

Capitolo Primo

**Il tramonto della logica autoritativa
del processo, ma non del nucleo essenziale
dei suoi principi**

di *Filippo Danovi*

SOMMARIO: 1. Conflitti e controversie come espressioni di crisi e stadi di pericolo relazionale. – 2. La tradizionale logica del processo, tra struttura autoritativa e dinamiche avversariali. – 3. I limiti del processo: il fattore tempo. – 4. L'“organizzazione normativa” del processo. – 5. Gli oneri e le spese processuali. – 6. La valutazione del potenziale risultato del processo in termini di concreta opportunità. – 7. I limiti della risposta autoritativa. – 8. Gli ADR. – 9. Rapporti tra processo e ADR. L'idea di una giustizia coesistenziale o complementare. – 10. Il progressivo arricchimento del catalogo degli ADR. – 11. L'esigenza di una giustizia di prossimità. – 12. Le spinte provenienti dall'ordinamento internazionale e dell'Unione europea. – 13. I vantaggi degli ADR e la loro capacità di adattamento alle esigenze della singola fattispecie controversa. – 14. Il possibile recupero dei principi fondamentali del processo nella dimensione (fisiologica e patologica) delle relazioni. Le parti come “giudice naturale”. – 15. In particolare, il contraddittorio e la “parità delle armi”. – 16. L'obiettivo finale: lealtà e *fairness* nella relazione (e della relazione). – 17. Conclusioni.

1. Conflitti e controversie come espressioni di crisi e stadi di pericolo relazionale

Come è stato di recente autorevolmente posto in luce, ogni essere umano può essere considerato come «il prodotto dei rapporti e delle relazioni nelle quali, sin da quando è generato, si è faticosamente costruita la sua individualità»¹. E in questa prospettiva ogni rapporto e ogni relazione umana

¹F. SCAPARRO, *Introduzione. Sicurezza delle relazioni familiari e ragioni del mediatore*, in F. Scaparro, C. Vendramini (a cura di), *Pacificare le relazioni familiari. Tecniche ed esperienze di mediazione familiare*, Trento, 2018, 16.

na, prima ancora che giuridica, può evolversi in modo fisiologico, continuamente apportando alle parti interessate benessere e reciproca soddisfazione, ovvero virare in una direzione differente da quella in origine precognizzata, e condurre così a una situazione di crisi.

La dimensione patologica può essere variamente qualificata: come disaccordo e contrasto, controversia o conflitto, mancanza di reciproca cooperazione. In ogni caso, quale che sia la definizione e quale l'interpretazione che si tenda a dare, è certo che la controversia costituisca di per sé uno stato di mutua insoddisfazione; lo è in modo naturale e ineludibile, in quanto entrambe le parti (anche quella che in ipotesi crede inizialmente di poter trarre giovamento dalla situazione di stallo) saranno chiamate nel tempo a render conto di un tassello scomposto della loro vita e di uno stadio della loro relazione dannoso o quanto meno non soddisfacente, se non altro in quanto non rispondente alle iniziali aspettative.

Ciò non esclude, peraltro, che la controversia e la crisi che ne rappresenta il substrato formante debbano condurre per forza a conseguenze pregiudizievoli, né quindi essere necessariamente valutate in termini del tutto negativi. La controversia non deve essere demonizzata, ma semplicemente affrontata. Essa rappresenta invero un momento di allerta e di pericolo che i suoi protagonisti sono chiamati a non trascurare e in qualche modo a risolvere.

Ebbene. Proprio per superare lo scoglio dell'incertezza che alla controversia consegue è di regola necessario un "atto vincolante", ovvero un atto che superi lo stadio di incertezza e ristabilisca le regole di condotta che le parti dovranno ricominciare a seguire². L'etimologia del vocabolo crisi (dal greco *krino*) è del resto la stessa di valutare, giudicare, ma prima ancora separare e scernere, perché tra due possibili strade si sceglie una direzione e a una situazione di incertezza viene data una soluzione. Assai differente può tuttavia essere la modalità con la quale si può reperire un nuovo assetto, perché a tale riguardo le alternative che si pongono alle parti sono fondamentalmente due: il processo e il giudizio, ovvero il dialogo e l'intesa.

La prima opzione costituisce la via tradizionale: da tempo immemorabile il processo incarna l'esigenza di attribuire alla volontà dello Stato, e prima ancora del sovrano che lo impersonificava, il compito di far rispettare, anche e se necessario coattivamente, i diritti e di gestire quindi con

²Cfr. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, *La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 9^a ed., Milano, 2017, 5.

l'autorità e la forza anche la soluzione delle controversie³.

Ancora oggi la funzione primaria e fondamentale della tutela giurisdizionale civile è quella di realizzare la tutela dei diritti. Ciò risulta con chiarezza da una norma fondamentale, l'art. 2907 c.c., che ricorda come l'attività giurisdizionale e con essa il processo intenda fornire una risposta autoritativa alle situazioni di conflitto, ristabilendo – con il primato della legalità – certezza nell'incertezza e ordine nel disordine. Non è un caso, dunque, che malgrado le molteplici varianti con le quali si tende a descrivere la giurisdizione, la classica definizione, ancor oggi comunemente seguita, vede in essa la dichiarazione e attuazione della concreta volontà della legge, mediante la sostituzione degli organi giudiziari a un'attività altrui⁴.

In questa prospettiva il processo rappresenta dunque sempre uno strumento fondamentale nell'architettura di un ordinamento civile democratico, perché nell'affermare il principio per il quale lo Stato mette a garanzia dei cittadini un sistema capace di garantire il rispetto e l'attuazione della legge anche e proprio nelle situazioni controverse, di fatto appronta uno strumento rilevante per gestire autoritativamente le situazioni di crisi e di mancanza di cooperazione. Una fondamentale funzione sociale, dunque, a sostegno della collettività e dei diritti dei singoli, minacciati ovvero anche soltanto violati da comportamenti illegittimi.

2. La tradizionale logica del processo, tra struttura autoritativa e dinamiche avversariali

Nell'avverbio autoritativamente risiede tuttavia non soltanto un punto di forza, ma altresì (e paradossalmente) un possibile *vulnus*, un elemento di intrinseca limitatezza dello strumento processuale.

Nel descrivere il fenomeno processuale si è infatti soliti impiegare metafore e *topoi* che sono tipici e ricorrenti nella dottrina processualcivilistica.

Il processo può dunque essere visto come un "cammino" o un "viaggio" (il termine indica del resto un metaforico percorso verso un obiettivo interno, una sorta di anabasi, poiché lo stesso consiste in modo innegabile

³ È assolutamente dominante in dottrina l'idea per la quale il processo avrebbe natura secondaria e strumentale rispetto al diritto sostanziale (per tutti v. ad es. E.T. LIEBMAN, *Norme processuali nel codice civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, I, 154 ss.).

⁴ In questo senso si veda la celebre definizione di G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965 (rist.), 296 ss.

in una concatenazione di atti successivi e consequenziali finalizzati all'emanazione dell'atto finale, *id est* la sentenza⁵), come una "rappresentazione"⁶ (e del resto la concreta modalità di svolgimento del processo viene tecnicamente definita proprio come "rito"), come un "giuoco" (come lo immaginava l'evocativa suggestione di Calamandrei⁷), e rimane fondamentale un terreno aperto al dialogo (poiché basato sull'imprescindibile canone della difesa, che fa sì che il contraddittorio rappresenti il nucleo portante, l'anima insopprimibile del processo⁸), ma sempre sotto la dire-

⁵ Cfr. ad es. E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 8ª ed., Milano, 2012, 37.

⁶ Per la raffigurazione scenica del processo cfr. P. CALAMANDREI, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, in *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 637: «si dice comunemente che il processo, civile o penale, si può rassomigliare a un dramma: come in un dramma, infatti, si svolge in esso una successione di atti compiuti da diverse persone in forma dialogica, con distinzioni in diversi episodi concatenati, che trovano il loro scioglimento, come in un epilogo, nella sentenza. E in verità spesso il processo ha non solo nelle forme, ma anche nella sua sostanza umana, una vicenda di dramma, triste o comico secondo i casi». Nello stesso senso si v. anche P. PAJARDI, *Processo al processo*, Padova, 1985, 56 ss., che definisce il processo «teatro», «scena» e «dramma»; M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 793, 791, che ricorda come da alcuni il processo venga descritto come «gioco di storie» narrate.

