - 4.1. L'arbitrato irrituale

- 4.2. L'autonomia della convenzione di arbitrato
- 4.3. Ambito oggettivo di applicazione
- 4.4. L'arbitrato di equità

#### **SEZIONE III**

5. L'arbitro Bancario Finanziario

#### Capitolo III

#### La Mediazione Civile e Commerciale. Modelli

#### Premessa

- 1. Il conflitto e le sue connotazioni. Come interviene la mediazione sullo stesso?
- 2. La mediazione. Il paradigma generalmente riconosciuto a livello internazionale ed europeo: la necessaria e costante assistenza del terzo
  - 2.1. Il paradigma anglosassone e quello americano a confronto: la *mediation*

- 3. La deviazione rispetto al paradigma tradizionale: la proposta del mediatore e le regole da applicare alla formulazione della stessa
  - 3.1. Parallelismi storici. La storia dell'equity
- 4. L'obbligatorietà della mediazione
- 5. ADR e ODR nei conflitti dei consumatori

Conclusioni: la strada per una formazione diversa

**BIBLIOGRAFIA** 

Troppo spesso la nostra ricerca della felicità termina nella constatazione di un fallimento. È come se avessimo dimenticato che l'armonia tra gli esseri umani è qualcosa che si apprende, che può essere raggiunta solo attraverso un impegno costante. Siamo convinti che il fatto stesso di amarsi basti a farci vivere bene insieme. Ma lo choc è brutale. Dobbiamo forse riacquistare la memoria del passato per ritrovare quel filo di Arianna che, unicamente, può condurre alla realizzazione di ciò che cerchiamo.

Jacqueline Morineau, Lo spirito della mediazione

#### Introduzione

Non si può affermare con decisione che in Italia vi sia una cultura conciliativa. Di certo non si tratta di un paese riconducibile all'insieme dei paesi in cui i metodi alternativi di risoluzione delle dispute hanno fondamenta storiche, tantomeno dove gli stessi possano trovare terreno fertile di sviluppo. Da noi prevale la cultura della iurisdictio, che chiaramente impedisce alle ADR (acronimo coniato negli Stati Uniti per indicare il fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie) di attecchire al nostro sistema giuridico. Neanche l'arbitrato, che conosciamo da più tempo, riesce a decollare poiché ritenuto non economicamente conveniente. Nel corso degli anni ci sono state sperimentazioni inerenti la conciliazione, ma con nessun esito particolarmente positivo. Da un pò di tempo a questa parte però, le cose sembrano però cambiare. La crisi del sistema economico e finanziario, italiano e internazionale, sta provocando una paralisi progressiva del "sistema giustizia" il quale ha dimostrato tutta la sua inadeguatezza nella fornitura di un servizio tempestivo ed efficiente. Gli uffici giudiziari non sono più capaci di assorbire il carico complessivo di lavoro dal momento che, a partire dal 1986, come rilevano i dati ISTAT, il saldo tra le definizioni e le sopravvenienze è di segno negativo. I dati ufficiali sull'amministrazione della giustizia civile evidenziano, in effetti, le difficoltà del sistema in esame nel garantire ai cittadini e alle imprese la tutela dei propri diritti; difficoltà che si riflettono sull'opportunità di avere accesso, nel caso di una loro eventuale violazione, a procedimenti efficaci, semplici, rapidi e poco costosi. Si ipotizza che il problema sia quello dell'eccessiva durata dei processi, che determina un senso d'incertezza e d'insoddisfazione diffusa. Questo dato è supportato da quanto emerge, in primo luogo, dal Rapporto Cepej (Commissione europea per l'efficacia della giustizia - organismo impegnato nella "promozione" della qualità dei sistemi giuridici e nella valutazione del servizio pubblico della giustizia) sull'efficienza dei sistemi giudiziari. Nello stesso si invoca, in modo particolare, il rispetto del principio della "ragionevole durata del processo" (art. 6

della Convenzione Europea sui Diritti Umani, il quale stabilisce che ogni persona ha diritto ad un processo equo entro "tempi ragionevoli", definiti dalla giurisprudenza italiana pari a 3 anni) come uno degli elementi essenziali per il "liscio" funzionamento dei Tribunali. Si tratta dello stesso Rapporto (del 2012) che ha dedicato per la prima volta un intero capitolo ai metodi alternativi di risoluzione delle dispute, data la loro rilevanza quali strumenti di giustizia volontaria e non coercitiva da affiancare ai metodi strutturati e incardinati nel processo giudiziario. Perfettamente in linea con questi dati anche il Doing Business 2013 della Banca Mondiale, il quale stima che i tempi per la risoluzione delle dispute commerciali in Italia sono troppo lunghi. In particolare i 1.210 giorni registrati a Roma (che rappresentano la media tra gli 855 di Torino e i 2.022 di Bari), collocano l'Italia nei 20 paesi peggiori tra i 185 analizzati, penultimo tra quelli dell' Unione Europea (ultima la Slovenia). E questo accade nonostante le numerose condanne della Pubblica Amministrazione italiana al pagamento di risarcimenti milionari per violazione del principio di cui sopra. Sappiamo infatti che l'esigenza di gestire un processo in tempi ragionevoli è strettamente collegata ad una prospettiva che trascende l'ambito nazionale e si afferma innanzi alla Corte Europea dei diritti dell'uomo. La durata dei processi ordinari di cognizione è intollerabile al punto da determinare, tra le altre cose, l'emersione di una nuova figura professionale, ossia quella dell'avvocato specializzato in ricorsi alla Corte dei Diritti dell'Uomo, con il risultato paradossale della congestione della stessa. V'è da chiedersi, pertanto, quale potrebbe essere la causa di una situazione di questo tipo. Taluno ritiene che l'eccessiva durata dei processi potrebbe essere ascrivibile al maggior numero di cause trattate dai giudici italiani rispetto ai colleghi europei, determinata da un forte incremento della "conflittualità" che caratterizza le società contemporanee, all'interno delle quali domina la nuova tendenza ad avvertire come necessità la realizzazione di bisogni secondari. Trattasi di un fenomeno che intuitivamente va di pari passo con il miglioramento della qualità della vita ma che resta anche influenzato, quantomeno per il caso dell'Italia, da ciò che ci hanno insegnato e cioè che la giustizia si fa nelle aule di un tribunale. A questo proposito, la relazione al "Progetto Folena" (progetto di legge del 1999 con lo scopo di generalizzare all'intero universo del contenzioso

civile le esperienze di conciliazione) parlava già di una situazione del sistema ai limiti del collasso dovuta all'esasperazione della tendenza a risolvere le controversie civili attraverso il processo e questo sia per una storica consuetudine, sia per il numero eccessivo di avvocati iscritti all'ordine professionale. Dal rapporto della Banca Mondiale di cui sopra, che dedica anch'esso un intero capitolo al tema della risoluzione alternativa delle dispute commerciali in Italia, si evince come nella sola Milano ci siano tanti avvocati quanti in tutta la Francia. Tale abbondanza potrebbe essere una delle cause della maggiore litigiosità riscontrata in Italia rispetto ai paesi vicini. I tribunali italiani di primo grado ricevono il 60% in più di nuove cause civili rispetto ai francesi ed il numero delle cause pendenti è tre volte superiore a quello della Francia. L'elevato numero dei casi da esaminare, come anticipato, va quindi di pari passo con i tempi troppo dilatati. E dunque la società moderna, complessa, non si accontenta più dei metodi "tramandati" di amministrazione della giustizia. Alla base di questa sfiducia ci sono ragioni diverse che spaziano dai costi della difesa tecnica, alla crisi, alla generale opera di privatizzazione. Al contempo, il processo, inteso come luogo tradizionale e solenne nel quale si risolvono i conflitti, non ha dato prova di poter rispondere alle esigenze mutate e crescenti di giustizia, per cui, almeno in una prima fase, si è assistito ad una serie crescente di interventi sullo stesso ispirati a istanze di semplificazione ed elasticità. A mio avviso il problema è che molto spesso sembra essere stata preferita la via della diminuzione delle garanzie, piuttosto che quella dell'adattamento delle norme processuali all'efficientismo anziché quella dell'immissione di denaro nel sistema, il quale pertanto continua a negare giustizia all'utenza. Si pensi a titolo di esempio al c.d. filtro in appello, con funzione di "selezione" delle impugnazioni o alla travagliata vicenda dell'obbligatorietà della mediazione, di cui si dirà in seguito. Si pensi però, al contempo, anche al Caso Torino, esempio di tribunale attualmente virtuoso per il merito dell'inaugurazione del *Programma di Strasburgo* (a costo zero), il quale, lungi dal ricorrere a metodi alternativi di risoluzione delle controversie, per risolvere la crisi della giustizia, ha elaborato un progetto di smaltimento dell'arretrato. In particolare, si è trattato di operare una mappatura dello stesso e di accompagnare a questa operazione un Decalogo di regole da sottoporre ai

giudici. Decalogo che anticipa nella sostanza le Direttive Cepej per la gestione dei tempi della giustizia, approvate dal Groupe de pilotage "Saturn". Al di la' di questo caso, un'attività normativa di riforma "convulsa" come quella degli ultimi anni sembra peraltro aver disorientato completamente operatori e utenti, tanto da vanificare nella maggior parte dei casi, i seppur ridotti effetti benefici riconosciuti a tali interventi. E' opportuno a questo proposito fare un breve riferimento alle informazioni che ci sono fornite dal Settimo Rapporto Isdaci (Istituto Scientifico per l'Arbitrato, la Mediazione e il Diritto Commerciale), il quale assume come oggetto d'analisi l'anno 2013, particolare per la giustizia alternativa. Una serie di vicende, in questo periodo, hanno infatti modificato il contesto in cui i soggetti che vogliono risolvere le controversie si trovano ad operare. Mi riferisco in particolare all'introduzione della mediazione del 2010, alla pronuncia d'incostituzionalità della mediazione obbligatoria del 2012 e alla reintroduzione della stessa nel 2013. Tali vicende alterne hanno sicuramente contribuito ad alzare la soglia d'interesse rispetto alle ADR in generale e a focalizzare, nello stesso tempo, l'attenzione sulla mediazione piuttosto che sugli altri metodi alternativi, il cui utilizzo subisce una serie di inflessioni. D'altra parte, però, si pensa che esse siano state anche la causa della diminuzione registrata del 73% delle domande di mediazione rispetto all'anno precedente. Dalle 154 mila domande del 2012, si è passati alle 41 mila circa del 2013: dati questi che rappresentano effetti contrastanti rispetto alla tendenza generalizzata che caratterizza il periodo di stesura di questo rapporto. Difatti, come anticipato, lo stesso, giunto alla settima edizione, vede la luce in un momento in cui è in atto una riforma della giustizia, avviata con il Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 132, intitolato "Misure urgenti di de-giurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile", convertito poi in Legge n. 162 del 10 novembre 2014 e contenente una serie di misure che, oltre a comportare maggiore efficienza e celerità dei processi di cognizione e di esecuzione, facilitano l'accesso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie prima del processo o nella pendenza dello stesso. Alla base di una situazione d'incertezza del genere c'è un ulteriore quesito al quale non si risponde con sufficiente chiarezza: ciò che affligge il sistema italiano è un problema di gestione dell'offerta di giustizia o un problema

di gestione della domanda della stessa? La scarsità degli investimenti nel circuito può dipendere da una precisa volontà della classe politica? Quello che intendo dire è che se si considera che una giustizia funzionante mira diritto al cuore di una delle piaghe dei nostri tempi, ossia della corruzione e quindi incide sul sistema politico stesso, del quale, però, nello stesso tempo, è sicuramente un'appendice, potrebbe essere che le ragioni della situazione nella quale versa il sistema giustizia e in cui pare essere volontariamente mantenuto dipendano dalla volontà del nostro attuale sistema politico. Si tenga conto che il fenomeno della corruzione disincentiva gli investimenti stranieri, svilendoli del 16% su base annua (secondo quanto emerge dai dati raccolti da Trasparency International, associazione non governativa contro la corruzione). Non trova neppure conferma l'idea di chi ritiene che la giustizia togata rischi di rimanere schiacciata da una domanda di giustizia in un periodo storico in cui la crisi fiscale impedisce l'adeguamento di uomini e strutture. In effetti, si pone logicamente in contrasto con i dati analizzati: la spesa della giustizia civile in Italia è nettamente superiore alla media degli altri Stati. Si calcola una spesa media di 50 euro per abitante, a fronte dei 37 degli altri paesi europei. Degli 8 miliardi di euro l'anno complessivi però, solo la metà rappresenta il costo dell'amministrazione e solo una scarsissima fetta dello stesso viene dedicato al funzionamento in senso stretto della macchina. Tutti indici questi di un sistema che costa tanto, ma è altrettanto inefficiente. Questo è dal punto di vista dell'offerta. Dal punto di vista della domanda, invece, bisogna chiedersi se possa trattarsi di un problema etico degli avvocati, figure professionali al varco del sistema stesso. A questi è tradizionalmente affidato il delicatissimo compito di vagliare le istanze dell'utenza e di valutarne con competenza la circostanza che possano accedere ad un circuito nelle condizioni del nostro. Non intendo riferirmi al brocardo latino per cui il processo dum pendet rendet, poiché innanzitutto non si conosce l'origine dello stesso e, in secondo luogo è ormai acclarato come lo stesso suoni solo alla stregua di un vecchio rimprovero alla classe forense. Esso perde la sua forza quando trattasi di un avvocato di una parte vincente, ma sembra che la perda comunque nell'ambito della congiuntura economica attuale. Se questa è la situazione, perché allora non considerare forme di ricorso preventivo a modalità stragiudiziali di composizione

delle liti preferibili al processo? È in corso la promozione di una cultura della conciliazione. Si ritiene, infatti, che le predette modalità realizzino esigenze deflattive del contenzioso ed esigenze di superamento vero e proprio del conflitto. In questa prospettiva si colloca il mondo delle ADR, che sta per "Alternative Dispute Resolution", che raggruppa una serie di fenomeni eterogenei ma accomunati tutti da un elemento negativo, ovvero dall'estraneità rispetto all'esercizio del potere giurisdizionale dello Stato. Veniamo quindi all'oggetto del presente lavoro il quale mira, in primo luogo, a valutare la capacità deflattiva del contenzioso dei metodi alternativi di risoluzione delle dispute: si vuole dar conto della capacità dei metodi in questione di sottrarre fette di contenzioso ai tribunali, facendo attenzione a non paragonare inutilmente il funzionamento dei meccanismi in esame nell'ordinamento italiano e quanto accade invece nei paesi di tradizione diversa dalla nostra. Mi riferisco in particolare ai paesi di common law, nell'ambito dei quali il "governo privato della giustizia" viene considerato alla stregua una risorsa indispensabile al recupero della dell'amministrazione della giustizia, a tutto vantaggio quindi degli utenti. L'idea è che l'allontanamento dalla giurisdizione avvantaggerebbe l'utenza ma anche l'amministrazione, la quale recupererebbe efficienza come riserva nei casi in cui il ricorso è necessario. In secondo luogo, a parte l'aspetto valutativo di cui sopra, si pone il problema di capire le ragioni dell'attuale favor conciliationis diffuso. Perché oggi il legislatore incentiva il ricorso alle ADR? Ammettendo che la capacità deflattiva delle stesse si riuscisse a provare concretamente, sarebbe sufficiente a giustificare questo entusiasmo? Esistono elementi caratterizzanti in positivo il fenomeno? Dunque, la ricerca focalizza l'attenzione sul quid pluris delle ADR, intese come un modo diverso di fare giustizia. Ciò che interessa capire è quanto convenga promuovere la cultura delle ADR, non intese quali strumenti che comportino necessariamente un minus a livello di giustizia, compromissori, ma piuttosto come strumenti validi da affiancare al giudizio, mettendone in luce il dato positivo che è quello di favorire la continuità dei rapporti. E questo partendo dal capovolgimento dell'accezione del conflitto, interpretato alla stregua di un'occasione di superamento del particolarismo, foriera di evoluzione. Ovviamente la fioritura recente di tendenze indirizzate a nuovi modelli c.d. "agiurisdizionali" di composizione dei conflitti deve rifuggire anche il rischio di divenire l'analisi del recepimento della Direttiva Comunitaria nei diversi paesi dell'Unione Europea e l'ennesima sottolineatura delle deficienze dello stesso all'interno del nostro sistema. Lo scopo dell'indagine sarà fornire delle risposte valide alle problematiche poste in questa sede e soprattutto trovare una giustificazione alla particolare attenzione nei confronti dei metodi in questione che caratterizza l'attuale momento storico. Si pensi, per esempio, ad alcune Università italiane, tra cui quella di Firenze, che hanno istituito master e insegnamenti incentrati specificamente sulla mediazione. L'intenzione è quella di attrarre l'attenzione sulla formazione dei mediatori, come una delle possibili soluzioni per favorire il buon funzionamento della stessa.

#### Capitolo I

# Le origini del fenomeno conciliativo e l'attuale favor conciliationis: un'analisi storica

#### Premessa

Per raggiungere gli obiettivi cui mira la tesi è necessario che il lavoro in questione prenda le mosse dalla constatazione della quasi onnipresenza dei metodi privatistici di risoluzione delle dispute nella storia del diritto e dalla circostanza che spesso la loro presenza è apparsa legata alla necessità di fuggire dal formalismo e dalle strettoie nei quali il processo statale costringe l'utenza e dalla conseguente crisi. La complessità della stessa operazione rappresenta senz'altro qualcosa di nuovo nel panorama di studio del fenomeno in esame. Abitualmente, infatti, la storia delle ADR è identificata come contemporanea e viene fatta risalire alla Pound Conference svoltasi a Chicago nel 1976, a partire dalla quale lo sviluppo delle stesse è stato propiziato anche dalle Istituzioni dell'Unione Europea <sup>1</sup>. Le ricerche hanno dimostrato però l'improprietà di questa caratterizzazione storica poiché, le procedure conciliative sono un fenomeno risalente almeno quanto l'uomo, nella cui natura è innato il conflitto. Dai romani all'epoca medievale e moderna fino al diritto intermedio e a quello contemporaneo, procedure di tipo conciliativo, quali soprattutto arbitrato e transazione, rivelano, oltre che la loro presenza, anche la loro utilità. Come abbiamo avuto modo di accennare poc'anzi, si pensa comunemente che le radici delle ADR vadano poi ricercate nei paesi di common law, nell'ambito dei quali si cerca di sopperire alla mancanza di regole rigide, contenute invece all'interno dei

-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Si tratta di un acronimo coniato negli Stati Uniti, scenario dell'esplosione di un imponente movimento a favore del trattamento terapeutico delle divisioni sociali e ispirato a forti tendenze di *deformalizzazione* e *delegalizzazione*. L'espressione ADR è di recente concepimento, ma i fenomeni che raggruppa e ai quali si riferisce affondano le loro antichissime radici nelle origini contrattuali del processo romano privato, per ciò che attiene i sistemi di civil law e nella natura e nella struttura stessa del processo negli ordinamenti di common law. Si pensi infatti alla suddivisione particolare interna allo stesso, nell'ambito del quale si rinviene una fase *pre-trial*, terreno ideale per il raggiungimento di accordi transattivi e una fase di *trial* vero e proprio. La prima fase è deputata all'individuazione del c.d. thema decidendum poiché le parti tendono a scoprire le carte e questo fa in modo che solo un numero esiguo di controversie giungano alla fase del trial. Sul punto si veda A. PERA, *Introduzione ai modelli ADR*, *profili storico-comparatistici*, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011, p. 3 e ss.

codici, con l'ampio spazio riconosciuto all'iniziativa privata delle parti coinvolte nel conflitto e al "patteggiamento". In realtà, ancor prima, la "mediazione" è un'esperienza umana, connaturata all'individuo. Questo perché, nel corso della sua vita ogni essere umano non può far a meno di comunicare le sue emozioni, gli stati d'animo, le idee. L'esigenza di comunicazione è tanto più accentuata quando si creano situazioni di dissidio con altri soggetti che comunicano, come lui <sup>2</sup>. Si ritiene che le origini della cultura della conciliazione possano essere fatte risalire addirittura al V secolo a.c. Il riferimento all'etica dei comportamenti e al desiderio di comporre le controversie è una costante nell'ambito della tradizione giuridica orientale. La convinzione alla base di questo riferimento è rappresentata dalla circostanza per la quale se ci si comporta bene, non possono sorgere controversie, poiché, ciascun essere umano ha il dovere di riconoscere le ragioni dell'altro. In particolare, con riferimento ai paesi dell'Estremo Oriente (si pensi alla Cina<sup>3</sup>), si osserva come in detto contesto culturale, preoccuparsi unicamente del proprio utile personale, senza tener conto gli interessi dell'altra parte è considerato, oggi come allora, deplorevole eticamente, prima ancora che giuridicamente <sup>4</sup>. Il

\_

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> È questo uno degli assiomi della convivenza sociale, "non si può non comunicare", tra i cinque di cui parlano P. Watzlawick, J.H. Beavin e D.D. Jackson nel loro famoso saggio del 1967 intitolato "Pragmatica della comunicazione umana", richiamato da A. BRUNI, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno*", in Mediares. Semestrale sulla mediazione, 2005, p. 163 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> La naturale armonia che regna sovrana tra le persone può essere ristabilita solo con l'accordo e non attraverso soluzioni formali legate alle aule di tribunale. In Cina esistono i cd. Comitati cittadini e dei contadini che, rispettivamente nella città e nelle campagne, sono organizzazioni autonome delle masse. La costituzione cinese prevede che nel loro ambito siano istituiti comitati di conciliazione popolare fra i cittadini con il compito di gestire la composizione delle liti di minor rilievo. Sul punto vedi A. BRUNI, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno, op.cit.*, p. 163 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Sulle origini della mediazione in Cina si guardi il contributo di Cao Pei, richiamato da A. MIRANDA, *Le origini della mediazione nell'esperienza inglese*, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011, p. 85 e ss, il quale riferisce della storia di un funzionario imperiale che, di fronte a situazioni di conflitto della popolazione a lui soggetta, si ritirava a meditare sulla sua negligenza e responsabilità poiché era convinto che, nonostante il suo potere di decidere, educando a monte la sua gente all'etica, essa non avrebbe più litigato. Riferisce ancora dell'epoca Ming (1368 d.c./ 1644 d.c.) durante la quale per ogni villaggio venne istituito il "padiglione della ragione", inteso come luogo in cui gli anziani e i saggi ascoltavano le controversie della gente del luogo e prima di decidere pressavano le parti affinchè ricercassero soluzione condivisa e pacifica. Ancora riferisce della dinastia Quing (fino al 1911) come artefice di un sistema produrale della mediazione a tre gradini, caratterizzato dal

confucianesimo<sup>5</sup>, una delle maggiori dottrine filosofiche, morali e politiche della Cina, è promotore della mediazione poiché riconosce nel compromesso la linea concretamente utile per risolvere la controversia<sup>6</sup>. L'analisi storica cui è dedicata gran parte del primo capitolo non mira solo a individuare le origini del fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie; dalle fonti a nostra disposizione è facilmente constatabile la presenza di procedure private di stampo conciliativo sia extra-processuali, sia sotto forma di fasi del processo stesso. Mi riferisco, per ciò che attiene quest'ultima ipotesi, alla fase della litis contestatio del processo romano privato, in ambedue le forme del procedimento per legis actiones e del procedimento per formulas. Per ciò che attiene invece le procedure stragiudiziali, il riferimento più immediato è quello alle procedure arbitrali del diritto romano, in particolare a quelle dell'epoca precivica, e a quelle del diritto medievale e moderno. Ciò che interessa maggiormente è capire come la necessità di metodi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie s'imponga in maniera prepotente ogni qual volta si verifichi una crisi delle istituzioni, che, al pari di quella attuale, ingeneri sfiducia diffusa nelle stesse<sup>7</sup>. L'attenzione nei

....

ricorso al funzionario imperiale come extrema ratio, dopo il fallimento dell'accordo privato precausa e del rinvio al capo villaggio.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> "L'armonia è l'ordine sociale e armonia significa assenza di controversie perché tutti si comportano correttamente", questa idea alla base del confucianesimo è stata criticata da Cavaliere, il quale ritiene che si tratti di una base conservatrice per la quale chi governa tende a preservare l'economia rurale, la struttura sociale e la forza dell'imperatore, a discapito di un qualsivoglia sviluppo della società. Questa è senz'altro una concezione in antitesi rispetto a quella occidentale, che però finirà col permeare anche quella orientale pura, per la quale il diritto civile tende a compensare i diritti individuali e a creare nuove relazioni sociali che fungano da sostrato dello sviluppo economico e sociale. Così R. CAVALIERE, *Diritto dell'Asia Orientale*, Venezia, 2009, p. 5 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Si pensi anche al significato del termine "yoga", che è noto a tutti, che vuol dire vincolo, unione intima, armonia dell'universo. La ricerca di armonia nell'universo non può non riguardare anche i rapporti sociali. Le parole ci raccontano una cultura orientale volta alla coesione sociale, al contempera- mento degli interessi ed alla vita armoniosa. Questa parola ci racconta una cultura orientale volta alla coesione sociale, al contemperamento degli interessi ed alla vita armoniosa. Cosi M. DE LUCA PICIONE, *Cenni storici sulle ADR*, in Storia e profili internazionali della mediazione, Romana Editoriale (temi) 2010, p. 9 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Quando si parla di crisi delle istituzioni essa deve essere intesa come inadeguatezza delle stesse a far fronte ai mutamenti della società che si evolve, in determinati periodi, più in fretta di quanto non accada in altri. Quindi non si tratta di un'accezione completamente negativa, ma si tratta di una sorta di ritardo nel progresso.

confronti di quei fenomeni eterogenei ma accomunati dall'estraneità rispetto al potere giurisdizionale, diviene alta ogni qual volta ci sia la necessità di sottrarre una materia complessa quale la giustizia, a chi tradizionalmente ne detiene il monopolio. La presente operazione, di tipo storico, coinvolge chiaramente un'analisi più generale dei rapporti tra metodi alternativi di risoluzione delle dispute e processo dello stato, utile a comprendere se l'oggetto d'analisi rappresenti un fenomeno di evasione dal processo e dalle sue forme o di un'operazione di distanziamento dalla giurisdizione piuttosto che dalle regole giuridiche.

#### 1. Le vicende storiche del fenomeno conciliativo: un antichissimo favor

Dal punto di vista del diritto romano, sono stati passati in rassegna, in primo luogo, i diversi sistemi procedurali dell'epoca romanistica per la tutela giuridica dei privati. Mi riferisco in particolare al processo per *legis actiones*, le cui conoscenze a riguardo diventano meno lacunose a partire dalle XII Tavole (e dunque a partire dal 450 a.c. circa) ed a quello *per formulas*, quest'ultimo sviluppatosi come reazione alla rigidità delle forme del primo intorno al III secolo a.c. <sup>8</sup>. In generale, l'allontanamento dalla giurisdizione verso soluzioni giustiziali private, in epoca romana, fu prodotto dall'eccessivo formalismo delle procedure, in particolare delle *legis actiones*. Il processo *per formulas* si sviluppa, infatti, in corrispondenza di una fase di maturazione economica della società romana che divenne sempre più evoluta e sviluppata sotto il profilo degli scambi commerciali, al punto di doversi necessariamente sottrarre al rigore delle *legis actiones* tramite il ricorso alle *formule* (applicabili anche agli stranieri) e ricorrendo a decisioni arbitrali private. Per un lungo periodo Roma conobbe un processo lasciato

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Nonostante recenti difese, è difficile accettare la teoria che fa originare la formula da una evoluzione interna al processo per legis actiones, perché non si è mai riusciti a provare che nelle legis actiones stesse si procedesse alla redazione di particolari istruzioni al giudice privato. Così M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in Enciclopedia del diritto, MILANO, 1987, p. 27.

interamente ai privati, senza alcun intervento dell'organo politico. Il rispetto delle regole di questo processo era garantito dal controllo sociale, cioè dalla partecipazione corale della comunità e dall'interferenza del fattore religioso<sup>9</sup>.

Occorre però, prima di analizzare detti sistemi, fare una premessa: solo nel periodo postclassico (mi riferisco al periodo compreso tra i primi anni del II secolo d.c. e la metà del V secolo) possiamo iniziare a parlare di "tutela statuale esclusiva". Questo poiché sappiamo che l'ordinamento giuridico romano è stato interessato da un fenomeno particolare che è quello del graduale passaggio da forme esclusive di autotutela, caratterizzata dalla difesa diretta del proprio diritto soggettivo ad opera del suo titolare contro colui che vi resistesse, alla difesa del diritto operata invece dal titolare ma con l'ausilio degli organi statali di giurisdizione. Pertanto, la giurisdizione del magistrato e quindi l'intervento statuale non può essere annoverato come elemento funzionale e strutturale indefettibile del processo privato. Lo stesso processo privato romano, nelle due forme caratteristiche, si colloca a metà tra un processo vero e proprio e un processo arbitrale volontario tipico dell'epoca pre-civica. A riguardo bisogna tener presente quanto affermato da Wlassak nella sua teoria sulle origini del processo privato romano. Egli riteneva, infatti, che esso derivasse da forme primitive di arbitrato e che la genesi si sarebbe realizzata a seguito della sovrapposizione, effettuata da parte degli organi della civitas, di una fase iniziale di controllo pubblico del procedimento alla primitiva procedura arbitrale; detta fase di controllo, che si sovrappose all'arbitrato, diede inizio alla fase cd. in iure. La fase apud iudicem rimase di competenza di un iudex privatus o di un arbitro<sup>10</sup>. Esso avrebbe mantenuto dunque la sua struttura originaria di processo arbitrale, ma, da facoltativo, sarebbe divenuto obbligatorio. Questo procedimento sarebbe stato il frutto di quel processo di legalizzazione di cui sopra, per cui l'atto di

\_

nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese, 2012, p. 134.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Così C. PELLOSO, "Giudicare" e "Decidere" in epoca romana arcaica, in Il giudice privato nel processo civile romano, omaggio ad ALBERTO BURDESE, a cura di L. GAROFALO, 2012, p. 61 e ss. <sup>10</sup> Questa ipotesi venne elaborata dallo stesso in uno studio sulla *litis contestatio* nel procedimento formulare. Egli sostenne che l'origine privatistica, arbitrale, della fase processuale fosse resa manifesta da elementi tipo l'accordo o il iudex privatus. Così R. ORTU, *Il qiudice privato* 

compromesso (accordo delle parti) sarebbe ad un certo punto sottoposto a controllo del magistrato<sup>11</sup>.

Ancora, una delle congetture più accreditate sulle origini del procedimento formulare è quella di Emilio Betti, il quale ritiene che il pretore avrebbe recepito nel proprio diritto una forma di autotutela privata che si concretizzava in un arbitrato 12. In generale quindi ciò che gli studi romanistici hanno anche evidenziato è comunque una tendenza generale alla soluzione extragiudiziale delle controversie<sup>13</sup>. Pratiche di questo genere erano ben viste e quindi favorite sia dallo Stato, che, già da quell'epoca, individuava le procedure conciliative come strumenti atti ad evitare il sovraccarico della giurisdizione, sia dai privati stessi che evitavano così le lungaggini del processo e nello stesso tempo preservavano la loro questione dalla conoscenza del pubblico, problema quest'ultimo ad oggi, credo, poco sentito. Tanto è vero che la presenza di forme di arbitrato per risolvere le controversie civili si perpetra anche in età medievale e in età moderna. I contributi degli storici, in questo caso, tendono a sottolineare lo sviluppo "quantitativo" del fenomeno arbitrale. Anche in questa ipotesi, il progressivo ricorso a forme giustiziali alternative muoveva dalla sfiducia nelle istituzioni e rappresentava uno degli strumenti ideali per sviare rispetto alla giustizia delle

\_

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Il procedimento arbitrale volontario dell'età pre-civica si praticava per comporre le liti fra gentes o fra familiae, oppure fra i membri di uno stesso gruppo. La decisione però non veniva affidata chiaramente ad un magistrato, bensì al capo del gruppo, il quale indicava alle parti i criteri da seguire. La fonte del processo romano privato non è dunque un atto di autorità, bensì un atto delle parti che esprime il loro accordo sull'impostazione della lite e sulla decisione di deferire la decisione a un terzo, l'arbitro appunto. Sul punto si veda L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. GAROFALO, Padova 2011, p. 853 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Queste teorie sulla genesi spiegherebbero il carattere arbitrale della fase apud iudicem nel processo formulare. Tuttavia si evidenzia come l'arbitrato rimanga comunque distinto dal iudicium, il quale, pure presentando carattere privatistico e arbitrale riceve i propri caratteri giuridici dal controllo esercitato dal pretore per il suo imperium. Sul punto si veda G. CRIFO', *Arbitrato (diritto romano)*, in Enciclopedia del diritto, 1958, p. 893 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> I "surrogati della giurisdizione" furono principalmente tre: la transazione tra le parti in lite; il giuramento decisorio cioè la concorde rimessione della decisione ad un "iusiurandum voluntarium" prestato da una delle parti; l'arbitrato, cioè la rimessione della decisione ad una sententia pronunciata da un *arbiter* di comune gradimento. Se la parte soccombente si fosse sottratta alla decisione stragiudiziale, la controparte poteva ricorrere agli organi giurisdizionali affinchè fosse eseguita tale decisione. Così A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 2004, p. 157 e ss.

corti imperiali<sup>14</sup>. In tutto ciò fondamentale fu anche l'opera della Chiesa, la quale, fin dal Basso Impero (seconda metà del 200 fino al 476 d.c.), insistette particolarmente nell'invitare i credenti a rivolgersi alla giurisdizione del vescovo e dunque dei tribunali ecclesiastici, piuttosto che alle magistrature dello stato. Ed in effetti l'udientia episcopalis permarrà fino all'Alto Medioevo (dal 476 fino all'anno 1000), come una forma di arbitrato, caratterizzata dalla facoltà delle parti di investire il vescovo delle loro controversie e dalla natura arbitrale delle sentenze vescovili<sup>15</sup>. In epoca feudale, caratterizzata da una profonda crisi dello stato, appariva naturale sfuggire alla giurisdizione pubblica per rifugiarsi nel privato 16. Anche in questo caso dunque il fenomeno va ricollegato al rinnovamento della cultura giuridica e alle nuove esigenze economiche e sociali, fiorite con la rivoluzione dei comuni<sup>17</sup>. L'arbitrato rappresentava, infatti, una forma di giudizio molto adatta alla risoluzione rapida delle controversie civili e mercantili. Una grande attenzione nei confronti dell'istituto in esame continua per tutto il periodo del diritto comune e in particolare nel diritto statutario stesso vengono disciplinate procedure di questo tipo. Ricordiamo, infatti, il capitolare nauticum veneziano e l'esperienza di Federico II di Sicilia, il quale, pur essendo un noto accentratore promulgò una legislazione per garantire arbitrati. I commentatori poi passano alla storia come gli autori della distinzione tra arbiter e arbitrator, distinzione successivamente accolta anche nel diritto statutario. Si tratta di due figure differenti; in particolare, la prima decideva secondo le norme

\_

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> La dottrina giuridica medievale, facendosi interprete di ciò che accadeva nella pratica, ha notato la presenza di questo istituto come ammortizzatore sociale in momenti storici particolari: esiste nel mondo medievale una ricerca sfrenata di metodi alternativi alla giustizia ufficiale amministrata dall'imperatore o dai sui delegati. Cosi V. PIERGIOVANNI, *Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno,* in L'arbitrato. Profili sostanziali. Rassegna coordinata da G. ALPA, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, Torino 1999, p. 5 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Si veda sul punto V.P. MORTARI, *Arbitrato (diritto intermedio)*, in Enciclopedia del diritto, Milano, 1987, p. 895 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> I *lauda*, ossia le definizioni arbitrali delle liti appaiono, in questo periodo, molto più frequenti delle sentenze e questo anche nelle ipotesi in cui le parti desideravano che la definizione della lite avvenisse sulla base del diritto positivo e non dell'equità. Cosi G. CRIFO', *op.cit.*, p. 835.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> La normativa statutaria ha sviluppato l'arbitrato imposto dalla legge, "necessario": la rilevanza sociale, militare ed economica delle organizzazioni familiari all'interno dei comuni medievali determina il privilegio di sottrarre le proprie controversie interne al giudice ordinario e di portarle alla cognizione di un organismo arbitrale espresso dallo stesso gruppo. Cosi V. PIERGIOVANNI, *op.cit.*, p. 12.

del diritto positivo; la seconda *ex bono et aequo*. Pertanto, l'arbitrator aveva il delicato compito di ricomporre la lite attraverso una soluzione che pertanto non poteva essere appellabile<sup>18</sup>.

In Età Moderna, il tentativo costante di comprimere e regolamentare le libertà personali non riesce a scalfire l'utilizzo delle procedure arbitrali<sup>19</sup>. Per questa ragione taluni studiosi hanno proposto una lettura della storia dell'arbitrato secondo un processo evolutivo interno agli ordinamenti, nei quali lo spazio riconosciuto all'istituto in esame viene considerato in relazione al grado maggiore o minore di autoritarismo. Questa operazione rivela il collegamento oggetto della nostra analisi, ossia l'equazione per cui il potere centrale debole comporta l'istituto libero e sviluppato e viceversa<sup>20</sup>.

### 1.1. Le particolarità del fenomeno in epoca romana e l'importanza dell'analisi della natura giuridica della *litis contestatio*

Il procedimento per *legis actiones* rappresenta la forma più antica del processo romano e prende il nome dalle *dichiarazioni solenni del proprio diritto* fatte dalle parti. Il termine *agere* e il riferimento di questo termine all'attività delle parti

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Il progressivo ricorso all'arbitrato nell'esperienza giuridica italiana muoveva dalla sfiducia nelle istituzioni e rappresentava uno degli strumenti più efficaci per eludere la giustizia impartita dalle corti imperiali. Dunque la sua utilizzazione risultava strumentale e favorita anche dalla Chiesa che si era servita anch'essa del ricorso all'arbitrato per ricusare le corti imperiali nelle liti tra laici. Cosi L. MARTONE, *Arbiter e arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune,* NAPOLI 1984, p. 12 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Si tenga presente che lo Stato moderno di diritto, affermatosi a partire dal XVII secolo e poi con la Rivoluzione Francese, è uno stato fortemente legicentrico. La legge assurge a misura del giusto e dell'ingiusto e assume un ruolo di garante della libertà e dell'uguaglianza proclamate nelle Dichiarazioni dei diritti dell'Europa liberata dall'Antico Regime. E' questa logica della scissione tra potere pubblico e privato che è in crisi attualmente. Sul punto si veda C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato,* in Rivista di Dir. Proc. 2014, p. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> La ricerca di generalizzazioni comporta il rischio di una eccessiva semplificazione delle articolazioni politiche e istituzionali degli ordinamenti medievali e moderni. Sul punto si veda M. D. DAMASKA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo,* BOLOGNA, 1191, p. 68.

riporta ad un'epoca, cui si accennava poc'anzi, nella quale le controversie non erano ancora decise con l'ausilio della Città, bensì trovavano risoluzione nella difesa privata. Queste *actiones* subirono nel corso del tempo un processo di stigmatizzazione, formalizzazione e stilizzazione <sup>21</sup> al punto che atteggiamenti elementari di difesa del proprio diritto (creditore che prende per il collo il debitore) divennero leggi<sup>22</sup>. Le *legis actiones* quindi contribuirono in maniera determinante alla realizzazione di una esigenza di "certezza del diritto"<sup>23</sup>, anelata sostanzialmente dalla plebe nella sua lotta per emanciparsi dai patrizi (cd. *Secessio plebis*). Un sistema procedurale così delineato era caratterizzato dal fatto che l'attività dell'organo giusdicente era limitata alla *cognitio* delle contrastanti affermazioni solenni delle parti, cui seguiva o l'autorizzazione ad eseguire il diritto o, a limite, un parziale accertamento in caso di contestazione, nel caso di processo esecutivo; oppure l'eventuale rimessione della controversia ad un giudice privato, nel caso di processo di accertamento<sup>24</sup>. Eventuale perché la fase

\_

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Luzzato nei suoi studi in tema di processo, oltre ad accertare l'esistenza della legittimazione dell'autotutela dei privati per la difesa dei propri diritti, mise in luce la circostanza che all'origine della civitas, l'intervento degli organi costituzionali fu lento e si sviluppò progressivamente con lo scopo principale di creare un'attività di controllo, per porre limiti e per classificare le manifestazioni di difesa privata. Così R. ORTU, *Il giudice privato nel processo civile romano...* a cura di L. GAROFALO, 2012, *op.cit.*, p. 130 e ss.

