

pare opportuno aprire una breve parentesi – pur priva di pretesa di esautività – sulle origini di questo fenomeno.

Occorre, a questo proposito, volgere lo sguardo all’ambiente nordamericano, nel quale il percorso storico di affermazione del fenomeno ADR è stato strettamente legato alla presa di coscienza di uno stato di insoddisfazione diffusa nei confronti del sistema legale, e in particolare della sua proiezione giudiziale.

Gli studiosi di questo fenomeno non di rado individuano un embrione della riflessione in materia di ADR in un discorso tenuto da Roscoe Pound nel 1906 alla *convention* annuale dell’*American Bar Association*<sup>4</sup>. Qui, il celebre giurista americano, discutendo delle *cause dell’insoddisfazione popolare verso l’amministrazione della giustizia*, considerava, oltre ad elementi contestuali del sistema americano di allora, anche alcuni limiti dello strumento processuale *tout court*<sup>5</sup>.

Non sorprende che le riflessioni di Pound – pur suscitando anche nette reazioni oppositive presso gli stessi membri della *bar association* – abbiano fatto da apripista per una successiva riflessione aperta alle *alternative dispute resolution*, favorendo una prima presa di coscienza dell’esigenza di pensare alla soluzione della controversia anche al di fuori del mero binario processuale: ciò non solo per ragioni contingenti, ma anche per limiti intrinseci ad un diritto che affida la sua ‘giustiziabilità’ prevalentemente allo strumento giudiziale.

Ben lungi dal risultare confinate entro un atteggiamento pragmatistico, le riflessioni del giurista statunitense sembrano incorporare l’invito ad una più globale e profonda istanza di recupero di legittimità del sistema-giustizia nel suo complesso, a fronte della crescente disaffezione da parte del sentire comune<sup>6</sup>. Mostrando una sensibilità che interroga ancora

<sup>4</sup> Cfr., sul punto, Raul Calvo Soler; Federico Reggio, «A different mindset: l’approccio della mediazione al conflitto intersoggettivo e alla composizione della controversia in ambito civile», in *Libertates. Stato, politica e diritto alla prova delle libertà individuali*, a c. di Carlo Lottieri e Daniele Velo Dalbrenta (IBLLibri, 2014), pp. 101-46..

<sup>5</sup> Roscoe Pound, «The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice», *Journal of American Judicature Society*, 1937, 20 e ss., e per una recente rilettura, Barry Friedman, «Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: a Restrospective (and a Look ahead)», *Indiana Law Review*, 5 (2007), 1193-1214. Per una panoramica dello sviluppo degli ADR negli Stati Uniti, si rinvia a Giuseppe De Palo e G. Guidi, *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti* (Milano: Giuffrè, 1999).

<sup>6</sup> Del resto, come la sensibilità moderna e contemporanea abbia mostrato un crescente e diffuso malessere verso lo strumento processuale è provato anche da testimonianze ester-

oggi il giurista, non sempre portato a riflettere sulla percezione sociale dello strumento giuridico e sull'impatto che questa ha sulla domanda di giustizia, Pound rilevava una forte criticità intorno ad una questione dotata di evidente rilevanza filosofico-giuridica: una delle maggiori cause di insoddisfazione nei confronti del diritto – in ogni tempo – andrebbe ricercata nella tendenza ad impostare in modo “meccanico” il “funzionamento delle norme giuridiche”<sup>7</sup>. Il giurista statunitense puntava il dito contro una visione formalista del diritto, che ne incoraggiava un uso strumentale e una lettura autoreferenziale, risultando incapace di porre adeguata attenzione agli interessi, ai valori e alle concrete esigenze intorno a cui si sviluppa, nell'esperienza concreta, la questione controversa.

Il pionieristico discorso di Pound tocca un punto di singolare importanza, particolarmente caro ai sostenitori dell'ADR, e spiega nel contempo la successiva rivisitazione che tali riflessioni incontrarono in anni successivi, in cui emerge una critica ancor più radicale all'impianto *judgment-oriented* del sistema americano (ma si tratta, invero, di considerazioni estendibili più in generale ai sistemi giuridici occidentali, compresi quelli di *civil law*)<sup>8</sup>. Tale punto nevralgico consta nel registrare una cre-

---

ne al dibattito giuridico ma pregne di valenza culturale, come mostrano alcuni interessanti esempi tratti dalla letteratura, e riletti con sguardo giuridico, in Bruno Cavallone, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo* (Milano: Adelphi, 2016).