⁷ Il riferimento è *in primis* al classico scritto di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, 23 ss.; ora in *Opere giuridiche*, I, cit., 537 ss.; ma per il nesso, ancor più generale, intercorrente tra il fenomeno del gioco e ogni tipologia di organizzazione sociale v. J. HUIZINGA, *Homo ludens*, Milano, 1985.

⁸ Il ruolo fondamentale che il contraddittorio assume nell'esperienza processuale può essere limpidamente sintetizzato nell'impostazione tradizionale che vede in esso il requisito minimo e inderogabile fondante il concetto stesso di "processo" rispetto a quello più generico e lato di "procedimento". Per il più deciso sostegno di tale tesi si vedano i numerosi scritti di E. FAZZALARI, *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861; ID., voce *Processo (teoria generale)*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1976, 1072; ID., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, spec. 827 ss.; ID., *Procedimento camerale e tutela dei diritti*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 912, n. 11; ID., *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 10; ID., *Il processo ordinario di cognizione*, Torino, 1989, 80 ss.; ID., «Processo» e *giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 1 ss.; ID., *Istituzioni di diritto processuale*, 8ª ed., Padova, 1996, 73 ss.; ID., voce *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, 653 ss.; cui *adde* P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in *Processo e democrazia*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 678 ss.; N. PICARDI, *Dei termini*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da Allorio, I, 2, Torino, 1973, 1544 ss.; ID., *La dichiarazione di fallimento dal procedimento al processo*, Milano, 1974, *passim*, spec. 133 ss., 154 ss.; C. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 114, n. 2; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975,

zione e il controllo autoritativo di un organo giudicante.

E non è un caso, quindi, che a dispetto di queste generose qualificazioni, dal sapore a tratti aulico e letterario, il processo rimanga prima di tutto sempre uno scontro, una battaglia, in termini anche più crudi una guerra⁹.

Lo stesso connotato della difesa è considerato da un lato una garanzia per il cittadino di non vedersi calpestare i propri diritti senza poter dare la propria rappresentazione e fornire la propria versione dei fatti, ma dall'altro costituisce di per sé una reazione al diritto di azione. Pertanto, come quest'ultimo viene considerato tale da turbare in qualche modo la pace giuridica tra i consociati (nel momento in cui la domanda viene proposta nessuno sa ancora se l'attore ha ragione, e la sua iniziativa tende quindi in ogni caso a scardinare la quiete dell'ordinamento), così la difesa finisce per esprimere una logica anche rafforzativa dello scontro e del turbamento che ne consegue.

Il processo sposta dunque definitivamente la controversia dal terreno sostanziale a una diversa dimensione, nella quale il compito di pronunciare la parola finale spetterà al giudice. Le parti si fronteggiano, si sfidano, utilizzano tutte le armi (non è un caso che si parli anche nel linguaggio tecnico

577 ss., spec. 600 ss.; G. TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1978, 193 ss.; F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano, 1981; G. FABBRINI, voce *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 722; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1985, 8 ss.; L.P. COMOGLIO, voce *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 5 (laddove afferma che «è risalente e ben radicata nelle nostre tradizioni l'idea secondo la quale l'antitesi dialettica di almeno due soggetti, in posizione contrapposta, sarebbe una componente essenziale – addirittura, una condizione definitoria – del processo contenzioso»); B. PASTORE, *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico*, Milano, 1996, 222; G. BONGIORNO, *La prova dei crediti per l'ammissione al concorso*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 353; M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, cit., 793.

⁹Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, rist. Napoli, 1965, 63-64, per il quale per il tramite del processo «la lotta materiale diventa così lotta giuridica»; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, 290, secondo il quale «il processo non è altro che una lotta regolata dal diritto, nella quale ciascuno dei litiganti persegue il suo fine»; N. IRTI, *Le scelte dell'avvocato, le scelte del giudice*, in A. Mariani Marini, M. Paganelli, *L'avvocato e il processo. Le tecniche della difesa*, cit., 340, che ricorda come il dubbio del giudice nasca «dal duello dei difensori». Un discorso autonomo (che tuttavia devierebbe eccessivamente l'attenzione dallo scopo e i limiti dell'indagine) meriterebbe poi l'individuazione del concetto di «lite» enucleato da Carnelutti come presupposto portante del processo (v. ad es. F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, *passim*, spec. 40 ss., 249 ss.; nonché su di esso P. CALAMANDREI, *Il concetto di «lite» nel pensiero di Francesco Carnelutti*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 3 ss.).

processuale di un vero e proprio principio di parità delle armi tra le parti) a loro disposizione per avere la meglio sull'avversario. Perché questo è in ultima analisi la controparte processuale: un avversario, un nemico da battere.

E non a caso la parola *fine*, che viene pronunciata con la sentenza dispensatrice della giustizia (*rectius*, con il suo passaggio in giudicato), rappresenta (sempre metaforicamente) una sorta di scure o mannaia, che cala sulle teste dei litiganti salvandone uno e condannando l'altro (ovvero in altri casi ferendo entrambi in misura più o meno marcata e lasciandoli sul territorio dello scontro a guardare disillusi i detriti dell'edificio che avevano costruito).

Per quanto essenziali nel panorama di un ordinamento democratico, quindi, la giurisdizione e il processo (e la sentenza che ne rappresenta il fisiologico compimento) rappresentano pur sempre fenomeni fondati sulla forza e in quanto tali necessariamente invasivi.

Non è un caso che l'etimologia di "decidere" sia la stessa di "tagliare" o "mozzare"; poiché la sentenza è chiamata a scegliere tra due prospettazioni alternative e a individuare tra le possibili strade quale percorrere. Per sua natura, poi, la sua valenza è tale da consentire la prosecuzione lungo la strada prescelta se necessario anche rimodellando il diritto sostanziale e trasformando le posizioni delle parti (*res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis*).

La logica del processo è dunque una logica di scontro. E poiché lo scontro è per definizione un combattimento ostile e violento, esso presuppone una forte spendita di energie, in termini temporali, strutturali, di oneri e di opportunità.

3. I limiti del processo: il fattore tempo

Dal primo punto di vista il processo necessita di tempo. Ed è questo uno dei motivi, probabilmente anzi il principale, per il quale si sente sempre più spesso parlare di crisi della giustizia; anzi, talmente spesso, che la crisi della giustizia è divenuta una sorta di luogo comune, anche se non per questo deve considerarsi una formula stereotipata.

Quando si denuncia questa situazione, si cerca di esprimere una serie di malesseri, di difficoltà e forti criticità che si riscontrano nel modo di operare della giurisdizione ordinaria.

Dette criticità attengono in particolare al numero delle cause pendenti (il c.d. arretrato) e alla durata dei processi.

Da entrambi questi punti di vista, alle complessità che il processo civile strutturalmente (e verrebbe da dire ontologicamente) presuppone, si aggiungono per il nostro ordinamento una serie di personali disfunzioni: l'Italia è in effetti tristemente in coda nelle classifiche che la mettono a confronto non soltanto con gli altri paesi dell'Unione Europea, ma addirittura del mondo. Ci troviamo di fronte arretrati di milioni di cause e processi che durano anni.

Sotto questo profilo, malgrado gli accorgimenti che il nostro legislatore ha predisposto per evitare i danni connessi alla dilatazione del fattore tempo (*in primis* gli effetti sostanziali della domanda), e malgrado i segnali di recupero che le statistiche negli ultimi anni tendono ad evidenziare, complici anche ulteriori riforme, come il potenziamento degli istituti dell'inammissibilità e improcedibilità delle impugnazioni (con tutte le perplessità che pure sono a questo riconnesse, in termini di diminuzione delle garanzie processuali), continua ad essere ben lungi dal realizzato il celebre motto chiovendiano per il quale lo svolgimento del processo non dovrebbe mai andare a danno della parte che ha ragione. Sempre da questo punto di vista, anche le modifiche da ultimo apportate alla l. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), per quanto abbiano indubbiamente impresso una svolta benevola in favore della contrazione dei tempi necessari per avere la giustizia "di riparazione", non sono ancora sufficienti per poter affermare che il processo civile italiano ha rinvenuto un corretto equilibrio in relazione alla sua necessaria dimensione temporale.

