

Ciò non impedisce comunque di rilevare, sin da ora, che l'utilizzo di determinate tecniche e metodologie, pur nel fine comune di raggiungere una soluzione orientata al *win/win* ha maggiori garanzie procedurali e di effettività quando l'applicazione e la "regia" di tali strumenti sia affidata ad un soggetto terzo rispetto alle parti, dotato di una specifica formazione, e 'dedicato', per ruolo e prospettiva sul conflitto, ad esercitare al meglio tale funzione.

6. Alcune considerazioni: gli strumenti consensuali come strumenti per la ricerca e la positivizzazione della 'norma del caso'

Sinora si sono brevemente enucleati taluni aspetti utili ad introdurre alcune peculiarità della mediazione rispetto ad altre forme di soluzione consensuale della controversia. In attesa di approfondire ulteriormente la prospettiva che tale strumento incarna, per poi dirigersi a considerare alcuni profili di carattere più strettamente metodologico, preme ora riportare l'attenzione su un profilo comune agli strumenti consensuali-conciliativi: la già menzionata capacità che essi hanno di aiutare nella ricerca e 'positivizzazione' di una soluzione del caso.

L'accento sulla 'soluzione della controversia' può portare a concentrare eccessivamente l'attenzione sul fatto che un fine fondamentale (ma non è detto sia l'unico) degli strumenti consensuali-conciliativi è quello di porre una 'conclusione' ad una situazione conflittuale. Questo aspetto può portare a trascurare un profilo ulteriore legato alla loro capacità regolativa del caso di specie, e che non si esaurisce nel 'concludere' la controversia che ha dato origine al tentativo di composizione.

Come si è già detto, gli strumenti ADR consensuali-conciliativi non sono strettamente vincolati ad un *petitum*: entro i confini della liceità e della loro disponibilità delle situazioni giuridiche coinvolte, e pur sempre all'interno di contorni che consentano di instaurare un confronto intorno ad un oggetto sufficientemente determinato, le parti sono libere di ricercare e confezionare una soluzione personalizzata sulla base delle loro specifiche esigenze.

Questo aspetto chiaramente è riconducibile all'autonomia negoziale delle parti, fulcro concettuale di primaria importanza per questi istituti. È altrettanto evidente che 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 contestazione⁴⁹. Non bisogna peraltro dimenticare come – tanto nella teoria quanto nella prassi giuridica contemporanee – sia (ancora) 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. In quest’ottica diviene centrale il rinvenimento del canone regolativo che risulti più idoneo al caso di specie⁵⁰.

Emergono così con forza sia l’aspetto ‘conclusivo’ della decisione – che già etimologicamente richiama l’idea di un taglio, di una separazione – sia un atteggiamento di ‘passività’ nei confronti della funzione regolativa della norma, alla cui applicazione si demanda appunto il porre una ‘ultima parola’ sulla questione controversa.

Queste ultime considerazioni operano alcune evidenti semplificazioni, e questo va precisato necessariamente. Esse sono volte soprattutto a stagliare profili di differenza e specificità degli strumenti ADR consensuali-conciliativi rispetto al processo. Ciò su cui preme ora soffermare l’attenzione non è solamente la differenza fra l’*ordine imposto* tipico degli strumenti eteronomi e l’*ordine negoziato* che caratterizza gli strumenti autonomi⁵¹: la ‘decisione’ che le parti formalizzano con il loro consenso in un accordo conciliativo può non limitarsi a ‘concludere’, risolvendola, una controversia. L’accordo fra le parti può infatti risultare più idoneo della sentenza ad istituire una nuova disciplina di rapporti orientata tem-

⁴⁹ Cfr. Paolo Moro, «Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo», in *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, a c. di Paolo Moro (Milano: Franco Angeli, 2012), pp. 9-35.

⁵⁰ 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, Francesca Zanuso, «L’ordine oltre alle norme. L’incauta illusione del normativismo giuridico», in *Il lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, a c. di Francesca Zanuso e Stefano Fuselli (Milano: Franco Angeli, 2011), pp. 39-69. Un importante contributo nell’evidenziazione dei limiti di tale modello è emerso nell’ambito della riflessione ermeneutica, per cui rinvio, emblematicamente, a Giuseppe Zaccaria, *L’arte dell’interpretazione. Saggi sull’ermeneutica giuridica contemporanea* (Padova: Cedam, 1990).

⁵¹ Una distinzione, questa, efficacemente enucleata in dottrina, per cui si rinvia a Così e Foddai, *passim*.

poralmente al futuro⁵². Non si tratta, dunque, di rilevare solamente una diversa ‘fonte’ dell’ordine, bensì la possibilità che l’ordine consensualmente istituito fra le parti si riveli più dinamico e aperto di quanto si verifichi per effetto di un provvedimento autoritativo e ‘applicativo’ di norme giuridiche.

