

Non si deve infine dimenticare che alcuni dei modelli consensuali – ed *in primis* la mediazione conciliativa – pur concludendosi con atti aventi natura negoziale, non sembrano agevolmente equiparabili a puri negoziati, né tanto meno riconducibili *de plano* all’ambito del solo diritto sostanziale, ed in particolare del contratto di transazione ex art. 1965 del Codice Civile, antico archetipo di strumento consensuale di soluzione della lite. I modelli ‘conciliativi’ emersi dalla recente legislazione si presentano infatti – come si avrà modo di evidenziare ulteriormente in seguito – come ‘procedimenti’, concepiti in alternativa al giudizio ma idonei parimenti ad avere una proiezione processuale¹⁷.

2. I sistemi di soluzione concordata della controversia come ‘zona limite’ della positività

Sulla scia di quanto sinora brevemente indicato, si possono individuare alcune caratteristiche peculiari e comuni ai vari modelli di soluzione concordata della controversia (altrimenti qui chiamati strumenti conciliativi o consensuali)¹⁸:

(1) Essi sono – anzitutto – fondati sulla ricerca di un ‘*consensus inter partes*’ come strumento sia dell’individuazione dei contenuti atti a porre fine ad una lite (o a prevenirne il radicamento), sia del mantenimento di tale soluzione al di fuori del binario giudiziale in senso stretto. In altre

17. Ne è un esempio evidente l’assetto dato dal Legislatore italiano alla mediazione civile e commerciale ex d.lgs 28/2010, il cui previo esperimento è stato qualificato (art. 5,1) come condizione di procedibilità dell’azione giudiziale per molte tipologie di controversie. Preme tuttavia sottolineare come – alla data in cui si scrive – la Corte Costituzionale abbia reso noto (con comunicato stampa del 24/10/2012), di aver ritenuto incostituzionale per eccesso di delega tale previsione. Viene così a cadere la c.d. ‘obbligatorietà’ della mediazione. Non è dato modo – nel momento in cui si scrive – di conoscere più nel dettaglio l’esatta decisione della Consulta e le sue motivazioni.

18. Come è stato osservato in dottrina (ad es. Così-Foddai 2003), la ‘mediazione’ è un concetto ampio e poliedrico, destinato a differenziarsi significativamente al suo interno a seconda della species (es. mediazione dei conflitti; mediazione interculturale), degli ambiti di applicazione (civile, penale, internazionale), degli approcci (mediazione narrativa, problem-solving, trasformativa...). In questo scritto ci si riferisce esclusivamente alla mediazione civile e commerciale. Questo tuttavia muove dalla considerazione per cui (pur consapevoli della sopra menzionata complessità), esista – per lo meno entro la categoria ‘mediazione dei conflitti’ – un ‘nucleo’ concettuale ‘minimo’ in cui la mediazione trova individuate le proprie caratteristiche basilari. Tra esse, ad esempio, l’essere un procedimento dialogico che si svolge avanti ad un soggetto terzo ed imparziale, e rivolto alla ricerca di un accordo con cui le parti possano risolvere una controversia tra esse insorta (o insorgente).

parole, le soluzioni concordate affrontano il tema del conflitto – ossia, di un dissenso – puntando a costruire un nuovo consenso atto a superare la divergenza.

(2) Come si è già accennato, poiché tale consenso è dato dalle stesse parti coinvolte nella controversia – che sono protagoniste nella ricerca delle soluzioni da loro ritenute più idonee – si parla di strumenti ‘autonomi’, in contrapposizione a quegli istituti (come l’arbitrato o il giudizio) che sono caratterizzati da ‘eteronomia’ perché la ‘soluzione’ della controversia viene individuata da un provvedimento cogente reso da un soggetto terzo rispetto alla lite.

(3) Le soluzioni consensualmente individuate (nella forma di un accordo sostanzialmente equiparabile ad una transazione, novativa o non), vengono ad individuare una ‘norma del caso’: il contenuto individuato consensualmente dalle parti delinea infatti una norma (o un insieme di norme) atta a porsi come soluzione del conflitto (il ‘caso’) intorno al quale era sorta una controversia. Al pari di una sentenza, che individua una ‘norma puntuale’ anche i modelli di giustizia consensuale incorporano una soluzione normativa e coercibile perché vincolante ‘*inter partes*’. Se in generale per le figure contrattuali vale la disposizione codicistica ex l’art. 1372 del Codice Civile, per la quale “il contratto ha forza di legge tra le parti”, la vincolatività delle soluzioni emerse all’interno di negozi aventi struttura transattiva è ribadita anche dall’antico brocardo ‘*transactio est instar rei iudicatae*’¹⁹. Ciò emerge ancora con più forza per quanto concerne la mediazione civile e commerciale, il cui atto conclusivo – la conciliazione – è in grado, qualora omologato, di produrre effetti equiparabili a quelli di una sentenza passata in giudicato per quanto concerne, ad esempio, l’attivazione di una procedura esecutiva o l’iscrizione di un’ipoteca giudiziale.