E a ben vedere, ottenere una giustizia a distanza di anni equivale purtroppo a ottenere una giustizia soltanto dimidiata. Non quello che la parte attendeva all'inizio, nel momento in cui la controversia è insorta e la mancanza di cooperazione si è realizzata, ma soltanto in epoca successiva e a prezzo del dispendio di energie, fatiche e risorse che vanno indubbiamente a ridurre il potenziale apporto positivo della sentenza.

4. L'"organizzazione normativa" del processo

Vi è poi un ulteriore ambito di criticità, legato alla gestione del processo, tutt'altro che lineare. Il processo segue per definizione regole precise e binari definiti, individuati dalla legge.

Tuttavia in questo ambito si registrano una serie di difficoltà derivanti dalla mancanza di una visione unitaria e organica del processo civile, soprattutto in una prospettiva diacronica, ovvero di sviluppo nel tempo. Ne-

gli ultimi trent'anni vi sono state continue riforme legislative, anche fondamentali (basti pensare a titolo di esempio alle leggi che hanno ridefinito il volto del processo civile nel 1990, nel 1995, nel 1998, nel 2005, nel 2009), ma per quanto strutturali e capillari, sempre "a macchia di leopardo". Si interviene in un settore, poi in un altro, poi in un altro ancora; si cambiano alcune norme, si colmano lacune, si cerca di aggiustare le più evidenti disfunzioni. Un rapporto analitico sulle singole riforme, sul loro impatto e sulla modifica che ne è derivata al volto del processo civile (non soltanto di cognizione, ma altresì dei processi speciali) devierebbe probabilmente l'attenzione dell'indagine sulla quale il presente lavoro è concentrato; ma certo soltanto la progressiva scansione diacronica degli interventi normativi degli ultimi trent'anni chiarisce la generale inquietudine che contraddistingue il nostro legislatore processuale.

I mali della giustizia sono poi molto più verosimilmente sedimentati in profondità. Trovano le loro radici in una pluralità di fattori e cause, interni, esterni, ordinamentali e sociali. Non si riescono quindi definitivamente a estirpare e la struttura del processo anche per questo motivo si allontana sempre più dall'ideale equilibrio per il quale era stata all'origine concepita.

5. Gli oneri e le spese processuali

Il processo è poi un fenomeno costoso. Trattandosi di uno strumento ad elevato grado di complessità, la sua gestione è riservata a una ristretta (per la verità non troppo, considerati i numeri degli iscritti agli albi presso gli ordini degli avvocati presenti nei vari distretti della Repubblica) cerchia di professionisti.

La difesa tecnica è appannaggio degli avvocati, il cui intervento si traduce in costi vivi per le parti, che vengono ripartite alla fine del processo secondo la logica della soccombenza (art. 91 ss. c.p.c.); anche se, come noto, la liquidazione delle spese che il giudice dispone nella sentenza non sempre è realmente in grado di coprire tutti i costi che la parte alla quale viene infine riconosciuta ragione ha anticipato nel corso del processo.

Anche da questo punto di vista, quindi, l'ulteriore celebre monito chiovendiano per il quale la parte dovrebbe sempre poter ottenere tramite il processo «tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire» rischia anch'esso di non trovare perfetto compimento, poiché anche la parte vincitrice si trova sovente, per ottenere il riconoscimento del proprio diritto, a dover sostenere una serie di oneri che non le verranno poi rimborsati.

Anche sotto questo profilo il legislatore ha negli ultimi tempi dimostrato una accresciuta sensibilità al profilo degli oneri processuali, ad esempio intervenendo con l'introduzione dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., che ha "svecchiato" e reso certamente di più agevole applicazione l'istituto della responsabilità aggravata da lite temeraria, svincolandolo dai (prima necessari, in virtù del disposto dell'art. 96, 1° comma, c.p.c.) requisiti dell'istanza di parte, della prova dell'elemento soggettivo (dolo o colpa), e della prova dell'elemento oggettivo (danno). È un modo anche questo di sottolineare il compito al quale ciascun operatore di giustizia è chiamato, anche nel mettere la parte di fronte alle responsabilità per le scelte di fondo (mentre quelle riguardanti le forme e modalità competono al difensore tecnico); ma rimane al contempo anche sempre un modo per sottolineare (negativamente) che il processo esige un carico di energie economiche che a ben vedere potrebbero essere diversamente allocate se le parti riuscissero a reperire una soluzione della controversia con strumenti più flessibili, agevoli e che presuppongono un minor dispendio di risorse.

6. La valutazione del potenziale risultato del processo in termini di concreta opportunità

Vi è infine un ulteriore fattore di criticità congenito al processo, ed è ancora una volta dovuto alla fisiologica potenzialità espressiva del processo.

La decisione giudiziale interviene sulla *res dubia* applicando come già detto la legge. Il giudice è in questo senso garante e custode dell'ordinamento, e con esso della necessaria fissità della disciplina normativa.

Certo, vi è notoriamente all'interno del processo un ambito nel quale può esprimersi la discrezionalità giudiziale, ma come noto la stessa non significa libera inventiva, bensì prudente apprezzamento di una serie di dati e risultanze di causa sempre in funzione di una sottostante generale logica di rispetto della legge.

In questo modo, la sentenza mostra due intrinseche limitazioni.

In primis, essa interviene sulle conseguenze del conflitto, ma non sa agire alla base, sulle sue cause. Può ristabilire l'ordine, ma non può realmente apportare pace alle parti, che anche in seguito non vengono a perdere la loro rispettiva posizione, perpetuando paradossalmente l'immagine di "litiganti" anche oltre il processo. Da questo punto di vista la sentenza non apporta reali benefici al rapporto controverso. Per usare una

metafora, è un po' come curare il male estirpando l'organo, non ridandogli funzionalità.

In secondo luogo, la decisione giudiziale non può che esprimersi secondo schemi fissi e rigorosamente ordinati. Nell'applicare il diritto il giudice tende anche a seguire i postulati della logica, e così un metodo¹⁰, valore tanto più fondamentale anche all'interno del processo¹¹, perché sul rispetto dell'ordine quest'ultimo (*ordo iudicii* per eccellenza) non può necessariamente che fondarsi¹². Metodo e ordine non sono peraltro unicamente

¹⁰ Cfr. in proposito C. PERELMAN, voce *Logica*, in *Enc. del Novecento*, III, Roma, 1979, 1053 ss. Sull'importanza del metodo nel diritto v. ad es. anche K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966; U. VINCENTI, *Lezioni di metodologia della scienza giuridica*, Padova, 1997; G. ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, cit., 49 ss.; P. PERLINGERI, *Metodo giuridico e scuole forensi*, in AA.VV., *Il linguaggio la condotta il metodo*, Milano, 2001, 151 ss. E anche in relazione alla decisione del giudice, ricorda M. TARUFFO, *Giudizio: processo, decisione*, cit., 796, che il termine giudizio a ben vedere non deve essere inteso come generico sinonimo di decisione, bensì «come termine che indica soprattutto un metodo di decisione».

¹¹ G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforma ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.