Oltre quindi alla ‘flessibilità’ dell’oggetto, che consente una particolare adattabilità della soluzione alle circostanze del caso, emerge un’altra peculiarità degli strumenti consensuali-conciliativi. Essi sono da un lato deputati – proprio perché orientati alla *dispute resolution* – alla soluzione di una lite; dall’altro lato, tuttavia, proprio per la loro natura *lato sensu* ‘contrattuale’, sono idonei a dispiegare potenzialità regolative orientate (anche) a futuri rapporti intercorrenti fra le parti, per effetto di un apporto personale delle parti stesse.

Emerge così una specificità della ‘positivizzazione della norma’ offerta dagli strumenti ADR consensuali-conciliativi, e che mostra come essi possano essere utilizzati per istituire un nuovo assetto di relazioni fra le parti, ‘legiferando’ una ‘norma del caso’, piuttosto che ‘invocando’ l’applicazione di una norma preconstituita.

Quest’ultimo aspetto risulta più marcato – se non altro come scenario possibile e non già come esito necessario – per quelle tipologie di controversie nelle quali le parti sono destinate a permanere in rapporti fra loro (es. parentela, vicinato, comproprietà, rapporti societari), e per le quali la soluzione concordata può essere destinata non solo a ‘risolvere’ una questione puntuale ma a disciplinare anche successivi comportamenti o situazioni future. Si pensi, ad esempio, al caso in cui all’esito di una mediazione in ambito condominiale si addivenga ad una serie di accordi, incorporati in una successiva delibera assembleare, che disciplinano non solo la situazione controversa, ma istituiscono nuove regole condivise (ad esempio per l’utilizzo turnario di spazi di parcheggio, o per la realizzazione di dissuasori mobili a tutela di una servitù di passaggio, o per l’adozione di regole condivise sui parametri estetici riguardanti la facciata dello stabile). Si pensi, inoltre, ad una mediazione svolta in ambito societario, da cui promani non solo la ‘chiusura’ della questione controversa, ma una

⁵² Fanno eccezione provvedimenti autoritativi destinati comunque a creare una disciplina di rapporti orientata al futuro, come accade, ad esempio, in materia di diritto di famiglia: si pensi a provvedimenti che stabiliscano rapporti patrimoniali fra coniugi in sede di separazione o divorzio, o che dispongano dell’affido dei figli o dei tempi e delle modalità di vita/visita dei figli stessi presso i genitori.

‘ristrutturazione’ dei rapporti fra soci, o dell’organizzazione interna della società stessa: ne può emergere, ad esempio, un ridisegno della struttura societaria atto a consentire la convivenza, sotto la medesima *holding* familiare, di più società dotate di oggetto e obiettivi di mercato fra loro differenti, risolvendo così un precedente dissidio sul *target* della società originariamente singola, e poi venuta a diversificarsi.

Gli esempi brevemente citati, e ispirati a situazioni reali di controversie risolte attraverso negoziati o mediazioni, mostrano come, nell’ottica sopra delineata, la ricerca di un accordo fra le parti possa concentrarsi sul porre l’accento sulla ricerca di un nuovo ordine di relazioni da disciplinare consensualmente, costruendo così un assetto regolativo aperto, perché appunto destinato a proiettare la propria efficacia oltre la questione da cui è sorta la controversia.

L’aspetto, ‘risolutivo’ si accompagna ad uno che potremmo definire dunque ‘trasformativo’, e che mostra come l’attività di negoziato o di mediazione divenga una sorta di ‘legiferazione’ *inter partes*⁵³.

7. Norma del caso o casuale? Alcuni dubbi

Quanto sinora enucleato rende ora spontaneo chiedersi se gli strumenti ADR consensuali-conciliativi si limitino a costituire una delle tante declinazioni dell’autonomia negoziale, o se invece non siano comunque riconducibili ad istanze ulteriori e più profonde, ancorché declinate attraverso modalità che dell’autonomia delle parti fanno un fulcro fondamentale.

La domanda reca in sé il dubbio riguardo alla possibilità di considerare questi strumenti come forme di ‘giustizia’ (perché legate alla funzione di prevenire o risolvere una lite) o se invece non appartengano ad un altro *genus*, e propriamente all’ambito della regolamentazione spontanea di rapporti giuridici *inter partes*, di cui il contratto è emblema.

Appare legittimo interrogarsi, in particolare, sull’accezione che una simile istanza di giustizia possa eventualmente avere, e se dunque l’operare tramite il consenso delle parti renda gli ADR consensuali-conciliativi manifestazione di una ‘giustizia contrattata’.

⁵³ Ricavo questa accezione di ‘trasformativo’ in particolare da Lederach, per cui cfr., per una prima disamina, John Paul Lederach, *The Little book of Conflict Transformation* (Intercourse (PA): Good Books, 2003).