Le legis actiones sarebbero il risultato della progressiva legalizzazione dei modi in cui si attuava la difesa privata, connessa all'affermarsi della organizzazione politica della comunità cittadina. Nella struttura delle stesse rimarrebbe visibile la traccia di questo stadio anteriore. Così M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 6.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Tieni conto che il diritto esige certezza. I comportamenti umani e le loro conseguenze dovrebbero essere prevedibili e valutabili in base a parametri oggettivi predefiniti. La lite è il distacco dalla certezza, la disgregazione cui rimediare. Così M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1981, p. 49 e ss.; una qualsiasi comunità organizzata non può sopravvivere senza un sistema di regole, sia di condotta che di risoluzione dei conflitti, ispirato a criteri di imparzialità e di effettività. Sul punto si veda M.TALAMANCA, *op. cit.* p. 7.

L'intervento del magistrato, comunque richiesto in tutte le *legis actiones*, si riduce in questa fase al controllo dell'attività delle parti. Difficilmente rappresenta l'autorità cittadina per la composizione della gara nel senso rispondente al miglior diritto. Anche nelle ipotesi di azioni dichiarative, nell'ambito delle quali l'actio tende ad ottenere un accertamento, l'attività del magistrato si limita a sorvegliare le parti nella impostazione della controversia. La decisione della stessa viene rimessa ad un giudice privato cittadino. Di qui la distinzione che caratterizza anche il procedimento formulare, tra i due stadi del processo dichiarativo: *in iure* destinato a impostare la controversia; *apud iudicem* destinato a definirla. Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1984, p. 111 e ss.

*in iure* (la prima, davanti al magistrato pubblico) <sup>25</sup> si concludeva con la "contestazione della lite", sulla cui natura giuridica siamo interessati a riflettere per mettere in luce la premessa della nostra analisi, ossia l'onnipresenza del tema oggetto d'esame nella storia degli ordinamenti giuridici. Sappiamo, infatti, che la *litis contestatio* consisteva nella fissazione delle dichiarazioni già fatte e vincolava inderogabilmente le parti a queste ultime. Solo in caso di conflitto d'interessi si procedeva con la rimessione della questione ad un giudice privato per la decisione. Prima di indagare la natura dell'istituto della *litis contestatio*, è opportuno precisare che lo stesso si rinviene, seppur con caratteristiche diverse, anche nel procedimento formulare.

Le *legis actiones* svelarono nel corso degli anni, man mano che la vita sociale romana andava facendosi più complessa, il gravissimo difetto di costringere le parti a muoversi entro le strettoie delle *actiones* via via sempre più inattuali, inadatte a realizzare esigenze di giustizia concrete. In questo movimento di fuga dal formalismo, di rifiuto degli schemi processuali predefiniti ma scarsi si sviluppano le tendenze cui avevamo accennato in sede d'introduzione e dunque il ricorso sempre più frequente a decisioni arbitrali esclusivamente private. Si affermano quindi queste nuove procedure *per formulas*, solo dichiarative, nell'ambito delle quali rispetto al processo precedente, si assiste ad un mutamento profondo del ruolo del magistrato nella fase *in iure*. Le parti non si limitano più a fissare le loro dichiarazioni scelte nell'ambito delle *actiones* disponibili ma ne discutono col magistrato cui fanno ricorso. Questi manifesta il proprio orientamento e perviene, insieme alle parti, alla formulazione di una "regola di giudizio concordata", il consolidarsi della quale crea nel tempo la nuova *formula*. Emerge qui, a livello embrionale, il discorso sulla creazione di regole nuove che

-

Una delle caratteristiche proprie del processo delle legis actiones, che successivamente apparterrà anche al processo formulare, è la bipartizione del procedimento in una fase *in iure* e cioè dinanzi al tribunale del magistrato, in cui veniva impostata la controversie, ed in una fase *apud iudicem*, nella quale la controversia veniva risolta sulla base della impostazione data da un giudice privato; nell'ambito del processo formulare permane la bipartizione tra la fase *in iure* e quella *apud iudicem*. La formula assumeva una importanza decisiva nel raccordo tra queste due fasi. Consisteva nelle istruzioni date dal giudice privato per la risoluzione della controversia, istruzioni che, concordate nella prima fase tra le parti e il magistrato, rappresentavano il limite invalicabile per i poteri del giudice stesso. A questo proposito si veda G. PUGLIESE, *Giudicato (Storia)*, in Enciclopedia del diritto, 1987, p. 727 e ss.

verrà condotto successivamente, quando si parlerà della nascita *dell'equity* e dell'esigenza dello sviluppo di nuovi formanti normativi in situazioni di crisi, quali quella del nostro sistema attuale. *Sulla* base di tale accordo trilatero, che rappresenta la nuova *litis contestatio*, il magistrato giusdicente emana un decreto di incarico all'arbitro di giudicare.

In merito alla fase di raccordo tra l'una e l'altra procedura, le differenze possono essere sintetizzate nella maniera che segue: nel caso del procedimento per *legis actiones* le parti fissano tramite accordo tra di loro le dichiarazioni già fatte all'interno dello stesso; nel processo formulare l'accordo non è bilaterale, ma è il frutto della discussione, già espletata, sulle dichiarazioni dinanzi al magistrato giusdicente, che partecipa alla convenzione finale. Si tratta dunque di un accordo trilatero.

Taluni parlano della *litis contestatio* in termini di contratto, di *conventio*. Wlassak ha definito la stessa, nell'ambito del processo per legis actiones, come un accordo di natura "processuale" tra le parti circa l'oggetto della controversia; Kaser, nell'ambito del processo formulare, la definisce come la volontaria accettazione da parte dell'attore e del convenuto delle loro posizioni, punto di arrivo di un processo di progressivo avvicinamento tra le diverse posizioni delle parti che giungono a concordare un programma di giudizio<sup>26</sup>. Rispetto ai sostenitori della tesi contrattuale c'è chi ritiene che si tratti invece di una novatio. Entrambe, litis e novatio, avrebbero in comune l'effetto estintivo della precedente obbligazione. A paragonare i due istituti detto filone dottrinario è giunto al termine di una evoluzione degli stessi. Infatti la novazione è caratterizzata dalla sempre maggiore importanza attribuita all'animus novandi, inteso come volontà di estinguere la precedente obbligazione; per ciò che attiene invece la litis contestatio, la lis si intende contestata dopo che sia l'attore che il convenuto hanno esposto le proprie ragioni. Anche l'effetto della litis contestatio sarebbe quello di estinguere la precedente obbligazione, da cui nasceva il conflitto e crearne una nuova alla quale

-

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare,* Napoli, 1982, p. 44 e ss. Contrariamente a questi due contributi c'è chi ritiene che la *litis contestatio* è un atto formale e solenne, civilistico. I suoi effetti si producono in tutto il processo e in essa non c'è traccia di accordo poiché l'affermazione è unica da ogni parte, unilaterale. Così N. BELLOCCI, *La genesi della litis contestatio nelle legis actiones,* Modena, 1979, p. 32 e ss.

vincolarsi per il futuro. In particolare, l'effetto estintivo scompare ma permane quello preclusivo legato alla sentenza<sup>27</sup>. In pratica alla *litis contestatio* viene ricondotta la deductio in iudicium, poiché essa fissa l'oggetto della lite definitivamente e dunque definisce l'ambito dello stesso effetto preclusivo che scaturirà poi con l'emanazione della sentenza. In questa ipotesi dunque, il vincolo sostanziale si estingue per divenire vincolo processuale<sup>28</sup>. A mio parere sarebbe opportuno però fare una distinzione, già evidenziata nel precedente paragrafo, tra litis contestatio nel procedimento per legis actiones e nel procedimento formulare. L'istituto all'interno del processo più antico sembrerebbe differenziarsi e assumere piuttosto i caratteri di un negozio di accertamento, poiché l'intenzione delle parti sarebbe quella propria di fissare l'ambito di una situazione, accertandola, rimuovendo uno stato di incertezza che la contraddistingue<sup>29</sup>. Si tratta di un istituto a metà tra il diritto sostanziale e quello processuale. Peraltro, è proprio da un punto di vista processuale che si pone il problema del rapporto tra la volontà dei privati e il loro potere di risolvere convenzionalmente una controversia e l'autorità statuale<sup>30</sup>. Probabilmente questa forma embrionale di accertamento potrebbe rappresentare la conferma della possibile configurabilità del negozio stesso<sup>31</sup>, contro chi afferma invece che la funzione di accertamento sia

\_

Nelle *legis actiones* l'effetto preclusivo si riconnetteva all'agere e questo, anche se finiva con la *litis contestatio* invece che con la sentenza, comprendeva l'insieme dei verba, dei gesti e degli atti compiuti dalle parti e dal magistrato. Nel processo formulare, l'efficacia preclusiva si concentra solo nella *litis contestatio*. Questo dipende dalla diversa natura della stessa nei due procedimenti. Nel procedimento *per formulas* la *litis contestatio* rappresenta la concorde sottomissione delle parti alla decisione del giudice e il relativo assorbimento del diritto controverso nel vincolo processuale. Si tratta del fenomeno della "consumazione processuale", per cui l'effetto preclusivo si estende alla sfera del diritto sostanziale. Cosi G. PUGLIESE, *op. cit.* p. 727 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Gli istituti della novazione e della *litis contestatio* si commisurano sulla capacità di rinnovare un vincolo obbligatorio: il primo sostituisce ad esso una nuova obbligazione; il secondo lo trasforma in un rapporto processuale. Così G. SACCONI, *op. cit.*, p. 9.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> L'accertamento non presuppone una lite, ma un'incertezza, né si risolve in reciproche concessioni, cosicchè risponde ad esigenze diverse dalla transazione. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, p. 101 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> L'accertamento può solo costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico (al pari di un contratto). Esso non avrebbe il carattere della dichiaratività e della retroattività. Così E. T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in Riv. Dir. Proc. 1933, p. 275.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Per ciò che attiene la configurabilità del negozio di accertamento si ritiene che essa vada ricercata sul terreno dei principi generali, il primo dei quali è senza dubbio quello della autonomia privata. In seno alle teorie favorevoli a questo tipo di configurabilità vi sono le teorie

una prerogativa dell'organo giudicante. L'istituto nel processo formulare assumerebbe invece caratteristiche differenti. Non si tratta un accordo tra le sole parti. Esso si estende anche al magistrato *iusdicente* che si pronuncia sulle pretese dell'attore e del convenuto e decide se rimettere o meno al giudice privato la questione. Più che di un accordo trilatero potremmo definire il risultato di questa operazione alla stregua di una proposta di mediazione, sebbene manchi rispetto al requisito attuale la caratteristica dell'accordo con le stesse parti.

#### 2. La fenomenologia moderna della conciliazione. ADR e anni del 1900 negli Stati Uniti

Rivolgiamo ora l'attenzione nei confronti della fenomenologia cd. *moderna* della conciliazione, quella che nasce negli Stati Uniti e si propaga nel tempo in quasi tutti i sistemi giuridici occidentali, compreso quello italiano. E' opportuno chiarire che essa fu in primo luogo influenzata da un'importante componente culturale di tipo "socio-antropologico": mi riferisco in particolare alle idee degli studiosi americani, come Llewellyn e Hoebel che iniziarono a studiare il conflitto in una prospettiva diversa, assumendo come riferimento alcune società culturalmente e geograficamente lontane per studiare i modi in cui al loro interno si risolvevano le dispute. Essi ebbero il merito di mettere in evidenza come, un ridimensionamento del ruolo dell'autorità e dell'imposizione, comportasse la migliore realizzazione delle esigenze della persona<sup>32</sup>. Lo scopo di questi studi, dunque, era quello di ricercare nuove forme di giustizia che incentivassero la partecipazione e l'autorealizzazione individuale e sociale per far fronte ad una società multirazziale

c.d. dichiarative, per le quali il negozio di accertamento non altera la situazione preesistente ma si limita a riprodurla. Si tratterebbe dunque di un contratto riproduttivo di un precedente

accordo. Cosi L. BOZZI, Accertamento negoziale e astrazione materiale, Padova, 2000, p. 46 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> A proposito del ridimensionamento del ruolo dell'autorità, alla base *dell'ADR movement*, che teorizza l'importanza del consenso e del dialogo nei procedimenti di risoluzione delle controversie, ci sarebbe proprio la consapevolezza che l'efficienza si ricolleghi alla distanza rispetto al dato giuridico, all'abbandono di concetti di diritto, legge, certezza, torto e ragione. Si veda sul punto A. PERA, *Introduzione ai modelli ADR, profili storico-comparatistici,* in Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, *op. cit.*, p. 6.

come quella americana, nell'ambito della quale, peraltro, le minoranze tendono a non sopportare l'autorità dell'ordinamento giuridico americano, avvertito come estraneo. Fu a questo punto che giuristi e avvocati iniziarono a guardare i risultati di questi progetti culturali e a trarne spunto per un processo di riforma. Il movimento a favore delle ADR fu determinato da una molteplicità di fattori politici, culturali ed economici. Più di tutto però, affonda le sue radici nella rivoluzione di pensiero che taluni ricollegano al passaggio dal modernismo al post-modernismo della seconda metà del XX secolo che determinò la perdita di certezza in tutti i campi della vita, nondimeno nel campo del diritto. In una situazione di questo tipo, l'armonia, la risoluzione derivanti dal dialogo e dal compromesso tendono inevitabilmente a sostituirsi al sistema giudiziario in crisi di legittimazione e dunque di autorevolezza. Come abbiamo già avuto modo di osservare, generalmente le origini delle ADR vengono fatte risalire alla Pound Conference di Chicago del 1976<sup>33</sup>. Il tema oggetto della National Conference era quello della crisi dell'accesso alla giustizia civile a causa dell'inadeguatezza del sistema giurisdizionale tradizionale a fronteggiare la crescita esponenziale dei numeri delle controversie civili<sup>34</sup>. E' interessante notare come, anche in questa ipotesi, l'intento (quantomeno quello dichiarato all'esterno) della conferenza fosse quello di ridurre il carico di contenzioso presso le Corti Federali<sup>35</sup>. In realtà, però,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Si tratta di Nathan Roscoe Pound, noto giurista e uno dei padri fondatori del diritto statunitense. In particolare la conferenza era per esteso così denominata: *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of the Justice.* Sul punto si veda J. S. AUERBACH, *Justice without law? Resolving disputes without lawyers,* Oxford University Press, Oxford, 1983, p. 120 e ss., il quale identifica la conferenza come il momento cruciale nell'affermazione delle idee di *informal alternatives.* Questa affermazione dipese dal cambiamento del modo di intendere conflitto e controversia, di cui ci si occuperà nel capitolo successivo, collegandoli ad altre scienze sociali.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Il sistema tradizionale di giustizia civile "chiuso" rivelava di non essere più in grado di far fronte alla crescita costante delle richieste di giustizia, c.d. *litigation explosion*, e all'esigenza di risolvere le controversie in tempi ragionevoli, c.d. *litigation crisis*. Cosi F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, p. 20.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> La tesi generalmente condivisa fu quella secondo cui l'ADR costituisce un "apprezzato" complemento o sostituto del processo. Uno degli argomenti più importanti addotti dai fautori delle ADR per evidenziarne la bontà fu la circostanza dell'inadeguatezza delle attuali procedure giudiziali. Per cui l'ADR venne sostenuta non per la sua bontà intrinseca, quanto per la sua adeguatezza ad un sistema in crisi, quindi come soluzione residuale. Ancora sempre i fautori ne sottolinearono la "gentilezza" rispetto ala sgradevolezza tipica di un processo. Il compromesso

l'incoraggiamento nei confronti del "pluralismo" dei metodi di risoluzione delle controversie celava ragioni più pregnanti <sup>36</sup>. Esse possono essere sintetizzate nell'esigenza di ricorrere ad organismi di natura privata per alcune categorie di controversie, c.d. *small claims* <sup>37</sup>, per le quali il metodo contenzioso appare inappropriato e per le quali dunque iniziano a considerarsi i problemi sociali sottostanti; nell'inaccessibilità della giustizia da parte dei soggetti non abbienti; nell'esigenza di assecondare l'emersione di valori nuovi, quali efficienza e autorealizzazione del singolo <sup>38</sup>. Di qui l'introduzione di forme istituzionalizzate di composizione conciliativa oppure valutativa delle controversie <sup>39</sup> e la creazione del fortunato acronimo ADR (Alternative Dispute Resolution) <sup>40</sup>, nell'ambito del

rappresenterebbe una soluzione più congeniale alle parti, più facilmente accettabile. Cosi J. RESNIK, *Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno sguardo alla situazione nordamericana*, in Riv. trim. dir. proc. civ. 1997, p. 707.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Il fenomeno americano affonda le sue radici nella rivoluzione di pensiero avvenuta nel passaggio tra il modernismo e il postmodernismo. Un passaggio segnato dalla perdita della certezza in tutti i campi della vita e, non da ultimo del diritto, attraversato da incertezza e instabilità. Dunque la sfiducia che ha colpito il sistema giudiziario ha stimolato l'interesse verso forme alternative di risoluzione delle controversie, caratterizzate sostanzialmente dalla perdita della logica della certezza e della legge del torto e della ragione. Così F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Pavia, 2008, p. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> L'idea di fondo era quella di formulare proposte e metodi capaci di sottrarre alle corti di giustizia determinate categorie di controversie da dirottare ad organi privati dinanzi ai quali instaurare procedure personalizzate, deformalizzate e rapide, con costi medi inferiori agli standard. Sul punto si veda L. P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali,* in Riv. Dir. proc. 2013, p. 318 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> Interessante è a questo proposito l'analisi di David Smith il quale alle ragioni già elencate aggiunge la complicazione e la proliferazione delle leggi; l'insoddisfazione verso il professionismo legale; il freno nei confronti di un certo diffuso attivismo dei giudici; la consapevolezza della necessità di recupero dello spirito della comunità, che impone di attribuire ai singoli un ruolo più attivo nelle decisioni che riguardano il loro modo di vivere. Così V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in Riv. Dir. Proc. 1980, p. 411 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Nell'ambito dell'alternativa (tra pubblico e privato) si delineò infatti sin dall'inizio una distinzione tra modelli conciliativi, nell'ambito dei quali la risoluzione della controversia veniva rimessa alla stipulazione di accordi transattivi e modelli valutativi, i quali presupponevano invece un intervento cognitivo o decisorio di un terzo. Si suole differenziare infattiil modello privatistico della *negotiation* da quello della *mediation*, i quali si contrappongono al modello pubblicistico della *litigation*. Sul punto si veda E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi*, in Riv. Trim. dir. proc. civ. 1999, p. 321 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> "Il processo civile è diventato un mezzo per la perpetuazione dell'ingiustizia": questa un'amara constatazione della Commissione Giustizia al Senato intorno alla metà degli anni 80 del secolo scorso. In certe situazioni di inefficienza del sistema di giustizia ordinaria è opportuno realizzare una fuga dalla giurisdizione e accreditare i modelli a-giurisdizionali. Così S. CHIARLONI, *La* 

quale, vengono raggruppati fenomeni eterogenei, caratterizzati tutti però dall'elemento negativo di essere estranei all'esercizio della potestà giurisdizionale dello stato<sup>41</sup>. Questo movimento di riforma inaugurato dalla *Conference* ha un filo conduttore che generalmente viene rintracciato nell'esigenza di conservazione dei rapporti commerciali e professionali tra le parti, a rischio di essere compromessi irrimediabilmente da un approccio formale alla controversia. Se il sistema contenzioso di tipo aggiudicativo interviene rispetto ad una situazione che si è già esaurita nel passato, i metodi alternativi mirano invece a preservare il rapporto ancora esistente. L'idea più innovativa della Conferenza, che dimostrava anche il mantenimento del ruolo fondamentale dei giudici e delle corti, fu la creazione di una *multidoor court house*, come luogo in cui indirizzare l'attore nella scelta di un procedimento di risoluzione della controversia che fosse adeguato al tipo di lite, tenendo conto del fatto che la decisione giudiziaria integrava comunque una scelta residuale<sup>42</sup>.

Nel corso del tempo le ADR si sono al punto sviluppate da divenire oggetto di importanti studi i quali, partendo dai limiti del sistema giurisdizionale ordinario hanno sviluppato la teoria del "dispute processing", in opposizione al modello processuale "adversary". Tutti questi fenomeni inaugurano il processo della *civil deversion*, intesa come tendenza, manifestatasi a partire dagli anni 70, a ricercare forme di risoluzione alternative alla tradizione della *adjudication*. Alla base di questa tendenza vi è un diffuso senso di malessere nei confronti del modo in cui le

co

conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute, in Riv. Dir. Proc. 1996, p. 694 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Un atteggiamento di favore nei confronti del fenomeno conciliativo non era nuovo nemmeno in Italia, laddove il legislatore del 1865 aveva dedicato il capo primo del c.p.c. al tentativo di conciliazione in sede non contenziosa, davanti al giudice conciliatore. Cosi F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2000, p. 1283 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Si tratta di una importante attività di "matching" tra conflitto e procedura: in pratica, si scelse di classificare scientificamente le tipologie di controversie e le tipologie di procedimento, in modo da poter abbinare in maniera corretta le stesse per soddisfare i litiganti. Sul punto si veda l'opinione di F.E.A. SANDER, richiamato da A. PERA, *Introduzione ai modelli ADR, profili storico-comparatistici,* in Mediazione e Conciliazione, *op. cit.* p. 8. In pratica il noto giurista americano aveva tratteggiato il prototipo della mediazione stragiudiziale che il giudice può suggerire o imporre alle parti, come alternativa al prosecuzione del giudizio nelle forme contenziose ordinarie.

Corti Statali e Federali rendono giustizia e la consapevolezza che l'operato dei giudici non potesse non essere influenzato dal numero crescente di cause<sup>43</sup>.

Ora, per ciò che attiene più strettamente le procedure conciliative, esse si svilupparono seguendo tre direttive in particolare. Mi riferisco ai tre modelli del norm generating, norm educating e norm advocating. Nel primo caso, come può desumersi dal titolo, l'obiettivo principale della procedura venne individuato nella creazione di una nuova regola da applicare al conflitto, generata da un confronto assistito tra le parti in un contesto di assoluta assenza normativa. Il ruolo del terzo in questa ipotesi si riduce ad un intervento meramente promozionale, poiché il fine che si vuole perseguire è quello di potenziare le capacità comunicative delle parti affinchè da sole superino il conflitto<sup>44</sup>. Il secondo modello, a differenza del primo, si svolge in un contesto giuridico. L'accordo in questa ipotesi viene ricercato sulla base delle norme esistenti. Ovviamente una figura direttamente coinvolta in questo tipo di conciliazione è quella dell'avvocato, il quale non deve limitarsi a favorire il dialogo ma deve indirizzare le parti verso un accordo equo, sulla base delle norme imperative. E' questo un modello in grado di contemperare il principio di autodeterminazione delle parti con le esigenze di effettività della disciplina legislativa<sup>45</sup>. Il terzo modello, infine, prevede che il soggetto imparziale monitori le parti nel tentativo di conciliarsi affinchè le norme giuridiche siano incorporate all'interno dell'accordo. Dette procedure si svolgono nelle diverse agenzie amministrative che operano nell'ordinamento americano.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Probabilmente il numero crescente di cause è determinato dal fatto che si è diffusa tra i cittadini l'idea che qualunque danno subito possa essere sempre e comunque riparato. E' questa la tendenza del "total redress" per cui le *personal grievances* divengono *legal claims*. Si tende a privilegiare modi negoziali di composizione delle liti che consentono la definizione del giudizio senza ricorrere al *trial*. Si veda sul punto E. SILVESTRI, *Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense*, in Foro it. 1987, sez. V, p. 310 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> Questo primo modello non ha creato problemi per le controversie di tipo commerciale, ma, essendo completamente incurante delle norme di legge, ha creato problemi per le controversie vertenti su determinate materie presidiate da rigorose disposizioni di legge, come nel caso dei rapporti di lavoro o dell'ambiente. L'esistenza della normativa mal si concilia con l'essenza di un modello di questo tipo. Sul punto vedi F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, op. cit., p. 1299 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Anche questo modello ha mostrato delle deficienze per ciò che attiene soprattutto i rapporti caratterizzati da asimmetrie informative, che non possono probabilmente superarsi se deve tenersi conto delle norme vigenti. Ancora F. CUOMO ULLOA, *op.cit*, p. 1303.

L'ADR movement non andò esente, già dal principio, da critiche piuttosto aspre da parte di chi riteneva che solo attraverso il processo fosse possibile assicurare l'attuazione dei diritti fondamentali dell'individuo<sup>46</sup>. L'impostazione culturale di base venne ritenuta fuorviante e pericolosa. Da un lato, infatti, si criticò la trasposizione operata dagli antropologi di modelli sperimentati su società primitive ad una società complessa come quella americana; dall'altro, ponendo il conflitto al centro della riflessione, essi furono accusati di aver enfatizzato il ruolo del singolo, trascurando implicazioni sociali e rapporti di potere all'interno della collettività 47. Alcuni ritennero l'impossibilità di rendere fungibili processo e le ADR poiché questi assolvono a funzioni sociali diverse. Ancora, è opportuno sottolineare come le critiche più aspre provenivano proprio da alcuni antropologi, per i quali i metodi alternativi di risoluzione delle controversie rappresentavano meccanismi cd. di pacificazione sociale, utili a sedare l'utenza e a paralizzare il cambiamento. Le critiche appena descritte, hanno determinato una battuta di arresto nelle convinzioni dei sostenitori estremisti e il rallentamento della realizzazione concreta dei progetti annunciati nell'ambito della Conferenza. Bisognerà attendere infatti il 1993 per l'approvazione dell'*Alternative Dispute* Resolution Act, ultima tappa del percorso riformatore che ha fatto in modo che le procedure alternative entrassero in maniera stabile all'interno delle corti federali, alle quali peraltro è stato imposto il compito di istituire un piano operativo per le ADR e offrire alle parti la possibilità di ricorrere a procedure alternative.

#### 3. Accesso alla giustizia. Il rapporto intercorrente tra ADR e processo

-

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Sul punto si guardino le critiche di O.M. FISS, il quale sostenne che la storia delle alternative al processo, così come risultante dal movimento americano degli anni 70, identificava erroneamente l'accordo come sostituto del giudizio. Erroneamente perché il giudizio utilizza pubbliche risorse e impiega pubblici "ufficiali" scelti in base ad un procedimento comunque partecipato dalle parti. Il loro lavoro non è quello di massimizzare il divario tra le parti private, né quello di assicurare la pace, bensì quello di spiegare e dare forza ai valori emblematici nei testi autoritativi come la Costituzione o gli Statuti, di modo da riportare la realtà all'interno dell'accordo. Queste parole sono state tradotte dal contributo in lingua inglese, richiamato da F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione..., op. cit.* p. 31 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Sul punto si veda ancora F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione...*, op. cit. p. 31 e ss.

Il tema dell'accesso alla giustizia rimanda generalmente alla possibilità di accedere a strumenti di tutela dei diritti predisposti dall'ordinamento. Tradizionalmente, infatti, l'accesso alla giustizia veniva riferito alla *tutela giurisdizionale* dei diritti, quale pilastro della cultura occidentale e dello Stato di Diritto<sup>48</sup>. E' ormai però scontato osservare, per tutta una serie di ragioni, già messe in luce in sede di introduzione, che il processo non sempre consente la realizzazione di un effettivo accesso. E questa non è una constatazione recente. Infatti, che il processo non fosse per forza la sede ideale di realizzazione dei diritti<sup>49</sup>, era chiaro già all'interno delle costituzioni giustinianee<sup>50</sup>, nell'ambito delle quali è possibile rinvenire importanti riferimenti al tema "dell'abuso del processo"<sup>51</sup>. Ancora oggi se ne discute<sup>52</sup>, proprio perché di esso manca una

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Si diceva che un ordinamento fosse effettivo nel momento in cui avesse garantito il diritto di accedere alla giustizia eliminando gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali riconosciute dall'ordinamento stesso. Sicchè, almeno in questa fase, accesso alla giustizia significava accesso ad un processo effettivo. Sul punto vedi D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale,* im Riv. Trim. dir. e proc. civ. 2013, p. 913.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> "Il diritto processuale svolge in confronto al diritto materiale una funzione strumentale o secondaria". Così A. T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile,* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ. 1948, p. 154; il processo serve alla produzione di certezza giuridica relativa ai diritti, completa l'ordinamento del diritto privato. Così S. PATTI, *Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso,* in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 2013, p. 8, il quale fa riferimento nel suo contributo anche al pensiero di Bulow per il quale il diritto privato non necessita dell'aiuto del processo per ricevere tutela, per cui il completamento è solo eventuale.

Giustiniano, come è noto, intervenne legislativamente in maniera piuttosto incisiva anche in tema di processo civile. Le costituzioni più importanti in materia furono due, caratterizzate ugualmente dalla necessità di evitare che il processo che a causa delle sue debolezze, potesse essere utilizzato a fini persecutori. Ci si riferisce in particolare alla lotta contro l'abuso del ricorso alla giurisdizione e alla lotta del processo quale strumento di certezza. Cosi C. BUZZACCHI, Sanzioni processuali nelle istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai. Inst. 4.171-172, Collana della Rivista di Diritto Romano in www.ledonline.it/rivista diritto romano, p. 55 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Così A. SCARPA, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?*, in Contratto e Impresa 2012, p. 1114 e ss., il quale assume come punto di partenza la catastrofe della giustizia in Italia e la ricollega alla mancanza di idonei filtri preventivi di accesso alla giustizia. Emblematico è il richiamo al pensiero di Nietzsche sul processo inteso alla stregua di un insieme di persone che compiono sforzi estremi per testare la capacità di resistenza dell'uomo stesso.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> il concetto di abuso del processo non è risolto a livello di teoria generale. Esso si trova a limite tra la scienza giuridica e la sociologia del diritto e tende dunque a risolversi in una categoria dai profili incerti. Essa però è comunque autonoma rispetto all'abuso del diritto. Cosi E.M. CATALANO, *L'abuso del processo*, Milano, 2004, p. 9.

definizione normativa e quindi una sanzione in caso di comportamento che violi il divieto. Il rischio è quello che lo stesso risulti solo una ripetizione di un principio, assorbito perfettamente già all'interno del pacchetto dei principi del giusto processo ovvero quello della buona fede oggettiva e della correttezza. In realtà il rischio di istanze di tutela ripetitive si corre tutte le volte in cui ci si trovi di fronte ad una situazione di crisi della giustizia ritenuta, peraltro, da molti inspiegabile se si pensa alla raffinatezza del nostro diritto sostanziale e processuale<sup>53</sup>. Difatti per molti anni è prevalsa una tendenza, cui abbiamo già fatto cenno in precedenza, a modificare le norme riguardanti la struttura del processo, tenuto presente lo scetticismo nei confronti di qualsivoglia alternativa alla giustizia statuale, ritenuta portatrice di tagli alle garanzie e dunque di denegata giustizia. In realtà la spiccata sensibilità delle istituzioni europee verso gli strumenti alternativi di composizione delle controversie e l'intero movimento a favore della conciliazione degli ultimi anni hanno evidenziato l'emersione di uno spazio governato dall'ordine risultante dal negozio delle parti, risultato finale del processo di degiurisdizionalizzazione e dunque di esaltazione di autonomia e autodeterminazione<sup>54</sup>. Taluni oggi tendono a considerare la mediazione e gli altri strumenti alternativi, come "preferibili" al processo, dunque alla tutela giurisdizionale. Per sostenere una tesi di questo tipo si fa riferimento alle argomentazioni più varie, tra le quali devono essere ricordate la pace sociale o i costi troppo elevati del processo. In realtà, quest'ultimo rimane un mezzo molto sofisticato che abbiamo a disposizione per conseguire lo stesso obiettivo della mediazione, ossia la pace sociale, e questo al minor costo possibile, almeno all'interno del nostro ordinamento<sup>55</sup>. Esso, al pari della mediazione, ha

-

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> In questo senso, V. VIGORITI, *Ancora a proposito della resistibile crisi del processo civile,* in Contratto e Impresa 2012, p. 641 e ss, il quale assume come punto di partenza della sua analisi le preoccupazioni emerse nella relazione sull'amministrazione della giustizia del 2012 e riguardanti in particolare la limitatezza della risorsa giurisdizione e le soluzioni ivi prospettate, ovvero ADR e coinvolgimento degli avvocati nel processo.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Il diritto è rimasto immutato nel merito ma sono mutati gli strumenti di tutela dello stesso. Affinchè l'accesso alla giustizia sia effettivo occorre che la stessa non sia indifferente alla natura dei bisogni dei quali viene chiesta soddisfazione. Il diritto di accesso alla giustizia è effettivo quando si guarda alla sostanza della domanda. Chiaro che in questa prospettiva può legittimarsi il ricorso a strumenti differenziati di giustizia in ragione delle peculiarità e della natura del conflitto. Cosi G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in Riv. Dir. proc. 2001, p. 902.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Il processo è più evoluto della mediazione, nell'ambito dello stesso le parti si affrontano e si difendono ad armi pari, oltre ad allegare le proprie ragioni. Perché quindi la mediazione

sempre avuto come finalità la prevenzione dell'autotutela e dunque della vendetta. Tutto questo per evidenziare come gli metodi alternativi di risoluzione delle controversie non si porrebbero in relazione di alterità, tantomeno di opposizione rispetto al processo <sup>56</sup>. Essi non rappresentano delle sedi *para-processuali* di accertamento delle ragioni e dei torti. Si tratta in linea di massima di strumenti che non hanno nulla a che fare con il formalismo del processo, nonostante taluno auspichi una regolamentazione sempre più precisa degli stessi, e che facilitano la composizione negoziale, l'accordo<sup>57</sup> (si consideri, infatti, che una delle principali modalità di ADR è quella conciliativa che offre un'opportunità di soluzione autonoma delle liti, senza che appunto tale soluzione venga imposta da un terzo). Si tratta di possibilità, non di alternative, né di cose migliori, né di rimedi. Se valga la pena sponsorizzare una cultura conciliativa, se siano opportuni metodi di questo tipo lo si può comprendere definendo quali siano le funzioni degli stessi. Dall'analisi compiuta sulle origini romanistiche in poi, si evince una considerazione che abbiamo già avuto modo di fare: le alternative alla giustizia statuale rappresentano, oggi come sempre, a maggior ragione nel nostro ordinamento, uno strumento per far fronte alle disfunzioni del sistema giustizia<sup>58</sup>.

dovrebbe essere più evoluta del processo? Perché sostanzialmente si valuta il processo sempre in termini di tempo e di costi, ma soprattutto lo si descrive alla stregua di una battaglia. In realtà è proprio il contrario. Probabilmente il processo è in crisi a causa dei pubblici poteri che se un giorno decidessero di mettersi all'opera ristrutturando lo stesso, rivelerebbero le sue attitudini a rappresentare il luogo più adeguato ad avere giustizia. Così J. NEVIA FENOLL, *La mediazione*:

un'alternativa ragionevole al processo?" in Riv. trim. dir e proc. civ. 2013, p. 1327 e ss.

56 L'idea delle ADR come alternative alla giurisdizione era infatti alla base del movimento sulla

giustizia informale degli anni 70 del 900 in America. Così M. G. CIVININI, *Mediazione e giurisdizione,* in Riv. Trim. dir. proc. civ. 2007, p. 1305 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Si tenga presente che la Direttiva 2008/52/CE nei "considerando" fa riferimento alla risoluzione extragiudiziale attraverso procedure che si concludono con un "accordo". Il termine accordo viene preferito alle soluzioni transattive poiché preserva una relazione amichevole, sostenibile, che pertanto ha maggiori possibilità di essere osservato spontaneamente. Così 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. 359.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> E' nella patologia che il fenomeno delle alternative alla giustizia assume i suoi connotati fondamentali. Nascono per sopperire ai problemi di una giustizia congestionata e non più in grado di assolvere i suoi compiti. Così M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in Riv. Dir. Proc. 2006, p. 463 e ss.; contra F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione.. op.cit.*, p. 180, la quale ritiene che l'obiettivo della conciliazione non sia quello di

Pertanto tendono a essere presentati al pubblico come una "sfida sociale" tesa a superare il congestionamento del ricorso alla giustizia. E dunque il concetto che passa è che il ricorso alle ADR non risolve il problema della crisi, ma tampona la smisurata mole di contenzioso civile e l'irragionevolezza della durata dei processi <sup>59</sup>. Concepite come strumento pubblicistico per evitare o rallentare l'accesso alla giustizia, le ADR si prestano però alle critiche dei più. Pertanto in merito alla funzionalità delle stesse si è reso necessario ricercare altre prospettive. L'impresa da compiere sarebbe quella di attribuire a questi strumenti una connotazione positiva, quali espressione del principio di prossimità. Le ADR sono fenomeni di diritto privato, sostanziale, inquadrabili all'interno della categoria dei contratti, categorie in grado di regolare i rapporti tra le parti senza dover ricorrere ad un soggetto terzo la cui decisione si imponga alle parti come esterna, non concordata<sup>60</sup>. Ciò che viene in discussione non è tanto l'accertamento o la regolamentazione dei diritti, quanto il soddisfacimento degli interessi concreti delle parti. Il dialogo interrotto dal conflitto si compone attraverso canali di comunicazione nuovi, diversi, che aspirano peraltro ad offrire alla parti una soluzione più duratura. Taluni hanno parlato di "giustizia co-esistenziale", riprendendo una locuzione utilizzata da Mauro Cappelletti, per cui ciò che si

far fronte a situazioni di crisi deflazionando il contenzioso, bensì incoraggiare tutela di situazioni giuridiche che non trovano nel processo una protezione adeguata. Nel suo manuale l'autrice ricorda come l'interesse nei confronti delle ADR negli anni 70 si fecero sentire anche in Italia, laddove la Fondazione Ford, il CNR e l'Istituto Universitario Europeo finanziarono iniziative tipo il Florence Access to Justice Project, seguito da Mauro Cappelletti.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Taluno ritiene di leggere in senso opposto il rapporto tra risoluzione negoziale delle controversie ed efficienza della giurisdizione. Una giurisdizione efficiente infatti favorisce la buona soluzione negoziale delle controversie; una giurisdizione inefficiente potrebbe condurre i contendebìnti a sfruttare le distorsioni del sistema e rifiutare ragionevoli soluzioni negoziali. Così S. CHIARLONI, Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 2000, p. 447.

<sup>&</sup>lt;sup>60</sup> E' quanto è stato ritenuto da G.M. FLICK, *La mediazione civile e commerciale: giustizia* alternativa o alternativa alla giustizia?, in www.osservatorioconflitticonciliazione.it il quale ritiene che le parti non debbano i alcun modo avvertire la possibilità della soluzione autonoma come un male minore rispetto al processo, ma come una opportunità conveniente. Questi inoltre fa una interessante applicazione del principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale al settore giustizia. Quest'ultima vuol dire valorizzare libertà, autonomia, dignità, responsabilità della persona e superare il bipolarismo stato-mercato per cedere il passo al tripolarismo pubblico-privato-civile/sociale.

auspica è un punto di equilibrio, nel rispetto del principio della centralità della giurisdizione<sup>61</sup>.

.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Così F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura.. op. cit.*, p. 8 e ss., secondo cui la mediazione va considerata come una vera e propria alternativa alla giustizia ordinaria in quanto vi è disomogeneità di obiettivi e di risultati. Scoraggiare le ADR, in particolare la mediazione è un'operazione anacronistica.