¹² Non è ovviamente questa la sede per approfondire le implicazioni che può assumere il concetto di ordine nell'ambito del processo, per sua definizione «uno dei termini più complessi del lessico filosofico occidentale» e tuttavia indispensabile in sede processuale in quanto «permette di selezionare – tra le numerose informazioni – quelle che sono *rilevanti* e che pertanto costituiscono prova» (così A. GIULIANI, *L'ordo iudiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 599). Sulla rilevanza della distinzione nella costruzione del processo tra modelli fondati su possibili differenti concezioni in particolare della funzione della prova ai fini della decisione, il riferimento d'obbligo è agli scritti di Giuliani, il quale, attraverso un'approfondita indagine storica e comparatistica, ha evidenziato l'esistenza di due distinte tipologie di sistemi, fondati rispettivamente su un modello c.d. *isonomico*, per il quale la prova verrebbe a essere segnatamente utilizzata come elemento persuasivo nei confronti dello stesso giudice, e un modello c.d. *asimmetrico*, nel quale la prova si configurerebbe invece come mezzo dimostrativo, atto a indurre il giudice a una conoscenza scientifica della verità dei fatti di causa. Per tali profili v. in particolare A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1959, 55 ss., 95 ss.; ID., *Il concetto classico di prova: la prova come «argumentum»*, in *La preuve. Recueils de la Société Jean Bodin*, XVI, Bruxelles, 1963, 357 ss.; ID., voce *Logica del diritto: b) Teoria dell'argomentazione*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 13 ss.; ID., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova teorica» e teorica del processo*, in *Soc. del dir.*, 1986, 81 ss.; ID., voce *Prova in generale (filosofia del diritto)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, spec. 525 ss.; ID., *Presentazione*, in C. Perelman, *Logica giuridica nuova retorica* (1976), trad. it., Milano, 1979, V. ss.; ID., *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Riv. int. dir.*, 1970, 374 ss.; PICARDI, voce *Processo civile (diritto moderno)*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 101 ss.; ID., *Manuale del processo civile*, 2ª ed., Milano,

funzionali alla logica; essi rispondono anche a ideali di trasparenza e certezza, lealtà e correttezza¹³, e così in definitiva alla stessa funzione educativa di cui il processo deve sapersi dotare¹⁴. La struttura del giudizio, la sua scansione attraverso fasi successive imperniate sul principio di preclusione, intendono rispondere anche a questa esigenza¹⁵.

Per questo motivo il processo non può ad esempio per sua natura par-

2010, 4 ss.; A. CHIZZINI, *Brevi spunti in tema di oralità e dimensione retorica nella genesi del processo civile*, in M. Manzin, F. Puppo (a cura di), *Audiatur et altera pars. Il contraddittorio fra principio e regola*, Milano, 2008, 97 ss.; B. CAVALLONE, *Alessandro Giuliani processualista (Ordine isonomico, ordine asimmetrico, principio dispositivo, principio inquisitorio)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 107 ss. Intorno a tali tematiche v. più in generale anche M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, cit., 191 ss.; L. GIANFORMAGGIO, in G. Mosconi, Orvieto, Gianformaggio, Arcuri, Job, *La nuova retorica di Perelman*, in *Discorso e retorica*, diretto da Pontecorvo e Tornatore, Torino, 1981, 110 ss.; ID., *Elogio di un filosofo continentale pronunciato da una analitica*, in *Per Alessandro Giuliani*, a cura di Treggiari, Perugia, 1999, 65 ss.; F. CAVALLA, voce *Topica giuridica*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 720 ss.; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio di fatto nel processo*, Milano, 1999, 149 ss., 411 ss.; D. CARPONI SCHITTAR, *La persuasione del giudice attraverso gli esami e i controesami*, Milano, 1998; R. ORLANDI, *L'attività argomentativa delle parti nel dibattimento penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1998, 452 ss., ora in *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 1999, 1 ss., spec. 7 ss.; M. MENNA, *Logica e fenomenologia della prova*, Napoli, 1992, spec. 135 ss.; B. MORTARA GARAVELLI, *Logos e pathos nell'oratoria forense*, in AA.VV., *Le strategie della difesa*, Milano, 2002, 15 ss.; G. GULOTTA, L. PUDDU, *La persuasione forense. Strategie e tattiche*, Milano, 2004, 178. Da un punto di vista generale, e in via di estrema sintesi, peraltro, non si può trascurare di considerare come la finalità propriamente persuasiva, per quanto possa anche rappresentare un aspetto del fenomeno probatorio, ben difficilmente ne colga appieno l'essenza, in quanto essa di fatto prescinde da (o quanto meno svilisce oltre misura) il postulato di oggettività del processo, e i suoi corollari della legalità e della razionalità che impongono che la prova sia prima di ogni altra cosa attendibile, coerente e in quanto tale anche razionalmente controllabile (in questo senso v. ad es. le riflessioni di G. VERDE, voce *Prova*, cit., 586 ss., nonché di M. TARUFFO, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, 14).

¹³ Cfr. P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, cit., 41, secondo il quale anche l'ordine nella gestione del fascicolo, la compostezza con cui si indossa la toga, la chiarezza delle scritture, la parsimonia del discorso, la diligenza con cui si mantiene l'impegno di scambiare le comparse nel giorno stabilito rappresentano tutte in ultima analisi modalità di espressione del dovere di probità dell'avvocato.

¹⁴ Sulla funzione educativa del processo v. B. CAVALLONE, *La borsa di Miss Flite. Storie e immagini del processo*, Milano, 2016, 204 ss., spec. 214 ss.

¹⁵ In questo senso la Risoluzione sul tema «Misure per l'accelerazione dei tempi del giudizio civile» con riferimento al disegno di legge governativo presentato sull'argomento nella decorsa legislatura e in vista di eventuali nuove iniziative (approvata dal C.S.M. il 18 maggio 1988), in *Foro it.*, 1988, V, 256.

tecipare di altri canoni espressivi della mente umana, e in particolare della fantasia. Quest'ultima reca invece in sé un enorme potenziale espressivo, non già per favorire soluzioni astruse (non deve essere in altri termini pura e incondizionata invenzione), quanto nella misura in cui la soluzione della lite non potrebbe che trarre giovamento dall'elasticità e duttilità che rappresentano *atout* portanti dell'attività umana.

7. I limiti della risposta autoritativa

Da quanto sinora evidenziato, dunque, è evidente che tanto il processo quanto la decisione autoritativa che per suo tramite si esprime nel *dictum* giudiziale, soffrono di impliciti e fisiologici limiti, che ne attenuano la valenza immaginata dal legislatore.

Sotto questo profilo la giustizia e la giurisdizione vanno quindi ripensate, e vanno ripensate nel loro nucleo essenziale. Le stesse devono essere progressivamente spogliate di anacronistici apparati pubblicistici, a favore della loro funzione di servizio; e il servizio per essere migliore deve per definizione essere strutturato sempre più a misura dell'utente, *id est* del cittadino, con un ventaglio sempre più ampio di opportunità e di strumenti.

Si è parlato dei problemi che affliggono il processo in relazione al fattore-tempo, sinteticamente espressi anche nei numeri delle cause pendenti.

Negli ultimi tempi si sono per fortuna riscontrati sotto questo profilo segnali di inversione di tendenza. Si tratta di segnali ancora contenuti, ma comunque significativi e in quanto tali incoraggianti. Il contenzioso arretrato è passato da oltre 4.500.000 procedimenti pendenti a oltre 3.500.000. Una riduzione importante, dovuta principalmente proprio al potenziamento di strade alternative, di risorse ulteriori, esterne al processo, che seguono una differente logica e diverse modalità espressive¹⁶.

8. Gli ADR

Sempre più noto e apprezzato risulta in effetti il fenomeno che da circa

¹⁶Cfr. i rapporti ormai annuali editi da Isdaci, in collaborazione con Unioncamere, la Camera di Commercio di Milano e la Camera Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano a far tempo dal 2008 (l'ultimo pubblicato è il *Decimo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2018).

mezzo secolo viene sinteticamente riportato sotto l'egida dell'acronimo inglese di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*)¹⁷.

Con tale formula si suole designare un complesso di strumenti, di forme di giustizia, che si caratterizzano per essere alternativi rispetto alla giustizia ordinaria.