Da corollario a tale quesito, qualora si ravvisasse, come pare, non un'alternativa secca fra tali elementi bensì una loro convergenza entro gli strumenti ADR consensuali-conciliativi, emerge la questione su come questi fattori si compongano: in altri termini, se i sopra menzionati strumenti rappresentino un ibrido 'chimerico' o invece individuino figure specifiche destinate a ricoprire un ruolo altrettanto mirato e specifico nel contesto di un sistema di giustizia, per richiamare l'immagine sanderiana, 'multi-porta'.

Inoltre – portandosi su un piano più contenutistico – appare spontaneo chiedersi se la tipologia di 'norma del caso' individuata attraverso gli strumenti conciliativo-consensuali non conduca ad un esito meramente contestualistico e consensualistico. Si attuerebbe così un duplice rischio: un pericolo di aleatorietà, in forza del quale la 'norma del caso' può mutarsi in 'dipendente dal caso', massimamente imprevedibile perché legata alle sole volizioni delle parti coinvolte; un connesso pericolo volontaristico, all'esito del quale i contenuti della volontà passano in secondo piano rispetto allo stesso darsi e all'effettività dell'atto volitivo. A ciò fa da corollario anche il pericolo che l'accordo venga, alla fine, a registrare il comporsi di rapporti di forza, a svantaggio della posizione più debole.

È in virtù di questo che – per riprendere un'immagine già utilizzata – i 'giochi senza arbitro né segnapunti' possono essere guardati con scetticismo, perché visti mal conciliarsi con le esigenze di certezza che la positività giuridica sembra invocare, per lo meno come aspirazione ideale, e destinati a registrare squilibri di potere fra le parti, del tutto inadeguati a comporre un conflitto (dove comporre non sia semplicemente un 'porre fine' perché l'ordine concordato è stato, in qualche modo, accettato)⁵⁴.

Del resto, non si può mancare di cogliersi un potenziale esito paradossale nella ricerca di strumenti alternativi alla dimensione aggiudicativa del processo che poi però rimettano comunque ad un *de-cidere* l'esito della controversia: una interpretazione che individui nella sola volontà negoziale il fulcro degli strumenti di giustizia consensuale non sfugge dall'esito volontaristico che si può riscontrare laddove si concentri la sostanza della dimensione processuale nell'elemento aggiudicativo della decisione giudiziale.

⁵⁴ Si vedano sul punto, i dubbi espressi in Owen M. Fiss.; Owen M. Fiss, *Law as it could be* (New York: New York University Press, 2000).

Certamente si potrà obiettare che una differenza sussiste, ed è proprio ravvisabile nella distinzione tra eteronomia ed autonomia. Ci si deve chiedere, tuttavia, se lo slancio verso gli strumenti ADR di tipo conciliativo-consensuale non celi semplicemente l'istanza di 'trasferire' – in forma di accordo – la volontà in capo ai destinatari stessi della decisione, lasciando comunque l'elemento della volontà alla base dell'atto che pone fine alla controversia.

In questi termini, la risposta al malessere oggi avvertito nei confronti delle soluzioni eteronomamente ed autoritativamente determinate sarebbe quella di cambiare la titolarità del potere decisionale, frammentandolo e distribuendolo tra gli 'aventi causa'⁵⁵.

Se questo può spiegarsi come una reazione alla crisi della statualità che caratterizza il diritto contemporaneo, in cui il ruolo regolativo dell'autorità statale si configura sempre di più alla stregua di un 'monopolista assente', resta da chiedersi se la risposta a tale crisi possa trovarsi in una 'restituzione' della gestione del conflitto ai privati.

Se così fosse, tuttavia, sarebbe parimenti lecito chiedersi se davvero le soluzioni consensuali rappresentino una reale alternativa rispetto alla teoria e alla prassi giuridica ancora dominanti, considerando che queste ultime appaiono così fortemente debitorie nei confronti di una prospettiva volontaristica radicata nella mentalità moderna, e della quale oggi si constata, come già accennato, lo stato di crisi.

8. Un'ipotesi: dallo *status quo* allo *status naturae* ritrovato?

Sulla scia delle considerazioni pocanzi proposte appare d'obbligo, da un punto di vista filosofico-giuridico, domandarsi se questo fenomeno di ricerca del consenso contestuale come luogo privilegiato per risolvere il conflitto non rappresenti un possibile sviluppo pragmatistico e contestualistico intorno al quale la contemporaneità 'post-moderna' si è radicata, proponendo un modello per il quale il consenso parcellizzato e 'istantaneo' ha preso il posto di 'ragioni condivise' della cui possibilità di repe-

⁵⁵ Cfr., in merito a questo fenomeno, le recentissime considerazioni espresse in: Federico Carpi, «La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*2, 2016, 811-20.