

Introduzione

SOMMARIO: 1. Oltre il giudizio nell'epoca del diritto giudiziale - 2. Conflitto, controversia e diritto. Spunti da antiche immagini

1. Oltre il giudizio nell'epoca del diritto giudiziale

Nell'evoluzione del diritto contemporaneo si registra l'emergere di due fenomeni apparentemente opposti: da un lato si nota come alla giurisdizione vengano affidati compiti regolativi un tempo ritenuti appannaggio dell'ambito legislativo, sicché la positivizzazione del diritto appare sempre più connessa ad un "formante giurisprudenziale"; dall'altro lato, tuttavia, a questa svolta giurisdizionale fanno da contraltare lo sviluppo e la promozione di strumenti di soluzione della controversia alternativi alla tradizionale via giudiziale, fra i quali trovano sempre maggiore spazio istituti che fondano la soluzione della controversia sul *consensus inter partes*¹.

¹ Una recente e rilevante riforma avvenuta in tal senso nel contesto italiano riguarda l'introduzione, con il d.lgs 28/2010 della mediazione (o media-conciliazione) come strumento di soluzione della controversia nell'ambito dei diritti civili e commerciali disponibili. Nel 2012 la Corte Costituzionale ha colpito la previsione normativa riguardante l'obbligatorietà della mediazione, individuando come motivo per la censura di tale norma un eccesso di delega nella redazione del decreto legislativo da parte del Governo (Sentenza 272/2012, del 6 dicembre 2012). Si è dovuto infatti attendere la Legislatura successiva per ripristino di forme obbligatorie di mediazione, con il c.d. "Decreto del Fare", (Decreto Legge 69/2013 e successiva legge di conversione n. 98/2013). La riforma della mediazione civile e commerciale nel contesto di una parziale novella del processo civile (Legge 69/2009), e del recepimento ed ampliamento dell'ambito applicativo di una Direttiva Europea, la DU 2008/52 (originariamente rivolta alla mediazione delle controversie transfrontaliere). Cfr., per una breve disamina, Remo Caponi, «La giustizia civile alla prova della mediazione», *Il Foro Italiano*, 5.92 (2010); A. Carratta, «La via italiana alla conciliazione: luci ed ombre nel decreto legislativo sulla "mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali"», in *Sull'arbitrato (Studi offerti a Giovanni Verde)* (Napoli: Jovene, 2010), pp. 141-68; Claudio Consolo, «La improcrastinabile riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs 28/2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra

Quest'ultimo fenomeno risulta ancor più interessante se si osserva che il suo sviluppo è stato letto come tentativo di rispondere ad “una crisi senza precedenti del sistema giudiziario di regolamentazione delle controversie”²: una crisi, va notato, che investe non solo la *capacità* di offrire so-

Repubblica Italiana e art. 6 Cedu», *Corriere Giuridico*, 2010, 431 e ss.; Federico Reggio, «La mediazione conciliativa come alternativa al giudizio in materia Civile: implicazioni deontologiche e profili metodologici», in *Retorica e deontologia forense*, a c. di Maurizio Manzin e Paolo Moro (Milano: Giuffrè, 2010), pp. 155–77; Elena Zucconi Galli Fonseca, «La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura», *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 2010, 654 e ss. Se la riforma ex d.lgs 28/2010 ha travolto la precedente conciliazione societaria (ex d.lgs 5/2003), essa ha fatto salve, in quanto compatibili, alcune forme di conciliazione/mediazione legate a tipologie specifiche di rapporti giuridici, come, ad es., in materia di risparmio ed investimento (d.lgs 179/2007), in materia bancaria e creditizia (d.lgs 385/1993) o in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs 179/2007); in materia di consumo (d.lgs 206/2005); relativa alla somministrazione di energia elettrica e gas (l. 481/1995); in merito alle liti sulle telecomunicazioni avanti al co.re.com; in materia di turismo (l. 135/2001); in materia di franchising (l. 129/2004). Più recentemente è stata introdotta (con d.l. 132/2014, convertito con la l. 162/2014, la c.d. ‘negoziatura assistita’, un procedimento di transazione guidata dall’avvocato, bilaterale e, per talune materie, previsto a condizione di procedibilità. Utilizzabile anche nell’ambito di controversie di separazione, divorzio e modifica delle condizioni dei medesimi, la negoziazione assistita richiama espressamente la possibilità di interfacciarsi, in questo settore, con la mediazione familiare. Cfr., per un approfondimento su quest’ultimo istituto, Andrea Sartori, «La negoziazione assistita», in *Processo civile e soluzioni alternative delle liti. Verso un sistema di giustizia integrato*, a c. di Pasquale Gianniti (Rimini: Aracne, 2016), pp. 329–48.; Enrico Sirotti Gaudenzi e Salvatore Primiceri, *Negoziatura assistita e Deontologia Forense* (Pavia: Primiceri editore, 2015). Con emendamento al DL 50/2017 (manovra correttiva), sul filo di lana dei lavori in commissione Bilancio, è giunto il via libera alla possibilità di rendere permanente la mediazione civile per le cause civili, tra cui spiccano quelle in materia di condominio e successioni. Senza la modifica introdotta nella manovra la mediazione civile avrebbe visto terminare a settembre 2017 il periodo di sperimentazione per le materie previste come obbligatorie a ‘condizione di procedibilità’. Per ulteriori scenari evolutivi del fenomeno ADR si rinvia ai lavori, recentissimamente pubblicati, svolti dalla c.d. “Commissione Alpa”: Commissione Alpa, *Commissione di studio per l’elaborazione di ipotesi di organica disciplina e degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all’arbitrato* (Roma, 2017).