Non si basano sulla logica dello scontro, né necessariamente sulla sola

¹⁷ Sugli ADR la letteratura è sterminata; a titolo meramente esemplificativo si vedano F. 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, I, 209 ss.; E.M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2009, 59 ss.; S. AZZALI, *L'esperienza della Camera Arbitrale di Milano in materia di Alternative Dispute Resolution (ADR)*, in *Documenti Giustizia*, 2000, 830 ss.; A. BRUNI, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno*, in *Mediaries*, 2005, 163 ss.; C. BULGHERONI, F. CUOMO ULLOA, DELLA VEDOVA P., *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti*, Bologna, 2018; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss.; G. CASSANO, *Le nuove forme di Alternative Dispute Resolution (ADR) nell'era di Internet*, in *Giur. it.*, 2005, IV, 884 ss.; G. CASSANO, M. NISATI, *Arbitrato e risoluzione alternativa delle controversie*, Milano, 2003, 425 ss.; M.G. CIVININI, *Mediazione e giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1305 ss.; S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 447 ss.; L.P. COMOGLIO, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 322 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. Chiarloni (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna 2016; G. DE PALO, L. D'URSO, D. GOLANN, *Manuale del mediatore professionista. Strategie e tecniche per la mediazione delle controversie civili e commerciali (ADR – Risoluzione alternativa delle controversie)*, Milano, 2010; A. DIDONE, *Priorità nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 1158 ss.; 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 dello stato*, 2007, 313 ss.; 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.*, 2008, 357 ss.; S. IANNICELLI, *La conciliazione stragiudiziale delle controversie: modelli differenti e dubbi interpretativi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 146 ss.; R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e tests strutturali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 844 ss.; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007; C. PUNZI, *Le riforme del processo civile e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1197 ss.; ID., *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 845 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, Conciliazione*, Bologna, 2009; F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008; A. UZQUEDA, P. FREDIANI, *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Milano, 2002; V. VIGORITI, *Accesso alla giustizia, ADR, prospettive*, in *Riv. arb.*, 2007, 135 ss.; sia altresì consentito il rinvio a F. DANOVÌ, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; ID. (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018.

applicazione della legge, ma cercano di indagare più a fondo le istanze delle parti, le loro esigenze, gli interessi sottesi al conflitto.

Si tratta di un insieme di strumenti vario ed eterogeneo, che nel tempo è andato implementando, proprio perché sottratto alla logica dell'applicazione fissa del diritto e per sua natura modulabile e flessibile.

9. Rapporti tra processo e ADR. L'idea di una giustizia coesistenziale o complementare

Nell'intrinseca lacuna del processo dovuta ai fattori sopra descritti viene spesso individuato uno dei motivi di crescente successo degli ADR.

Per la verità, nelle fonti e nella dottrina è sempre più ricorrente l'affermazione per la quale il potenziamento degli ADR deriverebbe come conseguenza e portata dalla crisi della giurisdizione ordinaria e dalla sua incapacità a far correttamente fronte al contenzioso pendente: se si guarda indietro, dall'Unità d'Italia ad oggi, non vi è stata temperie culturale, politica o legislativa che non abbia denunciato il malfunzionamento della macchina della giustizia. Puntualmente questo tema è il *leitmotiv* dell'apertura dell'anno giudiziario, e tutti i progetti e le riforme processuali che si sono succedute nel tempo (con ritmo via via più vorticoso e frenetico, soprattutto negli ultimi venticinque anni) hanno sempre avuto come obiettivo fondamentale quello di alleggerire il gravoso carico degli organi giudiziari, smaltendo l'arretrato e fornendo nuovi strumenti per rendere più celere lo strumento processuale. In questa prospettiva le statistiche degli ultimi anni danno conto di un implemento del ricorso a forme di giustizia alternativa, e con esse in particolare alla mediazione, e questo dato di per sé solo conforta l'idea che evidentemente si tratta di rimedi complementari, dei quali il sistema nel suo complesso non può non avvertire il bisogno.

Questa relazione di mutuo scambio, tuttavia, se pure dà atto di una realtà con la quale gli operatori del diritto sono tenuti a confrontarsi, trascura l'ulteriore e più pregnante *atout* degli ADR che consiste proprio nella possibilità di raggiungere, loro tramite, risultati per i quali il processo civile risulterebbe in radice inidoneo. Non è in altri termini enfatizzando l'idea per la quale la riduzione dei troppo gravosi carichi giudiziari possa favorire l'esercizio della funzione giudiziaria che la giurisdizione acquisterà quella qualità ed efficienza che dovrebbe garantire al cittadino¹⁸. Piuttosto,

¹⁸ Ha perspicuamente sottolineato F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*. V. *La risoluzione*

occorre davvero riconoscere senza più remore che i modelli di ADR svolgono una funzione anche più ampia e socialmente utile, rappresentando strumenti di composizione e gestione delle controversie che si aggiungono alla tendenziale rigidità del sistema di diritto e del modello processuale tradizionale, in tal modo arricchendolo¹⁹.

Quanto alla concreta identificazione del fenomeno, non è pacifico se nell'alveo degli ADR debbano essere ricompresi soltanto i mezzi *stricto sensu* alternativi al processo o, più latamente, tutti gli istituti che tendono a una risoluzione della controversia senza il ricorso alla giurisdizione ordinaria, così come non è neppure chiaro se in questi casi debba più propriamente discorrersi di "alternativa alla giustizia" ovvero di "giustizia alternativa"²⁰ (per parte mia, nella scia di quanto già lungo tempo addietro ebbe autorevolmente a chiarire Cappelletti²¹, prediligo una diversa formula an-

*ne non giurisdizionale delle controversie*⁷, Milano, 2013, 21 ss., come il rapporto tra gli strumenti di risoluzione negoziale delle controversie e la giurisdizione non debba essere impostato immaginando che i primi abbiano lo scopo primario di risolvere le disfunzioni del secondo e migliorarne l'efficienza: piuttosto, è proprio favorendo il buon funzionamento della giurisdizione che verranno anche automaticamente valorizzate le vie di soluzione negoziale, tra le quali anche quella offerta dalla mediazione.

¹⁹ Cfr. C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007.

²⁰ Su queste tematiche v., ad es., F.P. LUISO, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie tra prassi ed interventi del legislatore*, in AA.VV., *Quarto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2011, 112 ss.; ID., *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *Giusto processo civ.*, 2011, 325 ss.; 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, 357 ss.; P.H. LINDBLOM, *A.D.R.: l'oppio del sistema giuridico?*, in AA.VV., *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, a cura di V. Varano, Milano, 2007, 228; I. PAGNI, *L'arbitrato come forma di giustizia alternativa: le ragioni di un successo "in sordina"*, in AA.VV., *Quinto rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Milano, 2012, 209; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, 1 ss.

²¹ M. CAPPELLETTI, *Giudici laici. Alcune ragioni attuali per una loro maggiore utilizzazione in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 707; ID., *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 57. La locuzione è entrata nel linguaggio corrente e viene ormai generalmente impiegata: cfr. ad es. R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, 174; S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, 447; ID., *Introduzione*, in *Giur. it.*, 2012, 211; F. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, 361 ss.; E. SILVESTRI, voce *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. dir. Annali*, Milano, 2007, 278; nonché, con riferimento all'esperienza statunitense, F. SANTAGADA, *La conciliazione*, cit., 93 ss.

cora, ovvero quella di “giustizia coesistenziale”²², o ancora complementare); ma non è il caso di indugiare troppo su tali definizioni, che finiscono per avere il sapore di dispute per lo più nominalistiche. Ciò che preme, piuttosto, è mettere adeguatamente in risalto la fondamentale distinzione che, all’interno degli ADR, può essere operata tra mezzi di risoluzione della controversia “autonomi” ed “eteronomi”²³, a seconda che la soluzione del conflitto venga raggiunta direttamente tra le parti, ovvero per il tramite di un soggetto terzo, a ciò deputato.

Da questo punto di vista, i modelli autonomi presentano un decisivo punto di forza rispetto a quelli eteronomi. In effetti, se scomponiamo la controversia risulta che la stessa in altro non consiste, come già anticipato, se non in una crisi di cooperazione tra due o più soggetti che, legati da un rapporto di varia natura, non sono più in grado di farlo funzionare.

A tale riguardo, peraltro, le parti dovrebbero rimanere sempre “custodi del sapere” e “signori” della lite, poiché sono i soggetti maggiormente in grado di leggere e interpretare la propria vicenda, e ciò non soltanto nella sua dimensione fisiologica ma altresì in quella patologica, essendo più di chiunque altro a conoscenza delle cause del conflitto, delle sue ricadute e conseguenze e (almeno in astratto) anche dei suoi possibili rimedi²⁴.