### Capitolo II

Il fenomeno conciliativo moderno in Italia: mezzi autonomi e mezzi eteronomi. Le peculiarità dell'arbitrato

#### **SEZIONE I**

#### Premessa

Nell'introduzione del presente lavoro l'analisi dei dati ha rivelato una correlazione tra la diffusione delle ADR e la crisi profonda del sistema giustizia 62. Detta correlazione ha poi dimostrato di risalire alle origini del fenomeno conciliativo, quantomeno nella grande maggioranza dei periodi storici presi in considerazione. A prescindere da come se ne parli 63, gli scopi delle ADR sono più o meno coincidenti nell'ambito delle singole esperienze: essi prevengono o compongono la lite attraverso tecniche semplificate, meno onerose nei tempi e nei costi. Si ricorre a questi metodi di risoluzione del conflitto, più che di tutela del diritto 64, perché essi si pongono perfettamente in sintonia con un sistema fondato

\_

Secondo E. SILVESTRI, Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie, op.cit., p. 321 e ss, il nostro paese ha importato l'acronimo ADR come un prodotto alla stregua della Coca Cola o dei Levi's, determinando così una affermazione dei metodi in questione sul mercato italiano grazie ad una campagna di advertising che li identifica come il rimedio a tutti i mali della giustizia. In realtà, però, metodo alternativo di risoluzione delle dispute non pare significare qualcosa all'interno del nostro ordinamento, per cui sembra che i supporters ADR abbia accettato acriticamente e senza adeguamenti un modello che non appartiene alla nostra tradizione. Per questo l'autrice continua con un riferimento ai francesi, i quali hanno coniato una nuova espressione. MARC sta per modi alternativi di regolamentazione dei conflitti, che non vuol dire alternativi rispetto alla giurisdizione. In effetti non vi è chiarezza sull'alternativa, ma ciò che è chiaro è certamente il tentativo di accettare il modello americano.

<sup>&</sup>lt;sup>63</sup> Si parla infatti di ADR come tecniche di giustizia informale, come procedimenti sommari, come procedimenti volti ad agevolare l'accesso alla giustizia e anche come forme di giustizia minore. Cosi G. ALPA, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile*, in Politica del diritto, 1997, p. 404.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> In effetti, quando si parla delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse deve essere tenuto in considerazione anche il processo e la decisione giudiziaria. Questo perché non di rado l'esigenza non è quella di risolvere, superare la situazione conflittuale, bensì e soprattutto quella di fornire adeguata tutela al diritto. Nell'ambito di questi strumenti conta sia il metodo, che il risultato e dunque il procedimento e le garanzie, le quali più volte subiscono diminuzioni in nome dell'efficienza. Così M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta,* in Riv. Trim. dir e proc. civ., 1997, p. 315 e ss.

sull'efficienza 65, rappresentando uno strumento deflattivo del contenzioso. Tuttavia, una parte della dottrina ritiene che riconoscere detta funzione (concretamente non dimostrata) agli strumenti in esame rappresenti per certi versi un luogo comune, un errore di prospettiva che importa distorsione. Essa risulterebbe evidente nell'obbligatorietà della mediazione, che venne introdotta sulla base dell'erroneo convincimento che le parti riescano a conciliarsi quando è una norma a prevederlo<sup>66</sup>. È stato posto in evidenza invece un dato opposto: una conciliazione raggiunge il risultato sperato, e dunque rappresenta una valida alternativa al processo, allorquando il sistema giustizia sia particolarmente efficiente. Una conciliazione che matura in un contesto di dissesto della giustizia civile sarà il risultato del potere di una parte di indurre l'altra a conciliarsi (perché non ha alternative). Essa non determinerà quell'assetto d'interessi che si intende sempre tutelare attraverso la rimessione della controversia all'autonomia dei privati. In particolare, la sola minaccia del processo, lento, costituisce un deterrente per un soggetto che sarà la vittima di un comportamento speculativo altrui<sup>67</sup>. In altre parole, sarebbe un eccesso inammissibile identificare le ADR come la panacea per i mali della giustizia. Se da un lato il ricorso a detti metodi comporta l'esaltazione del momento della conversazione e della negoziazione tra le parti, essi però si trovano ad operare in un contesto, come quello attuale, caratterizzato e quindi penalizzato da una profonda conflittualità; deregolare può poi perpetrare le disuguaglianze quando esse intervengano tra soggetti le cui

<sup>&</sup>lt;sup>65</sup> Il riferimento è al dominio della logica di pura funzionalità. Il richiamo è alla razionalità weberiana, per la quale, poiché ciò che conta è il risultato, ossia quello di eliminare il conflitto, è razionale ogni strumento che consenta di conseguirlo con il grado di efficienza maggiore. Così M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti,* in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 1999, p. 779.

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup> Sempre M. TARUFFO, *Adeguamenti..*, op. cit., p. 784, fa riferimento alla funzione deflattiva come uno dei "crampi mentali" che hanno contagiato anche il nostro legislatore. Chiaramente all'epoca il riferimento non fu alla mediazione obbligatoria, bensì al tentativo di conciliazione obbligatorio. In particolare, "la conciliazione può essere un mezzo efficiente di risoluzione delle controversie non quando è obbligatoria, ma quando è accessibile, garantita e vantaggiosa per le parti".

<sup>&</sup>lt;sup>67</sup> Siamo quindi al cospetto di una conciliazione "cattiva", che, a parere di S. CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009,* in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>, si realizza ogni volta che il sistema giustizia non funziona. Il soggetto, disincentivato dai tempi e dall'inefficienza del processo, si accontenta di un risultato iniquo ma raggiunto in un tempo ragionevole.

posizioni sono "squilibrate" da un punto di vista economico; infine, esse possono sfuggire alle garanzie costituzionali perviste per le ipotesi in cui si ricorra alla giustizia togata<sup>68</sup>.

# 1. L'estensione del potere negoziale dei privati alla fase della contestazione: il recupero dell'autonomia privata

A seguito di una serie di fenomeni che si sono verificati nel corso degli ultimi anni a livello globale e poi nel nostro ordinamento<sup>69</sup>, l'autonomia privata ha recuperato spazi di operatività<sup>70</sup>. Una volta appurata la rottura del collegamento, da sempre considerato inscindibile, tra sovranità e giurisdizione, una nuova circostanza emerge prepotente: accanto alla giurisdizione statuale coesistono numerose forme di giustizia, ossia quella comunitaria, internazionale e, in generale quella "non statale". Queste ultime forme di giustizia troverebbero la loro legittimazione nell'autonomia privata.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> Il pregiudizio nei confronti delle stesse attiene pertanto il piano delle garanzie di un procedimento conoscibile, spedito, semplice e meno costoso, quindi più conveniente. Sul punto si veda sempre G. ALPA, *Riti alternativi...*, op. cit., p. 407.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Ci si riferisce in primo luogo alla "contrattazione di massa" e quindi allo sviluppo di una normativa a tutela del contraente "debole", in nome della quale è apparso necessario sottrarre una fetta di microconflittualità ai metodi tradizionali di risoluzione delle controversie, inadeguati alle istanze di speditezza che dette forme di conflitto esigono. In secondo luogo, la globalizzazione provoca un fenomeno che viene identificato come "contrattualizzazione" dei settori degli ordinamenti, per cui si rinuncia a norme imperative e inderogabili, per esaltare autonomia privata e quindi norme di derivazione pattizia. Così M. MARIANELLO, *I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie*, in Obbl. e contr., 2011, p. 531.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> I cultori del diritto processuale sono alle prese con un movimento culturale e ideologico che dopo il collasso degli ordinamenti del socialismo reale, reclama una giustizia sottratta al monopolio statale, poiché è ormai chiaro che il diritto positivo non è compatibile con le esigenze di efficienza dei mercati. Sul punto si veda un contributo di uno dei più assennati "italici supporters" delle ADR, ossia S. CHIARLONI, Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo), in Giur. It., 2000, p. 209; ad una tesi di questo tipo si oppone quella per la quale si ritiene che "alla prassi e agli usi commerciali non può essere confidato se non il compito di indicare gli strumenti efficienti", F. CRISCUOLO, Modello arbitrale e strumenti alternativi alla giustizia, in Riv. Arb., 2000, p. 44.

A questo punto è bene fare una premessa: il recupero degli spazi di operatività da parte dell'autonomia privata, cui si fa riferimento, attiene però anche e soprattutto alla valorizzazione del contratto, in questo momento storico, inteso alla stregua dell'accordo piuttosto che dello scambio<sup>71</sup>. Detto recupero appare coerente con i principi generali immanenti nel nostro ordinamento, per i quali il libero esercizio dei diritti soggettivi presuppone la speculare esistenza di rimedi da utilizzare per una corretta esecuzione dei rapporti giuridici, nelle ipotesi in cui vi siano, a monte, carenze di cooperazione ad inficiare gli stessi. Peraltro, esso è avvenuto non solo in settori dell'ordinamento in cui generalmente viene esaltato il principio di autodeterminazione, bensì anche per ciò che riguarda materie, come quella superamento delle contestazioni, fino a non molto tempo fa ad appannaggio esclusivo dello Stato. Tradizionalmente si riteneva, infatti, che le norme dell'ordinamento statale fossero in una posizione di preminenza rispetto a quelle dei coesistenti ordinamenti e questo sulla base della loro provata maggiore consistenza e autorità<sup>72</sup>.

Il movimento che incentiva l'autodeterminazione, a livello processuale, si traduce nella particolare attenzione nei confronti delle alternative al processo e quindi nei

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Gli spazi lasciati dallo Stato vengono assunti dagli individui e dalla loro volontà. L'autonomia privata è funzionale al recupero dei diritti della persona e all'esaltazione del mercato, come luogo in cui essi si realizzano e trovano adeguata protezione. Così A. SOMMA, *Autonomia privata*, in Riv. Dir. civ. 2000, p. 597 e ss.; sul punto si veda anche C. PUNZI, *Le nuove frontiere dll'arbitrato*, in Riv. trim. dir e proc. civile, 2015, p. 1 e ss, il quale afferma che ci si trova attualmente in un'epoca, quella contemporanea, nell'ambito della quale strumenti ontologicamente privatistici svelano la loro idoneità a produrre effetti *ultra partes*, senza mutare la loro natura. Si pensi al contratto, strumento in fase di espansione, sempre più duttile e, in quanto capace di operare al di fuori degli schemi tipici, svincolato dalla soggezione alla legge degli stati. Tanto è vero che anche l'odierno diritto pubblico fa frequente ricorso a detto strumento, ovvero a procedure di negoziazione tese a coinvolgere i destinatari, in modo da acquisirne preventivamente il consenso e ridurre i costi economici e sociali dell'inefficacia delle norme. Si pensi ancora alla *lex mercatoria* nell'ambito della quale, i grandi attori del mercato globale, utilizzando gli strumenti dell'autonomia privata individuano modelli sempre nuovi di organizzazione degli affari e di risoluzione delle controversie.

<sup>&</sup>lt;sup>72</sup> I giuristi, anche quelli più attenti, hanno probabilmente confuso estensione e incisività con il concetto di esclusività, come se fuori dallo Stato non potesse constatarsi la presenza di altri ordinamenti, sempre giuridici in quanto espressione di discipline di comportamento. Emblematica è infatti una frase di Vittorio Scialoja, per cui "il diritto veramente degno di questo nome sorge con lo stato, nella cui unità si armonizzano le forze individuali. Lo Stato è superiore a tutti gli individui, i quali ad esso devono ricorrere per la tutela delle loro pretensioni". Pensiero richiamato da G. B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in Riv. Dir. comm. 1997, p. 17.

confronti di strumenti di diritto privato interni o esterni al processo. L'autonomia privata consente ai soggetti coinvolti nella controversia di definirla secondo dei criteri a loro graditi, non suscettibili di essere adottati dall'organo giudicante tradizionale che è invece vincolato al rispetto del principio di legalità e del contenuto delle norme giuridiche (il che lascia presupporre che il mediatore non debba essere vincolato alle regole giuridiche nell'eventualità della formulazione di una proposta). Su questo tema ci soffermeremo quando analizzeremo la possibilità del mediatore di discostarsi dalle norme giuridiche nell'ambito della sua attività decisoria. Quello che dobbiamo precisare in questa sede è che il tema della composizione privata delle liti rappresenta una delle sfaccettature del rapporto cui abbiamo fatto riferimento, tra due ordinamenti diversi, ossia tra l'ordinamento giuridico statale, cui generalmente la storia ha riconosciuto l'esclusività nel governo delle dinamiche socio-economiche, e l'ordinamento dell'autonomia privata, quale sistema di regole elaborate dai privati per regolare i loro rapporti. Il superamento delle contestazioni attraverso lo strumento dell'autonomia privata, e dunque l'abbandono del giudizio decisorio, ha riguardato materie che tendenzialmente venivano tenute al riparo da questo tipo di innovazioni. Si pensi alla materia della famiglia, per la quale peraltro sin dall'inizio si preferì invocare la mediazione, per l'inidoneità dell'arbitrato ad avere ad oggetto materie indisponibili dei privati 73. L'introduzione della mediazione familiare, quale strumento per riequilibrare i conflitti familiari tenendo conto dei bisogni del gruppo e delle esigenze di unità dello stesso, venne salutata con favore dal momento che con essa si restituiva finalmente al diritto privato il diritto di famiglia, sempre nel rispetto dei principi fondamentali dell'uguaglianza dei coniugi, della libertà dei singoli e del rispetto della personalità dei figli.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> L'arbitrato rappresenta sempre una manifestazione di autonomia e quindi una manifestazione del potere dei privati di affidare i loro conflitti ad un giudice non statuale. Tuttavia esso, come vedremo, non può avere ad oggetto materie indisponibili dai privati e quindi materie che ineriscono lo stato e la capacità delle persone. Certo che il problema avvertito dai giuristi fu da subito quello di evitare che lo strumento della mediazione familiare finisse per l'assolvere una funzione non poi tanto diversa da quella dell'arbitrato. Sul punto si veda P. RESCIGNO, *Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare"*, in Giur. Ita. 1995, p. 73 e ss.

### 2. Classificazioni in tema di metodi alternativi di risoluzione delle dispute.

La cultura del compromesso e della gestione privata della soluzione delle dispute, che gradatamente mira a prendere il posto della cultura della decisione, risponde ad un interesse alla pacificazione fondato sul vantaggio offerto dagli strumenti oggetto d'analisi, ossia quello dell'apertura di un canale di comunicazione tra le parti, indispensabile al mantenimento della relazione e quindi al rispetto volontario di quanto da esse stesse concordato. Con il termine pacificazione, in questo contesto, non si suole far riferimento alle teorie della pacificazione sociale tipiche dell'antropologia si stampo americano <sup>74</sup>. Si tratta piuttosto di una rivendicazione, da parte dell'autonomia privata, della gestione completa del vincolo contrattuale, dalla sua nascita al momento patologico, a una risoluzione dello stesso. Per comprendere in cosa consista detta gestione privata, illuminanti sono le spiegazioni di Guido Alpa, il quale riflette sulla possibilità riconosciuta ai soggetti di un vincolo contrattuale di provvedere ad attività future che abbiano ad oggetto quel vincolo. In particolare, egli fa riferimento ad una attività di componimento negoziale delle divergenze, effettuato dalle stesse parti e ad un'attività di componimento effettuato dai terzi, sulla base di un preciso accordo contenuto in un preesistente contratto<sup>75</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Mi riferisco in particolar modo a quanti ritenevano che le ADR fossero schemi di pacificazione sociale, ovvero tentativi (dissimulati dalla retorica della esplosione dei conflitti) degli interessi potenti di arginare l'apertura del contenzioso alle masse. Tutte le alternative al centralismo giuridico rappresentavano, per i fautori di queste tesi, strumenti a servizio del potere per garantire la supremazia giuridica dello stato. Sul punto si legga L. NADER, *Le forza vive del dritto. Una introduzione all'antropologia giuridica.,* tratto dalla Collana "Diritto contro frontiere", 2003, p. 11 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Egli fornisce così, oltre alle indicazioni per le classificazioni cui faremo riferimento, ulteriori indicazioni sulla definizione dei *mezzi stragiudiziali*, definendoli come il ricorso da parte di due o più soggetti che abbiano un rapporto contrattuale in corso, ovvero intendano costituirlo o ancora si siano determinati a formarlo in via progressiva, di rivolgersi a un terzo affidandogli il compito di decidere la controversia, dirimere la divergenza, completare la fattispecie negoziale. Così G. ALPA, *La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie,* in Giust. Civ. 1994, p. 112.

Rappresenta questa una valida introduzione al tema delle classificazioni in tema di modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie. Si parla di modelli autonomi ed eteronomi <sup>76</sup>, a seconda della prospettiva di osservazione. In particolare, esiste una prospettiva esterna al processo che comprende mezzi di tutela a quest'ultimo completamente alternativi, mirando a prevenirlo o a sostituirsi completamente ad esso; esiste anche una prospettiva interna al processo e comprende i mezzi tecnici di tutela endo-processuale. Questi ultimi non sono propriamente alternativi. Essi presuppongono che sia stato già promosso un giudizio, pertanto, casomai, possono identificarsi come alternativi al suo corso ulteriore ossia alla decisione finale<sup>77</sup>. Per ciò che attiene i mezzi autonomi, si tratta di quelle ipotesi in cui le parti risolvono in maniera autonoma la lite, mediante l'uso del contratto, facendosi o meno reciproche concessioni. Viene in rilievo dunque la transazione, che rappresenta anch'essa uno strumento di normazione concreta, attenta ovviamente alla sola convenienza economica di chi la stipula. Diversamente, qualora le parti non trovino il modo di risolvere autonomamente la controversia, devono necessariamente rivolgersi ad un terzo. Si tratta dei mezzi eteronomi, la cui caratteristica comune sta nel fatto che il conflitto viene risolto con l'imposizione di una norma vincolante<sup>78</sup>. Quella appena descritta però non è l'unico tipo di classificazione elaborata a livello dottrinale.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Sulla distinzione tra mezzi autonomi e mezzi eteronomi si guardi F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro di tutela dei diritti,* in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 2004, p. 1201 e ss, il quale sostiene peraltro che in ognuno di essi si ha un atto di normazione concreta, ossia la sostituzione della regola concreta che era emersa nel momento in cui era sorta la situazione giuridica soggettiva oggetto della contestazione.

<sup>&</sup>lt;sup>77</sup> Il vero problema è rappresentato dai mezzi di tutela esterni al processo. Essi rappresentano le alternative vere e proprie. Per questo motivo bisogna garantire a chiunque abbia un bisogno di giustizia da soddisfare una valida tipologia di alternative stragiudiziali di tutela, rimesse all'autonomia privata dei soggetti in lite che risolvono così la controversia per mezzo di atti negoziali. Si tratta di transazioni o accordi conciliativi compiuti da loro stessi direttamente oppure provocati, favoriti o facilitati dall'opera di mediazione di un terzo. Si veda sul punto L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali, op. cit.*, p. 318 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Nell'ambito dei mezzi eteronomi, distinguiamo quelli negoziali e quelli di tipo giurisdizionale. Per ciò che attiene i primi, vengono in rilievo in particolare l'arbitrato irrituale e la mediazione. Per ciò che attiene i secondi è invece opportuno operare un'ulteriore distinzione tra attività giurisdizionale dello Stato e attività giurisdizionale dei privati. Nell'ambito di quest'ultima il riferimento è all'arbitrato rituale. Su dette classificazioni si veda M. BOVE, *La conciliazione nel sistema di risoluzione delle controversie civili,* in Riv. Trim. dir. e proc. civ., 2011, p. 1065 e ss.

Si pensi, infatti, a quella tra un modello conciliativo, che mira a definire la controversia mediante un accordo tra le parti; e un modello valutativo, che mira a definire la controversia mediante una vera e propria decisione pronunciata da un terzo che di regola è un soggetto differente dal giudice. Espressione tipica del primo modello è senza dubbio la mediazione, più in generale si tratta della stipulazione di accordi transattivi. Espressione tipica del secondo modello è invece l'arbitrato<sup>79</sup>, il quale presuppone un intervento di tipo cognitivo e decisorio da parte di un terzo cui, per volontà di parte, vengono devoluti determinati poteri<sup>80</sup>. Ovviamente la prassi ha dimostrato un maggiore successo del modello conciliativo, sulla base di una convinzione diffusa per la quale qualunque controversia è astrattamente suscettibile di una risoluzione concordata tra le parti. Pertanto, l'accordo transattivo tipico di questo modello andrebbe preferito in tutti i casi alla decisione "imposta" da un terzo. E' interessante riflettere su quanto l'affermazione precedente sia vera in presenza di una situazione di alterazione del sinallagma, ossia nelle ipotesi di squilibrio contrattuale. In particolare su quanto sia effettivamente libero il consenso prestato alla risoluzione della controversia dalla parte "debole" del rapporto. In definitiva, il fatto che lo Stato sia obbligato a garantire mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti non ha un corrispettivo nell'obbligo per i privati di servirsi di tali strumenti, potendo il privato intraprendere in alternativa una strada negoziale pura, una finalizzata alla conciliazione e quella dell'arbitrato.

-

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> L'arbitrato si presenta come una giustizia alternativa a quella statale; quando invece i soggetti in lite risolvono la controversia attraverso un contratto, non si parla di giustizia alternativa bensì di alternativa alla giustizia. Si veda in proposito F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in Il giusto processo civile, 2011, p. 325 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Il tema dell'arbitrato e tutte le problematiche che gravitano intorno a questo istituto, torna in auge in corrispondenza del movimento ADR negli Stati Uniti e poi in Europa. Da sempre considerato manifestazione di giustizia corporativa riservata alla ristretta cerchia dei *merchants*, esso ha subito un processo evolutivo che ha condotto all'estensione della sua applicabilità a materie sottratte alla disponibilità delle parti. Sul punto si veda ancora E.SILVESTRI, *Osservazioni..., op.cit.*, p. 321 e ss.

#### **SEZIONE II**

### 3. Le facce dello *ius dicere* e l'emancipazione dello stesso dal modello statuale: l'Arbitrato

La trattazione dei singoli strumenti alternativi prende le mosse dall'istituto dell'arbitrato<sup>81</sup>. Sia esso rituale o irrituale, l'arbitrato privato rappresenta una delle possibili facce dell'arte dello *ius dicere*. L'arte di giudicare, negli ultimi anni, è stata oggetto di un processo di emancipazione rispetto al modello statuale. Essa viene sempre più identificata alla stregua di una "funzione", diffusa all'interno della società, a prescindere dalla natura pubblica e dunque anche ad un livello *pre* ed *extra-statuale* <sup>82</sup>. In realtà, detta emancipazione da parte della *iurisdictio* rappresenta, a sua volta, solo uno degli aspetti di una macro-tendenza che taluni indicano come *delocalizzazione* della giurisdizione (o *de-territorializzazione* della stessa), per la quale la giurisdizione si è andata via via allontanando dalla sovranità dello Stato<sup>83</sup>. Come abbiamo avuto modo di vedere quando abbiamo

\_

Esso rappresenta da sempre l'alternativa per eccellenza. Prima di entrare nel vivo delle problematiche che hanno interessato lo stesso nel corso degli anni è opportuno fare delle premesse a livello di definizioni, mutuando le stesse da codice di procedura civile che appare chiaro sul punto. In particolare, il nostro ordinamento conosce due tipologie principali di arbitrato. Mi riferisco all'arbitrato rituale, inteso alla stregua di un procedimento paragiurisdizionale dinanzi ad un arbitro (o ad un collegio di arbitri) cui viene attribuito il potere di decidere la controversia secondo diritto oppure secondo equità, disciplinato dalla legge processuale, ed a quello irrituale, inteso alla stregua di un procedimento di natura negoziale, gestito da arbitri autorizzati ad agire come se fossero parti contrattuali, dotati del potere di imporre una definizione transattiva che le parti in lite si obbligano preventivamente a rispettare, come se avessero stipulato loro stesse la transazione.

SI veda sul punto C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione... op.cit.*, p. 11, il quale rileva come il nuovo diritto degli affari abbia sentito il bisogno di una giustizia dei privati efficiente, competente, connotata da logiche proprie. Interessante appare il richiamo alla *lex mercatoria* nella quale i grandi attori del mercato globale, utilizzando strumenti dell'autonomia privata individuano modelli sempre nuovi di organizzazione degli affari e quindi di risoluzione delle controversie. Ed è innegabile, a parere dell'autore, come la genesi e lo sviluppo di questo ordinamento sovrastatuale non sarebbe stato possibile senza i grandi arbitrati internazionali.

<sup>&</sup>lt;sup>83</sup> L'arte del giudicare si articolerebbe in un insieme di fattispecie che vanno appunto dalla giurisdizione statuale, all'arbitrato, alle altre istituzioni quasi giudiziarie. Al di là del tentativo di

parlato del problema dell'autonomia privata, l'evoluzione dei rapporti tra quest'ultima e i pubblici poteri porta con se l'attuale rottura del collegamento tra sovranità e giurisdizione. Accanto alla giustizia statale ci sono altre forme di giustizia e tra queste forme vi è quella "non statale". Lo stesso fenomeno per anni etichettato come *monopolio statale* sulla giustizia va via via sgretolandosi, come del resto la vecchia concezione del rapporto tra pubblico e privato. Si pensi poi che detta constatazione, a leggere il dato costituzionale, appare piuttosto scontata, poiché, come dicevamo poc'anzi, il fatto che sia stata prevista una tutela giurisdizionale dei diritti, non implica l'obbligo di servirsene. Detto obbligo non è come dire "costituzionalmente" coperto.

Per ciò che attiene le origini dell'istituto, sappiamo che l'arbitrato nasce dal consolidarsi di una prassi negoziale sorta da esigenze di speditezza, segretezza e competenza, espressa dalla categoria dei commercianti e degli industriali<sup>85</sup>. Si trattava di un ceto che riconosceva solo ai propri eguali la capacità di dirimere le controversie. Il codice di procedura civile del 1865 conosceva però solo l'arbitrato rituale (*paragiurisdizionale*); per il riconoscimento formale di quello irrituale (*negoziale*) bisognerà aspettare il 2006, anche se l'istituto ottenne il primo riconoscimento ufficiale già in una sentenza della Corte di Cassazione del 1904<sup>86</sup>.

rispondere a necessità strutturali di carattere deflattivo e al di là della pretesa di voler ridisegnare per legge gli equilibri tra le parti sociali, che costituiscono spesso le motivazioni principali di molte riforme nel nostro paese, il sistema della giustizia si è andato costruendo nel tempo e definendo nel 2010 intorno a tre pilastri che sembrano connotarlo anche in maniera stabile e definitiva. Il primo pilastro sarebbe quello della giurisdizione, in virtù della riserva costituzionale dell'art. 24; il secondo pilastro sarebbe quello della mediazione finalizzata alla soluzione consensuale delle controversie; il terzo pilastro sarebbe costituito dal procedimento arbitrale, nei casi in cui le parti chiedano non di essere aiutate a ricercare una soluzione, ma che gli arbitri la trovino per loro. Sulla struttura a tre pilastri vedi G. DOSI, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in Contratto e impresa, 2011, p. 227 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Si tenga conto che però autorevole dottrina ha sempre negato con fermezza la giurisdizionalità dell'arbitrato, sul presupposto che questo usurpasse la giurisdizione quale prerogativa dello Stato. Tuttavia vedremo che per quanto il legislatore si sia sforzato nel corso degli anni ad ingabbiare l'istituto nelle maglie del pubblico, esso rappresenta una realtà a se stante cui difficilmente si può sfuggire. Sul punto si veda C. ARRIGONI, *Arbitrato irrituale tra negozio e processo*, in Riv. Trim. dir. e proc. civ. 2007, p. 323 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Sul punto di veda P. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi,* in Riv. Dir. comm. 1907, p. 429 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>86</sup> "Il responso dei probiviri non è una sentenza e non può avere altro valore che quello di una risoluzione contrattuale, contro cui sarebbero sempre proponibili dinanzi all'autorità giudiziaria,

Anche in questa ipotesi, lo strumento dell'arbitrato libero nasce dal rifiuto del formalismo e quindi quale risposta a vincoli e inconvenienti che gravavano su quello rituale.

Esso, in generale, sia che si tratti di arbitrato rituale, sia che si tratti di arbitrato irrituale, si afferma come espressione dell'autonomia negoziale e attiene al potere delle parti private di disporre dei loro diritti, rinunciando così alla giurisdizione<sup>87</sup>. Detto vincolo tra le parti supera agevolmente il vaglio di meritevolezza ex art. 1322 cc, sul presupposto *dell'interesse dello Stato alla risoluzione dei conflitti*, ed è sottoposto chiaramente alle norme del codice civile in tema di efficacia del contratto. Una breve premessa in questa sede appare obbligatoria. Il nostro ordinamento non conosce delle forme di arbitrato endo-processuale. Mi riferisco in particolare all'esempio statunitense della *court-annexed arbitration*, cui si accennerà nel capitolo dedicato alla mediazione. Essa costituisce un metodo di risoluzione delle controversie che però non è scelto liberamente dalle parti, ma è ordinato dal giudice. Esso ha un carattere tipicamente di *mandatory;* le parti peraltro non possono sottrarsi a quest'obbligo, anche se ciò non implica che la decisione dell'arbitro sia vincolante e incontestabile<sup>88</sup>.

со

come contro ogni specie di convenzione, tutte le eccezioni che potessero insorgere dalla mancanza dei requisiti necessari alla validità di un contratto, non mai eccezioni derivanti dalla mancanza delle formalità procedurali". Si guardi sul punto Cassazione di Torino del 27 dicembre 1904, in Riv. Dir. comm. 1905, p. 45 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Tramite questo negozio di tipo rinunziativo le parti affidano ad altri soggetti il compito di dirimere le controversie e le divergenze insorte tra di loro. Questo avverrà o attraverso un giudizio vero e proprio, in caso di arbitrato rituale; o mediante l'espressione di una volontà che riconoscono come propria, in caso di arbitrato irrituale. Sul punto si veda G. ALPA. *L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter del codice di procedura civile,* in Contratto e impresa 2011, p. 320 e ss.

Sul punto si guardi E. SILVESTRI, *La "Court-annexed arbitration": un nuovo rimedio per un vecchio problema,* in Riv. Trim. dir. e proc. civ, 1995, p. 1035 e ss., la quale, nel panorama delle molteplici alternative al processo allude a particolari procedimenti che tendono a riportare la definizione delle controversie sotto il controllo della corte. Non si tratta di vere e proprie alternative al processo ma di procedimenti speciali caratterizzati dal fatto che determinate categorie di cause, una volta iniziate, vengono assegnate dal giudice ad un funzionario della Corte, incaricato di compiere una valutazione preliminare della controversia e di tentare una conciliazione tra le parti, oppure ad un arbitro affinchè pronunci una decisione. Nel primo caso si parla di *early-neutral evaluation;* nel secondo caso si parla di *court-annexed arbitration*.

#### 3.1. L'arbitrato e l'analisi dei dati

L'arbitrato è sicuramente lo strumento alternativo più conosciuto nel mondo dell'impresa. Le aziende lo considerano alla stregua di uno strumento autorevole, pertanto efficace. Questo perché si ritiene che il procedimento arbitrale goda di una serie di caratteristiche che tendono ad attrarre le parti coinvolte e che sono quelle della *risolutività*, della riservatezza, della durata ragionevole. Tant'è vero che, soprattutto le grandi imprese (questo perché per quanto preventivabili i costi sono comunque elevati), ma di recente anche quelle piccole e medie, preferiscono inserire la possibilità dell'arbitrato già all'interno del contratto, per il tramite della cd. *clausola compromissoria*. Oggi quest'ultima la troviamo in un enorme numero di contratti poiché l'affacciarsi delle piccole e medie imprese sul fronte internazionale, ha determinato un sempre più diffuso ricorso ad essa, dato che le sentenze arbitrali sono comunque riconosciute in 144 Stati firmatari della Convenzione di New York del 1958 per il "Riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere".89

Appare opportuno, anche per l'arbitrato, condurre un'analisi preliminare dei dati statistici sul suo utilizzo, precisando che questi si riferiscono ovviamente soltanto all'arbitrato *amministrato*, celebrato generalmente sotto l'egida di un'istituzione. Sfuggono invece i dati dell'arbitrato *ad hoc*, che, come noto, si svolge prettamente negli studi professionali. Un valido punto di riferimento per questo tipo di analisi è senz'altro costituito dal settimo Rapporto Isdaci, già preso in considerazione nell'introduzione del lavoro. Come sappiamo esso assume come riferimento

L'incremento degli arbitrati internazionali, presenti di fatto solo presso le Camere arbitrali delle C.d.C. (ed in particolare presso quella di Milano), conferma che sempre più le nostre aziende, anche di dimensioni medio piccole, cercano di espandersi e spesso con successo, al di fuori dei confini nazionali. Del resto, sono proprio le imprese a ricorrere all'arbitrato per controversie tra 2 imprese o con enti (549 su 743 pari al 73,8%). Con l'ulteriore conferma del fatto che ancora nel 2013, le Camere di Commercio rappresentano gli enti principali ai quali imprese e cittadini fanno ricorso quando decidono di promuovere procedure arbitrali gestite da un'istituzione. Esse, infatti, ricevono nel 2013 quasi il 90% di tutte le domande di arbitrato migliorando ulteriormente il 77,6% registrato nel 2012. Sul punto si veda V. SALE, *Media conciliazione e piccole e medie imprese: strumenti e soluzioni per lo sviluppo*, in Temi di Mediazione, Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie (ADR) diretto da D. MARINELLI, 2011, p. 122 e 123.

l'anno 2013 e analizza le vicende dell'istituto in esame considerandolo alla stregua della più importante alternativa al processo di tipo "aggiudicativo". Dalla lettura di questo Rapporto, in concomitanza con i dati della Camera Arbitrale di Milano, che collabora allo stesso, un dato emerge con chiarezza. L'arbitrato viene sfruttato molto poco rispetto alle sue potenzialità<sup>90</sup>. In particolare le domande di arbitrato pervenute nell'anno 2013 alla Camera Arbitrale milanese, sono state 167, il che dimostrava un ricorso senza dubbio più cospicuo di quanto era accaduto negli anni precedenti. Questo incremento probabilmente è l'effetto dell'attenzione generalizzata nei confronti degli strumenti alternativi che si respira negli ultimi anni ed in particolar modo nel quadriennio 2010/2014, caratterizzato dalle vicende alterne della mediazione obbligatoria e dal processo di riforma generale culminato con la Legge del 10 novembre 2014, n. 162 (Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile). Circostanza quest'ultima dimostrata dal decremento delle domande rivelatoci dalle statistiche disponibili presso la stessa camera arbitrale per il 2014. Infatti, un anno fa, le domande di arbitrato pervenute nella stessa sede sono state 148, benchè il valore delle controversie per le quali ci si rivolge agli arbitri sia aumentato 91. A proposito del fondamento di questa

\_

<sup>&</sup>quot;La valorizzazione dell'arbitrato sarebbe senza dubbio auspicabile e di grande aiuto per la comunità commerciale nel proficuo miglioramento dei tempi e della qualità nella soluzione delle controversie, con innegabile vantaggio anche agli occhi degli investitori esteri, ma passando necessariamente dalla tutela e miglioramento delle caratteristiche principali: l'autonomia delle parti, la qualità degli arbitri e le correlate garanzie previste per tutelarne l'imparzialità e l'indipendenza, ma anche, con l'incentivazione dell'arbitrato amministrato per la trasparenza ed il controllo che garantisce". Sul punto si veda C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Dal processo all'arbitrato: un'andata con possibile ritorno*, in Settimo Rapporto Isdaci.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Sul punto si veda lo studio condotto con la Camera Arbitrale di Milano e improntato al metodo dell'analisi economica del diritto, elaborato da R. MARSELLI, A.D. SCANO, M. VANNINI, *L'arbitrato alla prova dei dati: un'analisi empirica sui procedimenti amministrati dalla Camera Arbitrale di Milano,* in Riv. trim. dir e proc. civ. 2015, p. 1011 e ss., il quale, ponendosi come obiettivo finale quello di migliorare le norme del sistema giustizia per il bene comune, assume come punto di riferimento iniziale i rapporti sulla diffusione dell'arbitrato, i quali evidenziano un numero calante di domande tra il 2009 e il 2012. Si evince come la giustizia alternativa non solo non riesca a svilupparsi in Italia, ma non riesca nemmeno a consolidare le posizioni raggiunte in precedenza. Le ragioni dello scarso consolidamento vengono individuate di volta in volta in fattori esterni, come la crisi o l'incertezza normativa o ancora la mancanza di cultura; nella relazione particolare tra giustizia alternativa e ordinaria, la prima sviluppatasi solo per l'inefficienza della seconda; nella scarsa fiducia nella preparazione, nell'imparzialità e nell'indipendenza degli arbitri. Lo stesso

diminuzione delle domande di arbitrato, alla luce di tutti i ragionamenti sulla diffusione della cultura della mediazione operati all'interno del presente lavoro, viene da pensare come esso dipenda solo ed esclusivamente dall'attenzione delle istituzioni e degli operatori profusa nel tentativo di importare nel nostro paese un modello di mediazione che non appartiene alla nostra tradizione culturale<sup>92</sup>. E questo ha sviato l'attenzione rispetto all'arbitrato, strumento del quale il legislatore, dal 2006 ad ora sembra essersi disinteressato. La valorizzazione dello strumento in esame avrebbe fatto parlare di una cultura conciliativa rinnovata nel nostro ordinamento, senza che vi fosse una particolare necessità di ricorrere alla mediazione e di riadattarla al nostro sistema tradizionale. Aggiungerei sfociando in operazioni a rischio di scarso valore tecnico, culturale e pratico. Con ciò intendo dire che in una situazione come la nostra, avere un approccio pragmatico come quello dei paesi anglosassoni, avrebbe condotto alla rivitalizzazione dell'arbitrato. Solo che questo approccio manca e delle potenzialità degli strumenti di cui già disponiamo, ci si rende conto quando gli errori sono già stati commessi. Ma, ancor più discutibile pare poi il modo di riparare. Mi riferisco al nuovo "arbitrato deflattivo"  $^{93}$ , introdotto dalla Legge 162/2014, che ci apprestiamo ad analizzare.

\_\_\_

studio è quello che ha avuto il merito di elaborare lo *standard model litigation*, per il quale, se l'attore e il convenuto sono razionali e hanno aspettative simili sul probabile esito del processo, allora saranno sempre in grado di accordarsi evitando le incertezze del procedimento civile. Il fattore chiave affinchè si arrivi al processo è la divergenza di aspettative che può dipendere da opinioni diverse o da asimmetrie informative, il che è particolarmente rilevante per quando analizzeremo la disciplina delle ODR.

<sup>&</sup>lt;sup>92</sup> Da più di 100 anni prevale una visione sacrale della giurisdizione, tale da farla ritenere l'unico vero strumento di risoluzione delle controversie, di fronte al quale gli altri mezzi sono solo figli di un dio minore. Non stupisce dunque la circostanza per la quale si tende a trattarla con sospetto. Sarebbe necessaria, a parere dell'autore, una paziente opera di chiarimento, da parte della dottrina, per spiegare che la risoluzione extragiudiziale, quando possibile, riesce ad attingere ad un risultato qualitativamente superiore a quello che si ottiene con una risoluzione eteronoma. Sul punto si veda F. P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in Quinto Rapporto sulla diffusione della Giustizia Alternativa in Italia, Isdaci, 2011, p. 147 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Sul punto si veda il contributo di S. CHIARLONI, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in Giur. It. 2015, p. 1257 e ss, il quale si esprime in maniera molto dura nei confronti delle riforme introdotte con la legge n. 162/2014. Egli ritiene infatti che una caratteristica del mondo odierno sia quella dello *storytelling*, ossia l'arte di incollare sulla realtà racconti artificiali. Solo leggendo il titolo della legge in questione sembrerebbe, a parere dell'autore, che il legislatore abbia trovato la panacea per rimediare ad una situazione

Si tenga poi conto che gli studi cui abbiamo fatto riferimento in precedenza, evidenziano che una buona parte degli arbitrati che vengono iniziati, non arrivano al lodo ma sfociano in una transazione. Questo fenomeno viene giustificato dalla circostanza per la quale, se è vero che in vista di tutti i costi, in senso lato, legati al processo, le parti sono indotte a trovare una soluzione privata, prima che sia iniziato il processo, lo steso può dirsi di due parti in conflitto, prima che si giunga alla decisione arbitrale. Per il solo fatto di essere entrate in contatto, le parti decidono di transare. Queste sono le stesse occasioni di incontro che vengono offerte dalla mediazione che svela in questo il suo stesso lato positivo, la motivazione per cui varrebbe la pena promuoverne una maggiore diffusione<sup>94</sup>.