² Cfr. Luciano Panzani, «La disciplina della mediazione: un sistema di riduzione dell’arretrato della giustizia civile?», *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1 (2011), 29-40. Non a caso gli istituti di soluzione consensuale della controversia vengono solitamente fatti rientrare nell’ampio novero degli strumenti di *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Va da subito precisato che quest’ultima è una categoria piuttosto ampia, nella quale vanno ricompresi anche istituti – come ad esempio l’arbitrato – non strutturati intorno ad una soluzione sorretta dal consenso delle parti. Cfr., per una panoramica sui modelli ADR, Mauro Rubino Sammartano, *Adr, arbitrato, conciliazione* (Bologna: il Mulino, 2007).

luzione – con tempi e costi sostenibili alle parti e al sistema stesso – all’ampio numero di vertenze che affollano le aule di giustizia, quanto la stessa *idoneità* degli strumenti aggiudicativi ad offrire una soluzione adeguata al conflitto intersoggettivo che nella controversia cerca una composizione³.

Diviene dunque di fondamentale importanza, in questo contesto, interrogarsi sui motivi dell’emergere, proprio in un momento di giurisdizionalizzazione della positività giuridica, di una richiesta di alternatività alla giurisdizione, emblematicamente rappresentata dall’affermarsi sempre più preponderante della categoria denominata A.D.R. (*Alternative Dispute Resolution*, d’ora in poi anche ADR), che accomuna in sé una serie di strumenti di soluzione della controversia alternativi al processo tradizionalmente inteso e talora, come si vedrà, latori di peculiari approcci nei confronti del conflitto intersoggettivo e della sua composizione giuridica.

L’emergere di questa istanza di alternatività si pone, dunque, come una domanda di singolare attualità – considerando anche le riforme che essa ispira, in sede nazionale ma non di rado sulla spinta di fenomeni di integrazione internazionale e comunitaria – che reca in sé il quesito sul significato che questa alternatività possa assumere⁴.

Appare spontaneo chiedersi, in altri termini, se essa sia un mero “altrove” rispetto ad uno strumento congestionato, ma pur sempre ritenuto

³ Si vedano, sul punto, gli ormai classici: Richard Abel, *The Politics of Informal Justice* (New York: Academic Press, 1982); J. S. Auerbach, *Justice Without Law?: Non-Legal Dispute Settlement in American History* (New York: Oxford University Press, 1983) e, in segno opposto, Owen M. Fiss, «Against Settlement», *Yale Law Journal*, 93 (1984), 1073 e ss. D’altra parte, la ricerca di alternative rapide all’attività giurisdizionale – nel nome di un “feticcio” della ragionevole durata del processo, non porta solamente alla promozione di vie alternative al processo stesso, bensì alla messa in discussione di aspetti fondamentali dello strumento processuale, come, ad esempio, il ruolo che il contraddittorio riveste sia sotto il profilo delle garanzie giuridiche, sia dal punto di vista epistemico, con il rischio di produrre l’esito disumanizzante di “chiudere la porta a ogni confronto dialogico” (Alberto M. Tedoldi, «Processo civile e giudicato “alla deriva”», in *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell’esperienza contemporanea*, a c. di Claudio Sarra e Daniele Velo Dalbrenta (Padova: Padova University Press, 2013), pp. 273-96., p. 281.

⁴ Su questo si rinvia all’ampia rassegna introduttiva proposta nella relazione finale della c.d. “Commissione Alpa”. Cfr. Commissione di studio per l’elaborazione di ipotesi di organica disciplina e Riforma, con particolare riguardo alla degli strumenti di degiurisdizionalizzazione and alla negoziazione assistita e all’arbitrato Mediazione, *Relazione Finale* (Roma, Ministero della Giustizia, Ufficio Legislativo 2017). Cfr., altresì, Vincenzo Varano, «La cultura dell’ADR: una comparazione fra modelli», *Rivista Critica del Diritto Privato*, 2015, 495-536.; Arnold Ingen-Housz, *ADR in Business. Practices and Issues across Countries and Cultures* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2011).

centrale e principale mezzo di soluzione della controversia, o se invece il fenomeno osservato non incorpori la richiesta di ampliare la dimensione giuridica a strumenti e ad approcci alla soluzione del conflitto dotati di specificità non riconducibili a ciò che solitamente viene offerto dalla via giurisdizionale, e che pur sempre corrispondono a interessi e bisogni meritevoli di essere perseguiti e tutelati⁵.