Quest’innegabile verità può tuttavia talvolta apparire offuscata, proprio perché nel difficile labirinto della controversia la parte finisce sovente per perdere il proprio orientamento e non comprendere più con lucidità il contesto nel quale si trova a muoversi, né i passi che è più oppor-

²² Con tale espressione si intende pertanto porre l’accento sulla potenziale compenetrazione teleologica dei modelli e non già sulla loro (formale e strutturale) giustapposizione, riconoscendo che gli ADR costituiscono a pieno titolo strumenti per il perseguimento della stessa superiore finalità di giustizia che è propria della giurisdizione ordinaria.

²³ Per la distinzione tra mezzi di composizione della lite autonomi ed eteronomi v. ad es. M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1065 ss.; ID., *Luci ed ombre nella legge-quadro sulla mediazione*, in AA.VV., *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, a cura di Bove, Padova, 2011, 2; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 8^a ed., Milano, 2015, 13 ss.; ID., *Il modello italiano di mediazione. Il “giusto” procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 213 ss.; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, 25^a ed., Milano, 2016, 9; e, *si vis*, F. DANOVI, *Natura e genesi della mediazione*, in F. Danovi, F. Ferraris, *op. cit.*, 13 ss.

²⁴ La più importante ricostruzione delle molteplici possibili forme di utilizzo del sapere della parte nel processo si deve, come noto, alla classica monografia di M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, Milano, 1974, *passim*, spec. I, 187 ss.

tuno compiere. Quando ciò accade è allora necessario riappropriarsi dell'esperienza e delle capacità di soggetti terzi, che sappiano aiutare le parti a ritrovare la via, per mezzo di un filo che, pur se invisibile, esiste sempre.

10. Il progressivo arricchimento del catalogo degli ADR

Costituisce come noto tema discusso quello inerente la possibilità di individuare un catalogo degli ADR organico e definito: possibilità resa ardua dalla considerazione che in questa area molteplici sono le variabili, che dipendono dalle caratteristiche dei singoli ordinamenti, e, all'interno di ciascuno di questi, dai particolarismi e sfumature che possono caratterizzare anche un particolare strumento. Così, non è raro il caso di istituti pure riportati *ad unitatem* nel cui interno tuttavia si presentano differenti *species* dotate ciascuna di peculiarità anche significative (l'esempio tipico in questo ambito è quello della mediazione).

Non vi è quindi ancora, ad oggi, una piena uniformità di vedute circa la qualificazione di ADR e l'esatta delimitazione dei confini che questo acronimo sempre più in voga può abbracciare.

La formula fa infatti come noto riferimento a istituti e strumenti di natura differente, non necessariamente processuale, legati tra loro da uno scopo comune: l'aspirazione di pervenire a composizioni delle controversie non già mediante la via giudiziale ordinaria, quanto piuttosto sfruttando le potenzialità delle parti stesse, ovvero le capacità di soggetti terzi, neutrali e imparziali rispetto ai contendenti e all'oggetto della lite.

Sul carattere di alternatività rispetto alla giustizia ordinaria sono state in particolare prospettate differenti interpretazioni. Secondo un primo orientamento²⁵, i modelli di ADR svolgerebbero un ruolo alternativo rispetto al sistema di giustizia ordinaria e ai provvedimenti tipici dell'A.G.O. In questa prospettiva, metodi alternativi di risoluzione delle controversie sarebbero tutti quegli strumenti che, pur in presenza di un conflitto involgente diritti (e in quanto tale idoneo a dare vita a una domanda giudiziale), siano tali da escludere la sentenza di merito da parte dell'organo giurisdizionale. In questa definizione entrerebbero a far parte della categoria non soltanto mezzi pacificamente alla stessa annoverati, come la transazione e tutte le

²⁵ Cfr. R. NAZZINI, *op. loc. cit.*, 851.

forme di conciliazione, mediazione e negoziazione spontanea, assistita o provocata, ma altresì l'arbitrato, poiché l'esercizio della relativa opzione da parte dei privati di fatto impedisce il ricorso all'A.G.O. e la pronuncia di un provvedimento di merito da parte di questa²⁶.

Secondo un diverso orientamento, invece, l'alternatività dovrebbe essere intesa rispetto all'idea di processo astrattamente considerata, e ciò al fine di porre rimedio con modalità pacifiche (e non dialettiche, incentrate sul rispetto di un contraddittorio formale e sostanziale) alle liti²⁷. In questo senso la concezione di alternatività sarebbe dunque esterna al processo e comprenderebbe soltanto i mezzi di tutela che rispetto ad esso possano considerarsi radicalmente alternativi, in quanto tendono a prevenirlo o a sostituirlo *in toto*. Così ragionando, non rientrerebbe nella categoria l'arbitrato, che invece rappresenta un processo a pieno titolo, condividendo in particolare i canoni tradizionali del contraddittorio e del giudizio autoritativo reso da un soggetto terzo e imparziale.

Infine, v'è chi preferisce parlare di forme di risoluzione delle controversie "diverse" dalla giurisdizione e non necessariamente alternative, poiché si tratterebbe di modelli o procedimenti ai quali i soggetti interessati possono ricorrere per tutelare le proprie posizioni giuridiche in aggiunta alle forme di tutela tradizionali, senza limitare il ricorso all'azione giurisdizionale e con il vantaggio di offrire alle parti la possibilità di instaurare un dialogo che altrimenti sarebbe impossibile. Gli ADR sarebbero quindi chiamati a svolgere il fondamentale compito di assicurare la «pace sociale»²⁸, poiché per loro tramite i terzi non assumono alcuna decisione e le parti non si affrontano (*rectius*, non si scontrano), ma – al contrario – si impegnano ad un processo di riavvicinamento e scelgono esse stesse le modalità per comporre la lite e la soluzione per loro più favorevole.

In ogni caso, anche prescindendo dal richiamo all'arbitrato, che per quanto ricompreso o meno nel novero degli ADR si contraddistingue comunque per una struttura processuale avversariale e decisoria, possono sicuramente citarsi le molteplici esperienze della conciliazione e mediazione (istituti che si intersecano e a volte designano due momenti di uno stesso fenomeno, mentre altre volte tendono ancora a diversificarsi tra loro), non-

²⁶ R. NAZZINI, *op. loc. cit.*, 851.

²⁷ G. CASSANO, M. RISATI, *op. cit.*, 425.

²⁸ Commissione delle Comunità Europee – c.d. *Libro Verde* sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, in materia civile e commerciale, Bruxelles, 19 aprile 2002, 9, consultabile in www.europea.eu.

ché, tra i più noti, ulteriori modelli come la negoziazione assistita²⁹ o la pratica collaborativa³⁰.

Per tutte queste figure immediati sono i vantaggi, che si ricollegano alla loro comune caratteristica di essere forme di giustizia non già autoritativa, bensì partecipativa e integrativa³¹. Esse consentono in effetti ai soggetti della lite una costante partecipazione al risanamento del conflitto, nonché di mantenere il controllo sull'esito finale del percorso che si intende intraprendere.

11. L'esigenza di una giustizia di prossimità

Vi è un ulteriore fattore che rende il ricorso agli ADR, e in particolare alla mediazione, particolarmente apprezzabile, ed è dato dal fatto che si tratta di strumenti che consentono di avvicinarsi molto più del processo ai bisogni e alle esigenze concrete dei cittadini.

Nel diritto francese è stata in passato coniata una formula *ad hoc*, quella di *juridiction de proximité*, e il *juge de proximité* è stato per l'apunto quell'organo giudiziario (introdotto nel 2002 e rimasto in vigore sino al 2017³², quando le sue competenze sono state riassorbite dal *Tribunal d'instance*) deputato a risolvere controversie di valore economico contenuto (le c.d. *small claims*), o dotato di altre speciali competenze per materia, al quale l'attore può rivolgersi anche senza necessità dell'assistenza di un avvocato³³.

²⁹ Sulla negoziazione assistita v. ad es. F. SANTANGELI (a cura di), *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzazione, processo e ordinamento giudiziario nel D.L. 132/2014 convertito in l. 162/2014*, Roma, 2015.

³⁰ Sulla pratica collaborativa v. M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La pratica collaborativa. Dialogo fra teoria e prassi*, Torino, 2017.

³¹ Sullo sviluppo delle forme di giustizia partecipativa v. M.A. FODDAI, *Dalla decisione alla partecipazione. Giustizia, conflitti, diritti*, Napoli, 2017.