#### 3.2. Il nuovo istituto del "trasferimento in arbitrato"

A seguito dell'entrata in vigore della L. 162/2014, per l'istituto dell'arbitrato è accaduto, su per giù, quanto è accaduto anche per la mediazione. Mi riferisco in particolare, anche in questo caso, all'importazione di un modello che già in apparenza sembra non essere in linea con la nostra tradizione culturale. Se fino al 2014, nonostante le istanze comunitarie che stimolavano la diffusione di una cultura conciliativa, il legislatore, impegnato con la mediazione, non aveva volto lo sguardo all'arbitrato, il risveglio è avvenuto con la Legge n. 162/2014 95,

intollerabile e che grazie alla riforma, la quale segnerà un cambiamento epocale, l'arretrato verrà definito. E invece, terminata la prima lettura si capisce di non poter condividere l'entusiasmo.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Si tratta del fenomeno del "bargaining in the shadow of arbitration", ossia del negoziato all'ombra della legge, al quale le parti tendono a dare vita come conseguenza alla circostanza di essere entrate in contatto e di aver avuto occasione di dialogare e riflettere sulle controindicazioni di un procedimento, in questa ipotesi, arbitrale. Sul punto si veda sempre R. MARSELLI, A.D. SCANO, M. VANNINI, L'arbitrato alla prova dei dati...op.cit., p. 1011 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>95</sup> Usare un termine ostico ed ai limiti dello scioglilingua come "degiurisdizionalizzazione" 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. Questa l'interpretazione di D. CERRI, Vedi alla voce

nell'ambito della quale è stato disciplinato il meccanismo del cd. trasferimento in arbitrato. Esso, in sostanza, ha attribuito la facoltà alle parti di convenire per far transitare la causa dal giudizio ordinario a quello arbitrale<sup>96</sup>. Si tratta di una sorta di "esternalizzazione" della funzione decisoria, rimessa alla scelta dei litiganti. In questo modo saranno loro stessi a pagare il nuovo organo decidente evitando che per lo smaltimento dell'arretrato si ricorra a nuovi giudici il cui compenso dovrebbe gravare sul bilancio dello stato. Taluno ha ipotizzato l'emersione di una nuova prospettiva in cui guardare all'arbitrato. Oltre ad essere considerato come metodo alternativo, l'arbitrato dovrebbe essere inteso come strumento privatistico ma con funzione pubblicistica, ossia quella dello smaltimento del contenzioso<sup>97</sup>. Una piccola precisazione in merito è d'obbligo. Quando all'inizio del lavoro si esprimeva una preferenza delle riforme del processo rispetto alla diffusione di strumenti meno garantistici, ci si riferiva all'immissione di denaro nel sistema, non già alle riforme a discapito sempre degli utenti 98. Ed ecco che è stato introdotto un nuovo meccanismo ADR "penalizzante", accanto a quelli già esistenti. Il legislatore questa volta è andato addirittura in Quebec (peraltro in questo paese l'istituto è stato abolito) per elaborare un modello che da noi entra

degiurisdizionalizzazione (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti), in www.judicium.it.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> L'istanza delle parti deve essere congiunta, tant'è che taluno parla di un "compromesso a lite pendente", ossia di un contratto processuale con effetti di deroga alle regole in tema di potere giurisdizionale. Sul punto si veda L. VIOLA, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione*, in www.judicium.it

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> Sul punto si veda E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato lite pendente*, in Riv. trim. dir e proc. civ. 2015, p. 233 e ss, la quale ritiene che il ruolo pubblico dell'arbitrato non sia propriamente quello sopra descritto. Renderlo una scelta necessitata dalla lentezza del processo non è un bel messaggio. Questa legge pertanto non sembra aver realizzato il potenziamento o la rinnovata utilità dello strumento in esame; essa piuttosto ha subordinato l'iniziativa privata alle esigenze di diritto pubblico.

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup> Insomma si può dire che il legislatore del decreto ha pensato di risolvere il problema dell'enorme arretrato che incombe sulla giurisdizione, senza aumentare gli organici o – per usare la formula d'ordinanza – "senza spese a carico dello stato". Si è comportato cioè come quegli imprenditori che esternalizzano le loro lavorazioni per contenere i costi e per evitare nuove assunzioni. Per questo motivo ha evitato di arruolare – come ha fatto in altre occasioni – giudici onorari, meno costosi di quelli di professione, ma pur sempre da remunerare, e ha optato per un sistema che scarica il costo degli smaltitori dell'arretrato (arbitri e negoziatori) sulle parti. Sul punto si veda D. BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile:sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in <a href="https://www.judicium.it">www.judicium.it</a>

con svariati appellativi. Si parla, infatti, di *arbitrato deflattivo*, perché diretto alla riduzione dell'arretrato tramite la conversione dei processi pendenti in arbitrati; *arbitrato forense*, innanzitutto perché nasce nelle aule di tribunali, presso i quali le cause sono già incardinate, ma anche perché gli arbitri vanno scelti tra avvocati che hanno manifestato la loro disponibilità e sono dotati di determinati requisiti; e, infine di *arbitrato di prosecuzione*, poiché i giudizi arrivano in sede arbitrale senza perdere l'attività svolta.

Ebbene, il primo aspetto su cui dobbiamo interrogarci, in linea con la ricerca che si sta portando avanti, è quello riguardante le possibilità del nuovo strumento di riuscire nell'intento deflattivo dichiarato. E' verosimile che le parti siano disposte ad accordarsi in questo senso? In realtà è bene ricordare che nulla impediva, prima della "riforma" che le parti potessero mettersi d'accordo e questo poteva avvenire, rinunciando al giudizio e portando la questione dagli arbitri. Eppure sappiamo che raramente sono stati effettuati questi trasferimenti, se non altro perché, come è naturale che sia, accade sempre che una delle parti desideri sempre meno la conclusione, perché appunto trae la propria convenienza dalla pendenza del giudizio. Tutt'al più il legislatore avrebbe dovuto prevedere incentivi di un certo spessore (fiscali in primis) per poter vedere realizzate le finalità accordate all'istituto. Non vale a indurre l'accordo, nemmeno la previsione per cui il procedimento continui ferme restando le preclusioni e le decadenze e fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale originaria, poiché, l'attore che voglia accordarsi lo fa generalmente prima di iniziare la causa; il convenuto ha interesse a proseguire la lenta lite, per il beneficio che può trarne<sup>99</sup>. Le parti che hanno speso tempo, denaro ed energie, difficilmente sono disposte ad accordarsi per ricominciare da capo dinanzi ad un arbitro 100.

-

<sup>&</sup>lt;sup>99</sup> Sul punto si veda ancora S. CHIARLONI, op. cit., il quale ritiene che al massimo potremmo immaginare trasferita in arbitrato qualche complicata lite societaria o successoria che si vada trascinando da lungo tempo, dove il cambiamento di itinerario è determinato dalla disperazione per la durata irragionevole del processo. E questo con effetto pressochè nullo sullo smaltimento dell'arretrato.

Di norma accade che quando una lite è insorta la formazione di aspettative di vittoria o di soccombenza comporta che una parte abbia interesse ad accelerare e l'altra a ritardare l'esito. Pertanto l'ambito di applicazione del decreto sembrerebbe ristretto a quelle controversie dall'esito incerto. Sul punto si veda E. DALMOTTO, *L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense,* in Giur. It. 2015, p. 1264 e ss.

Irrazionali sono poi state definite da più parti le norme che riguardano i requisiti soggettivi per diventare arbitri. Occorre che si tratti di avvocati iscritti all'albo dell'ordine circondariale 101. La legge pare aver richiesto alla categoria professionale degli avvocati la disponibilità a collaborare per risolvere il problema dello smaltimento dell'arretrato. Già questa circostanza appare da un certo punto di vista bizzarra, soprattutto se si pensa alla convinzione diffusa per cui la classe forense sia da sempre restia alle soluzioni alternative e quindi sia la maggiore responsabile del mancato decollo delle stesse. Tuttavia c'è chi ritiene chi ha tentato di smentire questa concezione 102, per cui magari il rilievo preso così, da solo, non avrebbe molta consistenza. Perché sono stati esclusi soggetti non appartenenti alla categoria, i quali sarebbero però in grado di apportare conoscenze tecniche utili alla soluzione della lite? Oltre a questo aspetto di utilità, le disposizioni appaiono distoniche con quanto previsto nel D.Lgs. 28/2010, nell'ambito del quale, per la mediazione non sono stati richieste particolari conoscenze giuridiche ai mediatori, sebbene anche questi nelle ipotesi di mediazione aggiudicativa formulino delle proposte di risoluzione vere e proprie. Perché deve trattarsi solo di avvocati iscritti agli albi circondariali? Mi chiedo se non fosse stato più giusto prevedere proprio il contrario di questa disposizione. Ovvero il legislatore avrebbe dovuto escludere proprio quegli avvocati per ragioni evidenti di indipendenza. Sarebbe opportuno infatti prestare più attenzione ai legami tra professionisti per evitare sospetti di ogni tipo. Si ravvede in questa disciplina, così come nella disciplina generale dell'arbitrato lite pendente, un atteggiamento oltremodo invadente del legislatore che ha derogato ampiamente al principio di autonomia delle parti, che è caratteristica fondamentale dell'arbitrato.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Si ricordi a questo punto che l'assenza di una cultura diffusa dell'arbitrato, che caratterizza gli operatori, primi fra tutti gli avvocati, induce a pensare che di questo strumento provvisorio ed esecutivo non verrà fatto nessun uso. Sul punto si veda G. NAVARRINI, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo arbitrato deflattivo*, in www.judicium.it

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> Sul punto si veda G. CONTE, *Cultura della iurisdictio vs cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di A.D.R.*, in Mediazione e Progresso, a cura di P. LUCARELLI e G. CONTE, Milano 2012, p. 235 e ss., il quale chiarisce come come gli avvocati non creino i conflitti ma li affrontino sul piano professionale, contribuendo a comporli attraverso i percorsi istituzionali che il nostro ordinamento giuridico propone, svolgendo un ruolo importante perché quel complesso di segni che riassumiamo sotto la voce "diritto" possa realizzarsi nella sua dimensione "effettiva".

L'effetto della normativa ovviamente sarà quello di allontanare l'operatore dall'istituto.

### 4. Altre questioni in tema di arbitrato

### 4.1. L'arbitrato irrituale: il dibattito sull'assenza di procedimentalizzazione

Generalmente, a causa del retaggio culturale cui accennavamo nei paragrafi precedenti, ciò che è procedimentalizzato per legge fa meno paura. Fa paura e desta preoccupazioni ciò che sfugge alle regole prestabilite. Per questo motivo, l'arbitrato irrituale è la forma di arbitrato che ha suscitato nel tempo un dibattito acceso sulla natura giuridica e sulla necessità di attribuirgli delle regole. Con l'inserimento della disciplina dell'arbitrato irrituale all'interno del codice, ad opera del D.lgs 2 febbraio 2006, n. 40 il quale ha assegnato regole 103 ben precise all'istituto in questione, il tema è tornato di grande attualità 104. Le ragioni stesse dell'introduzione di una disciplina vanno ricercate nello sviluppo del dibattito incentrato sulle differenze tra le due forme di arbitrato. Sono riemerse le

Il nuovo articolo 808 ter cpc prevede che le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'art 824 bis, la controversie sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo. L'art 824 bis disciplina l'efficacia del lodo, prevedendo che salvo quanto disposto dall'art 825, il lodo ha, dalla data della sua sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Ecco allora è in questo la differenza essenziale tra arbitrato rituale e irrituale e cioè il primo si conclude con un lodo, il secondo con determinazione contrattuale. Sul punto si veda F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato,* in I contratti, 2006, p. 515 e ss.; emerge come carattere peculiare dell'istituto riformato una sproporzione fra il metodo adottato, ovvero quello del processo e il risultato ottenibile, ovvero la determinazione contrattuale. Sul punto si veda P. BIAVATI, *Il nuovo art 808 ter cpc sull'arbitrato irrituale,* in Riv. Trim. dir. e pro. Civ. 2007, p. 1159 e ss.

Non è la prima volta che un contratto innominato riceve una disciplina da parte del legislatore. Ciò che probabilmente desta un po' di stupore è la circostanza di una introduzione di questo tipo, a scopo di rifuggire gli eccessivi formalismi dell'arbitrato rituale. Sul punto si veda P. CAMPANILE, L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico: sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina, in Contratto e Impresa, 2006, p. 819 e ss.

questioni, peraltro non molto sopite, della natura giuridica dell'istituto, da sempre divisa tra negozialità e processualità, dell'arbitrato di equità e dell'autonomia della convenzione di arbitrato. Quest'ultima peraltro strettamente connessa alla prima.

In premessa, la giurisprudenza, all'indomani del decreto in questione, ha da subito chiarito come l'arbitrato irrituale debba essere considerato, in senso positivo, alla stregua di uno strumento di composizione negoziale delle liti, liberamente scelto dalle parti e non in senso negativo, come sottrazione delle stesse alla tutela giurisdizionale <sup>105</sup>. Si tratta di uno strumento di *completa negozialità*, in contrapposizione con la processualità dell'arbitrato rituale. In pratica, ciò che si vuole mettere in evidenza, è la presenza costante di una funzione ben precisa, ovvero quella conciliativa, per cui gli arbitri liberi avrebbero gli stessi poteri dispositivi dei mandanti. Questa funzione si evince dalla circostanza che per il tramite della convenzione le parti rinunziano alla tutela giurisdizionale e affidano al terzo il compito di dare un contenuto al contratto. Il relativo procedimento si conclude con un lodo, inteso come espressione di un potere funzionalmente giurisdizionale. Ciò che si demanda <sup>106</sup> non è una decisione, ma probabilmente la conclusione di una transazione che però viene riferita alla volontà delle parti per effetto del *negozio per relationem* <sup>107</sup>. Il sistema italiano tra quelli che

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Era questa una tendenza non solo giurisprudenziale. Anche autorevole dottrina ha sempre negato autonomia all'istituto, riconducendolo all'ambito degli istituti negoziali, il più delle volte ricollegandolo alla figura dell'arbitraggio, ma anche della transazione e dell'accertamento. Sul punto si veda P. SRAFFA, *Compromessi e lodi stabiliti...op.cit.*, p. 429 e ss.; A. SCIALOJA, *Gli arbitrati liberi*, in Riv. Dir. comm. 1992, p. 496 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> "Le attività demandate agli arbitri si svolgono in esecuzione di un rapporto di mandato e hanno identica natura nell'arbitrato rituale e irrituale, pur essendo diverso il risultato finale, dato che solo il provvedimento terminale dell'arbitrato irrituale ha natura di contratto, sicchè non sussiste alcun motivo per ritenere che tutta la normativa contenuta nel titolo ottavo del cpc sia inapplicabile a tale tipo di arbitrato, essendo al contrario necessario procedere all'esame dei singoli articoli, onde individuare il contenuto sostanziale e quindi l'eventuale applicabilità all'arbitrato irrituale". Così Trib. Di Venezia, decreto del Presidente 10 aprile 2008, con nota di V. SANGIOVANNI, in I contratti 2008, p. 874 e ss.

La composizione della lite viene conclusa dalle parti, le quali si impegnano ad accettare come espressione della loro volontà quanto gli arbitri irrituali, nella loro veste di mandatari, avranno determinato nella definizione della controversia. La soluzione negoziale può essere frutto di un giudizio ma non è essa stessa un giudizio. Così C. ARRIGONI, *Arbitrato irrituale... op. cit.,* p. 323 e ss.

attribuiscono notevole spazio all'autonomia privata. In particolare è stato sancito il principio per cui l'arbitrato, sia esso rituale o irrituale, costituisce espressione dell'autonomia negoziale e rinviene il suo fondamento nel potere delle parti di disporre dei diritti soggettivi, rinunciando alla giurisdizione e all'azione giudiziaria. Detto potere si esprime mediante atti negoziali espressione della volontà di vincolarsi reciprocamente.

La storia negoziale dell'arbitrato irrituale non è stata però sempre costante. Per un certo periodo (che è coinciso con le riforme del 1983 e del 1994)<sup>108</sup> si arrivò anche a sostenere che l'arbitrato libero dovesse essere ricompreso nell'istituto dell'arbitrato rituale quale istituto di etero-composizione della lite<sup>109</sup>. In pratica, la processualità, come abbiamo detto nel paragrafo precedente, non è una prerogativa della giurisdizione statale. L'arbitro libero dunque, si disse, giudica e decide la controversia. La conseguenza di un'impostazione di questo tipo fu quella di estendere la disciplina codicistica anche all'arbitrato irrituale. In realtà però, una tappa intermedia importante in tema di arbitrato può essere individuata nella svolta negoziale di quello rituale. In pratica la Corte ha ribadito l'esistenza di una distinzione tra le due forme di arbitrato, ma ha elaborato contemporaneamente un criterio distintivo diverso. In effetti, ricollegandosi alla pronuncia del 2000 (527), che aveva riconosciuto la natura privatistico negoziale anche dell'arbitrato rituale è evidente quindi che il criterio distintivo rispetto a quello irrituale muta e va riconosciuto nella circostanza che nell'arbitrato rituale, le parti intendono ottenere un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 cpc ("Deposito del lodo"); in quello irrituale le parti avrebbero di mira

-

<sup>&</sup>lt;sup>108</sup> Il processo di unificazione fra arbitrato rituale e arbitrato libero trovò anche conferma in una sentenza della Corte di Cassazione per la quale anche l'arbitrato irrituale doveva intendersi alla stregua di un processo che, come quello rituale, si instaura e si svolge sul piano dell'autonomia privata. A differenza però del rituale, esso non ha prospettive di potenziamento del risultato, non essendo prevista l'omologazione del lodo. Sul punto si veda Cass., sez., un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro it.*, 2001, c. 839.

<sup>&</sup>lt;sup>109</sup> A questa conclusione si arrivò assimilando struttura e funzione dei due istituti, comunque volti alla risoluzione di una controversia tramite un giudizio e all'esito di un procedimento. Si disse infatti "l'arbitrato o è processo o non è". Anche l'arbitrato irrituale è un mezzo di attuazione di giustizia alla stregua di quello del codice. In esso devono essere rispettati i principi di ordine pubblico e le garanzie del giusto processo. Sul punto si veda sempre C. ARRIGONI... *op. cit.*, p. 332.

solo la risoluzione delle controversie<sup>110</sup>. Dunque, l'art. 808 *ter* introdotto con il dlgs 40, ha avuto il merito di ricondurre l'arbitrato irrituale nella sfera negoziale, in cui era tradizionalmente collocato.

# 4.2. La convenzione di arbitrato e il problema dell'autonomia della stessa rispetto al testo contrattuale nel quale e' inserita

Le vicende sulla natura giuridica dell'arbitrato influenzano la definizione della natura giuridica della *convenzione di arbitrato*. Anche in questo caso sono necessarie una serie di premesse quanto meno di carattere terminologico, in considerazione del fatto che il dlgs 40/2006 ha inciso notevolmente sia sulle materie compromettibili sia sull'accordo compromissorio. In questa sede ci occuperemo innanzitutto del secondo tema. Il compromesso e la clausola compromissoria hanno ceduto il posto alla nuova dizione "convenzione d'arbitrato". Il problema è quello di stabilire se anche alla convenzione di arbitrato irrituale sia applicabile il principio dell'autonomia vigente in tema di arbitrato rituale<sup>111</sup>. Si tratta dell'autonomia rispetto al testo contrattuale nel quale è inclusa. Essa è considerata alla stregua di un negozio a se stante, con vita propria e vicende proprie e dunque, le vicende del contratto non incidono sulla clausola autonoma. Questo è in linea anche con quanto affermato all'art. 808 comma 3 cpc, laddove si stabilisce che la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce <sup>112</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Sul punto si veda S. BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la svolta negoziale della Cassazione,* in Riv. Trim. dir e proc civ. 2004, p. 759 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> L'elaborazione del principio dell'autonomia della clausola compromissoria si deve a Carnelutti, il quale parlò per primo di clausola connessa ma autonoma ed evidenziò che con il termine clausola il legislatore non intendeva affatto stabilire un nesso giuridico tra questa e il contratto, ma voleva semplicemente evidenziare il fatto che il contratto fosse un'occasione di stipula della stessa. Si veda sul punto F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza degli arbitri,* in Riv. Dir. comm. 1921, p. 327 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>112</sup> E tuttavia, il potere di stipulare un contratto (autonomia negoziale) comprende sempre il potere di inserirvi una clausola compromissoria. In pratica, la nullità della clausola

All'indomani della riforma ci si è chiesti se questo principio possa essere esteso anche alla convenzione di arbitrato nell'ambito dell'irrituale. E questo perché, nonostante parli di determinazione contrattuale il legislatore non ha specificato (e probabilmente non toccava manco a lui) la natura giuridica dello stesso. Ed in effetti, nonostante la terminologia usata, taluno ritiene che questo tipo di arbitrato dia vita ad un fenomeno di tipo processuale<sup>113</sup>. Ora, se si accede alla tesi per cui l'arbitrato irrituale abbia natura negoziale e dunque la convenzione rappresenti un negozio di secondo grado, è chiaro che deve negarsi l'estensione del principio di autonomia alla convenzione stessa<sup>114</sup>. E questo poiché trattandosi di un'ipotesi di collegamento, le vicende del contratto principale travolgono la convenzione che vi accede<sup>115</sup>. Altra parte della dottrina, ritiene che la natura della convenzione di arbitrato non vari in base al tipo di arbitrato e suggerisce di considerarla alla stregua di un contratto che presenta sempre una individualità e quindi una propria causa. Con essa le parti non convengono di transare ma di devolvere ad arbitri le loro future controversie nascenti dal contratto. E' questa la causa della convenzione di arbitrato che si differenzia ad esempio da quella dei contratti di scambio cui legittimamente potrebbe accedere 116. Se dunque l'arbitrato irrituale e quello rituale presentano una sostanziale identità funzionale, è chiaro che si può procedere con l'estensione dell'autonomia anche all'arbitrato irrituale.

compromissoria è un'ipotesi di nullità parziale del contratto. Sul punto si veda G. ALPA, L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica...op.cit, p. 320 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> Sul punto si veda G. VERDE, *Arbitrato irrituale,* in Riv. Dell'arbitrato 2005, p. 671, il quale già precedentemente propendeva per una ricostruzione in chiave processualistica dell'arbitrato irrituale, confermata poi dalle espressioni utilizzate, tipo "procedimento arbitrale", di "eccezione", di "lesione del contraddittorio" ed infine è previsto che il lodo possa essere annullato secondo le disposizioni del libro I del cpc.

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Questo anche in base ad un consolidato orientamento giurisprudenziale che si sviluppa a partire dagli anni 50. Si veda sul punto Cass. 9 maggio 1955, n. 1324, in Foro it. 1955, p. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>115</sup>La convenzione di arbitrato è quel contratto che determina la nascita, in capo alle parti contraenti, di una situazione complessa, di carattere strumentale, finalizzata alla tutela dei diritti. Mediante la convenzione di arbitrato non si risolve nessun conflitto, bensì si predispone il modo per risolverlo. Sul punto di veda C. VOCINO, Schema di una teoria della clausola compromissoria, in Foro it. 1932, p. 1061 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Alla luce di queste considerazioni, appare anche erroneo ritenere che oggetto della clausola compromissoria sia il diritto sostanziale. Questo rappresenta solo il presupposto della convenzione. Sul punto si veda E. GABELLINI, L'autonomia della clausola compromissoria per l'arbitrato irrituale, in Riv. Trim. dir e proc civ. 2009, p. 1525 e ss.

### 4.3. Materie arbitrabili e il tramonto definitivo del parametro della transigibilita'

Come abbiamo avuto modo di riferire in precedenza, la riforma dell'arbitrato, introdotta con il Dlgs 40/2006 ha inciso notevolmente sull'accordo compromissorio, ma anche sulla tematica delle materie compromettibili<sup>117</sup>, della quale ci occuperemo in questo paragrafo. Il nuovo art. 806 c.p.c., intitolato proprio "Controversie arbitrabili", ricomprende appunto tutte le controversie che possono costituire oggetto dell'accordo compromissorio. In omaggio ad una esigenza di organicità, esse sono state annoverate nella stessa disposizione. In particolare, il legislatore, oltre ad aver eliminato il riferimento alle materie relative allo stato delle persone ed alla separazione personale e oltre ad aver impostato diversamente il tema delle controversie di lavoro, ha eliminato il riferimento alla transigibilità ed ha introdotto il riferimento alla disponibilità del diritto, che è divenuto unico presupposto per la giustizia laica. Ora, infatti, l'articolo consente, salvo espresso divieto di legge, che i giudici non togati possano conoscere di tutte le controversie civili che non abbiano per oggetto diritti disponibili. Prima di chiarire la diversità della portata dell'articolo 806 cpc rispetto al passato, è necessario far riferimento ad un precedente storico di questo aspetto innovativo. Mi riferisco a quanto accadde per l'arbitrato societario nel 2003. L'art. 34, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sulla riforma del processo societario, fu il primo a sostituire la disponibilità alla transigibilità. Di li a poco si sarebbe sviluppato un ampio dibattito tra coloro i quali ritenevano che il novero delle controversie compromettibili fosse stato ampliato<sup>118</sup> e coloro i quali ritenevano invece che il

Taluno ha ritenuto che detta disciplina appare destinata a mutare radicalmente lo stesso approccio con l'istituto in esame, la cui natura di metodo alternativo alla risoluzione delle controversie si perfezionerebbe al punto da superare le remore che ne limitavano l'espansione verso una completa tutela dei diritti disponibili. Così G. F. RICCI, Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato, in Riv. dell'arbitrato, 2006, p. 265 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Si veda sul punto G. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario,* in Riv. trim. dir e proc civ., 2003, p. 521 e ss, il quale, con riferimento alle delibere assembleari riconobbe come la compromettibilità

legislatore avesse utilizzato solo un termine diverso, ma l'intenzione non fosse quella di discostarsi dal concetto descritto dall'art. 806 cpc<sup>119</sup>. Ritornando alla nostra trattazione, chiaramente il concetto di disponibilità non coincide con quello di transigibilità. Vi sono, infatti, dei diritti disponibili che però non possono formare oggetto di transazione. La circostanza che l'art. 1972 cc sancisca la nullità della transazione avente ad oggetto un contratto illecito, non è sufficiente per dedurre una solo parziale disponibilità della materia contrattuale<sup>120</sup>. Ciò che si tende ad evitare è che la volontà privata impedisca il prodursi di una sanzione derivante dalla violazione di norme inderogabili di ordine pubblico<sup>121</sup>.

Al di là di queste considerazioni di ordine generale, la portata delle novità introdotte prima nel 2003 e poi nel 2006 si comprendono particolarmente quando ci si imbatte nella tematica dell'approvazione delle delibere di approvazione del bilancio. La giurisprudenza ha costantemente ritenuto la loro esclusione dalla giustizia laica sul presupposto che esse andavano ad incidere su interessi superiori della società o dei terzi<sup>122</sup>. In particolare, le posizioni giurisprudenziali che si

fosse stata estesa a qualsiasi tipo di patologia; E. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in Riv. dell'Arb., 2002, p. 444 e ss, il quale ha riconosciuto nel nuovo arbitrato societario una compromettibilità tale da superare anche il limite della disponibilità.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Taluno limita infatti l'arbitrabilità ai casi di annullabilità della delibera e a quelli di nullità non derivante però dall'illiceità dell'oggetto, facendo così coincidere l'ambito delle controversie arbitrabili con i limiti di cui all'art. 1972 cc. Sul punto si veda S. CHIARLONI, *Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo,* in Riv. trim. dir e proc civ., 2004, p. 123 e ss.

Tutta la materia contrattuale, e così anche il diritto di far valere la nullità del contratto da qualsiasi causa dipenda, è essenzialmente disponibile. L'area della disponibilità si ricaverebbe pertanto *a contrario* rispetto all'area della indisponibilità. Sono indisponibili infatti i diritti personalissimi, la materia matrimoniale e lo status delle persone. Cosi G. F. RICCI, *Dalla transigibilità.. op. cit.*, p. 267.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Si veda sul punto F. P. LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in Riv. dir. proc. 2003, p. 705 e ss, il quale ritiene che le preoccupazioni giurisprudenziali e dottrinali in materia di controversie societarie arbitrabili possano essere affrontate e risolte su un piano diverso della secca alternativa tra disponibilità e indisponibilità. L'istituto che gioca il ruolo fondamentale è quello del contrasto con l'ordine pubblico. Applicando quest'ultimo non è la decisione della controversia ad essere sottratta agli arbitri bensì l'effetto prodotto dal lodo ad essere sindacabile in termini di incompatibilità con l'ordinamento.

<sup>&</sup>lt;sup>122</sup> Sul punto si veda Cass. 30 marzo 1998, n. 3322, in Rep. Giust. Civ., 1998, voce *Compromesso e arbitrato*, la quale ha escluso la devoluzione ad arbitri della controversia con la quale un socio chieda l'annullamento della delibera di approvazione del bilancio inficiato da una irregolare destinazione a riserva (oltre il limite minimo) con conseguente mancata distribuzione degli utili.

svilupparono a seguito della riforma del 2003 furono due. Da un lato vi era che riteneva che non fossero compromettibili per nessuna ragione tutte le controversie aventi ad oggetto l'approvazione del bilancio, poiché i criteri di chiarezza, precisione e veridicità del bilancio rappresentano principi di ordine pubblico, riproponendo pertanto il discorso che si faceva sull'art. 1972 cc<sup>123</sup>. Dall'altro lato vi era chi riteneva che fosse esclusa la compromettibilità solo nelle ipotesi di controversie nell'ambito delle quali si discutesse di veridicità del bilancio, unico requisito ritenuto come posto nell'interesse superiore della società e dei terzi. All'indomani della riforma del 2006 però, il collegamento dell'arbitrabilità alla disponibilità, sembrò fugare tutti i dubbi facendo ritenere arbitrabili senza alcun limite tutte le controversie inerenti le delibere societarie. Attualmente invece, la giurisprudenza sembra essere di avviso contrario. E' recente la pronuncia della Cassazione che ha ribadito la non rimettibilità ad arbitri delle "controversie che hanno ad oggetto l'accertamento della violazione delle norme inderogabili dirette a garantire la chiarezza e la precisione del bilancio, la cui inosservanza determina una reazione dell'ordinamento svincolata da qualsiasi iniziativa di parte e rende la delibera di approvazione illecita e quindi nulla". La Corte si è soffermata sulla nozione di indisponibilità e ha affermato che essa deve ritenersi comprensiva di tutte le situazioni sostanziali sottratte alla regolamentazione dell'autonomia privata, ovvero disciplinate da un regime legale che escluda qualsiasi potere di disposizione delle parti, nel senso che non possono derogarvi, rinunciarvi o modificarlo<sup>124</sup>.

Questo perché le norme concernenti tale materia sono poste a tutela dell'interesse collettivo dei soci e dei terzi.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Sul punto si veda Cass., 22 gennaio 2003, n. 928, la quale ha ritenuto che la violazione dei principi di chiarezza e precisione del bilancio ingeneri incertezze ed erronee convinzioni circa la situazione economico-patrimoniale della società, idonee a tradursi in un pregiudizio non solo dei soci ma di tutti i terzi e dei creditori in particolare, che su di esso fanno affidamento.

<sup>&</sup>quot;E' d'altro canto evidente che, entro i limiti temporali previsti dal legislatore, il diritto di azione è sempre disponibile e che il titolare di un qualsivoglia diritto sostanziale può sempre rinunciare ad ottenerne un accertamento giudiziale; ma ove si tratti di un diritto sostanziale indisponibile, egli non può certo rinunciare a ciò che ne forma oggetto, autorizzando la controparte ad ignorare o ad aggirare il contenuto della norma che lo contempla". Dunque il test che va effettuato per valutare la componibilità in arbitrato di una controversia riguarda la disponibilità del diritto controverso e non la disponibilità del diritto potestativo all'azione che l'attore possa far valere. Così Cass., 10 giugno 2014, n. 13031.

### 4.4. L'arbitrato di equita'

La trattazione di questa particolare forma di arbitrato è fondamentale perché risulta strettamente collegata ad una tematica di grande interesse per il presente lavoro e che verrà affrontata nel successivo capitolo. Mi riferisco al problema inerente la possibilità per il mediatore di applicare alla sua decisione le norme che non siano giuridiche.

L'art. 822 c.p.c., intitolato appunto "Norme per la deliberazione", pone come regola quella della decisione secondo diritto, salvo il caso in cui le parti autorizzino l'arbitro, rituale o irrituale, a decidere secondo equità. L'idea che si è diffusa è quella per la quale l'arbitrato di equità rappresenta un miglioramento rispetto al giudizio di diritto, poiché porrebbe rimedio alle ipotesi in cui l'applicazione rigida delle norme del codice comporterebbe conseguenze inique 125. Una concezione di questo tipo, nel nostro ordinamento, è apparsa per certi versi inattuale. Taluno ha ritenuto che uno sguardo più attento all'art 12 delle *preleggi*, in tema di interpretazione delle norme giuridiche, rivela infatti come l'interprete sia già autorizzato a utilizzare tutti i canoni ermeneutici già conosciuti 126. Egli può facilmente ovviare a fattispecie astratte particolarmente rigide per il tramite delle clausole generali, le quali indicano un criterio di giustizia delegando però all'interprete una funzione sostanzialmente integrativa del sistema, caratterizzata da profili creativi 127. La differenza quindi tra i due tipi di giudizi risiederebbe nel fatto che il giudice di diritto deve argomentare

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Si tenga presente che quando le parti autorizzano un arbitro a pronunciarsi secondo equità, esse non intendono concludere una transazione ma intendono comunque decidere sulla stessa. Non abbandonano cioè l'idea di stabilire i torti e le ragioni. Si veda sul punto F. BENATTI, *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale,* in Riv. Trim. dir e proc civ. 1999, p. 837 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> Si pensi alla norma di chiusura contenuta sempre nell'art. 12 che rinvia ai principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Si parla comunemente di *analogia iuris* ed anche in questo caso il giudice non può ritenersi svincolato dall'obbligo di ricavare i principi da un'analisi della legislazione vigente. Sul punto si ponga attenzione al pensiero di Mengoni, richiamato da F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, IV edizione, op.cit.*, p. 51.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> L'interpretazione creativa non può mai significare personalizzazione dell'operazione ermeneutica nel senso che l'interprete sarebbe autorizzato a fissare la regola secondo parametri che a lui appaiono più giusti. Sul punto si veda sempre F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato, op. cit.,* p. 49.

riconoscendo importanza fondamentale alle regole positive; viceversa l'arbitro di equità può adottare ragionamenti diversi e pervenire a risultati differenti, salvo le ipotesi in cui si tratti di norme di applicazione necessaria <sup>128</sup>. Nel corso degli anni sono state elaborate diverse tesi sulla natura del giudizio di equità. Esse sono sostanzialmente riconducibili alla tesi soggettiva, per cui l'arbitro di equità applica al caso concreto il proprio senso di giustizia, decidendo secondo coscienza<sup>129</sup>; alla tesi oggettiva, per cui l'arbitro applica regole diffuse nella comunità, dunque preesistenti 130; alla tesi riduzionista, per la quale l'arbitro è sempre vincolato al diritto positivo, che va semplicemente plasmato sul caso concreto. Chiaramente la prima tesi è stata abbandonata sia per il rischio di una pronuncia arbitraria e improvvisata, sia perché si ritiene che l'equità sia immanentemente integrata col diritto, il che smentisce la circostanza per cui l'arbitrato di equità sia alternativo all'arbitrato di diritto. Anche la tesi riduzionista non può essere accolta poiché nega di fatto una differenza tra arbitrato di diritto e arbitrato di equità, che al contrario esiste. La tesi senza dubbio più diffusa è senza dubbio quella oggettiva: anch'essa sembra nata per controllare l'operato degli arbitri, ma individua regole preesistenti di equità. Le norme di equità sono comunque delle norme giuridiche che si distinguono dalle norme positive solo ed esclusivamente per la fonte di provenienza. Deve essere dunque probabilmente accolta la tesi per cui esse rappresentano una eccedenza della giustizia sul diritto<sup>131</sup>. Peraltro, se l'arbitro di equità deve applicare le regole preesistenti, allora

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> L'arbitrato di equità permetterebbe quindi di elaborare nuove soluzioni, non ottenibili nemmeno con tecniche di interpretazione avanzate. Si veda sul punto F. FESTI, *L'arbitrato di equità*, in Contratto e impresa 200, p. 141 e ss.

L'equità non si contrappone al diritto; tra i due concetti esiste un rapporto di continuità. La legge talora è formulata in modo astratto e per un numero indefinito di casi e talvolta la sua applicazione può apparire iniqua. Da ciò discende la funzione correttiva dell'equità. Sul punto si veda F. BENATTI, *Arbitrato di equità... op. cit.*, p. 837 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> L'equità consisterebbe pertanto in una serie di norme oggettive preesistenti alla lite, che si differenziano da quelle positive solo per la fonte: esse provengono infatti dal sentire comune nello stato di evoluzione della società civile, sono cioè emanazioni della cultura economica e sociale di un determinato periodo storico. Si veda in proposito F. GALGANO, *Diritto ed equità nei qiudizi arbitrali*, in Contratto e impresa, 1991, p. 475 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> La tesi oggettiva è stata nel tempo approfondita . Sono stati individuati i principali criteri formanti l'equità, nel principio della buona fede, negli usi onesti nel commercio, nel principio di ragionevolezza, nel principio di efficienza. Questi gli approfondimenti operati da un'autorevole

la sua decisione si presterà a divenire precedente. Merita una riflessione, in questa sede, anche il tema dell'impugnabilità del lodo di equità. In particolare, l'art 829 c.p.c., rubricato proprio "Casi di nullità", esclude l'impugnabilità del lodo di equità, pertanto l'unico controllo esperibile residua quello sulla motivazione. Controllo che sarebbe escluso nell'ipotesi in cui si aderisse alla tesi soggettiva. Tuttavia, sempre dal dato normativo, comprendiamo l'esistenza di una limitazione a detta inimpugnabilità. Essa non può estendersi alla violazione delle regole fondamentali del nostro ordinamento. La tesi dominante ritiene che sia preferibile che gli arbitri non possano disapplicare le norme imperative esistenti nel nostro ordinamento.

#### **SEZIONE III**

#### 5. L'arbitro Bancario Finanziario

La riforma generale della *tutela del risparmio*, inaugurata con Legge n. 262 del 28 dicembre 2005<sup>132</sup>, ha introdotto all'interno del nostro ordinamento una serie di norme dedicate agli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, allo scopo di facilitare la tutela dei diritti dei clienti nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari. Si tratta di una materia, quella dei contratti bancari e finanziari, caratterizzata da elementi di forte complessità, principalmente poiché i soggetti coinvolti dalla contrattazione, gli utenti di questo genere di servizi, non

dottrina, facente capo a Guido Alpa, richiamati da F. BENATTI, *Arbitrato di equità... op. cit.*, p. 837 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> In realtà l'art 29 del D.Lgs. 28 dicembre 2005, n. 262, rubricato proprio "Risoluzione delle controversie in materia di trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari", più che fornire una compiuta ed esaustiva regolamentazione della materia, ha introdotto nel T.U.B. l'art. 128 bis il quale ha rinviato al Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio, d'intesa con Banca d'Italia, l'emanazione di una delibera per determinare i criteri di svolgimento delle procedure di risoluzione delle controversie. La delibera del C.I.C.R. è intervenuta il 29 luglio del 2008 (n. 275) e il comunicato della Banca d'Italia, in attuazione di questa delibera è arrivato il 18 giugno del 2009. Insieme hanno disegnato un nuovo organismo nel panorama italiano denominato ABF.

possiedono, nella maggior parte dei casi, le conoscenze adeguate della materia in esame. Questa situazione di difficoltà, legata, appunto, alle asimmetrie informative, determina l'impossibilità per questi soggetti di riuscire a condurre una reale valutazione dei rischi legati al rapporto e aumenta, allo stesso tempo, il rischio di lesioni dei diritti degli utenti conseguenti ai comportamenti scorretti.