Da sfondo a questo fenomeno – pur così brevemente tratteggiato – si può osservare una domanda sull’adeguatezza degli strumenti di soluzione della controversia offerti dal diritto ad affrontare e risolvere il conflitto intersoggettivo da cui la controversia stessa trae origine. Il legame fra conflitto, controversia e diritto emerge quindi nella sua centralità ma nel contempo nella problematicità che lo caratterizza, imponendo al giurista teorico, ma anche a quello pratico, una riflessione su ciò che propriamente il diritto possa oggi offrire, come strumenti, approcci e metodologie, alle società contemporanee, nella cui complessità e fluidità non scompare, bensì sembra accentuarsi la domanda verso una regolazione giuridica capace di coniugare le esigenze di pacificazione sociale con quelle di un’adeguata garanzia delle libertà individuali.

Il presente scritto ambisce a proporre alcune riflessioni di carattere filosofico-giuridico, a margine dell’affermazione degli strumenti A.D.R. come modelli alternativi di soluzione della controversia, con particolare riferimento all’ambito civile. Entro la delimitazione sopra proposta si intende porre particolare attenzione, sia da un punto di vista prospettico che metodologico, agli strumenti di tipo consensuale-conciliativo, in cui la alternatività alla giurisdizione si declina, fra l’altro, attraverso l’instaurazione di un dialogo fra parti confliggenti volto a risolvere la lite attraverso il consenso delle stesse.

Si tratta, invero, di istituti che invocano (e rivendicano) una prospettiva peculiare nei confronti del conflitto e dell’instaurazione di una controversia in vista di una sua composizione consensuale, alla quale si accompagnano istanze e profili teorici e metodologici tuttora relativamente estranei alla formazione del giurista (in particolare) continentale, e che interrogano sempre più la sua professionalità⁶. Ciò avviene anche alla luce

⁵ Cfr., sul punto, Luciana Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività* (Milano: Giuffrè, 2016).

⁶ La terminologia “conversione del conflitto in controversia” ha una specifica caratterizzazione e si richiama ad alcuni sviluppi di pensiero emersi, nel contesto dell’Università di Padova, a margine del magistero di Enrico Opocher. Cfr., sul punto: Enrico Opocher,

di recenti riforme che in molti ordinamenti (non da ultimo quello italiano) hanno ampliato significativamente il ricorso agli strumenti ADR, non di rado prevedendoli come condizione di procedibilità rispetto all'esperimento dell'azione giudiziale, o come forme di *diversion* che può essere attivata dallo stesso giudice (come accade, ad esempio, nei casi di mediazione delegata), ossia come una sorta di "passaggio obbligato" che tuttavia richiede, per essere correttamente esperito, l'acquisizione di conoscenze e competenze specifiche⁷.

2. Conflitto, controversia e diritto. Spunti da antiche immagini

Lo stretto legame che associa il diritto al conflitto – e in particolare all'esigenza di prevenirne, contenerne o risolverne gli esiti più violenti e dannosi – è una invero consapevolezza antica nella coscienza occidentale, ben prima che questa sviluppi un pensiero giuridico del tutto autonomo da altre discipline o forme di sapere. Con particolare riferimento alle radici greche, emerge come tale legame sia strettamente collegato con la possibilità di "convertire il conflitto in controversia" mediante strumenti che abilitino le parti ad un confronto ragionato, in cui la parola e gli argomenti prevalgano sulla voce delle armi, sul farsi ragione da sé.

Luogo privilegiato di tale possibilità appare essere, ancora più che il diritto inteso come plesso di norme, il processo, nel cui dinamismo il *nomos* si connette con il *logos* permettendo la riaffermazione della *harmonia* sociale turbata dal conflitto⁸.

Lezioni di Filosofia del Diritto (Padova: Cedam, 1983). Francesco Cavalla, *La Prospettiva Processuale Del Diritto. Saggio Sul Pensiero Di Enrico Opocher* (Padova: Cedam, 1991); Francesca Zanuso, *Conflitto E Controllo Sociale Nel Pensiero Politico-Giuridico Moderno* (Padova: Cleup, 1994); Francesco Gentile, «La controversia alla radice dell'esperienza giuridica», in *Soggetti e Norma, Individuo e Società*, a c. di Pietro Perlingieri (Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1987), pp. 141-52.

⁷ Si veda, nuovamente, la rassegna proposta nella già citata relazione della "Commissione Alpa".

⁸ Traggio questa interpretazione, in particolare, da: Paolo Moro, *Alle Origini del Nomos nella Grecia Classica. Una prospettiva della legge per il presente* (Milano: FrancoAngeli, 2014). Cfr., altresì, Eva Cantarella, *Diritto Greco* (Milano: CUEM, 1994); Arnaldo Biscardi, *Diritto greco antico* (Milano: Giuffrè, 1982); Arnaldo Biscardi, *Scritti Di Diritto Greco* (Milano: Giuffrè, 1999); Barbara T. Zimet, «Ancient Athenian Due Process. A reflection of societal values.», *American University Law Review*, 23 (1973), 485-511; «Akten der Gesellschaft für griechische und hellenistische Rechtsgeschichte 23 2013», a c. di Gehrard Thur e Bernard Legras (Wien: OAW Verlag, 2013).