<sup>7</sup> Pound, p. 27. Il dibattito statunitense sull'impatto popolare della prassi giuridica e giudiziaria è particolarmente intenso. Si vedano, a titolo puramente esemplificativo, David Easton, «A Re-assessment of the Concept of Political Support», *British Journal of Political Science*, 5 (1975), 435 e ss.; Thomas Ehrlich, «Legal Pollution», *New York Times Magazine*, 8 (1975), 17; Bayless Manning, «Hyperlexis: Our National Disease», *Northwestern University Law Review*, 71 (1977), 767; Ronald W. Fagan, «Public Support for the Courts: An Explanation of Alternative Explanations», *Journal of Criminal Justice*, 9 (1981), 403; Marc Galanter, «Reading the Landscape of Disputes: What We Know and Don't Know (and Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society», *UCLA Law Review*, 31.4 (1983); Valerie P. Hans e William S. Lofquist, «Jurors' Judgments of Business Liability in Tort Cases: Implications for the Litigation Explosion Debate», *Law and Society Review*, 26 (1992), 85.

<sup>8</sup> La successiva e più pervasiva affermazione di una cultura volta a promuovere gli strumenti ADR andrebbe così ricollegata “allo stadio della modernità avanzata, o seconda modernità”. Questa, secondo Jean Guy Belley, richiede che “nuovi principi fondamentali”, differenti da quelli elaborati entro un “diritto puramente statale e sovrano della prima modernità” Jean G. Belley, «Une justice de la seconde modernité: propositions de principes généraux pour le prochain code de procédure civile», *McGill Law Journal*, 46, 317. Cfr., per una traduzione più estesa del passo in questione, Maria Antonietta Foddai, «Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America»,

scente – e sempre meno accettabile – divaricazione fra l’esperienza e la percezione sociale del conflitto intersoggettivo da un lato, e, dall’altro, il modo in cui tali fenomeni vengono letti entro il prisma delle categorie giuridiche, e, ancor più, affrontati entro le procedure che il sistema offre per la soluzione delle controversie<sup>9</sup>.

Non appare quindi casuale che proprio settant’anni dopo il celebre discorso di Pound, e in una conferenza a lui dedicata, il giurista di Harvard, Frank Sander avesse con forza argomentato a favore dell’esigenza di studiare forme di soluzione della controversia alternative al giudizio. In tale sede, Sander aveva, fra l’altro, evocato l’immagine di una *Multi-door Court House*: un tribunale dotato di molte porte, di cui una sola – non necessariamente quella principale – sarebbe destinata a sfociare nella lite giudiziale. In un simile sistema ‘multi-porta’ le dispute dovrebbero essere affrontate, di volta in volta, attraverso i metodi e gli istituti che meglio si adattano alle esigenze e alle istanze manifestate dalle parti<sup>10</sup>.

L’immagine sanderiana appare particolarmente evocativa: la presa di coscienza dei limiti strutturali che lo strumento giudiziale evidenzia nei confronti della reale capacità di venire incontro alle domande dei cittadini (non solo di giustizia, ma anche di composizione del conflitto interpersonale) si accompagna alla considerazione di un sistema-giustizia capace di integrare al suo interno strumenti alternativi al giudizio stesso, e al contempo fra loro diversificati<sup>11</sup>.

Il significativo intervento di Sander – che ancor più del discorso di Pound può essere visto come un momento di “*big bang* nella storia dell’*alternative dispute resolution*”<sup>12</sup> – va letto anche nel più ampio contesto del

---

*Giureta - Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 10 (2012), 407-22., pp. 407-408.

<sup>9</sup> Sul punto si vedano, *amplius*, le considerazioni esposte in Eligio Resta, «Giudicare, conciliare, mediare», in *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzione alternative delle controversie*, a c. di Fulvio Scaparro (Milano: Guerini, 2001), pp. 21-54, e in Giovanni Così, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione* (Milano: Giuffrè, 2007).

<sup>10</sup> Cfr. Frank E. A. Sander, «Varieties of Dispute Processing», in *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, a c. di A. Levin e R. Wheeler (St. Paul (MN): West Publishing, 1979).

<sup>11</sup> Ritroviamo analoghe considerazioni, pur non direttamente riferite a Sander, ma autorevolmente espresse dal presidente emerito della Corte di Cassazione, in Giorgio Santacroce, «Prefazione», in *Processo civile e soluzioni alternative delle liti. Verso un sistema di giustizia integrato*, a c. di Pasquale Gianniti (Rimini: Aracne, 2016), pp. 11-14.