Dopo un lungo iter legislativo è stato costituito presso la Banca d'Italia un nuovo organismo per la risoluzione stragiudiziale delle controversie, ossia l'Arbitro Bancario Finanziario. Si tratta, in sostanza, di un organo collegiale, costituito ex ante, cui gli utenti, le controparti contrattuali delle banche o degli intermediari, possono rivolgersi, anche senza l'assistenza di un legale e al solo scopo di avere contezza di quello che potrebbe essere il contenuto di una futura decisione giudiziale. Detto questo, ciò che interessa analizzare in prima battuta del procedimento dinanzi all'Arbitro Bancario Finanziario sono gli scopi della previsione di una possibilità di questo tipo. Oltre a quello più strettamente deflattivo, si ritiene che si tratti di uno strumento atto a realizzare una vera e propria risoluzione anticipata, promuovendo, al contempo, la correttezza dei rapporti in questo settore. Sebbene l'esigenza principalmente avvertita sia sempre la stessa, ossia quella di risolvere i conflitti<sup>133</sup> per evitare la sede giudiziale, la stessa Banca d'Italia, però, ha premesso, nel suo Comunicato, che detto organismo assume una finalità di "vigilanza del credito", il che dovrebbe incidere in maniera positiva sull'efficienza del sistema finanziario 134. Ovviamente le

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Sul punto si tenga conto della distinzione elaborata da M. TARUFFO, *Adeguamenti e tecniche di composizione dei conflitti d'interesse*, *op.cit.*, p. 779 e ss, il quale distingue strumenti che hanno per obiettivo la mera soluzione del conflitto e strumenti che mirano alla tutela di un diritto. Per i primi conta il risultato, potendo anche restare indifferenti i metodi; per i secondi non sono mai indifferenti nè i metodi, né i risultati.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> La presenza di meccanismi di questo tipo dovrebbe da un lato incentivare gli intermediari a rispettare obblighi di trasparenza e correttezza nei confronti dei clienti, migliorando la fiducia di questi ultimi, a beneficio della stabilità del sistema finanziario globale. Sul punto si veda N. SOLDATI, *L'arbitro bancario finanziario della Banca d'Italia*, in I contratti, 2009, p. 853 e ss.; ancora, taluno in dottrina ha ritenuto che il procedimento di fronte all'ABF integri un'attività di tipo amministrativo, che consiste appunto nella vigilanza da parte della Banca d'Italia. Pertanto la decisione dell'arbitro costituirebbe un parere pro-veritate. Sul punto si veda F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie*, in Società, 2011, p. 85.

qualificazioni dello strumento in esame si riverberano sulla questione della sua natura che analizzeremo nelle pagine seguenti.

Il regolamento e le ipotesi in cui ricorrere all'ABF si trovano sul sito Internet e sono caratterizzati da un certo livello di chiarezza. Ciò che invece è necessario chiarire, in seconda battuta, è il rapporto con gli altri strumenti stragiudiziali e con il processo dello Stato. Il cliente che vuole agire contro la banca non ha l'obbligo di adire l'ABF che può competere con gli altri sistemi alternativi e col processo. In particolare, l'accesso ad altri strumenti stragiudiziali è sempre possibile a prescindere dal ricorso all'ABF, con ciò chiarendo come non spetti alle disposizioni di Banca d'Italia incidere sulla disciplina di altri strumenti ADR. E questo è tanto più evidente se si volge lo sguardo all'art. 5 comma 1 del decreto sulla mediazione civile e commerciale, a proposito di mediazione obbligatoria. Proprio per ciò che attiene i contratti bancari e finanziari, l'articolo in questione prevede che il potenziale attore possa indifferentemente o esperire il tentativo obbligatorio di mediazione, oppure attivare il procedimento previsto dall'articolo 128 bis del T.U.B<sup>135</sup>.

Nel quadro degli strumenti ADR in generale, l'ABF viene a ritagliarsi uno spazio diverso, poiché rappresenta una procedura aggiudicativa <sup>136</sup>. Sebbene sia stato considerato tra quelli di cui al decreto della mediazione, esso presenta comunque delle caratteristiche che non consentono di ascriverlo alla conciliazione. La sua natura non è quindi conciliativa, ma a parere di taluni saremmo di fronte ad uno

Taluno ritiene che questa peculiarità prevista per i contratti bancari e finanziari dipenda dal fatto che la normativa speciale sulla mediazione bancaria ha origini più antiche della mediazione civile e commerciale per cui il legislatore non ha voluto smantellare un impianto ritenuto assolutamente funzionante. Sul punto si veda V. SANGIOVANNI, *Regole procedurali e i poteri decisori dell'ABF*, in www.judicium.it

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> il procedimento ex art 128 *bis* del T.U.B. è un procedimento aggiudicativo, a contenuto decisorio. Non sembra partecipare delle caratteristiche della mediazione poiché appare privo dell'attitudine a risolvere i conflitti eliminando gli antagonismi. La decisione dell'arbitro non ristabilisce la relazione. Di questo aspetto personalmente non sono persuasa poiché, se l'intermediario adempie volontariamente alla decisione dell'ABF, si evita il giudizio pertanto la questione si risolve. Sempre lo stesso procedimento non sembra nemmeno partecipare delle caratteristiche dell'arbitrato perché, in primo luogo, non vi è accordo di devolvere la controversie all'ABF, ossia non vi è nulla di assimilabile ad una clausola compromissoria o ad un compromesso; in secondo luogo, solo il cliente può attivare la procedura, non anche la banca; in terzo luogo perché la decisione è vincolante ma non è suscettibile di esecuzione coattiva. Sul punto si veda E. BRUSCHETTA, *Le controversie bancarie e finanziarie*, in I contratti, 2010, p. 422 e ss.

strumento di natura arbitrale. Taluno ancora ha ipotizzato di costruirlo secondo la logica dei procedimenti giurisdizionali preordinati alla tutela dei diritti, il cui compito è si quello di comporre il conflitto, ma anche quello di assumere una decisione, benchè inidonea a sostituirsi a quella dell'autorità giudiziaria, sulla base di un accertamento di ragioni e torti<sup>137</sup>. La peculiarità dell'ABF sta nel fatto che esso non è sempre destinato a porre fine al conflitto, ma si conclude con la formulazione di un giudizio. Detto giudizio è un "giudizio secondo diritto" poiché la normativa stessa esclude il ricorso all'equità, probabilmente in sintonia con la natura aggiudicativa dello stesso. La scelta di un giudizio di diritto vero e proprio, probabilmente nelle intenzioni del legislatore è stata escogitata per sollecitare un maggior grado di osservanza spontanea alle decisioni, così dotate di maggiore stabilità. Tant'è che si ritiene che una delle funzioni attribuite all'ABF sia quella interpretativa della normativa bancaria<sup>138</sup>.

Tutto ciò premesso, occorre soffermarsi ora sulla natura di questa decisione. In quale misura essa vincola le parti? Le parti mantengono in ogni caso il diritto di ricorrere al giudice, o ad ogni altro mezzo di risoluzione del conflitto, per la tutela dei propri diritti. Ma questo, astrattamente dovrebbe costituire per loro uno strumento economico e di agevole accesso. E' opinione diffusa quella per la quale la decisione dell'ABF avrebbe il valore di un semplice parere sui torti e le ragioni dei litiganti; una sorta di giudizio prognostico del possibile esito giudiziario della lite, il quale, per la competenza tecnica e la terzietà dell'organo, dovrebbe spingere le parti a conformarvi risolvendo anche il conflitto<sup>139</sup>. Se così è, allora il

<sup>&</sup>lt;sup>137</sup> Questo in linea di massima è desumibile dalla stessa norma primaria di derivazione la dove si parla di uno strumento in grado di assicurare l'effettività della tutela e dalla circostanza che il procedimento sia gestito da un soggetto imparziale e indipendente rispetto alle parti.

La regola del giudizio secondo diritto esclude il ricorso all'equità nella decisione sulle pretese avanzate dal cliente e consente di prevedere la futura decisione di un giudice eventualmente investito della medesima controversia. Sul punto si veda E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in www.judicium.it

<sup>&</sup>lt;sup>139</sup> Sul punto si veda F. AULETTA, *Arbitro bancario finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, op. cit.,* p. 83 e ss, il quale rileva come l'atto conclusivo del procedimento dinanzi all'ABF sia privo dei caratteri tipici della decisione, in quanto il Collegio non è investito del potere di dirimere la controversia. Dalla decisione non deriva alcun nuovo diritto alle parti, né alcun obbligo di adempimento (se l'intermediario non rispetta la decisione dell'arbitro, il cliente non può far valere l'inadempimento). Dunque la decisione non produrrebbe alcun effetto tra le parti, a partire da quelli previsti dall'art. 1372 cc. Il che esclude che si tratti di una determinazione

procedimento dinanzi all'ABF assume la veste di un procedimento arbitrale vero e proprio<sup>140</sup>.

L'ABF non è la prima esperienza di Adr in materia bancaria. La prima vera esperienza è di matrice volontaristica e risale al 1993, quando venne concluso tra l'Abi e le associazioni di consumatori l'Accordo Interbancario sull'Ombudsman Giurì Bancario. Questo istituto disegna un articolato percorso di tutela per i clienti delle banche, in base al quale, sono tenuti a presentare i propri reclami su contratti e operazioni bancarie e finanziarie preliminarmente all'ufficio reclami presente all'interno di ogni banca aderente all'accordo. Soltanto dopo la mancata definizione della controversia "in prima istanza", i clienti sono legittimati a rivolgersi all'Ombudsman giurì - organo collegiale, pertanto, "di seconda istanza" - le cui decisioni sono vincolanti solamente per la banca (o l'intermediario) aderente, mentre lasciano impregiudicato il diritto per il cliente di adire le vie giurisdizionali ordinarie. Quest'ultima caratteristica - insieme all'originaria composizione dell'organo che non ne garantiva la terzietà e l'imparzialità (sebbene nel suo seno compaiano adesso anche componenti designati dalla clientela e dalle associazioni dei consumatori) - rivela che l'Ombudsman, piuttosto che perseguire intenti deflattivi del contenzioso ordinario, si pone quale organo garante della regolarità dell'attività bancaria e mira a ricercare una forma di vera e propria pacificazione sociale, sottraendo al cliente della banca gli ulteriori costi di un procedimento giudiziario, come reso evidente dalla gratuità e

contrattuale frutto di un accordo. Sul punto si veda anche C. CONSOLO e M. STELLA, L'arbitro bancario finanziario e la sua giurisprudenza precognitrice, in Le società 2013, p. 185 e ss, per il quale l'ABF è chiamato a svolgere una valutazione di tipo prognostico sul verosimile esito finale della lite, qualora il giudice ordinario ne fosse investito.

<sup>&</sup>lt;sup>140</sup> Sul punto si veda G. GUIZZI, *L'arbitro bancario finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi* note intorno al valore delle decisioni dell'Abf, in Le società, 2011, p. 1216 e ss, il quale identifica la decisione dell'ABF come l'esito di una figura tipizzata di arbitrato "a modalità irrituale". In seguito alla riforma del 2006 delle disposizioni generali in tema di arbitrato può dirsi ormai superata l'idea che l'essenza dell'arbitrato irrituale sia contrattuale, venendosi enfatizzando l'idea che si tratti di un giudizio, il cui esito sia costituito da una decisione (il cui carattere vincolante nell'ipotesi di ABF sia costituito dalla volontà, reciprocamente esternata, di affidarsi alla cognizione arbitrale). Una voce contraria è quella di C. CONSOLO e M. STELLA, op. cit., il quale ritiene che l'ABF difetti dei requisiti tipici dell'esercizio della iurisdictio e che quindi, se gli interpreti e la prassi dovessero assecondare la tentazione di giurisdizionalizzare troppo il procedimento, tutta la funzionalità e l'appeal dell'arbitrato bancario rischierebbero di andare presto perduti.

informalità della procedura. Questa esperienza autoregolamentare, tuttavia, non è stata ritenuta pienamente ottemperante ai sopravvenuti principi comunitari, soprattutto con riferimento all'effettiva garanzia d'imparzialità e terzietà dell'organo.

### Capitolo III

### La Mediazione Civile e Commerciale

#### Premessa

Indurre le parti alla ricerca di una soluzione stragiudiziale dei conflitti che possono riguardare i loro rapporti giuridici è una sfida che da tempo è stata oggetto di interventi normativi volti a favorirne la realizzazione<sup>141</sup>, sia a livello comunitario che internazionale, prima ancora che a livello interno.

Ogni qualvolta parliamo di mediazione ci stiamo per ciò stesso riferendo a un momento di risoluzione di un *conflitto*, inteso comunque, prima di qualunque altra accezione, alla stregua di un'interazione che viene a crearsi tra due posizioni contrapposte, magari solo in apparenza opposte e inconciliabili. Le teorie sociologiche e antropologiche del conflitto rappresentano la base, per così dire, "filosofica" dell'istituto in esame. Il punto di partenza dell'indagine che verrà condotta all'interno del presente capitolo, va per questo individuato nel conflitto stesso, per comprendere, innanzitutto, di cosa si tratti ed in cosa possa differenziarsi dalla controversia; in secondo luogo, per comprendere come il meccanismo della mediazione possa intervenire sullo stesso.

La trattazione dell'istituto della mediazione richiede poi che sia delineato precisamente quello che è il tema oggetto dell'analisi. In particolare, la prima operazione che interessa compiere in questo capitolo è quella della delimitazione terminologica dei confini del concetto stesso di mediazione. Quest'ultima, quale risulta dal D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 (Attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali) specialmente nella sua versione originaria 142, sembra discostarsi, almeno in parte, dal concetto di mediazione propriamente intesa quale deriva dal modello comunitario e, prima ancora, dal modello

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Nella maggior parte dei casi sono stati istituiti dei percorsi facoltativi, demandati alla libera scelta delle parti, senza assurgere a condizioni di procedibilità dell'azione giudiziaria. Altre volte, vedremo, sono stati istituiti dei percorsi obbligatori. Pertanto il giudizio ordinario è stato possibile instaurarlo solo dopo l'esperimento del tentativo di conciliazione. Sul punto si veda G. AMENTA, *Conciliazione e altre forme di negoziazione volontaria e paritaria*, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011, p. 32 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Sul punto si veda C.BESSO, *"L'attuazione della Direttiva Europea n. 52/2008: uno sguardo comparativo"*, in Riv. trim. dir e proc. civ. 2012, p. 246 e ss.; e C. BESSO, *"La mediazione: definizioni e tipologie,* in La mediazione civile e commerciale", a cura di C. BESSO, 2010, p. 33 e ss

anglosassone. E questo specialmente per ciò che attiene quella particolare forma di mediazione elaborata all'interno del decreto, che è la mediazione cd. *aggiudicativa* o *valutativa*, della quale ci occuperemo specificamente all'interno del presente capitolo. Essa è prevista nell'inciso finale dell'art. 1 (del decreto di cui sopra) e si risolve nella formulazione di una proposta per la risoluzione del conflitto<sup>143</sup>.

Occorre, in proposito, fare una premessa: la proposta elaborata dal mediatore (e questo lo confermano i dati), tende a essere scoraggiata per la maggior parte dei casi dagli stessi organismi di mediazione. Ad esempio, la Camera Arbitrale di Milano tende a considerare l'ipotesi stessa della proposta in un numero ristretto di ipotesi: non solo nei casi di richiesta congiunta delle parti, bensì solo nei casi in cui, accanto a questo requisito, il mediatore ravvisi le circostanze opportune per formularla. E questo perché si ritiene che la proposta non realizzi più mediazione nel senso puro del termine. Mi spiego meglio. Essa può avere un senso nel momento in cui intercetta la reale volontà delle parti, a maggior ragione nel momento in cui le pretese delle parti siano facilmente riportabili ad equità. Si pensi al caso in cui una delle due parti in conflitto voglia ottenere 600 e l'altra ritenga che sia giusto dare soltanto 400. In questa ipotesi, il mediatore potrebbe facilmente proporre 500, previa esplicazione delle ragioni della convenienza di evitare la lite. Altra cosa è l'ipotesi in cui una parte ritenga di dover ottenere 1000 e l'altra ritenga di non dover nulla alla controparte. Detti casi, come abbiamo anticipato, si tende ad esonerarli completamente dalla possibilità di una proposta. Questo perché, ipotesi del genere svelerebbero tutta la gaffe del legislatore che, con la possibilità della mediazione aggiudicativa ha sostanzialmente introdotto la possibilità per il mediatore di andare oltre le sue normali competenze, con il rischio che questi possa spingersi, in taluni casi, a svolgere un'attività di attribuzione di ragioni e torti che è proprio contraria alla natura dell'istituto in esame.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> Tieni presente che il Decreto def Fare ha modificato la definizione di mediazione contenuta nella lett. A del comma 1 del decreto sulla mediazione, rendendo l'ipotesi della proposta e quindi della mediazione aggiudicativa, un'ipotesi quasi residuale, non più totalmente alternativa alla mediazione facilitativa. Di questo però si dirà in seguito.

L'elemento di novità tipico della mediazione e che andrebbe valorizzato è, infatti, proprio nella prospettiva in cui si guarda ai fenomeni conflittuali, ossia la prospettiva della loro risoluzione. Tanto è vero che l'idea della perdita del monopolio sulla giustizia da parte dei sistemi giudiziari, non ha comunque in alcun modo comportato la perdita della centralità del processo, rispetto al quale, se così fosse, dovrebbe essere esaltata la complementarietà e l'accessorietà dei mezzi di risoluzione dei conflitti, primo fra tutti della mediazione 144. Ancora, ritornando a quello che taluno ritiene sia un vero e proprio ossimoro<sup>145</sup>, ovvero il concetto di proposta aggiudicativa, esso esporrebbe il mediatore anche al rischio di violazione dei doveri di riservatezza e imparzialità che comunque il decreto impone allo stesso. Questi doveri, nel presente lavoro, verranno analizzati insieme al sistema delle competenze richieste al mediatore che, come vedremo, non necessariamente devono essere di tipo giuridico. Ferma restando l'esigenza della specializzazione degli stessi per le diverse materie. E questo a dimostrazione della circostanza per la quale lo spirito della mediazione è tutt'altro rispetto alla proposta, la quale probabilmente richiederebbe ben precise competenze giuridiche dei soggetti deputati ad essa.

Sempre a proposito della proposta, un altro aspetto che merita di essere analizzato è poi quello che attiene le regole che il mediatore può applicare nell'ipotesi in cui giunga all'elaborazione di una proposta. Tenendo sempre a mente il dato normativo (per il quale il mediatore non può discostarsi dalle regole giuridiche) per svolgere un'operazione di questo tipo si renderà necessario vagliare, tra le

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Nella mediazione, il mediatore non ha poteri di decisione della controversia, ma deve solo limitarsi a tentare di avvicinare le posizioni delle parti, eventualmente formulando una proposta. Questo profilo spiega perché l'arbitrato (che decide la controversia sul piano privatistico) è uno strumento alternativo al giudizio, mentre la mediazione è complementare ed accessorio, tant'è che le parti, nel caso di fallimento, potranno comunque rivolgersi alla magistratura ordinaria per redimere la lite. E' questa l'espressione del cd. "principio di salvezza". Questo spiegherebbe anche perché la mediazione può essere obbligatoria, l'arbitrato no. Sul punto si veda C. CONSOLO, *L'equo procedimento arbitrale nel quadro dell'art. 6 par. 1 della CEDU,* in Riv. dir. civ. 1994, p. 454 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> La relazione illustrativa al decreto sulla mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali, non parla di mediazione valutativa, bensì di mediazione aggiudicativa. Il termine aggiudicativo deriva da *adjudication*, ossia dal sostantivo che nella lingua inglese indica il processo dinanzi al giudice o all'arbitro. Quindi accanto alla mediazione facilitativa, ci sarebbe una mediazione-processo.

altre cose, anche in questo caso, un interessante percorso storico, che è quello che ha ad oggetto la nascita dell'*equity*, che, generalmente per essere compreso ha necessità di essere analizzato di pari passo al passaggio, avvenuto in epoca romana, dallo *ius civile* allo *ius honorarium*. L'analisi del dato storico e quella dei modelli di mediazione quali risultano dai sistemi di common law e dal modello italiano, insieme con la mediazione aggiudicativa e la mediazione obbligatoria, sono solo alcuni degli aspetti su cui si concentra la presente indagine.

Ancora, ai fini pratici, l'analisi dei dati non può nemmeno in questa ipotesi non essere assunta come punto di partenza (tenendo presente anche la presentazione recente dell'ottavo rapporto Isdaci). Chiaramente essi dimostrano tutta la loro utilità ai fini della valutazione critica del successo o dell'insuccesso della mediazione nel nostro paese. Essi dipendono senza dubbio anche dal punto di vista che si assume. Mi spiego meglio. Se si guarda alla finalità deflattiva del contenzioso invocata da più parti a giustificare l'esistenza dei metodi ADR, ovviamente gli stessi, e la mediazione in primis, potrebbero essersi rivelati un insuccesso. La finalità deflattiva probabilmente potrebbe essere l'effetto dell'utilizzo degli stessi, ma taluni ritengono che sia scorretto individuarla alla stregua dello scopo della loro introduzione. D'altra parte, la deflazione, intesa alla stregua di un rimedio per diminuire il numero delle controversie nella speranza di incidere sulla crisi cd. di "abnormità" delle durate dei processi civili, tale da sfociare nella negoziazione della giustizia, non è sempre una cosa buona. Taluni ritengono che la deflazione richiami un'idea di violenza "difficilmente accettabile". L'esigenza di un risparmio quantitativo, infatti, non andrebbe confuso con l'esigenza di una migliore riorganizzazione del sistema 146. L'accento

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Sul punto si veda S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?*, in Riv. trim. dir e proc. civ. 1988, p. 752 e ss., il quale ritenne inesistente nel nostro paese un problema della domanda di giustizia civile pertanto consigliò di trattare la deflazione con una certa cautela. In particolare, questi operò una distinzione tra le deflazioni cattive da quelle buone. Per ciò che attiene le prime, egli fa riferimento ad un fenomeno di "fuga dalla giurisdizione", non alludendo alla diffusione dell'arbitrato (determinata dal disservizio della giustizia ordinaria), quanto piuttosto alla diffusione di nuove forme di autotutela che si vanno organizzando dietro lo schermo dell'autonomia privata. E questo, in contrasto con il generale divieto dell'autodifesa privata e con il divieto di patto commissorio, intesi alla stregua di espressioni del generale principio di ostilità dell'ordinamento nei confronti dell'assoggettamento convenzionale del debitore al potere del creditore. Le nuove ipotesi di autotutela esecutiva

infatti deve essere posto piuttosto sulla salvaguardia dell'assetto relazionale che è il punto nodale della mediazione. Tutte le volte in cui sorge una lite e due soggetti si recano dal giudice, il risultato comune è che una ha torto e l'altra ha ragione. E' questa la logica sottesa all'applicazione delle regole. Difatti, la volontà privata viene dalla persona che, nella maggior parte dei casi, è sintesi di ragione ed emozione. Il diritto invece sceglie la ragione e rimane indifferente alle "ragioni del torto" poiché mira a tutelare la posizione di chi è in conformità con la regola giuridica. Questo probabilmente è il prezzo da pagare per una serena convivenza, ma è comunque un prezzo talora troppo alto per la persona, che ovviamente ne esce impoverita, incompresa due volte. Le ragioni del torto come sappiamo possono infatti essere diverse: oltre alla volontà di violare la legge, il torto può essere determinato da uno stato di bisogno, dalla necessità di affermare la propria forza o ancora dall'incomprensione. La soluzione privata dei conflitti, se esaltata in questo senso, potrebbe rappresentare un potente mezzo di successo ed effettività del diritto stesso, che sarebbe regime residuale ma comunque pienamente efficiente nelle situazioni che richiedono la sua necessaria applicazione.

La trattazione delle problematiche inerenti il tema mediazione non può esaurirsi senza trattare anche lo spinoso tema della mediazione obbligatoria <sup>147</sup>. Sono necessarie in questa sede alcune considerazioni di carattere generale. Anticipando un po' le conclusioni della successiva trattazione, se le parti ricorressero al procedimento di mediazione solo ed esclusivamente in maniera volontaria, il sistema stragiudiziale avrebbe avuto più probabilità di successo. Il meccanismo

-

avvantaggerebbero i soggetti forti del rapporto. Alcuni esempi sarebbero il leasing finanziario, il mandato in rem propriam, il contratto di factoring. Il rischio è che la diffusione di tali forme di tutela, si faccia veicolo di forme di prepotenza. Per ciò che attiene le deflazioni buone, invece, l'autore fa riferimento a quegli interventi riformatori che si propongano lo scopo di contrastare l'abuso del processo, intendendo per questo il resistere in giudizio allo scopo non di ottenere la tutela dei propri diritti, ma allo scopo di contrastare l'attuazione dei diritti dell'avversario.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> Il dibattito sull'efficacia di forme obbligatorie di mediazione in Italia era già aperto, prima del decreto sulla mediazione. Ovviamente, il quadro delle esperienze dei procedimenti obbligatori di conciliazione ha tinte contrastanti: dall'esperienza fallimentare del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, all'esperienza positiva del tentativo obbligatorio in materia di telecomunicazioni. Sul punto si veda C. BESSO, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie,* in La mediazione civile e commerciale, a cura di C. BESSO, 2010, p. 33 e ss.

dovrebbe essere il seguente: rinuncia volontaria alla rigida applicazione dei principi di diritto (funzione tipica del sistema conciliativo) / concreto vantaggio per i soggetti che rinunciano. Tuttavia, sembra che il nostro legislatore non si sia preoccupato dell'aspetto della contropartita, ma solo della pesante crisi incombente sul sistema giudiziario, disegnando ancora una volta il modello della mediazione alla stregua di un rimedio<sup>148</sup>.

### 1. Il conflitto e le sue connotazioni. Come interviene la mediazione sullo stesso?

Nella traduzione italiana dell'acronimo ADR (*Alternative Dipute Resolution*), si fa corrispondere la "*Dispute*", in un modo che sin da ora possiamo definire semplicistico, al concetto di controversia (tant'è vero che si parla di metodi alternativi di risoluzione delle controversie). In realtà, la stessa letteratura di *common law* sembra avere qualche difficoltà nello stabilire in che cosa consista perfettamente una disputa, o meglio si ritiene che in un certo senso essa non possa essere considerata staticamente e in maniera avulsa dal conflitto<sup>149</sup>, come accade per la controversia. Nel nostro paese la situazione appare diversa. Le controversie, nella loro staticità, rappresentano l'oggetto dell'indagine giuridica tradizionale. Esse sono considerate alla stregua di momenti "esterni" d'individuazione delle pretese delle parti con riferimento all'oggetto della lite. Rappresentano cioè l'immagine percepita all'esterno di ciò che costituisce, internamente, motivo di scontro. Difatti, come accade per la questione della causa e dei motivi del

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Sul punto si veda sempre G. AMENTA, *Conciliazione e altre forme di negoziazione volontaria e paritaria,* in Mediazione e conciliazione... *op. cit.* p. 32 e ss,

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> "I may not be able to define an elephant, but i know one when i see it". The same may be said of a dispute. It is critically important for ADR practitioners to have a clear understanding of the distinction between dispute and conflict as the ways of dealing with each of these may differ. However, as will be seen, there is a fundl paradox in the distinction: on the one hand, conflict may be viewed as a generic term, with dispute as a class or kind of conflict which manifests itself in distinct, justiciable isssues: on the other hand, disputes are likely to involve some elements of conflict within them. Così H.S. BROWN e A. MARRIOT, "ADR principles and practice", 2012, p. 1 e ss.

contratto, sappiamo che questi ultimi rimangono sullo sfondo<sup>150</sup>. La stessa cosa accade nella controversia, nell'ambito della quale non si tiene conto delle motivazioni alla base della lite ma solo dell'aspetto esteriore, il quale risulta dalle contrapposte pretese. Per ciò che attiene il conflitto invece<sup>151</sup>, innanzitutto esso rappresenta un fenomeno connaturato, immanente rispetto alla società, pertanto è presente in diverse forme sin dagli albori della civiltà. Ora, sappiamo che, per quanto connaturato all'esperienza umana però, esso appare sempre e comunque un fenomeno di difficile definizione e al contempo di difficile connotazione<sup>152</sup>. Questo perché il conflitto allude generalmente a un'entità più complessa costituita da esigenze e pretese materiali, ma anche da richieste e bisogni psicologici ed emotivi. In realtà, taluni ipotizzano l'esistenza di due tipologie diverse di

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Il conflitto, che può essere di interessi, ma anche di valori o di credenze, nel momento in cui entra nel mondo del diritto, con l'instaurazione del processo, diventa dissenso. Oggettivare un conflitto equivale a far rimanere sullo sfondo bisogni e desideri delle parti. Diversamente accade nella negoziazione, nell'ambito della quale, le parti sono libere di lasciar andare il passato, di concentrarsi sui loro interessi e di trovare una soluzione che concili passato e futuro (*principled bargaining*). Sul punto si veda C. BESSO, *La mediazione: definizioni e tipologie,* in La mediazione civile e commerciale, a cura di C. BESSO, 2010, p. 33 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>151</sup> La controversia è un percorso di gestione della lite, scelto dalle parti quando ritengono di non volere, o di non essere più in grado di riuscire a perseguire i propri interessi attraverso un dialogo con coloro che ritengono causa di un proprio disagio (materiale o psicologico). Nell'ambito di una controversia, la lite è al tempo stesso oggetto dell'azione giudiziaria e la sua definizione è basata sull'interpretazione della norma giuridica. L'indagine è rivolta al passato, senza alcuna proiezione per il futuro. La salvaguardia dell'assetto relazionale non assume nessuna importanza, nel senso che non importa mantenere i rapporti con la controparte. Le parti infatti si pongono in un atteggiamento competitivo tant'è che la soglia di animosità e di tensione risulterà alla fine probabilmente innalzata. Il conflitto invece deve essere inteso alla stregua di una condizione relazionale nata dal crearsi di situazioni nelle quali l'interesse di una parte trovano ostacolo in quelli dell'altra. Poiché trattasi di una condizione individuale, è assolutamente personale e può essere risolto o gestito solo da coloro che lo vivono. Lungi dall'essere una condizione di violenza, esso deve essere inteso come parte integrante dell'esperienza umana. Esso è forza morice per il cambiamento. Sul punto si veda M. CARADONNA, L'interpretazione del conflitto nella mediazione, in La mediazione civile, a cura di M. CARADONNA, C. MEZZABOTTA, P. RIVA, Egea, 2011, p. 134 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Parlare di conflitti significa occuparsi di un fenomeno universale e conosciuto. Nella storia del pensiero filosofico l'idea di conflitto era considerata un principio della realtà. Eraclito intorno al 500 a.c. affermava che "in ciò che discorda è l'armonia più bella". Anassimandro invece, intorno al 600 a.c. lo connotava negativamente affermando che "nella separazione e nella lotta tra gli elementi vi è un momento negativo e di ingiustizia". Il pensiero dei due filosofi viene richiamato da F. MARANO, *Mediazione civile-Il conflitto*, in Quaderni di economia del lavoro/95 *E pur qualcosa si muove... la mediazione verso un cammino professionale*, a cura di S. MOBRICI, Milano 2012, p. 77 e ss.

conflitto: una fattuale, incentrata sull'attribuzione di beni e risorse. È questo il conflitto come elaborato nelle teorie "utilitaristico-negoziali", riconducibili al Mediation Program di Harvard, fondato da Frank Sander e dominanti nell'ambito di hi si occupa di mediazione civile e commerciale; e una relazionale, dove il nucleo del contrasto sono i rapporti interpersonali. È questa la scuola "umanistico-emozionale" facente capo a Morineau <sup>153</sup>. Le teorie utilitaristico-negoziali costituiscono in un certo qual modo il sostrato culturale cui si ispirarono in effetti gli stessi sostenitori dell'*ADR movement* e che presuppongono ovviamente una connotazione negativa del conflitto. Se, infatti, questo viene considerato alla stregua di una interazione di tipo distruttivo, destinata alla separazione delle posizioni delle parti, è chiaro che uno Stato civile debba farsi carico di gestire detto fenomeno patologico. Ma, poiché così non accade, a causa della degenerazione dello strumento giuridico all'interno dell'*ordine imposto* <sup>154</sup>, è ovvio che ci si venga a trovare in una fase di delega al privato di una serie di compiti, quali quello della gestione dei conflitti; delega giustificata dalle ragioni

<sup>&</sup>lt;sup>153</sup> L'autrice esordisce raccontando una mediazione di tipo familiare della durata di due o tre ore, nell'ambito della quale si dispiega l'intera vita relazionale dei coniugi, dal primo incontro, alla creazione della loro famiglia, fino al momento del conflitto, del sogno di felicità distrutto, della separazione e dei figli contesi. La ricerca della felicità cui tendiamo costantemente a volte termina con la constatazione di un fallimento. E questo può dipendere dal fatto che abbiamo dimenticato che l'armonia tra esseri umani va appresa e dipende da un impegno costante. Non è sufficiente amarsi per vivere bene insieme. Bisogna riacquistare la memoria del passato per recuperare quel filo di Arianna che unicamente può condurre alla realizzazione di ciò che cerchiamo. Così J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano 2000, p. 17.

Le definizioni di ordine negoziato e ordine imposto le troviamo in un importante contributo di G. COSI, "Conoscere il conflitto", in Mediazione e Progresso, a cura di P. LUCARELLI e G. CONTE, Milano 2012, p. 5 e ss.; in particolare si parla di ordine negoziato nelle ipotesi in cui le parti mantengono fin dall'inizio il controllo sulla procedura e sul suo eventuale risultato. La stessa procedura risulta autonoma perché segue le regole che di volta in volta vengono stabilite dalle parti. A quest'ordine appartengono tutte le tecniche di mediazione e conciliazione e nell'ambito di queste il diritto legale e statale non scompare ma diviene strumento flessibile da adattare a situazioni concrete – nelle società di stampo romanistico esiste una forte propensione rispetto allo strumento della negoziazione contrattuale privata. Si parla invece di ordine imposto quando le parti hanno un controllo limitato sulla procedura e sul suo esito poiché le regole procedurali provengono dall'esterno e in generale non sono molto disponibili. Le caratteristiche della diffusività, dell'iperproduzione e dell'impotenza vanno di pari passo: la sovranità della legge viene alterata dai processi informali di contrattazione cui viene continuamente sottoposta. Sul punto si veda N. IRTI, L'età della codificazione, MILANO 1979.

di esigenza di deflazionare il contenzioso e di ridurre i tempi della giustizia 155. Lo strumento giuridico tradizionale dimostra la sua crescente insufficienza e le difficoltà di gestione della complessità sociale. Questa crisi sposta l'attenzione dal momento legislativo alle cd. *norme individuali*, siano esse di natura giurisdizionale o negoziale. In questo contesto la mediazione e le altre ADR come, per così dire, possono essere utili? La mediazione viene identificata alla stregua di uno strumento che persegue l'ordine negoziato attraverso la composizione degli interessi, operando così il prolungamento dell'autonomia dei soggetti all'interno della procedura di gestione dei conflitti. Risponderebbe dunque ad un bisogno di carattere pratico e utilitaristico e alla rinnovata necessità di una risoluzione privata del conflitto. Il rischio di questa impostazione tuttavia sarebbe quello di ridurre la mediazione ad uno strumento di "riparazione" 156. E arriviamo così a quanto al contrario sostenuto dagli ideatori delle teorie

<sup>&</sup>lt;sup>155</sup> A causa della progressiva diversificazione e complessificazione delle istanze che la società civile solleva verso la sfera istituzionale e che si traduce nella complessificazione del diritto che si deformalizza e si disperde nei rapporti sociali, la regolazione sociale entra in crisi. In particolare, nella società delle pari opportunità anche la regolazione sociale deve potersi declinare su scala individuale: il contratto sociale lascia spazio a molteplici e complesse di contratto individualizzato. Così P. FANTOZZI e P. TURI, Manuale di sociologia politica, ROMA 2006, p. 5 e ss. <sup>156</sup>La mediazione altro non sarebbe che uno strumento di *ingegneria sociale* per sanare un conflitto che compromette il benessere degli individui e il funzionamento della società. Sul punto si veda A. TONARELLI, Dalla gestione del conflitto alla regolazione sociale, in Mediazione e Progresso, Milano 2012, p. 153 e ss.; della persistente cultura rimediale nell'approccio agli antichi problemi della giustizia italiana, ne parla anche M. MARINARO, Composizione dei conflitti civili e coesione sociale obiettivi da perseguire con gli strumenti alternativi in "Guida al Diritto", 2013, p. 9 e ss. Questi in particolare parte dalla correlazione tra efficienza della giustizia ed efficienza del sistema economico, osservando come nonostante ciò l'inefficienza della giustizia non assurge a obiettivo primario del sistema politico (Si tenga conto della circostanza per la quale, già nel maggio del 2010, Confindustria aveva elaborato un progetto per il rilancio del paese nel breve termine individuando la giustizia civile negli obiettivi primari, insieme alla promozione degli strumenti ADR). Questo accade perché la crisi economica ha monopolizzato ogni discussione e proposta. I dati allarmanti sulla durata dei processi civili, al massimo, hanno avuto l'effetto di diffondere l'interesse sulla poliedricità degli strumenti ADR, considerati nella loro complementarietà rispetto alla giurisdizione. A parere dell'autore, la vera potenzialità di un sistema in rapida evoluzione entro il quale una rinnovata cultura del conflitto è quella di consentire l'espansione di itinerari condivisi che favoriscano la coesione sociale. In pratica, il necessario riequilibrio della domanda di giustizia, richiede una profonda revisione funzionale e strutturale dell'offerta di giustizia, partendo dal presupposto che la giustizia, in quanto risorsa, è limitata.

umanistiche e relazionali<sup>157</sup>. Innanzi tutto questi partono dal presupposto per cui il conflitto non debba essere considerato alla stregua di un momento patologico, bensì come un momento fisiologico e addirittura potenzialmente positivo<sup>158</sup>. In poche parole, ogni volta in cui siamo di fronte ad un conflitto, viene a crearsi uno spazio vuoto che isola le parti. Spesso le stesse tentano di riempirlo di parole che però la controparte non può evidentemente comprendere. Si erge allora un muro, che è quello della separazione, che impedisce qualsivoglia genere di comunicazione. Veniamo ora all'interrogativo posto nel titolo del paragrafo. Come interviene la mediazione e dunque il mediatore rispetto ad una situazione conflittuale? La mediazione governa il conflitto nel suo estrinsecarsi all'esterno, nel tentativo di gestirlo preventivamente ricercando un accordo che eviti di dover sottostare alla decisione di qualcuno. Anche in questa sede ritorna il tema dell'alternatività o meno rispetto al giudizio. Essendo depositaria di tutti i legami sociali, essa non può essere considerata come alternativa, ma come un modo ulteriore di regolazione sociale 159. La mediazione offre un'importantissima possibilità: quella di uscire dal passato per ritrovare il presente. Contribuisce ad abbandonare i fantasmi della separazione dal ventre materno e permette di ritrovare un legame con l'altro, ma soprattutto con noi stessi. Anche nel caso in cui essa importi una riparazione, essa va comunque al di là del suo aspetto materiale poiché persino nei conflitti insignificanti è più importante ritrovare la dignità offesa dagli insulti di un vicino che ottenere la riparazione di un danno

-

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> L'autrice ritiene che il conflitto nasca quando il desiderio di un essere umano è ostacolato da quello di un altro essere umano. Questo perché siamo spesso incoscienti di quanto i nostri desideri ci guidino nelle nostre azioni come marionette. E questo dipende probabilmente dalla circostanza di volere sempre di più, ciò che non si ha, dimenticando ciò che si ha. Questo percorso di ricerca alle volte si conclude con la saggezza, altre con la morte. E' difficile infatti individuare la matrice dei nostri desideri e distinguere quelli legittimi, necessari, creativi da quelli che non lo sono. L'incontro con i desideri altrui rappresenta una ipotesi di conflitto, poiché essi rappresentano un limite alla realizzazione dei nostri. Sul punto si veda sempre J. MORINEAU, *op. cit.*, p. 27 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>158</sup> Sul punto si veda G. COSI, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione, 2007,* p. 38 e ss. Il conflitto ha la funzione utile e necessaria di rottura dell'ordine precostituito ed è pertanto portatore di cambiamento.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> Sul punto si veda R. BARBERIO, *Il conflitto: radici e dinamiche storico-culturali,* in Mediazione e conciliazione delle liti. Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato, a cura di R. BARBERIO, D. LUPO, A. SIROTTI GAUDENZI, Experta, Forlì, 2011, p. 8 e ss.

materiale subito. Dunque, le teorie in questione propugnano un esempio di mediazione che sia uno strumento in grado di aprire un varco nelle società contemporanee, indicando una strada nell'ambito della quale la sofferenza, le emozioni, l'affetto, i sentimenti possono esprimersi attraverso la partecipazione ad un rito nuovo<sup>160</sup>. Per ogni gesto che provoca sofferenza e dolore negli altri, c'è senz'altro un luogo in cui questo dolore viene raccontato e ascoltato. L'incontro è un elemento caratterizzante<sup>161</sup>.