³² La competenza del *juge de proximité* è stata soppressa per effetto della l. 13 dicembre 2011, n. 1862, che doveva inizialmente entrare in vigore il 1° gennaio 2013, ma che è stata poi prorogata e attuata il 1° luglio 2017, dopo l'adozione di un'ulteriore legge il 24 dicembre 2012.

³³ Per riferimenti bibliografici sul tema v. ad es. S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Parigi, 2008; D. CHARVET, J.C. VUILLEMIN, *Rapport du groupe de travail sur les juridictions de proximité: septembre 2003 – novembre 2005 – Bilan et propositions*, Parigi, 2005; D. THOMAS, A. PONSEILLE, *Les juges de proximité*, Parigi,

La locuzione *giustizia di prossimità* può essere adattata (e adottata) anche dal punto di vista delle teoria generale del diritto (e del processo), senza ovviamente voler alludere a una giustizia “approssimativa”, ma anzi semmai proprio al contrario: essa esprime infatti l’idea e l’obiettivo di una giustizia realmente “su misura”, rispondente alle concrete esigenze del singolo interessato e del singolo caso.

Se questa è una possibile direzione, occorre domandarsi quali passi abbia compiuto il nostro legislatore processuale. Al riguardo, dal punto di vista della giurisdizione ordinaria, le riforme degli ultimi anni non appaiono purtroppo confortanti, poiché ci lasciano impotenti spettatori di novità legislative (alcune già introdotte, altre in fase di aggiustamento, altre sempre *in pectore*) che in qualche modo tendono a svalutare e comprimere i valori della *giustizia di prossimità*. Si pensi alle riforme ordinamentali del 2012³⁴, che hanno soppresso numerosi uffici giudiziari (tutte le sezioni distaccate dei tribunali, alcuni tribunali stessi, numerosi giudici di pace)³⁵.

E ancora, si pensi alle tante riforme che hanno da ultimo parzialmente ridisegnato il volto del processo civile: in questo campo abbiamo preso atto di una progressiva restrizione dell’area di operatività delle impugnazioni, e con questa di alcune garanzie come quella offerta dal principio del doppio grado di giudizio, fortemente connaturato, se non al nostro sistema costituzionale, quanto meno alla tradizionale costruzione della giustizia. In questo senso si devono leggere non soltanto il c.d. “filtro in cassazione” (art. 360-*bis* c.p.c.) e il tentativo di introdurre una sorta di sistema della doppia conforme (art. 348-*ter*, 4° e 5° comma, c.p.c. e art. 383, 4° comma, c.p.c.), ma altresì il recente c.d. “filtro in appello” (artt. 348-*bis* e 348-*ter* c.p.c.)³⁶. E nello stesso senso viene spontaneo il richiamo alle riforme già attuate sulla motivazione dei provvedimenti giudiziari (nuovi artt. 132 c.p.c. e 118 disp. att. c.p.c.) e a quelle per ora solo ventilate (*rectius*, “pa-

2008; M. VERICEL, *Les juridictions et juges de proximité*, Parigi, 2009; ID., *L’abandon de la justice de proximité en matière civile: Loi du 13 décembre 2011*, in *Semaine juridique (édition générale)*, 2012, 325 ss.

³⁴ Mi riferisco in particolare al d.lgs. 7 settembre 2012, n. 155.

³⁵ In argomento v. ad es. G. COSTANTINO, *La revisione delle circoscrizioni giudiziarie*, in *Le novità in materia di ordinamento giudiziario*, in *Atti del XXIX Convegno nazionale – Quaderni dell’associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2013, 87 ss.; G. VERDE, *Il giudice tra specializzazione e «diritto tabellare»*, *ibidem*, 61 ss.

³⁶ Su queste ultime v. ad es. G. BALENA, *La riforma del giudizio di Cassazione (capo I del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)*, in *Nuove leggi civ.*, 2008, 459 ss.; ID., *Le novità relative all’appello nel d.l. n. 83/2012*, in *Giusto processo civ.*, 2013, 335 ss.

ventate”) che vorrebbero rendere tale fondamentale garanzia sempre più concentrata e asfittica (vi sono state anche le assurde “proposte” della motivazione stesa di concerto tra magistrati e avvocati e della motivazione a pagamento!).

Queste innovazioni (alle quali potrebbero esserne aggiunte altre) contribuiscono a formare l’idea che la giustizia accordata tramite il processo sia sempre più rarefatta e meno distesa, incardinata entro standard e parametri predefiniti ma in tal modo ingessata, poco capace di adattarsi alle molteplici (ed eterogenee) variabili che ogni singola fattispecie presenta, e in tal modo anche fatalmente meno capace di salvaguardare le reali esigenze dell’utente.

Si tratta di un messaggio intrinsecamente contraddittorio, finalizzato soltanto a ridurre i numeri degli arretrati, ad abbattere il contenzioso pendente, senza tuttavia ragionare sui fattori di crisi sottostanti, sull’idea di giustizia, sui relativi possibili modelli e declinazioni, e senza cercare in concreto strade alternative perché la giustizia possa realmente esprimersi in modo adeguato.

12. Le spinte provenienti dall’ordinamento internazionale e dell’Unione europea

La spinta a un rinnovamento di pensiero proviene anche dall’esperienza internazionale e, per quanto segnatamente ci riguarda, da quella dell’Unione Europea (dove ancora si ragiona molto sui principi e sulle linee direttrici da percorrere). Si avvertono moniti assai decisi a garantire una giustizia sempre più attenta alle esigenze dei soggetti, soprattutto di quelli “vulnerabili”, come i consumatori, i risparmiatori, gli assicurati; tutti i cittadini, in altri termini, che sono strutturalmente privi di difese di fronte all’egemonia dei colossi dell’economia e del mercato.

Meritano di essere segnalate alcune riforme approvate in ambito europeo, tra le quali la Direttiva 2013/11/Ce del 21 maggio 2013 e i c.d. *Online Dispute Resolutions* (Regolamento Ue 514/2013), entrambi peraltro riservati esclusivamente alle controversie che coinvolgono i consumatori³⁷.

³⁷ In argomento cfr. L. BUGIOLACCHI, *Commercio elettronico e ODR («Online dispute resolutions»)* dopo il regolamento n. 254/2013 dell’Unione Europea. *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie dei consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, 1403 ss.; C. MARIOTTINI, *Due nuovi strumenti in materia di risoluzione delle controversie dei consumato-*

In particolare, il Regolamento ODR ha modificato il Regolamento 2006/2004 e la Direttiva 2009/22/CE, e reso obbligatorio l'utilizzo della piattaforma informativa On Line e potenzia così l'utilizzo dei sistemi informatici nella risoluzione delle controversie in materia di consumo.

Anche sotto questo profilo, pertanto, l'implemento degli strumenti e degli apparati informatici nella gestione delle controversie richiama l'idea di una giustizia dove l'elemento territoriale sfuma sino a divenire virtuale, aderente all'utente per via meramente funzionale e come tale sempre più di prossimità.

Si va sviluppando, in altri termini, anche nella dimensione comparata una nuova cultura, attenta ai valori delle tradizioni giuridiche locali, ma altresì alle nuove esigenze che il mercato globale (se non unitario) porta con sé³⁸.

13. I vantaggi degli ADR e la loro capacità di adattamento alle esigenze della singola fattispecie controversa

Ecco allora che la *giustizia di prossimità* diviene fondamentale, perché insita nella stessa idea di giustizia, che per sua natura deve essere appannaggio di tutti, nessuno escluso. Se non lo è, come ricorda il monito del Protagora di Platone, non è per definizione giustizia. Così ragionando, dunque, la giustizia di prossimità diventa un valore irrinunciabile e non declinabile.