<sup>12</sup> Così Michael L. Moffitt, «Frank Sander and his Legacy as an ADR Pioneer», *Negotiation Journal*, 2006, 437-43. (qui p. 437). Cfr., per ulteriori riflessioni sul punto, i vari inter-

vivace dibattito degli anni '70, in cui alle riflessioni critiche suscitate da una considerevole *litigation explosion*, si univa un clima di contestazione, a cui non è risultato immune il mondo del diritto<sup>13</sup>. In tale frangente storico-culturale si assiste al confluire di diverse correnti di pensiero in una critica piuttosto radicale, destinata a coinvolgere diversi settori dell'esperienza giuridica, sia in ambito civile che penale<sup>14</sup>. Accanto a quella che Taruffo definisce una "generica inclinazione culturale verso concezioni che divergevano dal tradizionale individualismo acquisitivo tipico dell'*ethos*

---

venti contenuti in "Dispute Resolution Magazine", 19, 1/2012, intitolato "Appreciating Frank Sander".

<sup>13</sup> Steven S. Meinhold e David W. Neubauer, «Exploring Attitudes about the Litigation Explosion», *The Justice System Journal*, 22.2 (2001), 105-15.

<sup>14</sup> Sul fronte civile si richiamano nuovamente, ed emblematicamente; Abel.; Tia Schneider Denenberg e Richard V. Denenberg, *Dispute Resolution: Settling Conflicts without Legal Action* (New York: Public Affairs Committee, 1981); Auerbach. Sul fronte della critica radicale della legittimità stessa della sanzione penale, e talora appunto dell'abolizionismo, si vedano, ad esempio, Louk H.C. Jacqueline Bernat de Celis Hulsman, *Peines Perdues. Le système pénale en question*, Paris (Paris: Le Centurion, 1982); Herman Bianchi e Renee Van Svaanigen, *Abolitionism: Toward a Non-repressive Approach to Crime* (Amsterdam: Free University Press, 1986); John Blad, Huig Van Mastrigt e Nils Uitdriks, *The Criminal Justice System as a Social Problem. An Abolitionist Perspective* (Rotterdam: Medelingen van het Juridisch Instituut van de Erasmus Universiteit, 1987). Nel contesto nordamericano ha avuto una significativa influenza John Hagel e Randy E. Barnett, *Assessing the Criminal. Restitution, Retribution and the Legal Process* (Cambridge (MA): Ballinger Pub. Co., 1977). Altri autori hanno sostenuto una conversione della pena in una "restitution" di stampo civilistico: cfr. Charles F. Abel e Frank H. Marsch, *Punishment and Restitution* (Westport-London: Greenwood Press, 1984); Burt Galaway e Michael Hudson, *Restitution in Theory and Action* (Lexington (MA), 1980). Una critica all'impianto reo-centrico del sistema penale tradizionalmente inteso è stata accompagnata, soprattutto nel contesto nordamericano, da istanze volte a recuperare attenzione per la vittima di reato. Cfr., ad esempio, William F. McDonald, *Criminal Justice and the Victim* (London: Sage, 1976). Una critica alla poca attenzione che il diritto e la giustizia penale moderne e contemporanee hanno tributato ai profili personali ed interpersonali del reato e della pena è presente in un composito novero di autori che si richiamano ad un'impostazione umanistico-cristiana. Cfr., su questo punto, Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle* (Paris: Cujas, 1966); Eugen Wiesner, *Die verratene Versöhnung. Zum Verhältniss von Christentum und Strafe* (Düsseldorf: Patmos Verlag, 1980); Michael Lind, «The Transformation of Justice: from Moses to Jesus», *New Perspectives on crime and Justice*, 5 (1986). Molte di queste diverse istanze hanno poi trovato confluente nel paradigma della *Restorative Justice*, di cui si ricordano, come primi punti di riferimento, in ordine cronologico, Howard Zehr, *Changing Lenses. A new Focus on Crime and Justice* (Scottsdale: Herald Press, 1990); Martin Wright; Cragg. Mi permetto di rinviare, per una più ampia ricostruzione storico-critica, al cap. II di Federico Reggio, *Giustizia dialogica. Luci & ombre della Restorative Justice* (Milano: Franco Angeli, 2010).

nordamericano”, e ad “un’opzione culturale favorevole alla *informal justice* come mezzo più *soft* e accessibile, meno costoso e meno formale del processo giudiziario”, e pertanto più idoneo a risolvere “*small claims* che difficilmente trovavano tutela in sede giurisdizionale”, possiamo trovare un recupero della dimensione negoziale come espressione della libertà individuale (“*negotiation is freedom*”) a fronte di una radicale percezione del sistema giustizia come espropriativo del conflitto individuale (“*conflict as a property*”)<sup>15</sup>.