Tra le voci favorevoli alla connotazione in positivo del conflitto non possiamo infine non ricordare quelle di una famosa antropologa americana, Laura Nader, la quale intravede nel conflitto il cuore delle dinamiche sociali; in particolare l'antropologa ritiene che la retorica dell'armonia, alla base dell'ADR *movement*, nasconda il tentativo di privare l'utenza del suo foro aggiudicativo<sup>162</sup>. Riconduce i metodi alternativi di risoluzione delle controversie ad una strategia ben precisa del sistema politico, ossia quella di manipolazione delle scelte degli utenti: la logica

\_\_\_

<sup>&</sup>lt;sup>160</sup> Si veda sul punto L. RISTORI, *La mediazione tra pratica del conflitto e cultura del confronto,* in Mediazione e Progresso, 2012, p. 177 e ss.

<sup>161</sup> L'autrice parte dall'analisi di una storia contenuta in uno dei primi testi americani sulla mediazione come strumento di risoluzione delle controversie. È la storia di un conflitto di due fratellini che litigano per un'arancia e di due diversi metodi di gestione dello stesso, che sono rappresentati dall'intervento della mamma, metafora dell'intervento del diritto; e della nonna, metafora della mediazione del conflitto. Il primo intervento è il taglio netto dell'arancia a metà. In linea di massima il diritto rappresenta quanto di meno peggio la società sia riuscita ad escogitare per evitare i rapporti di forza. La madre è il giudice e il giudice decide: decidere vuol dire tagliare. L'autorità interviene dunque, modificando una volta per tutte la situazione iniziale, a pareggiare la stessa ma con una soluzione che sostanzialmente lascia scontenti entrambi i contendenti. Il perché del malcontento va ricercato nei reali interessi dei contendenti che non emergono davanti al giudice, bensì solo alla domanda della nonna. Essa rivela quali sono i motivi profondi del conflitto. Gli interessi sono i bisogni, i desideri, i problemi, i timori; in sostanza le cose che mancano e che si vorrebbero avere; la base dell'iceberg alla cui sommità vi sono le pretese di diritti. Nel caso in esame alla domanda della nonna emerge che uno dei due fratellini avrebbe voluto utilizzare il succo dell'intera arancia per dissetarsi; l'atro avrebbe voluto solo la scorza del frutto intero per insaporire il dolce. In fase di mediazione le esigenze vengono fuori e la soluzione, in ipotesi come questa, è senza dubbio soddisfacente per entrambi i contendenti. L'attività di conciliazione degli stessi è delicata. Sul punto vedi ancora J. MORINEAU, op. cit, p. 17

Dietro l'ideologia di strumenti che amplierebbero la tutela del cittadino, vi sarebbero forme di controllo sociale che comporterebbe l'estensione dello Stato e del potere giurisdizionale ad ambiti sociali prima meno accessibili. Si realizzerebbe così la neutralizzazione dei conflitti per il tramite di un'alterazione dei rapporti tra le parti, in favore della parte più forte e a danno di quella più debole.

della comprensione, della cooperazione e dunque del compromesso sarebbe in grado di mettere a tacere il soggetto debole che per il desiderio di riparare la situazione, metterebbe così da parte la rabbia e asseconderebbe la politica decisionale della controparte più forte. Il tutto produrrebbe l'effetto per il quale non vi sarebbe più una spinta verso il cambiamento delle regole imposte da quest'ultimo, ma un'accettazione passiva che paralizzerebbe a lungo andare il progresso stesso della società. Continua l'autrice evidenziando una circostanza fondamentale per i risultati di questo lavoro, ossia quella per la quale le forme di risoluzione dei conflitti non dipendono dal grado di maturità o di crisi di una società, bensì dalle scelte individuali dei soggetti. Aggiungerei infatti, con ciò anticipando il discorso relativo all'obbligatorietà della mediazione, che non è l'imposizione dettata dalla fretta che conduce la mediazione ad avere i risultati sperati; altrettanto impropria a mio parere appare la scelta di individuare addirittura le materie per le quali si avverte il bisogno della stessa. Come anche impropria potrebbe rivelarsi la scelta di porre un limite di valore delle cause. La mediazione potrebbe funzionare se frutto di una libera valutazione dei protagonisti del conflitto e molto di più se pensata in base alla delicatezza degli interessi in conflitto. Lo stesso ragionamento che si condurrà per i rapporti di durata: la loro salvaguardia impegna di più le parti, che più facilmente potrebbero essere disposte ad accordarsi<sup>163</sup>.

# 2. La mediazione. Il paradigma generalmente riconosciuto a livello internazionale ed europeo: la necessaria e costante assistenza del terzo

Procediamo ora con l'analisi delle specificazioni concettuali e terminologiche che avevamo anticipato nella premessa, tenendo presente che il fenomeno oggetto

-

<sup>&</sup>lt;sup>163</sup> Sul punto si veda L. NADER, *Le forze vive del diritto;* e sempre L. NADER, *Giustizia, diritti umani e sentimento di ingiustizia,* in www.ledijournals.com. L'autrice ritiene che gli entusiasti delle ADR facessero uno scarso uso della parola giustizia. L'ADR era infatti equipaggiato per indurre passività, per barattare la giustizia con l'armonia. La giustizia alternativa altro non sarebbe se non uno strumento di controllo sociale. Si tratterebbe in particolare di meccanismi tesi a minimizzare il conflitto invece che affrontarne le cause.

d'esame ha assunto nei diversi sistemi giuridici una dichiarata eterogeneità di significati e tutta una serie di particolarismi. Questo chiaramente dipende dalla corrispondente varietà di sfaccettature che caratterizzano i rapporti umani e la comune esperienza.

In linea di massima, come emerge dalle ricerche condotte, la mediazione richiama l'attività di un soggetto che mette in relazione altri soggetti 164. L'obiettivo della stessa non è la decisione della controversia, bensì la definizione degli interessi, poiché la mediazione non accerta ragioni e torti da un punto di vista dei diritti, ma agisce tenendo conto dell'emersione delle esigenze delle parti in conflitto. Il primo parametro utile è la definizione di conciliazione contenuta nell'Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation 2002 che descrive la procedura di conciliazione (nel commercio internazionale) come il procedimento mediante il quale le parti chiedono assistenza ad un soggetto terzo nel loro tentativo di raggiungere un accordo amichevole sulla controversia. Sulla stessa scia si pone il secondo parametro di riferimento, ossia il Libro Verde relativo ai modi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale 165, del 19 aprile dello stesso anno. Esso ha avuto il merito di raccogliere esperienze e pareri per la futura disciplina della risoluzione alternativa delle controversie in ambito civile e commerciale. Nell'ambito dello stesso si rinviene una definizione più generale, poiché si parla di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, definendoli come procedure non giurisdizionali

-

L'espressione si riporta alla *medietas* latina, intesa come la qualità umana composta di misura e moderazione. Il dato della terzietà e dell'equidistanza rimane infatti, come vedremo, caratteristica principale del mediatore. Sul punto si veda F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione...*, op. cit., p. 3.

<sup>&</sup>lt;sup>165</sup> Il documento evidenzia in particolare che da qualche anno si assiste, negli Stati membri, a uno sviluppo normativo dei modi cosiddetti alternativi di composizione o risoluzione delle controversie, anche se si concorda nel dire che detti metodi sono molto antichi. I vantaggi propri a questi metodi di giustizia privata e la crisi dell'efficienza della giustizia hanno in effetti suscitato un rinnovato interesse per simili metodi di composizione delle controversie, più consensuali rispetto al ricorso al giudice o all'arbitro. Si veda sul punto P. RIVA, *Che cos'è la mediazione civile,* in La mediazione civile, a cura di M. CARADONNA, C. MEZZABOTTA, P. RIVA... *op.cit.* p. e ss.; anche nel Libro Verde viene evidenziata la complementarietà rispetto ai procedimenti giurisdizionali, "in quanto i metodi adottati nell'ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie". Sul punto si veda U. DE LUCA, *La nozione europea di ADR,* in ADR e Mediazione, a cura di M. CORRADINO E S. STICCHI DAMIANI, 2011, p. 1 e ss.

condotte da una parte terza, neutrale (lasciando fuori l'arbitrato che viene accostato al giudizio ordinario). Viene chiarito come con l'acronimo ADR sono indicati esclusivamente strumenti di composizione autodeterminati dalle parti con l'aiuto di un terzo imparziale 166. Da ultimo ricordiamo la definizione fornita dalla Direttiva 21 maggio 2008, n. 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, deputata a facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie e promuovere la composizione amichevole delle stesse, incoraggiando il ricorso alla mediazione e garantendo una relazione equilibrata tra mediazione e procedimento giudiziario. La mediazione svolge un ruolo fondamentale al suo interno e viene considerata alla stregua di un metodo di risoluzione stragiudiziale conveniente e rapido delle controversie in materia civile e commerciale. Si fa riferimento in particolar modo, all'art. 3 della stessa, ad un "qualunque procedimento, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti della controversia sono assistite da un terzo allo scopo di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia" 167.

Le fonti appena descritte fanno espressamente riferimento al requisito dell'assistenza del conciliatore fornita alle parti nella ricerca di un accordo e all'aspetto prettamente conciliativo, che vale a differenziare la mediazione dalle altre ADR. Lo stampo cui sembrano ricondurre è stato senz'altro fornito dalla *mediation* di common law, cui vale la pena dedicare una parte di questa analisi, prima che si passi all'analisi del paradigma elaborato nel nostro paese.

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> Il Libro verde parte dalla constatazione che l'accesso alla giustizia è un dirito dell'uomo e al contempo una condizione per l'operatività effettiva di qualsiasi ordinamento giuridico. Sul punto si veda R. DANOVI, *Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea*, in La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura, a cura di G. ALPA e R. DANOVI, 2004, p. 3 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> Sul punto si veda G. IMPAGNATIELLO, La mediazione civile nella cornice europea, in Giurisprudenza Italiana 2012, p. 217 e ss, il quale ritiene che sebbene l'influenza della mediation anglosassone sia predominante all'interno della direttiva, il fatto che sia stata dismessa la terminologia classica rivela un certo entusiasmo rinnovato nei confronti della materia; ancora sul punto si veda M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? ... op.cit.*, p. 359; E. MINERVINI, *La disciplina comunitaria della conciliazione in materia civile e commerciale*, in Contratto e Impresa Europa 2009, p. 41 e ss; E. M. APPIANO, *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in Contratto e Impresa Europa, 2009, p. 59 e ss; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D.LGS. N. 28 DEL 4 MARZO 2010*, in Rivista di diritto processuale 2010, p. 575 e ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in Riv. Trim. Dir e Proc. civ., 2010, p. 653 e ss.; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in Riv. dir. proc. 2009, p. 845 e ss.

#### 2.1. Il paradigma anglosassone e quello americano a confronto: la mediation

Il sistema giuridico anglosassone è considerato uno dei sistemi giuridici più evoluti su scala mondiale<sup>168</sup>. Le sue caratteristiche peculiari lo collocano a metà tra il sistema nord-americano, in cui nasce l'attenzione e si sviluppa il ricorso agli strumenti ADR, e gli altri sistemi giuridici europei. Si ritiene che i cambiamenti dell'Inghilterra ispirino il mutamento di rotta a livello mondiale<sup>169</sup>. La storia della diffusione degli strumenti ADR non può prescindere, pertanto, da un'analisi del sistema processuale anglosassone<sup>170</sup> e delle vicende che lo hanno riguardato. Osserveremo come lo stesso risulterà aver attraversato un processo evolutivo modellato, per la maggior parte e con alcune differenze, sul sistema americano. Sappiamo con certezza che, come negli Stati Uniti degli anni 80, anche nell'Inghilterra del 2000, si assiste ad una mobilitazione culturale, prima ancora che legislativa in favore del fenomeno conciliativo in generale.

Il dato dal quale bisogna prendere le mosse è il seguente: tradizionalmente, il processo di common law si conclude con una transazione negoziata tra le parti e non con sentenza <sup>171</sup>. Il *settlement*, nel sistema anglosassone, è la regola di composizione dei conflitti: esso consiste nella negoziazione tra le parti, che sfocia

\_

<sup>&</sup>lt;sup>168</sup> Sul punto si veda N. ANDREWS, *La giustizia civile inglese e il mondo esterno*, in Riv. trim. dir e proc. civ., 2007, p. 829 e ss, il quale analizza la decade 1996/2006, analizzando i 5 punti fondamentali che meritano attenzione e che vanno dalle Riforme di Lord Wolf (che verranno analizzate nel paragrafo), all' Arbitration Act del 2006, allo sviluppo della mediazione e della cooperazione in materia comunitaria, fino al 2006, quando la Cambridge University Press ha pubblicato i *Principles of transnational civil procedure* dell'Unidroit e dell'American Law Institute. Questa legge propone una visione globale della giustizia civile.

<sup>&</sup>lt;sup>169</sup> Si tenga presente che gli ordinamenti più maturi sono sempre più ineteressati l'uno all'altro e questo è dimostrato dalla circostanza della diffusione della pubblicazione di opere in lingua inglese sui sistemi di civil law.

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> Si tenga presente che anche prima delle riforme del 1999, il processo inglese era caratterizzato, tra le altre cose, dalla rarità dell'evento dibattimento: la maggior parte delle cuse veniva definita in via transattiva perché le parti saggiamente accettavano il compromesso

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> Sul punto si veda il contributo di N. ANDREWS, *La doppia elica della giustizia civile: i legami tra metodi privati e metodi pubblici di risoluzione delle controversie,* in Riv. trim. dir. e proc. civ. 2010, p. 530 e ss, il quale utilizza questa espressione considerando che il processo e i metodi alternativi sono complementari e si intrecciano tra di loro. Per mantenere vitale la giustizia civile, in Europa è necessario che gli operatori del diritto ed i legislatori consolidino e raffinino le due parti della doppia elica (indicando con questa espressione l'immagine tipica della doppia elica del DNA).

in un accordo transattivo<sup>172</sup>. Accanto al settlement ci sono poi, nell'ordine, la mediazione e l'arbitrato. Quanto appena descritto parallelamente accade anche nel sistema nord-americano, nell'ambito del quale si tende a considerare il processo come un luogo in cui stipulare accordi transattivi; il diritto, invece, viene considerato come uno strumento "facilitativo" delle trattative private<sup>173</sup>. Tant'è vero che, il tentativo di conciliazione giudiziale, non ha mai incontrato un riscontro particolarmente positivo. Ora però, benchè il fenomeno dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie si sia diffuso già a partire dai primi anni 70 (di pari passo all'*adr movement* nord americano), la consacrazione della mediazione in Inghilterra, come alternativa non solo al processo, ma a questo punto anche al settlement, è avvenuta con la Riforma del Processo Civile del 1999, operata dalle *Civil Procedure Rules* <sup>174</sup>. Essa prese le mosse dalle raccomandazioni di Lord Woolf, nei due rapporti intitolati *Access to Justice*. Questi aveva individuato la radice dei mali della giustizia inglese nel suo carattere

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Si tenga presente che l'Inghilterra è stato il primo paese europeo a prevedere la mediazione familiare. Tra l'altro è frutto dell'ostinazione degli studiosi che hanno combattuto l'inattività del legislatore. Sul punto si veda C. RINALDINI, *Nascita e sviluppo della mediazione familiare in Inghilterra*, in Riv. trim. dir e proc. civ. 2011, p. 1117 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Sul punto si veda V. FERRARESE, *Il diritto americano e l'imprenditorialità dei privati*, in Politica del diritto, 1995, p. 97 e ss, il quale parla di un paese in cui il diritto è intrinsecamente votato alla negoziazione: "nel complesso, il carattere procedurale del diritto contrassegna ciò che negli Stati Uniti viene chiamato *facilitating law*, ossia un diritto come strumento concepito come strumento per facilitare le trattative private.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> In Inghilterra il giudice è sempre stato identificato come l'oracolo del diritto, ossia come coli che, pari tra i pari, su mandato delle parti e con la collaborazione dei suoi colleghi avvocati (colleghi perché il giudice è di estrazione forense), decide chi ha ragione e chi ha torto utilizzando quanto più possibile il buon senso e il sentire collettivo, potendo anche superare il dato positivo. Il giudice cioè è libero di ricostruire il sistema e di dettare regole aggiornate, se non nuove. In un sistema di questo tipo, casistico, nel quale il ricorso alla ragionevolezza è costante, è difficile pensare di affidare le controversie a un soggetto diverso, che non abbia la stessa esperienza. Per questo motivo la mediazione, come gli altri strumenti ADR tardano ad affermarsi nel sistema anglosassone rispetto a quanto è accaduto negli Stati Uniti. Qui infatti, è sempre la giuria ad emettere il verdetto il che spinge le parti a ricercare un accordo transattivo per evitare il rischio di una decisione emotiva e non tecnicamente ponderata. Al contrario in Inghilterra l'esigenza alla base dello sviluppo della mediazione è quella dei costi. Esigenze di celerità e di concretezza sono già soddisfatte dalla suddivisione tra corti ordinarie e straordinarie (specializzate) e corti inferiori e superiori (le uniche a fare precedenti). Ovviamente le corti inferiori, trattando cause piccole e numerosissime, già svolgono la funzione di filtro. Sul punto si veda A. MIRANDA, Le origini della mediazione nell'esperienza inglese, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale... op. cit. p. 95 e 96.

troppo antagonistico, che determinava il conseguente incremento delle variabili di costo, tempi e complessità<sup>175</sup>. Da quanto appena detto, possiamo desumere come le motivazioni alla base dello sviluppo degli strumenti alternativi furono diverse nei due paesi, il che probabilmente, come si evince anche dalla ricostruzione operata da Miranda (vedi nota 95), fu anche il motivo del ritardo dello sviluppo inglese. Sebbene però l'Inghilterra abbia viaggiato con ritardo rispetto agli Stati Uniti, in entrambi i casi, la crescita delle ADR è stata comunque business driven, ossia guidata dalle esigenze delle grandi società e dei gruppi finanziari, i quali, resisi conto dei vantaggi della conciliazione in generale, costrinsero i loro uffici legali a interessarsi alla materia. Tornando alle riforme di Lord Woolf, come abbiamo avuto modo di anticipare, una delle soluzioni proposte per arginare la crisi della giustizia fu in particolar modo il judicial case managment, consistente, in linea di massima, nell'attribuzione al giudice di poteri più pregnanti della gestione del processo. Tra questi poteri vi era anche quello di favorire la composizione della lite attraverso la conclusione di un accordo. In sostanza, ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di conciliazione giudiziale (ad esempio questa fu prevista in America formalmente solo nel 1983, con le Federal Rules, ma di fatto da sempre praticata anche li e probabilmente ora in disuso a seguito della diffusione delle ADR). Accanto all'attribuzione di tali poteri al giudice, le Riforme del 1999 si prefiggevano lo scopo di promuovere transazioni più tempestive. Esse promulgavano una cultura della conciliazione che per la prima volta trovava riconoscimento e favore a livello ufficiale. Nel giro di dieci anni, nella decade che va dal 1996 al 2006, le imprese e gli avvocati incrementarono l'utilizzo della mediazione. Fu questo uno degli effetti più vistosi delle riforme<sup>176</sup>,

\_

<sup>&</sup>lt;sup>175</sup> In realtà questo assunto alla base della riforma inglese, si discostava dalla spinta riformatrice degli Stati Uniti, nell'ambito dei quali, il modello *adversary*, invece, è stato da sempre ritenuto fenomeno di tipo positivo, poiché idoneo a facilitare la negoziazione tra le parti e dunque promotore della chiusura anticipata della lite. Esiste, infatti, una fase interna a questo processo, quella della *discovery*, che viene considerata tutt'ora il luogo privilegiato per l'accordo. Nel suo ambito le parti sono costrette a scambiarsi informazioni, a rivelarsi le prove. Per effetto di questo scambio viene stimolata la chiusura anticipata. Sul punto si veda sempre A. MIRANDA, *op. cit.*, p. 96.

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Tant'è vero che nel 2006 la Cambridge University Press ha pubblicato i *Principles of transnational civil procedure* dell'Unidroit e dell'American Law Institute, che si inseriscono nel flusso delle iniziative europee per la promozione di strumenti processuali comuni.

nell'ambito delle quali un concetto emerge prepotente, ossia quello del processo che deve essere inteso come extrema ratio. Chiaramente ciò rivela un intento deflattivo per il quale le parti, con l'ausilio del giudice, devono agire ragionevolmente e lealmente al fine di evitare la necessità del processo<sup>177</sup>.

Ora, alla luce della situazione che abbiamo analizzato, qual è il paradigma della mediation consegnatori dalle Riforme di Lord Woolf? Indagare sullo stesso è inevitabile per comprendere quali siano state le deviazioni operate dal legislatore italiano, che andranno confrontato con altri paesi di civil law. Il modello prevalente è quello della court referred mediation, disposta dal giudice solitamente su richiesta delle parti e solo occasionalmente di sua iniziativa. Le nuove rules inglesi introducono infatti, un nuovo tipo di conciliazione che si caratterizza per la sua natura al contempo "stragiudiziale" ed "endoprocessuale". L'introduzione di questo procedimento s'inserisce nella più ampia ristrutturazione del sistema della tutela civile e appare coerente con la ridefinizione dei rapporti tra alternative e processo, avviata con il ridimensionamento del giudizio quale luogo e modo privilegiato di risoluzione dei conflitti. Difatti le nuove norme dispongono che il giudice, oltre a promuovere la conciliazione giudiziale, possa e debba incoraggiare le parti ad utilizzare procedure alternative di natura stragiudiziale. Così si realizza una conciliazione non dissimile da quella americana prevista dai programmi di court annexed mediation, che tuttavia si indica, come abbiamo già anticipato, con il termine di court referred mediation. A questa differenza terminologica corrisponde una differenza di modello: nel sistema americano le procedure in questione si sviluppano all'interno delle corti e sotto la loro supervisione; nel sistema inglese, accanto ad alcuni modelli di mediazione coordinati dagli uffici giudiziari, è prevalente il ricorso a procedure gestite in autonomia e privatamente da adr providers scelti dalle parti e da queste retribuiti sulla base di un autonomo rapporto contrattuale. Se questo è il modello, che si discosta appunto dal nostro, anche nelle caratteristiche ci sono delle differenze fondamentali. Una delle caratteristiche principali della mediation anglosassone è che in nessun caso il ricorso a essa è obbligatorio, ma è assicurata

<sup>&</sup>lt;sup>177</sup> Per un quadro complessivo delle riforme del sistema processuale inglese si veda il contributo di M. CIGNA, C. S.G. PIRA, A. CASSIANI ROSCIOLI, *La mediazione civile: uno sguardo comparativo*, 2013, p. 27 e ss.

l'efficacia delle disposizioni volte a favorirne l'impiego tramite la previsione di sanzioni economiche in sede di allocazione delle spese processuali <sup>178</sup>. E' opportuno sottolineare come l'unica forma di obbligatorietà prevista dai sistemi anglosassoni è quella rinvenibile negli *adr orders* da parte dei giudici, che impongono alle parti la nomina di un mediatore, obbligandole allo stesso tempo a non ripresentarsi davanti a loro se non nel caso di raggiungimento di un accordo.

## 3. La deviazione rispetto al paradigma tradizionale: la proposta del mediatore e le regole da applicare per la formulazione della stessa

Dopo aver analizzato il paradigma della mediazione, ossia il concetto che ricolleghiamo generalmente al termine in esame, preme ora analizzare la prima macro-deviazione dell'istituto concepito in Italia come tale, che rivelerebbe, a parere dei più, la *gaffe* tecnica di un legislatore impreparato, anche da un punto di vista culturale, ad accogliere un istituto proveniente da tradizioni diverse. L'archetipo della mediazione prevede che il terzo abbia solo ed esclusivamente un ruolo facilitatore rispetto al raggiungimento dell'accordo tra le parti<sup>179</sup>. E' esclusa

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> Per l'attore, il rischio di una condanna nelle spese sorge se non accetta la proposta di transazione formulata dal convenuto. Se l'attore non ottiene nel processo una decisione più vantaggiosa della proposta del convenuto, ha l'obbligo di rifondere le spese sostenute da quest'ultimo successivamente alla data in cui avrebbe dovuto accettare la proposta. Per il convenuto il rischio di una condanna alle spese sorge se non accetta la proposta di accordo formulata dall'attore; se poi dovesse risultare soccombente in un processo è tenuto a rifondere all'attore le spese sostenute dall'attore in maniera maggiorata rispetto a quella ordinaria. Sul punto vedi sempre N. ANDREWS, *La doppia elica...*, op.cit., p. 534.

Il mediatore, lungi dall'avere il compito di risolvere la lite, ponendo un suo dictum vincolante per le parti, interviene per favorire una ricerca di soluzione che sta comunque alle parti trovare. Al mediatore, in ciò differenziandosi nettamente dall'arbitro, non è richiesto di esplicare un potere al quale le parti decidono di assoggettarsi, ma è richiesto solo di mettere in campo un'abilità, se si vuole una professionalità, che serve alle parti per trovare un punto di equilibrio economico che consenta loro di superare il dissidio o addirittura che apra loro una diversa visione degli interessi sottostanti, al punto da giungere al superamento del conflitto in modo del tutto eterogeneo rispetto a ciò che si sarebbe aspettati dall'utilizzo di un mezzo aggiudicativo. Questo è quanto affermato da M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2011, p. 1078

pertanto la previsione di un'attività propulsiva di qualunque tipo. L'esperienza italiana concreta denota come, però, all'interno di questo genus di mediazione possano rientrarvi altri modelli, che si caratterizzano proprio per il diverso ruolo svolto dal terzo. Dalle ricerche condotte sino a questo momento, emerge la definizione minima del termine mediazione, intesa come modalità autonoma di risoluzione dei conflitti raggiunta senza l'intervento di un terzo estraneo alla lite, che favorisce un accordo tra le parti. Accanto a questo nucleo solido sono state elaborate talune specificazioni. Mi riferisco in particolare alla facilitative mediation, nell'ambito della quale, il mediatore facilità appunto la comunicazione tra le parti senza entrare nel merito dell'oggetto del rapporto ed alla evaluative mediation<sup>180</sup>, nell'ambito della quale, il mediatore si spinge fino ad assumere un atteggiamento propositivo 181 . Nel nostro paese il legislatore ha previsto sostanzialmente tutte e due le forme di mediazione. Il decreto di attuazione della Direttiva Comunitaria, D.Lgs. n. 28/2010 ha previsto, infatti, ferma restando la definizione minima di mediation 182, una mediazione facilititiva ed una cd. aggiudicativa 183, proprio per distinguere e valorizzare il diverso ruolo del

1

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Si legga in proposito C. BESSO MARCHEIS, *Inquadramento del tema... op.cit.*, p. 33 e ss., la quale assume come punto di partenza il termine inglese *adjudication* per riferirsi all'attività di chi decide, a prescindere che si tratti di un soggetto pubblico o privato; esisterebbe dunque una sorta di "mediazione-processo" nell'ambito della quale il mediatore sarebbe chiamato a dare una specie di decisione della controversia, sulla base della fondatezza delle ragioni e dei torti.

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Sul punto si legga M. A. FODDAI, *Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti?* in Famiglia, persone e successioni, 2011, p. 43 e ss; C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione.. op.cit.*, p. 845 e ss., il quale sottolinea come l'elaborazione del termine *mediation* derivò dalla necessità, al contrario di distinguere il fenomeno in questione dalle ADR c.d. "aggiudicative", in cui si realizza l'intervento diretto di un terzo per ottenere la decisione vera e propria della controversia. Si pensi in particolar modo a quello che accade nell'arbitrato.

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> Taluni parlano addirittura di una triplice distinzione operata dal legislatore italiano. In particolare questi avrebbe previsto un modello facilitativo, nell'ambito del quale il mediatore si limita ad agevolare la comunicazione tra le parti evitando qualsiasi espressione di giudizio in merito all'oggetto dell'accordo; un modello valutativo, nell'ambito del quale il mediatore può spingersi fino a un atteggiamento propositivo sui termini dello stesso; e un modello aggiudicativo, "autoctono", nell'ambito del quale, chiamato a formulare una proposta, il mediatore sarebbe chiamato ad offrire una vera e propria soluzione giuridica, alla stregua di una decisione. Così G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso,* in Rass. Forense, 2011, p. 591 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>183</sup> Sul punto si veda anche F.P. LUISO, *Il modello italiano di mediazione*. *Il giusto procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta),* in Giur. Italiana, 2012, p. 213 e ss., il quale distingue tra una *interest based mediation* basata quindi sugli interessi e coincide con il

mediatore, rispetto al modello classico. Le definizioni di questi due strumenti provengono dall'art. 1 del decreto sulla mediazione, il quale parla di mediazione come "attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo, sia nella formulazione di una proposta". La norma sembra costruire così un modello alternativo. Anzi, almeno nella sua versione originaria, che è questa che abbiamo appena descritto, il decreto di cui sopra, sembrava accordare una preferenza a quest'ultimo modello, rafforzando la disposizione dell'art. 1 con quella dell'art. 11, che prevede espressamente detta possibilità (Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento) e con quella dell'art. 13, la quale introduceva una sorta di "principio della soccombenza" per il quale, nell'ipotesi in cui la proposta non venisse accolta e il successivo provvedimento avesse identico contenuto, la rifiutante colpevole di non essersi accontentata, sarebbe stata successivamente penalizzata dalle spese processuali<sup>184</sup>. Si tratta di un principio successivamente travolto dalla stessa pronuncia di incostituzionalità che ha travolto la mediazione obbligatoria e di cui si dirà in seguito 185, allo stesso modo, il Decreto del Fare ha modificato la disposizione di cui alla lett. a, comma 1,

....

modello facilitativo, a suo parere da preferire in quanto sfrutterebbe al massimo i vantaggi della soluzione negoziale (atipicità del contenuto unita alla possibilità che l'accordo soddisfi tutti gli interessi in gioco); e una *rights based mediation* basata sulla fondatezza delle pretese, coincidente con la mediazione aggiudicativa.

La necessità di operare un collegamento tra l'art. 11 e l'art. 13 è praticamente funzionale ad assicurare il meccanismo deflattivo. A monte vi è l'allineamento della proposta del mediatore alla soluzione giudiziale. Per questo motivo non convince detto collegamento: perché l'allineamento salta ogni qual volta il mediatore si lanci in proposte diverse da quelle che potrebbero essere soluzioni giudiziali. Questo per ribadire ancora una volta come la mediazione debba essere guardata come un meccanismo assolutamente avulso rispetto al processo. Sul punto si veda E. CAPOBIANCO, *I criteri di formulazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore,* in Diritto e Processo 2011, p. 1 e ss.

La statuizione della Corte Costituzionale ha coinvolto anche altri aspetti connessi non solo all'obbligatorietà, ma anche all'aspetto valutativo della stessa. Il riferimento è proprio quello alle sanzioni correlate alla mancata accettazione della proposta. Così Corte Costituzionale n. 272/2012.

sostituendo il secondo sia, con l'inciso "anche con", recuperando così *favor* nei confronti della mediazione facilitativa.

Ora, è chiaro che l'introduzione di questa forma di mediazione rivela come l'intento del legislatore fosse dichiaratamente quello deflattivo, ma anche quello di limitare le sopravvenienze. Ciò che il legislatore si proponeva, infatti, non era solo di ridurre il contenzioso, ma anche di farlo nei tempi più brevi possibili. Purtroppo però è proprio questo il frutto di un'evidente impreparazione e di una cattiva interpretazione dei dettami comunitari. Sembra che così facendo, lo stesso legislatore abbia condannato l'istituto all'insuccesso 186 e abbia fornito al cittadino una tutela ancor meno effettiva dei propri diritti, poiché ha imposto all'utenza un meccanismo non già alternativo, bensì piuttosto caratterizzato da minori garanzie e funzionalità rispetto alla giurisdizione costituzionalmente garantita <sup>187</sup>. Il legislatore italiano ha attribuito al mediatore poteri propositivi che lo avvicinano alla figura del giudice, svilendo lo spirito della mediazione e creando problemi di garanzie minori. Questa situazione è il frutto di un tentativo di adattamento dell'istituto in questione alla nostra cultura che però non era adatta ad accogliere la mediazione. Questo, come abbiamo anticipato, è quanto è stato sostenuto da taluni. In realtà io credo che siano obbligatorie delle riflessioni sulle regole che il mediatore può utilizzare per la proposta per comprendere come in effetti non si sia trattato di una gaffe e per valutare positivamente questo tipo di opportunità.

-

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Così G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione...op.cit*, i quali in sede di commento sul funzionamento della mediazione in Italia evidenziano come la stessa abbia avuto in generale scarsissima fortuna e come tra le varie forme, quella prevalente sia stata quella facilitativa.

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> Sono state queste le considerazioni dell'ordinanza di rimessione del Tar Lazio, n. 3202/2011, il quale ha affermato che, una cosa è la costruzione della mediazione come strumento cui lo Stato in un vasto ambito di materie obbligatoriamente e preventivamente rimandi per l'esercizio del diritto di difesa in giudizio; altra cosa è la costruzione della mediazione come strumento generale normativamente predisposto, di cui lo Stato incoraggi o favorisca l'utilizzo, lasciando purtuttavia impregiudicata la libertà nell'apprezzamento dell'interesse del privato ad adirla ed a sopportarne i relativi effetti e costi.

#### 3.1. Quali sono le regole applicate dal mediatore?

Analizziamo meglio la normativa. Nel momento in cui il mediatore è a conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla fattispecie e delle disponibilità delle parti a discutere o a riconsiderare le posizioni, questi dovrà formulare una proposta "ragionevole e ben calibrata" 188. Tuttavia, sempre il decreto sulla mediazione limita l'attività propositiva del mediatore, il quale non ha la possibilità di riferirsi ad elementi appresi dalle parti, per le quali dunque diviene tendenzialmente impossibile comprendere e accettare la proposta dai fondamenti sconosciuti. A questa limitazione, il legislatore ha affiancato quella dell'art. 12 del decreto, ossia quello del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Recita infatti l'art. 12 che "Il verbale di accordo, sottoscritto dagli avvocati che assistono tutte le parti, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo". Ci si è chiesti se, ferme restando queste limitazioni, il mediatore, per la definizione della vertenza debba necessariamente fare ricorso a regole giuridiche o, al contrario, se sia ammessa un'attività di tipo creativo dello stesso che si fondi e valuti l'assetto d'interessi reale delle parti, piuttosto che i diritti in contestazione 189. Taluni ritengono che detto contrasto vada risolto a favore della tesi di chi propende nel senso di attribuire al mediatore la facoltà di formulare qualsivoglia genere di proposta, tanto fondata su norme giuridiche, tanto fondata su regole sociali 190 . Altri ritengono invece,

11

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> E' quanto stabilito esplicitamente nell'art. 11 d.lgs. n. 28/2010 che però premette alla proposta il fallimento del tentativo di accordo tra le parti.

Taluno spinge affinchè la mediazione sia guardata come uno strumento avulso dal processo e non come un ibrido che deve comunque perseguire le stesse finalità di quest'ultimo. La possibilità di formulare proposte aggiudicative va letta come una opportunità. Così F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione, op. cit.*, p. 233.

<sup>&</sup>lt;sup>190</sup> Vincolare l'attività di elaborazione della proposta alle norme giuridiche comporterebbe l'inutilizzabilità di elementi decisivi, emersi nel corso del procedimento di mediazione. Così sarebbe compromessa la ricerca di una soluzione ragionevole e condivisibile dalle parti. In questo modo E. CAPOBIANCO, *I criteri di formazione della proposta c.d. aggiudicativa del mediatore, op. cit.*, p. 490; ancora, si faccia l'esempio del mediatore, il quale non sia riuscito a conciliare le parti

contravvenendo allo spirito della mediazione, che il mediatore, al pari del soggetto pubblico, debba applicare al fatto controverso le regole giuridiche. Questo perché, la proposta costituisce un atto formale e "altamente responsabilizzante" per il mediatore, non meno che per le parti: va comunicata a queste ultime per iscritto e deve essere formulata nel rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico, nonché con il rigore tecnico richiesto dalle circostanze. Si tenga presente che la mediazione è uno degli strumenti alternativi al processo e questo non solo per le regole formali che la disciplinano, bensì in generale per come viene ricostruito l'oggetto mediabile e per i criteri utilizzati nella risoluzione del conflitto; nell'ambito del processo trovano attuazione le norme di diritto sostanziale; nella conciliazione queste norme funzionerebbero solo come norme "orientatrici" del conflitto. Tutto questo risponde come già accennato allo spirito della mediazione e alla necessità di gestire la complessità della società moderna, rispetto alla quale la norma non sempre appare capace di offrire un criterio convincente di risoluzione. La necessità è quella che si trovino dei metodi che osservino le controversie in modo individuale, sebbene ciò mini alla certezza del diritto. La conciliazione non ha come scopo quello di accertare una realtà del passato, ma guarda al futuro in un'ottica disincantata in cui ciò che importa è quanto voluto e concordato dalle parti per regolamentare i loro rapporti e porre fine al conflitto<sup>191</sup>. Stando così la situazione, è chiaro che probabilmente la scelta del legislatore di inculcare forzatamente la mediazione non rappresenti la cosa giusta da fare per diffondere la cultura della mediazione. Per ciò che attiene, più strettamente, la proposta del mediatore è chiaro che se questa deve essere

nella fase facilitativa e ritenga plausibile che, *in extremis*, una certa soluzione «atipica» possa essere condivisa dalle parti, mentre sappia per certo che una soluzione «aggiudicativa», secondo diritto, non riscontrerà l'adesione (di una) delle parti. In tale condizione, potrà proporre la prima o sarà obbligato a formulare la seconda per perseguire l'obiettivo della conformità della proposta all'ipotetico provvedimento del giudice? La scelta è non priva di rilevanti conseguenze. Nel primo caso la controversia potrebbe risolversi, e subito; nel secondo ci penserà il processo e non presto. Va quindi privilegiato l'obiettivo del possibile raggiungimento dell'accordo o quello, chimerico, di verificare se risulta «azzeccato» il pronostico per comminare una improbabile sanzione al vincitore? Sulla preferibilità della prima soluzione, che mira al risultato prioritario della conciliazione, non pare lecito dubitare. Sul punto si veda C. VACCA' *La mediazione delle controversie*, a cura di VACCA' e M. MARTELLO, Milano, 2010, p. 11.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> M. BOVE, *Evitare il processo?*, in <u>www.judicium.it</u>, 2007. Questi parla di una trasformazione di base rispetto alla conciliazione: il conflitto cessa di essere giuridico e diviene economico.

formulata osservando le regole giuridiche comporta la trasformazione della mediazione in uno strumento paragiurisdizionale caratterizzato da meno garanzie e pensato al solo scopo di intervenire a risolvere la crisi del sistema giustizia, rivelandosi peraltro inefficace anche in questo intento 192. Ma la scelta del legislatore è anche il precipitato della cultura della iurisdictio cui gli operatori del diritto vengono tuttora educati nel nostro paese e rivela il goffo tentativo di adattare uno strumento culturalmente diverso nell'ambito della nostra tradizione giuridica<sup>193</sup>. Probabilmente sarebbe valso di più a realizzare lo scopo deflattivo, importare la mediazione così come concepita al di fuori del nostro paese, nel suo paradigma originario. Anche perché ragionando sul contrasto tra le regole giuridiche e la mediazione, nella maggior parte delle volte, si giunge ad affermarne l'inesistenza. Mi spiego meglio. Apparentemente quando pensiamo alla mediazione, siamo abituati a considerarla in antitesi rispetto al diritto, sia pure solo per l'informalità che caratterizza la stessa. Inoltre, mentre il diritto accerta i torti e le ragioni, nella logica della contrapposizione, detta logica è assolutamente estranea alla mediazione, nell'ambito della quale potrebbero raggiungersi risultati del tutto diversi rispetto alla situazione originaria delle parti. Se poi, come

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> Interessante per molti aspetti appare un dialogo tra mediatore e avvocato, contenuto in un contributo di P. AMERIO, E.M.APPIANO, L.BOGGIO, D.COMBA, G.SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, 2010, p. 3 e ss. Durante questo dialogo il mediatore specifica come il diritto non c'entri nulla con la mediazione poiché questa non deve essere assimilata ad una procedura simile al processo civile, magari alternativa come l'arbitrato. Le regole di riferimento non sono quelle giuridiche poiché si parla di negoziazione privata assistita da un terzo, non dell'applicazione del diritto statale in un processo. Così il richiamo a G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino 2009, p. 10, il quale afferma che "il mondo del diritto è saturo di leggi. La legalità quale corrispondenza alla legge, sembra essere rimasta solo unità di misura giuridica e ha scalzato la legittimità quale corrispondenza al diritto. Anzi, pare essersi impadronita di essa, come all'inizio del secolo scorso Max Weber aveva antiveduto, quando aveva parlato di legalità come esclusiva forma di legittimità dell'epoca moderna. Il dominio della legge sul diritto, anzi l'assorbimento monopolistico del secondo ad opera della prima, sono il prodotto di poteri politici astratti, di grandi dimensioni anche spaziali, sviluppatasi accanto e poi contro le strutture sociali tradizionali concrete di piccole dimensioni, tramite un'amministrazione burocratica del diritto.