In questa prospettiva occorre quindi operare affinché la giustizia possa essere amministrata anche in forme differenziate ed eterogenee, e comunque con “piccoli presidi”, con una correlata, opportuna capillarità del reticolo di organi deputati a dispensarla. Ed è per questo motivo che dal punto di vista degli ADR e delle alternative al processo fioriscono iniziative e organismi su tutto il territorio (gli esempi ormai “istituzionali” sono quelli delle Camere arbitrali e delle Camere di conciliazione) deputati a garantire un migliore servizio di giustizia di prossimità ai cittadini, davanti a un de-

ri, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, 831 ss.; F. DANOVÌ, *La risoluzione stragiudiziale delle controversie tecnologiche*, in AA.VV., *La tutela dei consumatori in Internet e nel commercio elettronico a cura di Tosi*, II, Milano, 2012, 927 ss. V. VIGORITI, *Superabili ambiguità. Le proposte europee in tema di ADR e di ODR*, in *Rass. Forense*, 2011, 319 ss.; C. VACCA, *Il punto su ODR, online dispute resolution*, in *Contratti*, 2009, 1072 ss.

³⁸M.A. FODDAI, *Dalla decisione alla partecipazione*, cit., 107 ss.

solante arretramento della giurisdizione e a una sempre più evidente rinuncia da parte dello Stato³⁹.

Ritornando al tema dell'indagine, ecco riemergere il significato della mediazione. Da questo punto di vista, in effetti, l'istituto della mediazione è per definizione vincente, perché racchiude in sé una serie di *atout* difficilmente surrogabili.

Essa è rimessa alla libertà e alla libera iniziativa delle parti e muove pertanto (quanto meno nella sua forma "pura") da uno stimolo interno ai contendenti a reperire la chiave di volta per superare il conflitto; non incontra barriere, perché può superare quelli che ancora oggi a volte sono gli angusti confini del diritto e della giurisdizione, e liberamente esprimersi tra soggetti appartenenti a ordinamenti differenti.

Ancora, essa risulta particolarmente adatta per alcune tipologie di controversie, quali in particolare quelle seriali o di ridotto valore economico. La mediazione non ha poi una veste sclerotizzata ma risulta flessibile e sfaccettata (bellissima è la formula di Laura Weidner, una giurista americana, per la quale la mediazione è un «caleidoscopio in sé»⁴⁰) e come tale sempre adattabile al caso di specie⁴¹ (come un vestito di sartoria che calza alla perfezione)⁴². In questo modo essa vede sempre prevalere la "sostanza", ossia il raggiungimento del sottostante interesse, sulla "forma" e sulle modalità di perseguimento dell'obiettivo.

Ma soprattutto, la mediazione può soddisfare un complesso di bisogni,

³⁹V. sul punto ad es. N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 13 ss.

⁴⁰L.E. WEIDNER, *Model standards of conduct for mediators*, in *21 Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2006, 547.

⁴¹È ormai acquisita anche nella tradizionale sistematica processualista l'idea per la quale la giustizia deve sempre adattarsi alle particolarità del singolo caso, non potendo al contrario essere aprioristicamente preconizzata (in questo senso v. ad es. già P. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 22 ss.; e soprattutto M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 315 ss.; ID., *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, ivi, 2001, 11 ss.; ID., *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, ivi, 2001, 665 ss.; S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, ivi, 2008, 129 ss. Da una diversa prospettiva v. anche R. RUMIATI, *Giudizio e decisione. Teorie e applicazioni della psicologia della decisione*, Bologna, 1990, 218 ss.

⁴²La definizione della mediazione come *mending justice*, ovvero come giustizia «rammendatrice» è di M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1981, 57.

aspettative, interessi e attese addirittura superiore a quello del processo⁴³ e quando riesce in questo intento ha una forza e una stabilità intrinseca particolarmente salda, data dal fatto che entrambe le parti hanno in qualche modo raggiunto un obiettivo soddisfacente (la formula *win/win* descrive l'effetto di soddisfazione parimenti ottimale tra le parti che la mediazione tipicamente tende a realizzare) e in questo modo consacrato con la loro volontà la futura tenuta del risultato comune.

Infine, la mediazione ha costi e tempi molto più contenuti. Ecco allora che la mediazione diventa davvero uno strumento che aiuta a realizzare il valore fondamentale dell'*access to justice*, garanzia insopprimibile per ogni ordinamento democratico⁴⁴.

Anche in relazione alla particolarità dei “soggetti” la mediazione si rivela uno strumento particolarmente utile. Ad esempio, laddove parti del procedimento di mediazione siano soggetti dotati di un forte potere economico (istituti bancari, imprese assicuratrici, aziende quotate o operanti a livello transnazionale, spesso in posizione dominante sul mercato) si è registrata una tendenza a disinteressarsi della controversia laddove questa coinvolga casi isolati e di valore economico modesto (se comparato alla struttura complessiva del soggetto), così come una analoga inclinazione da parte degli organi amministrativi a non volere assumere – specie nelle controversie di rilevante dimensione economica – una diretta responsabilità nella definizione bonaria della controversia, preferendo demandare al giudizio di un'autorità il definitivo responso su di essa. Si tratta di logiche che certamente non favoriscono il diffondersi del mezzo, nei cui confronti può essere mossa la persuasiva obiezione che ogni controversia, per quanto di modesta entità, rappresenta pur sempre un elemento patologico nella vita di un'azienda e come tale potenzialmente destabilizzante. Il suo superamento, quindi, deve sempre considerarsi di per sé un fattore positivo⁴⁵.

⁴³ M.F. GHIRGA, *Conciliazione e mediazione alla luce della proposta di direttiva europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 463 ss.

⁴⁴ Sull'accesso alla giustizia, tra i molteplici contributi fondamentali, v. ad es. L.P. COMOGGIO *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970; N. TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, 161 ss.; M. CAPPELLETTI, *Access to justice and the welfare state*, Firenze, 1981.

⁴⁵ Cfr. F. DANОВI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 7; sebbene non manchino voci critiche le quali intravedono il rischio che procedimenti deformalizzati e sprovvisti di controlli “autoritativi” come gli ADR possano certificare la diseguaglianza – e dunque lo squilibrio negli accordi raggiunti – fra le parti: in argomento cfr., ad es., O. FISS *Against Settlement*, in 93 *Yale Law Journal*, 1073 ss.; E. SILVESTRI, *Os-*

Da questo punto di vista la mediazione è divenuta quindi un importante strumento al servizio dell'economia. I riflessi sull'organizzazione della giustizia ordinaria rappresentano così anche motivi di ricorso al mezzo per ragioni di politica economica (prima ancora che giudiziaria).

In definitiva, la mediazione rappresenta certamente una nuova e valida forma di giustizia di prossimità, ben adattabile a ogni caso singolo. Ben si adatta a questa logica un aforisma di uno scrittore britannico, Evelyn Waugh, per il quale «*la giustizia è la capacità di considerare ogni caso come un problema interamente nuovo*»⁴⁶.

La mediazione contribuisce così a rafforzare «la strada della liberalizzazione e della privatizzazione del servizio-giustizia»⁴⁷ e a realizzare l'ispirazione liberale per la quale per l'organizzazione del sistema giustizia un valore fondamentale è rappresentato da un libero esplicarsi dell'autonomia privata delle parti e al contempo da un ragionato temperamento dell'ingerenza dei pubblici poteri (ivi inclusa la giurisdizione) nella vita del cittadino. Il tutto con un'accorta avvertenza: implementare le forme di partecipazione diretta dei singoli alla giustizia non significa sacrificare il valore della giurisdizione, ma soltanto selezionarlo e riportare quest'ultima alle ipotesi di sua effettiva necessità.

14. Il possibile recupero dei principi fondamentali del processo nella dimensione (fisiologica e patologica) delle relazioni. Le parti come "giudice naturale"

Il superamento della logica avversariale non significa peraltro che tutti gli insegnamenti derivanti dalla millenaria elaborazione del processo e delle sue dinamiche debbano essere completamente sconfessati e rinnegati, né che i canoni che governano l'andamento dei modelli giudiziari non possano continuare ad arricchire il tema del rispetto e del buon funzionamento delle relazioni.

Tenuto conto di quanto indicato in esordio sulla natura e l'essenza del processo, che certamente esprime il significato dello scontro ma con esso anche della necessaria perpetuazione di un confronto e di un dialogo (sia

servazioni in tema di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 328 ss.

⁴⁶ E. WAUGH, *Lady Margot (Decline and Fall)*, Milano, 1953, 198.

⁴⁷ E. SILVESTRI, voce *Conciliazione e mediazione*, cit., 278.