In questi anni si coagula, non a caso nel contesto dell’università di Harvard, e in particolare della *School of Law*, una proposta specifica e interdisciplinare legata alla negoziazione, che culmina, nel 1979, con la nascita – per opera di Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton – dello Harvard Negotiation Project (HNP), nato con la missione di implementare la teoria, l’insegnamento e la prassi della negoziazione e della risoluzione delle dispute, di modo che le persone potessero gestire in modo più costruttivo i conflitti, intesi entro uno spettro variabile di tipologie di materie controversie, dall’ambito interpersonale a quello internazionale. Nel 1981 Fisher e Ury (con aggiunta, in un’edizione ampliata, di Patton, nel 1991), pubblicano *Getting to Yes. Negotiating Agreement without giving in*, destinato a divenire una pietra miliare nel contesto della teoria e della prassi ADR, in particolare dedicata alla negoziazione, prima, e, successivamente, alla mediazione<sup>16</sup>.

Quanto sinora brevemente ripercorso consente di porre in evidenza alcune delle diverse dimensioni ed accezioni della alternatività compresenti nella categoria ADR fin dal suo sorgere. Possiamo individuare una prima distinzione fra una alternatività (I) ‘esterna’, che pone in rilievo lo stagliarsi di tali strumenti dalla via processuale, e una (II) ‘interna’, che rileva come gli stessi istituti appartenenti a tale categoria siano fra loro alquanto differenti per logica e struttura concettuale. L’alternatività ‘esterna’ a sua volta pone in rilievo, anzitutto, la potenzialità degli strumenti ADR in chiave di *diversion* e quindi potremmo definirla come una (III) ‘alternatività-deviazione’. Con particolare riferimento a strumenti come la negoziazione o, ancor più, la mediazione, esiste una (IV) ‘alternatività prospettica’ che designa la peculiarità di tali istituti come latori di un

<sup>15</sup> Michele Taruffo, «Considerazioni sparse su mediazione e diritti», *Ars Interpretandi*, 9 (2004), 97-112, 101.

<sup>16</sup> Cfr. Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton, *Getting to Yes: negotiating Agreement Without Giving In* (New York: Penguin Books, 1991).

approccio alla controversia dotato di specificità (concettuali, metodologiche, di attitudine al problema controverso) autonome e meritevoli di essere perseguite attraverso un cambiamento di prospettive rispetto alla controversia stessa.

Come accade con particolare riguardo, come si vedrà, alla mediazione, ci si spinge non di rado ad affermare che essa costituisce un differente ‘paradigma’ di soluzione della controversia, dotato di autonome categorie tecnico-giuridiche, ma soprattutto assistito da differenti premesse ‘prospettiche’, non spiegabili solo entro una lettura giuridico-formale, bensì comprensibili solo qualora si acquisisca una specifica attitudine nei confronti del conflitto intersoggettivo e della soluzione della controversia nel procedimento mediativo<sup>17</sup>.

## 2. Struttura concettuale dei vari modelli ADR: prime distinzioni

Quanto premesso rende ora necessario dedicare l’attenzione ad una breve panoramica sulle principali figure di istituti che vengono ricondotti alla categoria dell’*alternative dispute resolution*.

Questa operazione è, invero, agevolata dal fatto che essi, almeno nel nucleo concettuale fondamentale, “presentano caratteri comuni e non si differenziano in ragione delle loro appartenenze ai differenti sistemi giuridici nazionali”<sup>18</sup>. In questo senso – come è stato puntualizzato in dottrina – questi strumenti “valicano i confini della territorialità, per designare uno spazio giuridico di comunicazione e confronto globale, favorito dalla

<sup>17</sup> Così, espressamente, Caroline Harris Crowne, «The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a new paradigm of justice», *New York Law Review*, 76 (2001).e, per la diffusione di tali riflessioni nel contesto italiano, Tommaso Edoardo Frosini, «Un diverso paradigma di giustizia: le “alternative dispute resolution”», *Analisi Giuridica dell’Economia*, 1 (2011), 47-63. Diversi studiosi di mediazione hanno evidenziato che la sua specificità ne costituisce un autonomo approccio al conflitto e alla sua risoluzione o trasformazione. Si vedano, sul punto, emblematicamente, Robert Baruch Bush e Joseph Folger, *The promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition* (San Francisco: Jossey Bass, 1994); Jacqueline Morineau, *L’esprit de la médiation* (Toulouse: Erès, 1998). Sulle relazioni complesse fra tale dibattito e il più ampio dibattito sugli strumenti di *conflict resolution*, Ronald Kraybill, *Peace Skills. Manual for Community Mediators* (Weinheim: Wiley & Sons, 2000).

<sup>18</sup> Maria Antonietta Foddai, «Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d’America», *Giureta - Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, 10 (2012), 407-22, qui p. 407.