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> I metodi alternativi di risoluzione delle controversie sono aspetto negletto non solo nella fase di formazione accademica del giurista, ma anche in quella di preparazione professionale: essi sono riservati agli studi comparatistici, sia per un diffuso senso di disinteresse, sia per la persistenza di qualche pregiudizio verso ciò che non è ad appannaggio della giustizia togata. Sul punto di veda G. ALPA, *Un progetto per la giustizia minore,* in Corriere Giuridico, 1992, p. 1383 e ss., il quale sottolinea come l'atteggiamento di favore della dottrina nei confronti di questi metodi sia soltanto astratto, ma mai supportato da iniziative concrete.

abbiamo già detto, il mediatore non può applicare regole giuridiche e non ha nessun potere di risolvere la controversia con decisione impositiva, allora risulta un apparente abisso rispetto al modello autoctono della iurisdictio. Ma se così fosse, perché allora giungono continui incoraggiamenti da ogni parte nei confronti di questo strumento? Evidentemente il contrasto non è così forte e questo è tanto più evidente quando si pensa all'esito della stessa. Esso presenta caratteri d'identità rispetto all'esito di un giudizio ordinario, ossia la soluzione o la sopravvivenza della lite, preludio al giudizio. L'unico esito innovativo sarebbe quello del mancato accordo e congiuntamente della rinuncia al giudizio, ma questo è il frutto di una libera scelta delle parti che esse possono fare sempre e comunque ed anche in questo caso sarebbe raggiunta la stessa finalità del diritto, ossia quella della pace tra i contendenti. Se poi a queste constatazioni si obietta il rischio della creazione di regole sociali in contrasto col diritto, allora si può tranquillamente controbattere evidenziando come nel nostro ordinamento il precedente non è vincolante, pertanto vale solo per il caso concreto. Insomma, stando a tutto quanto premesso, la disciplina della mediazione, così quale risulta dal decreto, pare contenere un seppure impreciso disegno di riforma, simbolo di una innovazione culturale, poco pensato per l'esigenza di tamponare la crisi dilagante<sup>194</sup>.

#### 3.2. Parallelismi storici. La storia dell'equity

Quando parliamo della mediazione e del perché ad un certo punto si voglia onerare un soggetto come il mediatore del compito di proporre delle soluzioni per

-

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> Sul punto si veda G. CONTE, *Cultura della iurisdictio vs cultura della mediazione: il difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di ADR*, in Mediazione e Progresso (persona, società, professione, impresa), a cura di P. LUCARELLI e G. CONTE, Milano 2012, p. 235 e ss, nell'ambito del quale descrive tutte le sue perplessità sulle attuali modalità di regolamentazione dello strumento e il suo scetticismo sulla fortuna dello stesso così concepito. Egli ritiene che dal decreto non emergano le peculiarità del processo di mediazione, imbrigliata al punto da risultare mortificata nelle sue caratteristiche principali e asservita agli schemi e alle funzioni del tentativo obbligatorio di conciliazione.

il caso di volta in volta oggetto d'analisi (come è accaduto nel nostro paese), non possiamo non riferirci ad uno dei meccanismi di base che ha condotto alla realizzazione di un fenomeno già osservato in passato. Mi riferisco in particolare a quei meccanismi che hanno condotto al passaggio dallo ius civile allo ius honorarium, a Roma intorno al III secolo d.c., e, successivamente, al passaggio dalla common law all'equity, nell'Inghilterra di un paio di secoli dopo. Gli studiosi del diritto ritengono che sia opportuno studiare lo ius honorarium e l'equity poichè, a prescindere dall'interesse storico che essi possano suscitare<sup>195</sup>, rappresentano gli unici due esempi occidentali di sistemi giuridici costituiti da regole che non provengono da autorità tradizionalmente deputate ad emanarle, quindi dotati di potere normativo. Nel primo caso infatti le norme provengono dal pretore, organo giurisdizionale; nel secondo caso dal Lord Chanchellor, organo nemmeno dotato di potere giurisdizionale, ma delegato del re. L'indagine su questi passaggi esige alcune precisazioni di carattere preliminare <sup>196</sup>. Innanzitutto bisogna operare chiarimenti a livello terminologico, che devono essere necessariamente accompagnati da una serie di considerazioni sul contesto storico, politico e sociale nell'ambito del quale si sviluppano. Con il termine ius honorarium s'intende, generalmente, quella parte del diritto derivante dall'attività di qualunque magistrato giurisdizionale, in quanto dotato di honor, quindi non solo dal pretore ma anche gli edili curuli e i governatori delle province. Per ciò che attiene la genesi di questo sistema giuridico, sappiamo che il pretore romano fu indotto a predisporre una tutela di tutta una serie d'interessi che lo ius civile aveva lasciato da parte. Sappiamo che il III secolo d.c. a Roma, per effetto soprattutto di nuove attività economiche, fu caratterizzato dall'emersione di nuove

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> Gli storici del diritto ritengono invece che sia importante analizzare ius honorarium ed equity poiché essi rappresentano indici rivelatori di come un qualunque sistema giuridico, una volta raggiunto un certo grado di evoluzione, necessiti della possibilità di affiancare al sistema di regole di diritto, norme maggiormente discrezionali, provenienti da altri "formanti", meglio in grado di fronteggiare le esigenze economiche e politiche nuove. Sul punto si veda F. ASTONE, commento alle norme sull'interpretazione di buona fede, in Commentario del codice civile (Dei contratti in generale), a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, 2011, p. 488 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Taluni autori suggeriscono una cautela maggiore nell'accostamento di ius honorarium ed equity, poiché alla base vi sarebbero dei problemi politico-costituzionali diversi. Sul punto si veda G. GORLA, *Studio storico-comparativo della common law e scienza del diritto (le forme di azione)*, in Riv. trim. dir e proc. civ. 1962, p. 25 e ss.

esigenze che il pretore ritenne meritevoli di tutela. Chiaro che queste riguardavano in prima battuta gli stranieri, ovvero i rapporti tra romani e stranieri. Essi non potevano adire il pretore con la procedura tradizionale (le legis actiones, le quali come abbiamo già avuto modo di osservare risultavano inadeguate alle esigenze mutate della società romana) pertanto il pretore inventò una nuova procedura per poter concedere sia ai romani che agli stranieri un accesso alla giustizia. Ciò che guidò il pretore verso queste nuove procedure, oltre alle mutate esigenze economiche, fu anche la nascita di un nuovo senso di giustizia, che si tradusse a volte nel recepimento di regole etiche già esistenti a livello sociale (iudicia bonae fidei); altre volte nella creazione vera e propria di regole di analogo contenuto<sup>197</sup>. Per ciò che attiene l'equity, a titolo orientativo essa costituisce un insieme di soluzioni, principi e istituti di origine giurisdizionale, elaborati a scopo integrativo o correttivo del diritto vigente, in quanto ritenuti più giusti e conformi alle esigenze dei tempi<sup>198</sup>. Si trattò non solo di regole, ma soprattutto di soluzioni specifiche non abrogative del sistema di regole di common law (tant'è che tutt'oggi coesistono). L'autorità da cui proviene detto sistema è il Lord Chanchellor, ossia il primo collaboratore del re, non annoverabile tra gli organi giurisdizionali. Lo stato in cui egli iniziò la usa creazione dell'equity era una monarchia e politicamente, essendo collaboratore del re, probabilmente aveva più forza del pretore, ma il suo unico compito inizialmente era quello di rilasciare i cd writs, grazie ai quali gli interessati potevano far valere i loro diritti dinanzi alle corti regie e ottenere sentenze a riguardo. Tuttavia nel 1285, lo Statute of Westminster vietò la concessione di nuovi writs o la modificazione di quelli esistenti (lasciava al chanchellor un ristretto margine di discrezionalità). Questa

\_

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> Sul punto si veda G. PUGLIESE, "lus honorarium" a Roma ed "equity"nei sistemi di common law, in Riv. trim. dir. e proc. civ. 1988, p. 1105 e ss, il quale nel suo contributo raffronta le due esperienze evidenziando punti di contatto ed elementi distonici.

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> L'Inghilterra a partire dal XV secolo entrò in una di quelle fasi di accelerazione della storia che sono destinate a mettere in crisi il sistema giuridico vigente. Entrò in pieno nel circuito mercantile europeo ed importò dal continente gli ideali e gli atteggiamenti della cultura umanistica che misero in evidenza le lacune del common law. Di fronte ad una domanda di giustizia che non trovava udienza presso le Corti di Westminster, la valvola di sfogo fu il ritorno alle prerogative del sovrano che, oberato di lavoro iniziò a delegare al Cancelliere. Sull'evoluzione dell'equity si veda Sistemi Giuridici Comparati, in Trattato di diritto Comparato, diretto da R. SACCO, 1996, p. 47 e ss.

chiusura inaugurò probabilmente l'inadeguatezza del diritto rispetto ai mutamenti che man mano sopravvennero nella società e contribuì a indurre il re e il chanchellor a quegli interventi che alla fine diedero vita all'equity<sup>199</sup>. E' bene a questo punto procedere con un'altra precisazione, valida poi a comprendere il parallelismo con la mediazione. Dunque ciò che accomuna i sistemi analizzati sino ad ora è che essi assurgono a dignità di formanti normativi nuovi, ferma restando la distinzione tra il pretore, organo giurisdizionale vero e proprio, e il Lord Chanchellor, non intrinsecamente dotato di iurisdictio.

Ora, il formante giurisprudenziale esiste anche nel nostro ordinamento. Nei sistemi civilistici sappiamo che l'opera creativa dei giudici si estrinseca attraverso l'interpretazione e l'applicazione del diritto. A prima vista non sembrerebbe trattarsi di un'attività creativa, in realtà però con le operazioni appena descritte i giudici apportano volta per volta sia pure un minimo di mutamento che viene ad accrescersi man mano che si sedimentano pronunzie simili. Viene ad operarsi un mutamento graduale che però rimane armonico con i principi generali del nostro ordinamento. Lo stesso accade quando la norma assegna al giudice la possibilità di pronunciarsi secondo equità. Il meccanismo appena delineato è ovviamente differente da quello dello ius honorarium, nell'ambito del quale l'opera creativa appariva più radicale. Meno differenze invece si possono riscontrare tra la common law e l'equity. L'opinione diffusa tra i giuristi è quella per la quale nei sistemi di common law il diritto sia "judge made", in quanto appunto una creazione dei giudici. Ma allora in cosa si differenzia rispetto all'equity? L'equity è creazione libera di diritto, senza che operi il limite del precedente che nei sistemi di common law è vincolante.

Veniamo ora al parallelismo con la situazione italiana. Abbiamo lamentato sino ad ora la circostanza per la quale il legislatore italiano ha deciso di non importare il

-

<sup>&</sup>lt;sup>199</sup> Si veda sul punto N. MONTICELLI, *Equità ed Equity a confronto: esperienze ordinamentali di civil law e di common law,* in Giust. Civ. 2003, p. 549 e ss, il quale identifica l'equity alla stregua di una fonte del diritto vera e propria, di matrice giurisprudenziale, indice rilevatore del pragmatismo tipico delle popolazioni anglosassoni, molto attente alle valutazioni dei casi concreti. Essa si è contraddistinta, rispetto alle altre fonti, perchè attenta alla tutela della quaestio nella sua dimensione più intima. Interessante è la distinzione rispetto alla common law: nell'ambito di quest'ultima la giustizia è concessa e la rigidità delle forme processuali ne è la prova; per ciò che attiene l'equity la giustizia in questo caso è reclamata dal basso verso l'alto.

modello della mediation, libera e svincolata dal rispetto delle norme di diritto, creando una specie di ibrido malfunzionante. Addirittura quando è contravvenuto alle indicazioni di un mediatore neutrale e lo ha coinvolto nel conflitto, dandogli la possibilità di formulare una proposta, lo ha fatto limitando questi poteri al rispetto delle norme imperative. Questo perché, come ormai è noto, la mediazione si è sviluppata in un'altra tradizione, nell'ambito della quale non si pone il problema dell'inderogabilità di talune norme di diritto. Nel nostro sistema questo problema si pone. A differenza dei precedenti di common law, che seppur vincolanti non sono inderogabili, da noi esistono delle norme che non è consentito derogare ne al giudice ne all'autonomia privata. Non si capisce dunque perché si sarebbe dovuto attribuire un potere di questo tipo al mediatore. E quindi la scelta di vincolare la proposta del mediatore ai parametri suddetti non è probabilmente così goffa. Neanche l'intento deflattivo, come unico intento dichiarato è goffo<sup>200</sup>. Perché se la direttiva doveva essere recepita in un paese come il nostro, non si capisce in quale altro modo sarebbe dovuto intervenire il recepimento se non appunto giustificato da questo intento deflattivo. Magari un ragionamento diverso può essere fatto per l'obbligatorietà della mediazione che passiamo ora ad analizzare.

#### 4. L'obbligatorieta' della mediazione

Già in precedenza abbiamo avuto modo di definire il modello italiano di mediazione come uno strumento caratterizzato da una serie di ambiguità di fondo. Esse derivano dalla circostanza per la quale le disposizioni del D. Lgs. 28/2010, in

.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> C'è chi ritiene che sia scorretto pensare che il malfunzionamento della giustizia sia il presupposto per lo sviluppo dei metodi alternativi. La volontarietà delle parti che decidono di affidarsi alla conciliazione è il principale requisito e presupposto per il successo della procedura alternativa. Se la prima finalità naturale della mediazione fosse deflattiva, perché vietare il ricorso per i cd. diritti indisponibili, una volta che si sia assicurata l'imparzialità e la competenza del mediatore? Sul punto si veda A. ROSA, *Il processo come mezzo normale di risoluzione delle controversie,* in Futuro, Giustizia, Azione Collettiva, Mediazione, a cura di G. CONTE e V. VIGORITI, Torino 2010, p. 477 e ss.

maniera più spiccata nella sua versione originaria, hanno delineato uno strumento tendenzialmente autoritativo, a dispetto di quella mediazione "soft" auspicata a livello europeo. Ovviamente alla base della scelta di questo modello vi sono delle motivazioni che attengono la particolare situazione italiana. Il fenomeno dell'eccessiva durata dei processi, porta con sé non solo la frustrazione del diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi, garantito a livello costituzionale, ma anche un abbattimento consistente della ricchezza collettiva, poiché, come abbiamo avuto modo di vedere quando abbiamo analizzato i dati nell'introduzione al lavoro, oltre alle condanne ai risarcimenti per violazione del principio della ragionevole durata del processo, l'Italia è indirettamente frustrata dal numero sempre minore di investitori stranieri, respinti dalla situazione del sistema giustizia. La scelta del modello autoritativo è stata allora dettata nel nostro paese dalla consapevolezza della necessità di strumenti nuovi che agiscano in chiave deflattiva del contenzioso, per ricollocare l'Italia in una posizione dignitosa all'interno delle statistiche europee e mondiali, prima fra tutte, quella del Doing Business.

Abbiamo analizzato, nel paragrafo che precede, una delle due macro-deviazioni rispetto al paradigma della *mediation*, operate a seguito del recepimento della direttiva comunitaria. Abbiamo valutato l'incompatibilità della mediazione aggiudicativa con l'autonomia tipica del modello della *mediation*, ma abbiamo anche evidenziato come a seguito del "decreto del fare" il *ruolo facilitativo* del mediatore sia tornato ad essere favorito <sup>201</sup>. Abbiamo svolto poi delle considerazioni sul contesto culturale nell'ambito del quale si è innestato questo tipo di mediazione, proponendo una visione non più tutta negativa dell'intento deflattivo. Ci apprestiamo ora ad analizzare la seconda deviazione dal paradigma comune della mediazione, ossia quella realizzata con l'introduzione della mediazione obbligatoria <sup>202</sup>. Essa, ad una prima lettura, rappresenta l'emblema

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> Il decreto del fare è stato convertito nella Legge n. 98 del 9 agosto 2013.

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> La mediazione obbligatoria è quella imposta dalla legge a pena di improcedibilità della domanda giudiziale. L'art. 5 del decreto è diventata la fonte cui guardare per ricostruire la disciplina dei rapporti tra il procedimento di mediazione eil processo civile. Sul punto si veda G. BATTAGLIA, La nuova mediazione obbligatoria e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso, in Riv. dir. proc. 2011, p. 126 e ss; il decreto sulla mediazione persegue un intento deflattivo perché la mediazione viene considerata alla stregua di uno strumento pubblico diretto

delle esigenze deflattive. Per il tramite della forzosa imposizione di uno strumento che per definizione è libero, il legislatore avrebbe contribuito a rendere i cittadini edotti non solo dell'esistenza ma anche e soprattutto dei vantaggi che la mediazione può sortire. Dato questo incoraggiato dai numeri, se si pensa che il 77% dei procedimenti attivati dal marzo del 2011, afferivano alle materie per le quali il tentativo di mediazione era obbligatorio.

Prima di analizzare alcune delle peculiarità dell'istituto è opportuna una digressione sulle vicende alterne e travagliate che hanno caratterizzato la vita di questo tipo di mediazione (della quale, probabilmente, non si può fare a meno e vedremo anche il perché). La mediazione obbligatoria, che costituiva il baricentro stesso dell'intera disciplina sulla mediazione introdotta con il decreto  $28^{203}$ , è stata al centro di un tesissimo dibattito del mondo accademico e della classe degli avvocati poiché considerata alla stregua di un tentativo da parte del legislatore di imporre la cultura della conciliazione, a discapito sostanzialmente del diritto "costituzionalmente garantito" di accedere alla tutela giudiziale per la tutela dei propri diritti e interessi. Tant'è vero che a due anni dalla sua entrata in vigore, la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 comma 1 *bis* è stata dichiarata incostituzionale <sup>204</sup>. Sebbene, infatti, le finalità deflattive dell'istituto fossero

a rimediare alla crisi della giustizia. Di fatto non dovrebbe essere così: essa riaponde ad esigenze di giustizia e legalità, soprattutto legate ai traffici quotidiani. Risponde dunque ad una domanda di giustizia che rimarrebbe inascoltata. Cosi E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea, op. cit.*, p. 653 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> Che la mediazione obbligatoria costituisse il punto nodale del decreto sulla mediazione civile e commerciale è stato sempre sottolineato; sul punto si veda M. MARINARO, *Mediazione civile: confronto in Parlamento per uscire delle secche dell'obbligatorietà*, in Guida al Diritto, n. 31 del 2013, p. 14 e ss, il quale afferma che la mediazione obbligatoria realizzava l'intento del legislatore di raggiungere l'intento deflattivo e dunque di riequilibrare fisiologicamente il rapporto tra la domanda e l'offerta di giustizia.

Mi riferisco in particolare alla sentenza della Corte Costituzionale, 6/12/1012, n. 272, la quale rappresenta uno dei provvedimenti più attesi nella storia della mediazione. Essa ha dichiarato incostituzionale la mediazione obbligatoria sotto il profilo dell'eccesso di delega così, in apparenza, evitando di entrare nel merito della questione della violazione dell'art. 24 della Costituzione. A sollevare la questione di costituzionalità fu per primo il TAR Lazio, con ordinanza del 12/04/2011. Detta ordinanza evidenziava il contrasto della disciplina in esame rispetto agli art. 24 e 77 della Costituzione. In particolare la violazione dell'art. 24 sarebbe sussistita in quanto le disposizioni in esame "determinano una incisiva influenza da parte di situazioni preliminari e pregiudiziali sull'azionabilità in giudizio di diritti soggettivi e sulla successiva funzione giurisdizionale, su cui lo svolgimento della mediazione variamente influisce"; per ciò che attiene

apprezzate da più parti<sup>205</sup>, il previo esperimento della procedura di mediazione obbligatoria venne da taluno qualificato alla stregua di un inutile aggravio di tempi in una situazione già collassata. La pronuncia d'incostituzionalità però, ha rinunciato ad entrare nel merito della questione della violazione presunta dell'art. 24 della Costituzione; la Corte sembra non aver preso alcuna posizione in merito alla bontà dell'istituto e alle censure del TAR Lazio, che invece miravano dritto al cuore dello stesso. Questo dato rappresenta senza dubbio un primo spunto di riflessione. Taluno in dottrina ha riferito della sussistenza del fenomeno dell' *indifferenza dei giudici rispetto al conflitto*. Se le ordinanze del TAR Lazio avevano messo in discussione il cuore del sistema, i giudici costituzionali sembravano essersi disinteressati della questione<sup>206</sup>. In realtà essa ha avuto pesanti conseguenze sulla normativa immediatamente successiva, accolta con favore sia da chi sosteneva la violazione del diritto di azione, sia dai sostenitori della

invece la violazione dell'art. 77, il TAR Lazio aveva evidenziato da un lato il silenzio del legislatore delegante in tema di obbligatorietà, dall'altro il contrasto con i criteri fissati dalla legge 69/2009. Sul punto si veda F. RUSSO, Mediazione civile-i paralipomeni alla batracomiomachia. Proposte per una nuova conciliazione, in www.judicium.it; A. BUSACCA, Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea: è incostituzionale la mediazione obbligatoria, in Contratti 2013, p. 241 e ss. Ancora sul punto si veda F. P. LUISO, Il quadro degli ADR in Italia nel biennio 2011-2012, in Sesto Rapporto sulla diffusione della Giustizia Alternativa in Italia, Isdaci, 2013, p. 129 e ss. il quale ha ribadito come la Corte ha però rinunciato ad entrare nelle questioni di merito sollevate dal TAR Lazio (Roma 12 aprile 2011, n. 3202), fondando la dichiarazione di incostituzionalità sull'eccesso di delega. Detti motivi d'incostituzionalità mostravano un fraintendimento della mediazione, vista come un rimedio aggiudicativo, come un ripiego necessario alla carenza di risorse. In partica, nonostante i tentativi di diffondere la cultura della mediazione, non è stato correttamente inteso dal legislatore il fondamento di detti mezzi. Pertanto non vi sarebbe da stupirsi in caso di scarsa diffusione.

L'impatto della mediazione obbligatoria era stato stimato, al momento della sua entrata in vigore, come potenzialmente molto significativo e questo non per il carico pendente, bensì per i procedimenti nuovi caratterizzati, per loro natura, dal doppio parametro dell'elevato tasso di litigiosità e della migliore opportunità di ragionare in termini di composizione di interessi. Sul punto si veda A. IANNINI, *Quali prospettive per la mediazione?*, in Quarto Rapporto Isdaci, p. 123 e ss.

<sup>206</sup> Sul punto si veda C. GAMBA, *La Corte Costituzionale e la mediazione: un giudice "indifferente al conflitto" o una corte che tace?*, in La nuova Giur. Civ. comm. 2013, p. 350 e ss, la quale riferisce di una indifferenza che in questo caso è solo apparente. Le reali motivazioni della pronuncia non si evincono dai ragionamenti, tuttavia il fatto che alla sentenza in esame abbia fatto seguito la riscrittura del decreto, reca in sé le ragioni della non indifferenza. Dopo la sentenza, molto semplicemente, la mediazione è tornata a rispecchiare i valori della libertà e della volontarietà.

mediation "free" anglosassone. Questo dipende del fatto che la pronuncia della Corte, attesa per ben due anni, ha travolto, insieme alla disposizione dell'art. 5 comma 1, tutta una serie di norme collegate all'obbligatorietà, ma non solo ad essa. Mi riferisco in particolare alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 8 e dell'art 13 del decreto sulla mediazione 207. Entrambi gli articoli costruivano un apparato sanzionatorio per coloro i quali non avessero preso parte al procedimento di mediazione senza giustificato motivo o avessero rifiutato la proposta del mediatore poi rivelatasi vantaggiosa. Essi pertanto rappresentavano degli strumenti di coazione indiretta, tesi a responsabilizzare le parti, ed erano rivolti non solo alla mediazione obbligatoria, bensì alla mediazione in generale. All'indomani della pronuncia della Corte, questa torna ad essere libera<sup>208</sup>, almeno fino all'intervento del "decreto del fare" (n. 69/2013, convertito poi nella legge n. 98/2013). Difatti, nonostante l'onda di opposizione nei confronti dell'istituto in questione, esso ha dato prova della sua notevole resistenza. Tant'è che la Legge n. 98/2013, ha ripristinato il sistema della mediazione obbligatoria e ha finito per modificare anche altri aspetti della mediazione (tra questi si pensi alla stessa definizione, che, come abbiamo avuto modo di vedere a suo tempo, viene identificata come "attività comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole

E' opportuno richiamare il testo dei due articoli. L'art. 8, nella versione originaria, prevede che "dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116 comma 2 del codice di procedura civile. Il giudice condanna la parte costituita che, nei casi previsti dall'articolo 5, non ha partecipato al procedimento senza giustificato motivo, al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato previsto per il giudizio". L'art 13 invece prevede che in caso di corrispondenza tra provvedimento che definisce il giudizio e contenuto della proposta, "il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto".

<sup>&</sup>lt;sup>208</sup> Con la pronuncia d'incostituzionalità la proposta torna ad essere uno strumento al quale il mediatore piò ricorrere adattandola di volta in volta alle esigenze concrete, senza vincoli derivanti dalla sanzione. Ha recuperato la sua funzione di "dispositivo di sblocco" che può essere usato dal mediatore per favorire il percorso verso l'esito positivo della procedura di mediazione. Sul punto si veda sempre C. GAMBA, *op.cit.* p. 350 e ss.; M.BOVE, *La mancata comparizione di fronte al mediatore*, in Società, 2010, p. 759 e ss.

per la composizione della controversie, *anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa*"). Essa in pratica ha ribadito l'esistenza di un principio chiave in tema di ADR, ovvero quello della "pertinenza della mediazione obbligatoria al sistema giustizia"<sup>209</sup>. E questo è tanto più vero quando si pensa che essa può addirittura entrare all'interno del processo, per il tramite della *mediazione delegata*. Difatti il nuovo comma 2 dell'art. 5 prevede che il giudice possa "disporre l'esperimento del procedimento di mediazione", che, in tal modo, diviene condizione di procedibilità anch'esso. La mediazione demandata diviene così una preziosa opportunità che il sistema ha elaborato per cittadini e imprese, per superare la situazione stagnante in cui versa. E questo non solo in chiave deflattiva del contenzioso, bensì quale occasione di recupero di valori che una società civile dovrebbe tener presenti, quali responsabilità, consapevolezza, confronto e, alla fine, incontro<sup>210</sup>.

La sfida del legislatore è quella di suscitare un cambio di prospettiva che abitui i cittadino all'utilizzo della mediazione. Detto cambio di prospettiva è stato basato sulla selezione delle liti che si prestano ad essere mediate rispetto a quelle che, per la complessità tecnica o per l'insuperabile conflittualità non possono essere che decise dal giudice. Perché proprio per le materie enucleate dal decreto fu prevista in origine la mediazione come condizione di procedibilità? Nella relazione illustrativa al decreto il legislatore aveva specificato come si trattasse di materie caratterizzate da conflittualità elevata (, divisione e successioni ereditarie e diffamazione a mezzo stampa), di controversie riguardanti rapporti duraturi nel

La mediazione obbligatoria è una parte del sistema giustizia. Sul punto si veda P. LUCARELLI, La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti, in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>, la quale ritiene che l'obbligatorietà della mediazione non rappresenti una limitazione negativa del diritto alla tutela giurisdizionale, bensì una sorta di imposizione all'individuo di fare esercizio della sua volontà nella scelta della soluzione.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Sul punto si veda M. MARTELLO, *Il giudice civile di fronte alla mediazione. La cultura ed il significato della mediazione nella società moderna*, in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>, la quale si sofferma sul ruolo della magistratura e sul ruolo promotore dei giudici, chiamati ad interventi legittimi ma creativi, che giudica migliori rispetto agli interventi legislativi. E questo perchè i giudici sono uomini di cultura, rispetto invece al dubbio livello culturale dei mediatori. E questo rappresenta una nota dolente della normativa, se si pensa che la mediazione rappresenta una giustizia di prossimità, e non una giustizia minore. Agli stessi magistrati la mediazione può peraltro tornare molto utile.

tempo tra le parti (diritti reali, condominio e locazioni) e di controversie diffuse (contratti bancari, assicurativi e finanziari). In tutte queste ipotesi si ritenne che il modello impositivo avesse potuto sgravare pesantemente i ruoli dei tribunali. Una prima obiezione in proposito può essere mossa, non tanto e non solo alle materie, ma proprio al metodo. Pur tenendo conto dell'eventuale bontà della stessa ai fini deflattivi, non sarebbe stato opportuno magari elencare solo quelle materie nell'ambito delle quali non si può mediare perché il nostro ordinamento non lo consente? Mi spiego meglio. Già in precedenza è emerso il problema delle norme imperative, cui ne l'autonomia privata, ne tantomeno l'autorità giudiziaria possono derogare. Con riferimento alla mediazione obbligatoria, il problema viene fuori in tutta la sua "irrisolvibilità". Pensiamo proprio alla materia dei diritti reali o delle successioni. Può l'accordo tra le parti raggiunto in sede di mediazione obbligatoria derogare alle norme sull'usucapione (nell'ambito del quale l'effetto acquisitivo si realizza per legge) oppure sul divieto di patti successori o di patto commissorio? Ciò che intendo dire è che è illogico imporre la mediazione nelle materie presidiate da norme imperative. Si consideri anche che nello stesso articolo 2 del decreto, al comma 1, dice che chiunque può accedere alla mediazione per le controversie vertenti su diritti disponibili. A seguito del decreto del fare, oltre ad aver saggiamente ridotto il favor per la mediazione aggiudicativa, il legislatore ha riequilibrato il sistema per intero. Sebbene, come noto, abbia reintrodotto la mediazione obbligatoria, anche in questa ipotesi ha dimostrato di reintrodurla a titolo di esperimento, per 4 anni. E' stata elaborata la fictio di avveramento della condizione di procedibilità, al nuovo art. 5 comma 2, con riferimento alle ipotesi di mancato accordo; infine l'art. 8 prevede ora che al primo incontro il mediatore inviti le parti a valutare l'eventuale inizio del procedimento di mediazione che procede solo in caso di esito positivo<sup>211</sup>. Si è trattato di una soluzione di compromesso, che da un lato ha risposto alle critiche nei confronti della mediazione obbligatoria; dall'altro ha sottolineato l'intento del legislatore di utilizzare tale obbligo solo per diffondere lo strumento. A proposito del tentativo italiano di trasposizione del modello

-

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Per il ridimensionamento dei punti dolenti del decreto, vedi G. RATTI, *La media conciliazione dopo il decreto del fare*, in Le nuove leggi civ. comm. 2014, p. 246 e ss.

anglosassone taluno ha addirittura parlato di "the italian way of mediation", evidenziando come le autorità governative e parlamentari che hanno promosso la mediazione in Italia non hanno avuto ne intuizione culturale, ne lungimiranza pratica, ponendo nel nulla le potenzialità di questo strumento<sup>212</sup>.

## 5. ADR e ODR nei conflitti dei consumatori

A proposito di metodi alternativi di risoluzione delle dispute, non può passare inosservata l'opera promozionale svolta a livello comunitario nel campo della tutela del consumatore, a partire dal Rapporto Sutherland del 1992, il quale prospettava alla Commissione Europea l'opportunità di istituire un Mediatore col compito di favorire la tutela dei consumatori, semplificando le procedure e agevolando la composizione delle controversie. Le controversie tra i consumatori e i professionisti coinvolgono generalmente questioni delicate, legate alla particolare situazione di asimmetria economica, finanziaria e informativa che caratterizza questi rapporti. Tutta la normativa, come noto, è ispirata a esigenze di protezione del *contraente debole* del rapporto contrattuale. Uno degli strumenti che tutelano il consumatore all'insorgere di un conflitto, è quello della cd. *conciliazione paritetica* per la risoluzione delle controversie. Si tratta di un peculiare sistema di ADR che si è sviluppato nel nostro Paese, a partire dal 1989, anno nel quale è stato stipulato il primo protocollo di intesa tra alcune Associazioni dei Consumatori e la allora SIP (ora TELECOM)<sup>213</sup>. A livello

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> Sul punto si veda G. CONTE, *The italian way of mediation,* in Giust. Civ. 2014, p. 163 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Oggi, come emerge dal Quinto Rapporto Annuale del CONSUMER'S FORUM (2014), questa esperienza è ormai radicata attraverso la stipulazione di numerosi protocolli d'intesa tra le Associazioni dei Consumatori e le principali imprese operanti in diversi settori merceologici, tra i quali la telefonia, l'energia, i servizi bancari e finanziari, i servizi postali, idrici, i trasporti, le assicurazioni e il turismo. Le principali caratteristiche di questo sistema di ADR consistono nella gestione della controversia da parte di una commissione paritetica composta da due conciliatori, uno nominato dal Professionista e uno dall'Associazione dei Consumatori, in rappresentanza del consumatore; nella tendenziale gratuità della procedura; nella volontarietà dell'accesso alla procedura e nella non vincolatività dell'esito. Il consumatore può accettare o meno l'esito del procedimento, vale a dire la soluzione della controversia proposta dalla commissione paritetica;

europeo, un precedente importante inerente al tema in esame, è rappresentato dalla cd. Rete Europea extragiudiziale, EEJ-Net (European Extra Judicial Network)<sup>214</sup>. Si tratta di un'iniziativa che adottata con Risoluzione del Consiglio Europeo il 25 maggio del 2000 e che si prefisse di rappresentare un mezzo semplice, efficace ed economico, al servizio degli operatori e dei consumatori per evitare procedimenti giudiziari lunghi, costosi ed incerti. Detta tipologia di conciliazione online in nulla differiva rispetto a quella ordinaria, tranne che nello spazio virtuale in cui si teneva. In Italia il sistema delle Camere di Commercio diede poi attuazione tempestiva a quanto stabilito a livello europeo, tant'è che la Camera di Commercio di Milano nell'ottobre del 2001 già offriva una procedura di conciliazione attivabile mediante domanda online. La rete EEJ-Net è stata attiva fino al 2004 poiché da gennaio del 2005 si chiama European Customer Center. I risultati dell'utilizzo di procedure di questo tipo non furono particolarmente positivi e la causa fu indicata nella scarsa uniformità delle regole dei singoli ordinamenti, tale da rendere diffidente e destabilizzare il consumatore, ma anche l'impresa medio-piccola<sup>215</sup>. Al contempo è senz'altro vero che sistemi di questo tipo richiedono che sia radicata all'interno dei singoli una cultura più pregnante del ricorso a modalità definite "out of court" di risoluzione delle controversie, della quale tuttora, soprattutto per alcuni paesi si dubita. L'unione

se r

se relativo verbale che ha efficacia anche transattiva ai fini della risoluzione della controversia. Questo modello di ADR ha ricevuto l'apprezzamento del Parlamento Europeo, che nel 2011 lo ha indicato tra le "best practices" in materia. Sul punto si veda T. GALLETTO, *Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio*, in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>; sul punto si veda anche V. DENTI, *Giustizia: l'Europa ci insegna le alternative?*, in Impresa e Stato, 1996, p. 145 e ss., il quale, oltre al Protocollo SIP, ricorda anche altre esperienze quali quella dell'Ufficio Reclami della clientela e dell'ombudsman bancario, fino ad arrivare alla legge n. 580 del 1993, che ha disciplinato l'intervento, in questo settore, delle Camere di Commercio.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> Le finalità di questa iniziativa vennero individuate nell'esigenza di consentire ai consumatori europei di stipulare con fiducia contratti con operatori di Paesi membri diversi, contribuendo così alla realizzazione del mercato interno e di incentivare gli acquisti transfrontalieri, specie in seguito all'adozione della moneta unica, anche nelle forme tradizionali, ossia in occasione di viaggi o soggiorni in altri Stati Membri. Tutto questo attraverso un meccanismo piuttosto semplice, fondato sulla creazione di centri di compensazione ad hoc in ogni Stato Membro, cui gli utenti possono rivolgersi e su un organismo centrale con il quali detti centri formano una piattaforma comune. Sul punto si veda C. VACCA', *Il punto su ODR, online dispute resolution,* in I contratti, 2009, p. 1072 e ss.

<sup>&</sup>lt;sup>215</sup> I dati furono evidenziati dal Libro verde della Commissione Europea sulla Revisione dell'acquis relativo ai consumatori, bruxelles 8 febbraio 2007.

europea però ha continuato a dedicare alle ADR una serie cospicua di provvedimenti promuovendo iniziative a favore di questi strumenti

Nel 2011, in linea con la politica generale d'incoraggiamento verso le forme di giustizia alternativa, è tornata nuovamente sull'argomento e ha emanato una Direttiva, la 2013/11/UE (Direttiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE – Direttiva sull'ADR per i consumatori) il cui scopo dichiarato all'art. 1 è quello di alzare il livello di protezione del consumatore tramite procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque, senza al contempo limitare l'accesso dei consumatori agli organi giurisdizionali tradizionali<sup>216</sup>. Essa ha stabilito dunque anche una serie di principi per realizzare soluzioni equilibrate che avvantaggino processi di crescita del mercato interno, tra questi in particolare quello che regola i rapporti rispetto alla disciplina della mediazione obbligatoria di cui al decreto 28/2010. In particolare essa non pregiudica l'applicazione delle norme in materia di mediazione civile e commerciale, quali stabilite all'interno della Direttiva 52/2008/CE, tantomeno quelle con cui gli ordinamenti nazionali hanno recepito questa direttiva, il che dimostra la situazione di sostanziale neutralità delle Istituzioni Europee rispetto a quanto stabilito dai singoli legislatori nazionali<sup>217</sup>. Dimostra dunque anche la

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Art. 1: "L'obiettivo della presente direttiva è di contribuire, mediante il raggiungimento di un livello elevato di protezione dei consumatori, al corretto funzionamento del mercato interno garantendo che i consumatori possano, su base volontaria, presentare reclamo nei confronti di professionisti dinanzi a organismi che offrono procedure indipendenti, imparziali, trasparenti, efficaci, rapide ed eque di risoluzione alternativa delle controversie. La presente direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che prevede l'obbligatorietà di tali procedure, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario".

Nel considerando n. 19 si dice che "Alcuni atti giuridici dell'Unione in vigore già contengono disposizioni relative all'ADR. Per garantire la certezza giuridica è opportuno prevedere che, in caso di conflitto, prevalga la presente direttiva, salvo qualora sia espressamente previsto altrimenti. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe pregiudicare la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, che definisce già un quadro di riferimento per i sistemi di mediazione a livello di Unione per quanto concerne le controversie transfrontaliere,

neutralità rispetto alla scelta della mediazione obbligatoria, sebbene non sia stata prevista a livello comunitario. In buona sostanza la Direttiva ha lasciato agli Stati membri la facoltà di decidere se gli organismi ADR possano imporre o meno una soluzione della controversia. Tuttavia, per agevolare l'accesso dei consumatori ai sistemi ADR, sarebbe necessario che i modelli processuali siano comunque uniformati. Le uniche imposizioni che risultano sono quelle relative alla non obbligatorietà di assistenza dell'avvocato, alla gratuità o quanto meno ai costi contenuti e ai termini entro i quali si deve svolgere il procedimento. Il riferimento immediato è infatti all'art. 9 della Direttiva che, nell'ipotesi di ADR facilitativa, stabilisce la libertà delle parti di ritirarsi dalla procedura e di accettare o meno la proposta, e riferisce della possibilità che resta impregiudicata di adire l'autorità giudiziaria; nell'ipotesi di ADR aggiudicativa, invece, non prevede sanzioni per la mancata accettazione e precisa che l'accordo per sottoporre la controversia ad ADR non è vincolante se fatto prima dell'insorgere della stessa, sottolineando la vessatorietà dello stesso.