(4) Se dunque – come è stato già acutamente osservato in dottrina (cfr., nuovamente, Villa 2006; Moro 2012) – il giudice è equiparabile ad una fonte del diritto e quindi ad un soggetto direttamente coinvolto nel plasmare le norme positive, anche le soluzioni conciliative extragiudiziali – sia che emergano all’esito di una pura transazione o di un procedimento di mediazione – possono essere considerate strumenti per l’individuazione o la creazione di una norma positiva valida ‘*inter partes*’ sia pur, diversamente da quanto accade per le sentenze, non suscettibile di estensione analogica. Possiamo dunque ritenere che – sebbene in una sorta di ‘zona limite’ – anche le soluzioni conciliative siano coinvolte nel fenomeno della ‘positivizzazione’ del diritto, con le dette caratteristiche, che qui brevemente si riassumono:

19. Si veda, per un breve commento con approfondimenti bibliografici, Reggio (2012a).

consensualità; autonomia; validità contestuale; limitata contestabilità rispetto ad altre figure contrattuali (la transazione ha, appunto, valore di ‘cosa giudicata’).

(5) Un ulteriore elemento che caratterizza questi modelli di soluzione della controversia è la capacità di elicitarne la ricerca di una soluzione creativa, ponderata sulle esigenze delle parti e non necessariamente incentrata sulla ‘applicazione’ di una norma assunta come canone. Per quanto riguarda la transazione (soprattutto se novativa) la categoria primaria di riferimento è quella dell’autonomia negoziale delle parti, per la quale vige il principio della libertà delle forme.

Nella mediazione, sia pur in presenza di un’attività negoziale (le parti, appunto, vengono assistite dal mediatore in quella che potremmo anche vedere come una trattativa in vista della stipula di un contratto transattivo), il confronto fra le parti è strutturato entro un procedimento regolato da un terzo imparziale. Le strutture endoprocedimentali della mediazione consentono tuttavia di non vincolare le parti (né tantomeno il mediatore, che è privo di poteri decisionali circa l’oggetto della controversia) ad un *petitum*: esse rimangono libere – entro i confini della liceità e della loro disponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte – di ricercare una soluzione ‘*taylor made*’, ovvero ‘cucita intorno’ alle loro specifiche esigenze (in ciò rientrando in un modello che trova nell’autonomia negoziale delle parti un fulcro concettuale di primaria importanza). Ciò non può dirsi invece del processo, il quale è vincolato – in forza del principio del dispositivo – ad un oggetto fissato già a livello della contestazione²⁰. Per il giudice vale infatti il principio del ‘*nec ultra nec extra petita*’²¹. Non bisogna infine dimenticare come – tanto nella teoria quanto nella prassi giuridica contemporanee – sia fortemente radicata un’attitudine di stampo normo-centrico che tende ad accentuare non tanto l’aspetto controversiale dell’attività processuale quanto piuttosto la sua proiezione verso l’applicazione della norma. Centrale, nella dimensione processuale – di cui si accentua così l’aspetto aggiudicativo – diviene dunque il rinvenimento del canone regolativo che risulti più idoneo al caso di specie²².

20. Cfr. Moro (2012), pp. 25-26.

21. Sul punto si rinvia alla breve ma efficace sintesi proposta in Mingardo (2012).

22. In verità da tempo la dottrina giuridica evidenzia come questo approccio – che nella logica sillogistica tipica del ragionamento ‘per sussunzione’ vede il suo canone metodologico privilegiato – si scontri con la complessità dell’esperienza, tanto nelle sue dimensioni fattuali, quanto in quelle linguistico-comunicative, quanto nella relazione fra queste componenti. Cfr., per un percorso critico sulle ‘illusioni’ di questa impostazione normativistica di stampo illuminista, Zanuso (2011). Un importante contributo nell’evidenziazione dei limiti di tale modello è emerso nell’ambito della riflessione ermeneutica, per cui rinvio, emblematicamente, a Zaccaria (1990).