Con Legge n. 154/2014 del 7 ottobre, il Parlamento ha delegato al Governo il recepimento della Direttiva sulle ADR nei contratti con i consumatori, il quale è intervenuto con il D.Lgs. n. 130 del 6 agosto 2015 a dare attuazione alla Direttiva sull'ADR per i consumatori. Esso ha sostituito la disposizione dell'art 141 del codice del consumo con una nuova disposizione; ha introdotto il titolo II bis al suddetto codice, composto dagli articoli 141 bis e ss, fino al decies e ha

senza impedire l'applicazione di tale direttiva ai sistemi di mediazione interna. La presente direttiva è destinata a essere applicata orizzontalmente a tutti i tipi di procedure ADR, comprese le procedure ADR contemplate dalla direttiva 2008/52/CE"; sul punto si veda E. M. APPIANO, "ADR e ODR per le liti consumeristiche nel diritto UE", in Contr. e Impr. Europa, 2013, p. 965 e ss, il quale, nel commento alla Direttiva, afferma che essa ha voluto dare agli Stati il compito di assicurare che ogni controversia consumeristica abbia accesso alla procedura ADR, garantendo altresì una copertura settoriale e geografica totale, mediante l'istituzione di un "organismo ADR de residuo", cui viene demandata la trattazione di tutte le controversie per le quali nessun altro apposito organismo risulta competente; si veda anche E.M. APPIANO, "La disciplina comunitaria della conciliazione in materia civile e commerciale. La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e commerciale", in Contratto e Imp. Europa, 2009, p. 300 e ss; si veda ancora I. AMBROSI, "Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie. Creazione di una rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e la risoluzione delle controversie transfrontaliere", in Giur. It. 2005, p. 6 e ss.

modificato una serie di disposizioni inerenti sempre le procedure ADR. Il decreto deve ancora essere convertito in legge ed è entrato in vigore a settembre. Sembra che le raccomandazioni della legge delega e prima ancora della direttiva siano state sostanzialmente rispettate. E questo anche quando, nelle definizioni fornite al nuovo art. 141 del codice del consumo, al comma 4 prevede che "Le disposizioni di cui al presente titolo, si applicano alle procedure volontarie composizione extragiudiziale per la risoluzione, anche in via telematica, delle controversie nazionali e transfrontaliere, tra consumatori e professionisti residenti e stabiliti nell'Unione europea, nell'ambito delle quali l'organismo ADR propone una soluzione o riunisce le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole...". Il riferimento immediato operato da questo articolo alle controversie telematiche introduce ad un altro tema che merita attenzione all'interno del presente lavoro. Mi riferisco alle ODR (online dispute resolution). Infatti, connesso alla Direttiva sulle ADR è il Regolamento ODR (Regolamento UE n. 524/2013 del 21 maggio 2013, che dovrebbe entrare in vigore a partire dal 9 gennaio 2016), con il quale si istituisce una piattaforma digitale unica per tutta l'Unione Europea, alla quale verranno indirizzati i reclami online nella materia dei consumatori. Questa piattaforma provvederà a trasmettere, sempre in via telematica, il reclamo all'organismo scelto dalle parti ovvero a quello individuato dalle competenti autorità nazionali. ADR consumatori e ODR sono due misure inscindibili e che non possono essere distinte neanche sotto il profilo del procedimento o delle finalità, poiché le ODR rappresentano praticamente il passaggio per l'accesso alle ADR <sup>218</sup>. Esse potrebbero essere inquadrate nell'ambito della serie di strumenti di gestione delle sopravvenienze contrattuali, elaborate in nome del principio di conservazione del contratto. Le controversie

-

<sup>&</sup>lt;sup>218</sup> Si veda sul punto il *considerando* 12 della Direttiva: "La presente direttiva e il regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013 relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori 5, costituiscono due strumenti legislativi interconnessi e complementari. Il regolamento (UE) n. 524/2013 prevede l'istituzione di una piattaforma ODR che fornisce ai consumatori e ai professionisti un unico punto di accesso extragiudiziale per la risoluzione delle controversie online, attraverso organismi ADR che sono collegati alla piattaforma e offrono un'ADR tramite procedure ADR di qualità. La disponibilità nell'Unione di organismi ADR di qualità costituisce quindi un presupposto essenziale del corretto funzionamento della piattaforma per ODR".

che possono essere trattate utilizzando la piattaforma, sono sempre le stesse della Direttiva ossia quelle che insorgono tra professionisti e consumatori e derivano da contratti di vendita o di servizi, purchè stipulati online. Tuttavia mentre la direttiva esclude le procedure attivate dal professionista verso il consumatore, il Regolamento consente l'accesso alla piattaforma anche a questo tipo di liti (quando questa evenienza è prevista dallo Stato membro). Ma per questo tipo di controversie allora non si applicherebbero le tutele della Direttiva sul consumatore. In realtà così non è poiché a lavorare sulla piattaforma sono solo gli organismi accreditati dalla Direttiva, che pertanto forniscono uguali livelli di tutela, a prescindere dalle parti coinvolte. Il ricorso alla piattaforma ODR è infatti solo una mera modalità telematica per svolgere una procedura ADR, per cui, tra l'altro, non può pregiudicare l'eventuale successivo procedimento giudiziario.

## Conclusioni: la strada per una formazione diversa

Il presente lavoro di tesi ha rappresentato l'occasione per riflettere sullo stato attuale della diffusione della *cultura della mediazione*, sul *favor conciliationis* diffusosi nel nostro paese e, in generale, per analizzare più da vicino le relazioni che la società moderna instaura tra gli uomini per la durata di questo frangente, che è la vita, della straordinaria imprevedibilità della quale sarebbe ora che tutti maturassimo consapevolezza. Una consapevolezza che si traduce poi nello sviluppo dell'intelligenza emozionale, affettiva e quindi relazionale.

Il discorso aveva preso le mosse dalla constatazione dell'inefficienza del sistema giudiziario nel nostro paese e il racconto della corrispondente crisi economica. In effetti, recenti studi hanno dimostrato che le inefficienze della giustizia civile si ripercuotono sul sistema economico, nella misura in cui l'irragionevole durata dei processi ha creato un vulnus nel sistema di incisività e certezza del diritto. Tutto ciò destabilizza gli operatori economici che, oltre al normale rischio d'impresa, devono sobbarcarsi anche quello legato all'incertezza delle regole a presidio della loro attività.

L'impressione è che la crescita progressiva del livello culturale, inteso in termini di livello di studio, che caratterizza la nostra società e dunque della complessità delle relazioni che siamo chiamati a intrattenere, quali imprenditori, professionisti in generale o anche "semplicemente" come esseri umani, non essendo stata supportata da una maggior cura della *formazione* della persona, come sarebbe stato opportuno, abbia ingenerato un'onda antipatica di prepotenza e la corrispondente necessità di tutelarsi a tutti i costi dal prossimo, alle volte persino quando non ve ne sia alcun bisogno. A tutto ciò si accompagna una considerazione che abbiamo già avuto modo di fare all'interno dell'introduzione. Poiché, al pari del livello culturale, il tenore della vita è aumentato, i singoli tendono ad avvertire come necessaria la realizzazione di bisogni di carattere secondario. Portare avanti a tutti i costi le proprie ragioni camuffate da questioni

di principio, non sempre fa onore a colui che agisce e, al contempo non giova in alcun modo ad un sistema al collasso.

La mediazione *in primis* e tutti gli altri metodi alternativi di risoluzione delle dispute, rappresentano strumenti di un cambiamento che è non solo auspicato ma anche fondamentale nella situazione di crisi profonda della giustizia che stiamo vivendo. Tuttavia è naturale che essi si affermino in maniera graduale, con tutti gli aggiustamenti che di volta in volta necessitano, come peraltro accade per la maggior parte degli istituti giuridici di nuovo conio. In poche parole, il fatto che l'istituto non sia stato completamente delineato sin dai primi interventi e che non possa diffondersi anche nel nostro sostrato culturale, non vuol dire che non aprioristicamente rinunciare alle sue potenzialità. Quello che voglio dire è che una grande opportunità che ci viene fornita non deve essere sprecata solo perché il legislatore era impreparato e al livello culturale regna, oggi come all'epoca del decreto, una situazione di confusione totale.

Gli strumenti alternativi, per quello che credo di aver compreso e consapevolizzato, devono essere intesi alla stregua di operazioni culturali vere e proprie che, per essere affrontate, necessitano, oltre che di percorsi e regole, anche di una profonda innovazione a livello di mentalità. Tant'è vero che si è affermata la tendenza ad invocare l'intervento promotore in materia della magistratura, la quale dovrebbe "arrogarsi" il diritto di guidare il cambiamento culturale cui si aspira. In realtà questo dipende non solo dalla circostanza per cui i giudici, per il lavoro svolto, sono consapevoli delle difficoltà di portare le parti a ragionevolezza, bensì dal fatto che si presume che gli stessi siano uomini di cultura in grado di comprendere la necessità e l'urgenza della diffusione della cultura conciliativa, che, peraltro gli tornerebbe, a un certo momento, parecchio utile. A questo punto, se da un lato l'immaturità della formazione a livello umano ha determinato in un primo momento la crisi della situazione giustizia e la corrispondente diffidenza nei confronti dei metodi alternativi, a mio parere, un altro problema che ha determinato la scarsa diffusione della cultura conciliativa e lo scetticismo nei confronti della bontà del nuovo istituto della mediazione, è

quello della formazione dei soggetti chiamati a risolvere il conflitto, in particolare dei mediatori. Mi spiego meglio.

Quando abbiamo affrontato il tema della proposta del mediatore e delle regole che lo stesso può utilizzare per formularla, abbiamo ipotizzato che se esistesse il limite dell'applicazione della regola giuridica, probabilmente l'operazione di mediazione si tradurrebbe in un'operazione di giustizia minore, dal momento che il meccanismo utilizzato sarebbe quello del giudizio, ma lo stesso resterebbe privo delle garanzie costituzionali che invece gravitano intorno alla figura del giudice. Nell'introduzione del lavoro avevamo prospettato il problema della classe politica che preferisce procedere con la riduzione delle garanzie, piuttosto che con l'immissione di denaro nel sistema. Io credo però che questo ragionamento debba essere condotto più che altro quando si parla delle riforme del processo civile, piuttosto che per gli strumenti alternativi. E' bene chiarire in questa sede che la mediazione non può essere considerata come giustizia minore. Questo tipo di considerazione, insieme a quelle relative all'art. 24 della Costituzione condotte in tema di mediazione obbligatoria (discutibili, se si pensa che l'esistenza del diritto di agire in giudizio, come anticipato all'interno della tesi, non implica l'obbligo di adire il giudice, ma si traduce in una possibilità come un'altra per ottenere giustizia), ne determinano il fallimento. L'operazione d'innovazione a livello culturale presuppone proprio il superamento di questo modo di intenderla; presuppone una ritrovata fiducia nello strumento in questione che può rivelarsi utilissimo alla situazione odierna, purchè però sussistano una serie di condizioni, prima fra tutte quella della formazione. Una formazione congrua del mediatore è funzionale, tra le altre cose, alla fiducia nei confronti di una proposta formulata per il tramite di regole sociali o morali. La circostanza del riconoscimento o della negazione di diritti per il tramite dell'applicazione delle norme giuridiche tende a lasciare, in alcuni casi, la situazione incompleta, poiché agire in questo modo vuol dire lasciare sullo sfondo le motivazioni intime delle parti. Invece è proprio quello che viene lasciato ai margini dal processo che rappresenta il punto di forza della mediazione. Essa va di pari passo alla rinnovata visione della giustizia che abbandona le logiche della conflittualità per indagare nelle ragioni più profonde delle parti in lite. E dunque, prima di rappresentare uno strumento deflattivo,

bisogna tenere a mente la sua valenza in quanto strumento in grado di rappresentare una risorsa per il vivere civile. Essa deve essere pensata come una fase di evoluzione del diritto e di modernizzazione del sistema giustizia, funzionali al recupero della competitività del nostro paese. Tuttavia, se così dev'essere, se stiamo attribuendo al mediatore la facoltà di elaborare una proposta, se stiamo obbligando i soggetti di determinate categorie di controversie a rivolgersi in via preliminare ad un organismo di mediazione, dobbiamo garantire una elevata qualità del servizio. L'impressione è quella che non ci si sia impegnati abbastanza poiché le 50 ore di formazione del mediatore e la circostanza per cui l'avvocato possa esercitare di diritto le funzioni di mediazione, non rappresentano una garanzia di competenza. Mi chiedo chi siano i formatori dei mediatori. Molto spesso si parla delle tecniche di mediazione. Ne abbiamo fatto cenno anche all'interno del lavoro. Ma esistono delle tecniche precise da applicare da parte del buon mediatore? Taluni incoraggiano all'apprendimento delle tecniche del c.d. "getting to yes" da parte dei mediatori, ossia a quelle tecniche che tendono ad assicurare al soggetto che le pratica l'acquisizione del consenso rispetto alle sue proposte. Ma davvero queste tecniche, mi chiedo, fanno parte della cultura di un mediatore? Davvero l'utilizzo di formule e tecniche prestabilite può essere funzionale alla buona riuscita del procedimento? L'educazione a queste tattiche è il risultato dell'obiettivo primario del nostro legislatore, ossia quello di sgravare i tribunali dal carico di lavoro. Ed invece, il mediatore dovrebbe essere sottoposto ad una formazione prolungata e approfondita, che involva materie che lo educhino particolarmente alla salvaguardia degli assetti relazionali tra le parti in gioco, a domare gli istinti e la rabbia e a ragionare nell'ottica di un "nuovo umanesimo", di cui tanto si parla che potrebbe avere un impatto fortissimo nell'evoluzione della convivenza civile, poiché parte dal presupposto che una vittoria è tale quando non comporta la distruzione del prossimo.

Venendo dunque alle risposte agli interrogativi che avevamo posto in sede di introduzione, il *favor conciliationis* nel nostro ordinamento appare giustificato da forti istanze rivolte ad un cambiamento di mentalità e di modalità di gestione dei conflitti, per recuperare efficienza del sistema giustizia e, in generale, per uscire dalla crisi. Non si tratterebbe dunque della sterile trasposizione di modelli

appartenenti a tradizioni diverse, ma andrebbe di pari passo con esigenze di differenziazione e di modernizzazione della giustizia. Per ciò che attiene poi l'intento deflattivo, esso, come abbiamo avuto modo di chiarire all'interno del presente lavoro, rappresenta l'effetto della diffusione della nuova mentalità e non lo scopo che deve essere perseguito nella stesura delle leggi sui metodi alternativi. Tuttavia in merito all'effetto deflattivo, notizie incoraggianti provengono dall'ottavo Rapporto Isdaci, i cui risultati sono stati resi noti in anteprima nel mese di ottobre 2015 dalla Camera Arbitrale di Milano. In generale, in attesa del Rapporto vero e proprio, ciò che è emerso è che nel 2014 le domande ADR sono cresciute del 101% rispetto al 2013. Questo dato, estremamente incoraggiante, denoterebbe il cambiamento in atto. Poco importa che i dati siano relativi all'annata della reintroduzione dell'obbligatorietà della mediazione, seppure in fase sperimentale.

## **BIBLIOGRAFIA**

- G. ALPA, Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie in diritto civile, in Politica del diritto, 1997.;
- G. ALPA, *Un progetto per la giustizia minore*, in Corriere Giuridico, 1992;
- G. ALPA, La circolazione dei modelli di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in Giustizia Civile 1994;
- G. ALPA. L'arbitrato irrituale. Una lettura civilistica dell'art. 808 ter del codice di procedura civile, in Contratto e impresa 2011;
- G. ALPA, S. IZZO, *Il modello italiano di mediazione: le ragioni di un insuccesso*, in Rassegna Forense, 2011;
- I. AMBROSI, Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie.

  Creazione di una rete giudiziaria europea per la tutela dei consumatori e

  la risoluzione delle controversie transfrontaliere, in Giurisprudenza

  Italiana 2005;
- G. AMENTA, Conciliazione e altre forme di negoziazione volontaria e paritaria, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011.
- P. AMERIO, E.M.APPIANO, L.BOGGIO, D.COMBA, G.SAFFIRIO, *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, 2010;
- N. ANDREWS, La giustizia civile inglese e il mondo esterno, in Rivista
   Trimestrale diritto e procedura civile, 2007;

- N. ANDREWS, La doppia elica della giustizia civile: i legami tra metodi privati e metodi pubblici di risoluzione delle controversie, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 2010;
- E. M. APPIANO, *I sistemi ADR nell'ottica del legislatore comunitario*, in Contratto e Impresa Europa, 2009;
- E.M. APPIANO, "La disciplina comunitaria della conciliazione in materia civile e commerciale. La direttiva europea sulla conciliazione in materia civile e comerciale", in Contratto e Impresa Europa, 2009;
- E.M. APPIANO, "ADR e ODR per le liti consumieristiche nel diritto UE",
   Contratto e Impresa Europa, 2013;
- V. ARANGIO-RUIZ, Istituzioni di Diritto Romano, Napoli 1984;
- C. ARRIGONI, Arbitrato irrituale tra negozio e processo, in Rivista
   Trimestrale di diritto e procedura civile, 2007;
- F. ASTONE, commento alle norme sull'interpretazione di buona fede, in Commentario del codice civile (Dei contratti in generale), a cura di E. NAVARRETTA, A. ORESTANO, 2011.
- J. S. AUERBACH, Justice without law? Resolving disputes without lawyers, Oxford University Press, Oxford, 1983.
- F. AULETTA, Arbitro bancario finanziario e sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, in Le società, 2011;
- R. BARBERIO, *Il conflitto: radici e dinamiche storico-culturali*, in Mediazione e conciliazione delle liti. Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato, a cura di R. BARBERIO, D. LUPO, A. SIROTTI GAUDENZI, Experta, Forlì, 2011;

- G. BATTAGLIA, La nuova mediazione obbligatoria e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso, in Rivista di Diritto processuale, 2011;
- N. BELLOCCI, La genesi della litis contestatio nelle legis actiones,
   Modena, 1979;
- F. BENATTI, Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale, in Rivista
   Trimestrale di diritto e procedura civile, 1999;
- C. BESSO MARCHEIS, Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie, in La mediazione civile e commerciale, Besso, Torino 2003.
- C. BESSO, "L'attuazione della direttiva europea n. 52 del 2008: uno sguardo comparativo", in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2012;
- C. BESSO, *La mediazione: definizioni e tipologie*, in La mediazione civile e commerciale, a cura di C. BESSO, 2010, p. 33 e ss.
- P. BIAVATI, "Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione", in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2012;
- P. BIAVATI, *Il nuovo art 808 ter cpc sull'arbitrato irrituale*, in Rivista
   Trimestrale di diritto e procedura civile, 2007;
- A. BISIN, Relazione sulla giustizia in Italia, materiale di discussione preparato per: Riformare l'Italia? Una cospirazione liberista, Giornate nFA, Villa La Pietra, 3-4 Luglio 2008;
- A. BISCARDI, Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana, Editore Cisalpino, Milano 1978.

- S. BOCCAGNA, L'arbitrato irrituale dopo la svolta negoziale della Cassazione, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2004;
- D. BORGHESI, "Prime note su riservatezza e segreto nella mediazione", in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>.
- M. BOVE, La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2011;
- M. BOVE, Evitare il processo?, in www.judicium.it, 2007.
- M. BOVE, "Mediazione civile: una disciplina poco liberale che richiede una visione legata agli interessi", in Giuda al diritto, 2010;
- M. BOVE, "La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civile", in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2001;
- M.BOVE, La mancata comparizione di fronte al mediatore, in Società,
   2010;
- L. BOZZI, Accertamento negoziale e astrazione materiale, Padova, 2000;
- H.S. BROWN e A. MARRIOT, "ADR principles and practice", 2012;
- A. BRUNI, La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno", in Mediares. Semestrale sulla mediazione, 2005;
- E. BRUSCHETTA, Le controversie bancarie e finanziarie, in I contratti, 2010:
- S. BROWN e A. MARRIOT, "ADR principles and practice", 2012;
- A. BUSACCA, Ratio della riforma e coerenza con la disciplina europea:
   è incostituzionale la mediazione obbligatoria, in Contratti 2013;

- C. BUZZACCHI, Sanzioni processuali nelle istituzioni di Gaio: una mappa narrativa per Gai. Inst. 4.171-172, Collana della Rivita di Diritto Romano in www.ledonline.it/rivista diritto romano;
- P. CAMPANILE, L'arbitrato irrituale da negozio innominato a contratto tipico: sviluppo della figura e ipotesi interpretative della nuova disciplina, in Contratto e Impresa, 2006;
- E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in <u>www.judicium.it</u>;
- E. CAPOBIANCO, *I criteri di formazione della proposta c.d.* aggiudicativa del mediatore, in Obbligazioni e contratti, 2011;
- E. CAPOBIANCO, "Dai sistemi di risoluzione alternativa delle controversie nell'ordinamento italo-comunitario alla mediazione in materia civile e commerciale: analisi e prospettive", in Vita notarile, 2011;
- M. CAPPELLETTI, Appunti su conciliatore e conciliazione, in Rivista
   Trimestrale di diritto e procedura civile, 1981;
- M. CARADONNA, L'interpretazione del conflitto nella mediazione, in La mediazione civile, a cura di M. CARADONNA, C. MEZZABOTTA, P. RIVA, Egea, 2011;
- F. CARNELUTTI, Clausola compromissoria e competenza degli arbitri, in Rivista di Diritto Commerciale, 1921;
- G. CASSANO, Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution nell'era di internet, in Giurisprudenza Italiana, 2005;
- E.M. CATALANO, L'abuso del processo, Milano, 2004;
- R. CAVALIERE, Diritto dell'Asia Orientale, Venezia, 2009;

- D. CERRI, Vedi alla voce degiurisdizionalizzazione (trasferimento alla sede arbitrale di procedimenti pendenti), in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>;
- S. CHIARLONI, La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute, in Rivista di Diritto Processuale, 1996;
- S. CHIARLONI, Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2000;
- S. CHIARLONI, Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega in materia di mediazione ex art. 60 legge 69/2009, in <a href="www.judicium.it">www.judicium.it</a>;
- S. CHIARLONI, La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1988;
- S. CHIARLONI, Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo), in Giurisprudenza Italiana, 2000;
- S. CHIARLONI, Appunti sulle controversie deducibili in arbitrato societario e sulla natura del lodo, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2004;
- S. CHIARLONI, Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile, in Giurisprudenza Italiana, 2015;
- M. CIGNA, C. S.G. PIRA, A. CASSIANI ROSCIOLI, La mediazione civile: uno sguardo comparativo, 2013;
- M. G. CIVININI, Mediazione e giurisdizione, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2007;
- L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in Rivista di Diritto Processuale, 2000;

- L.P. COMOGLIO, "Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale", in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2000;
- C. CONSOLO, L'equo procedimento arbitrale nel quadro dell'art. 6 par. I della CEDU, in Rivista di Diritto Civile, 1994;
- C. CONSOLO, La improcrastinabile radicale riforma della legge pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il consiglio d'europa sul rapporto fra Repubblica Italiana e art. 6 Cedu, in Corriere Giuridico, 2010;
- C. CONSOLO e M. STELLA, L'arbitro bancario finanziario e la sua giurisprudenza precognitrice, in Le società, 2013;
- G. CONTE, *The italian way of mediation*, in Giustizia Civile, 2014;
- G. CONTE, Cultura della iurisdictio vs cultura della mediazione: il
  difficile percorso degli avvocati verso i sistemi di ADR, in Mediazione e
  Progresso (persona, società, professione, impresa), a cura di P.
  LUCARELLI e G. CONTE, Milano 2012;
- F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in I contratti, 2006;
- G. COSI, *Conoscere il conflitto*, in Mediazione e Progresso, a cura di P. LUCARELLI e G. CONTE, Milano 2012;
- G. COSI, *Invece di giudicare*. *Scritti sulla mediazione*, 2007;
- G. CRIFO', Arbitrato (diritto romano), in Enciclopedia del diritto, 1958;
- F. CRISCUOLO, *Modello arbitrale e strumenti alternativi alla giustizia*, in Rivista dell'Arbitrato, 2000;

- F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2000;
- F. CUOMO ULLOA, La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti, Pavia, 2008;
- D. DALFINO, Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2013;
- D. DALFINO, *La mediazione tra processo e conflitto*, in Foro Italiano, 2010;
- E. DALMOTTO, L'arbitrato deflattivo dei processi pendenti e la classe forense, in Giurisprudenza Italiana, 2015;
- M. D. DAMASKA, I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo, Bologna, 1991;
- L. D'AMATI, Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare, in Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011;
- F. DANOVI, F. FERRARIS, La cultura della mediazione e la mediazione come cultura, Milano, 2013;
- F. DANOVI, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in Rivista di Diritto Processuale, 2011;
- R. DANOVI, Le ADR e le iniziative dell'Unione Europea, in La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura, a cura di G. ALPA e R. DANOVI, 2004;

- U. DE LUCA, La nozione europea di ADR, in ADR e Mediazione, a cura di M. CORRADINO E S. STICCHI DAMIANI, 2011;
- M. DE LUCA PICIONE, *Cenni storici sulle ADR*, in Storia e profili internazionali della mediazione, Romana Editoriale (temi) 2010;
- V. DENTI, I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative, in Rivista di Diritto Processuale, 1980;
- V. DENTI, Giustizia: l'Europa ci insegna le alternative?, in Impresa e Stato, 1996;
- L. DITTRICH, Il procedimento di mediazione nel D.LGS. N. 28 DEL 4
   MARZO 2010, in Rivista di diritto processuale, 2010;
- G. DOSI, *La mediazione e l'arbitrato irrituale nelle riforme del 2010*, in Contratto e impresa, 2011;
- M. FABIANI, Profili critici del rapporto tra mediazione e processo, in www.judicium.it;
- M. FABBRI, N. CARBONI, Saturn Guidelines for Judicial Time Managment. Comments and implementation examples., Cepej, Strasburg 2012;
- E. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in Rivista dell'Arbitrato, 2002;
- P. FANTOZZI e P. TURI, Manuale di sociologia politica, Roma, 2006;
- F. FERDANI, Metodi ADR: la conciliazione come strumento di risoluzione delle controversie. Profili generali della conciliazione, ruolo del conciliatore e procedimento, in Rassegna dell'avvocatura di Stato, 2007;

- V. FERRARESE, *Il diritto americano e l'imprenditorialità dei privati*, in Politica del diritto, 1995;
- V. FERRARI, Le parti e il rischio nel processo, in A.a.V.v., Accordi di parte e processo, Milano, 2008;
- G. B. FERRI, Decisione negoziale e giudizio privato, in Rivista di Diritto Commerciale, 1997;
- F. FESTI, *L'arbitrato di equità*, in Contratto e impresa 2000;
- G.M. FLICK, La mediazione civile e commerciale: giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?, in www.osservatorioconflitticonciliazione.it;
- M. A. FODDAI, Conciliazione e mediazione: modelli differenti di risoluzione dei conflitti? in Famiglia, persone e successioni, 2011;
- E. GABELLINI, L'autonomia della clausola compromissoria per l'arbitrato irrituale, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2009:
- F. GALGANO, Diritto ed equità nei giudizi arbitrali, in Contratto e impresa, 1991;
- T. GALLETTO, "La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione", in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2013;
- T. GALLETTO, Adr e controversie dei consumatori: un difficile equilibrio, in www.judicium.it;
- C. GAMBA, La Corte Costituzionale e la mediazione: un giudice "indifferente al conflitto" o una corte che tace?, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2013;
- F. GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2013;

- 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 Rivista di Diritto Processuale, 2009;
- M.F. GHIRGA, Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea, in Rivista di Diritto Processuale, 2006;
- C. GIOVANNUCCI ORLANDI, Dal processo all'arbitrato: un'andata con possibile ritorno, in Settimo Rapporto Isdaci;
- G. GORLA, Studio storico-comparativo della common law e scienza del diritto (le forme di azione), in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1962,
- A. GUARINO, Diritto privato romano, Napoli 2004;
- G. GUIZZI, L'arbitro bancario finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'Abf, in Le società, 2011;
- G. IMPAGNATIELLO, *La mediazione civile nella cornice europea*, in Giurisprudenza Italiana, 2012;
- N. IRTI, L'età della codificazione, Milano, 1979;
- M. JULINI, La nuova mediazione nelle controversie civili e commerciali,
   Experta Edizioni, 2012;
- E. T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in Rivista di Diritto Processuale, 1933;
- A. T. LIEBMAN, Norme processuali nel codice civile, in Rivista
   Trimestrale di diritto e procedura civile, 1948;

- F. P. LUISO, *L'arbitrato e la mediazione nell'esperienza contemporanea*, in Quinto Rapporto sulla diffusione della Giustizia Alternativa in Italia, Isdaci, 2011;
- F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro di tutela dei diritti*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2004;
- F.P. LUISO, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in Il giusto processo civile, 2011;
- F. P. LUISO, Appunti sull'arbitrato societario, in Rivista di diritto Processuale, 2003;
- F.P. LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il giusto procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in Giurisprudenza Italiana, 2012;
- F.P. LUISO, Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra
  prassi ed interventi del legislatore, in Quarto rapporto sulla diffusione
  della giustizia alternativa in Italia, ebook a cura di isdaci, Unioncamere,
  Camera di Commercio di Milano, Camera Arbitrale di Milano, 2010,
  www.camera-arbitrale.it;
- M. MARIANELLO, *I procedimenti complementari di risoluzione delle controversie,* in Obbligazioni e contratti, 2011;
- F. MARANO, *Mediazione civile-Il conflitto*, in Quaderni di economia del lavoro/95 *E pur qualcosa si muove... la mediazione verso un cammino professionale*, a cura di S. MOBRICI, Milano, 2012;

- M. MARINARO, Composizione dei conflitti civili e coesione sociale obiettivi da perseguire con gli strumenti alternativi, in Guida al Diritto, 2013;
- R. MARSELLI, A.D. SCANO, M. VANNINI, L'arbitrato alla prova dei dati: un'analisi empirica sui procedimenti amministrati dalla Camera Arbitrale di Milano, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2015;
- MARTONE, Arbiter e arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune, Napoli, 1984;
- M. MAURO, V. ONIDA, G. QUAGLIARIELLO, L. VIOLANTE,
   Relazione Finale del gruppo di Lavoro sulle riforme istituzionali, istituito
   il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica;
- E. MINERVINI, *La disciplina comunitaria della conciliazione in materia civile e commerciale*, in Contratto e Impresa Europa, 2009;
- A. MIRANDA, Le origini della mediazione nell'esperienza inglese, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011;
- N. MONTICELLI, Equità ed Equity a confronto: esperienze ordinamentali di civil law e di common law, in Giustizia Civile, 2003;
- J. MORINEAU, Lo spirito della mediazione, Milano 2000;
- V.P. MORTARI, Arbitrato (diritto intermedio), in Enciclopedia del diritto,
   Milano, 1987;
- L. NADER, Le forze vive del diritto. Una introduzione all'antropologia giuridica, 2003;

- L. NADER, Giustizia, diritti umani e sentimento d'ingiustizia, in www.ledijournals.com;
- G. NAVARRINI, Riflessioni a prima lettura sul nuovo arbitrato deflattivo, in www.judicium.it;
- J. NEVIA-FENOLL, *La mediazione: un'alternativa ragionevole al processo?*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2013;
- G. OBERTO, Il programma di Strasburgo del Tribunale di Torino e le direttive del Groupe de Pilotage Saturn della Cepej: breve raffronto, in <a href="https://www.giacomoberto.com">www.giacomoberto.com</a>;
- R. ORTU, Il giudice privato nel processo civile romano, Omaggio ad Alberto Burdese, a cura di L. GAROFALO, 2012;
- S. PATTI, Diritto civile e diritto processuale civile: frammenti di un percorso, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2013;
- S. PATTI, La ragionevolezza nel diritto civile, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2012;
- C. PELLOSO, "Giudicare" e "Decidere" in epoca romana arcaica, in Il giudice privato nel processo civile romano, omaggio ad ALBERTO BURDESE, a cura di L. GAROFALO, 2012;
- A. PERA, *Introduzione ai modelli ADR*, *profili storico-comparatistici*, in Mediazione e conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011;
- V. PIERGIOVANNI, Profili storici dal diritto romano al diritto medievale
   e moderno, in L'arbitrato. Profili sostanziali. Rassegna coordinata da G.

- ALPA, Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale, Torino 1999;
- P. PORRECA, Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giurisdizionale dei diritti. La mediazione e il processo civile: complementarietà e coordinamento", in Società, 2010;
- G. PUGLIESE, Giudicato (Storia), in Enciclopedia del diritto, 1987;
- G. PUGLIESE, "Ius honorarium" a Roma ed "equity"nei sistemi di common law, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1988;
- C. PUNZI, Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa "contrattualità-giurisdizionalità" dell'arbitrato, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2014;
- C. PUNZI, Le nuove frontiere dell'arbitrato, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2015;
- C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in Rivista di Diritto Processuale, 2009;
- C. PUNZI, "Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie", in Rivista di Diritto Processuale, 2009;
- G. RATTI, *La media conciliazione dopo il decreto del fare*, in Le Nuove Leggi Civili Commentate, 2014;
- P. RESCIGNO, Interessi e conflitti nella famiglia: l'istituto della "mediazione familiare", in Giurisprudenza Italiana, 1995;
- J. RESNIK, Risoluzione alternativa delle controversie e processo: uno

- sguardo alla situazione nordamericana, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1997;
- G. F. RICCI, Dalla transigibilità alla disponibilità del diritto. I nuovi orizzonti dell'arbitrato, in Rivista dell'Arbitrato, 2006;
- G. F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2003;
- C. RINALDINI, *Nascita e sviluppo della mediazione familiare in Inghilterra*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2011;
- L. RISTORI, La mediazione tra pratica del conflitto e cultura del confronto, in Mediazione e Progresso, 2012;
- P. RIVA, Che cos'è la mediazione civile, in La mediazione civile, a cura di M. CARADONNA, C. MEZZABOTTA, P. RIVA, Egea 2011;
- A. ROSA, Il processo come mezzo normale di risoluzione delle controversie, in Futuro, Giustizia, Azione Collettiva, Mediazione, a cura di G. CONTE e V. VIGORITI, Torino 2010;
- R. SACCO, Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto, Editore Il Mulino, 2007;
- R. SACCO, Sistemi Giuridici Comparati, in Trattato di diritto Comparato, diretto da R. SACCO, 1996;
- G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, 1982;
- V. SALE, Media conciliazione e piccole e medie imprese: strumenti e soluzioni per lo sviluppo, in Temi di Mediazione, Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie (ADR), 2011;

- F.E.A. SANDER, richiamato da A. PERA, *Introduzione ai modelli ADR*, *profili storico-comparatistici*, in Mediazione e Conciliazione. Diritto interno, comparato e internazionale, a cura di A. PERA e G. M. RICCIO, 2011;
- Cosi Trib. Di Venezia, decreto del Presidente 10 aprile 2008, con nota di V. SANGIOVANNI, in I contratti, 2008;
- V. SANGIOVANNI, Regole procedurali e i poteri decisori dell'ABF, in www.judicium.it;
- V.S. SATTA, "Dalla conciliazione alla giurisdizione", in Rivista di Diritto Processuale, 2009;
- A. SCIALOJA, Gli arbitrati liberi, in Rivista di Diritto Commerciale, 1992;
- A. SCARPA, *Abuso del processo: clausola generale o pleonasma?*, in Contratto e Impresa, 2012;
- M. SEGATTI, "Accuratezza e costi: note sull'analisi economica della giustizia civile", in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2013;
- F. SHAUER, Di ogni erba un fascio. Generalizzazioni, profili, stereotipi nel mondo della giustizia, Edizioni il Mulino, 2008.
- E. SILVESTRI, Osservazioni in tema di strumenti alternativi per l risoluzione delle controversie, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1999;
- E. SILVESTRI, Le alternative al processo civile nell'esperienza statunitense, in Foro italiano, 1987;

- E. SILVESTRI, La "Court-annexed arbitration": un nuovo rimedio per un vecchio problema, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1995;
- N. SOLDATI, L'arbitro bancario finanziario della Banca d'Italia, in I contratti, 2009;
- A. SOMMA, *Autonomia privata*, in Rivista di Diritto Civile, 2000;
- P. SRAFFA, Compromessi e lodi stabiliti tra industriali senza le forme dei giudizi, in Rivista di Diritto Commerciale, 1907;
- M. TALAMANCA, Processo civile (diritto romano), in Enciclopedia del diritto, Milano, 1987;
- M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in Rivista
   Trimestrale di diritto e procedura civile, 1997;
- M. TARUFFO, Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 1999;
- G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile*, in Rivista di Diritto Processuale, 2001;
- R. TISCINI, La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei DM nn. 180/2010 e 145/2011, Torino 2011;
- R. TISCINI, *Il procedimento di mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, in www.judicium.it;
- A. TONARELLI, Dalla gestione del conflitto alla regolazione sociale, in Mediazione e Progresso, Milano, 2012;

- C. VACCA', La direttiva sulla conciliazione: un'occasione mancata? in I Contratti, 2008;
- C. VACCA', *La mediazione delle controversie*, a cura di VACCA' e M. MARTELLO, Milano, 2010;
- C. VACCA', *Il punto su ODR, online dispute resolution,* in I contratti, 2009;
- G. VECCHIO, Qualche valutazione sulle rilevanti novità in tema di media-conciliazione (una primissima lettura delle motivazioni della decisione della Corte Costituzionale), in Vita Notarile, 2012;
- G. VERDE, Arbitrato irrituale, in Rivista dell'Arbitrato, 2005;
- M. VIETTI, Facciamo Giustizia. Istruzioni per l'uso del sistema giudiziario, Università Bocconi Editore, Milano 2013;
- V. VIGORITI, Ancora a proposito della resistibile crisi del processo civile, in Contratto e Impresa, 2012;
- V. VIGORITI, Europa e mediazione: le sollecitazioni della Commissione, in www.judicium.it;
- L. VIOLA, Arbitrato di prosecuzione dopo la legge sulla degiurisdizionalizzazione, in www.judicium.it;
- C. VOCINO, Schema di una teoria della clausola compromissoria, in Foro italiano, 1932;
- G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge*, Torino, 2009;
- E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione civile nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile, 2010;

- DOING BUSINESS in Italia 2013, Regolamentazioni più efficienti per le Piccole e Medie Imprese. Un confronto tra le regolamentazioni d'impresa in 13 città e 7 porti italiani e quelle di 185 paesi del mondo;
- Evaluation of European Judicial Systems, CEPEJ 2012;
- Corte di Giustizia dell' Unione Europea, sez. IV, sent. 18 marzo 2010, cause riunite C-317/08, C-318/08, C-319/08 e C-320/08, in F. it., 2010, con nota di G. ARMONE e P. PORRECA, "La mediazione civile nel sistema costituzional-comunitario", in Giurisprudenza Italiana, 2010, con nota di C. BESSO, "Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale", e in Corriere Giuridico, 2010, con nota di G.RIZZO, "L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione extragiudiziale in ambito di servizi di comunicazione elettroniche tra operatori di telecomunicazione e utenti finali";
- T.A.R Lazio, sez. I, ord. 12 aprile 2011, in F. it., 2011e Corr. Giur., 2011, con nota di I. Pagni, "Le questioni di legittimità costituzionale sulla mediazione civile e commerciale";
- Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in Foro italiano, 2001;
- Cass., 9 maggio 1955, n. 1324, in Foro Italiano, 1955;
- Cass., 30 marzo 1998, n. 3322, in Repertorio Giustizia Civile, 1998, voce
   Compromesso e arbitrato;
- Cass., 22 gennaio 2003, n. 928;
- Cass., 10 giugno 2014, n. 13031;

A mia madre, perché si fida di me ed io le sono riconoscente per tutto l'amore che continua a donarmi come se fosse niente

A mia sorella, per la sua generosità che mi ricorda quella di papà

A Mirko, perché è il fratello che non ho mai avuto

Ad Antonio, per la sua simpatia

A Ilaria, Annalisa, Daniela, Arianna, Marianna, Roberta e Anna che porterò nel cuore dovunque andrò

A Giulia, che rappresenta il mio piccolo alter ego

A Francesca, mia collega all'inizio e oggi mia sorella

A Gianluca, Aurora e Francesco, per il conforto

A Leda e a tutti i miei cugini e parenti

Al mio professore, per la comprensione e l'esempio di cultura

A mio padre, per la sua presenza costante sulla mia scrivania

Io non sono certa che tu sia qui, ma se ci fossi stato avremmo festeggiato insieme con i guanti blu come all'inizio. E questo basta. Ti amo.

Serena