

## Capitolo Primo

# ***Le Alternative Dispute Resolution***

Sommario: 1.1. Nascita delle *Alternative Dispute Resolution*. – 1.2. *Evaluative e adjudicative* A.D.R. – 1.3. La negoziazione. – 1.4. Classificazione delle tecniche negoziali. – 1.5. Posizioni e interessi. – 1.6. L'arbitrato. – 1.7. La mediazione. – 1.8. Tipologie di mediazione. – 1.9. La conciliazione giudiziale. – 1.10. La conciliazione giudiziale nel rito del lavoro. – 1.11. La conciliazione non contenziosa dinanzi al Giudice Onorario di pace. – 1.12. Le *On-line Dispute Resolution* (ODR). – 1.13. Altre categorie di A.D.R.

### **1.1. Nascita delle *Alternative Dispute Resolution***

Le *A.D.R.*, acronimo di *Alternative Dispute Resolution*, sono dei metodi alternativi di composizione delle controversie che differiscono dal ricorso alla giustizia ordinaria. La diffusione delle pratiche negoziali e della mediazione è sintomatica della crescente insoddisfazione riguardo all'efficacia dei metodi tradizionali nella risoluzione dei conflitti<sup>1</sup>, dovuta soprattutto a un sistema amministrativo e giudiziario ormai troppo lento e costoso<sup>2</sup>.

All'interno di esse è presente una vasta categoria di tecniche e procedimenti, tra cui *ex multis*: mediazione, conciliazione, negoziazione e arbitrato. Esse sono caratterizzate da tecniche semplificate e limitate sia nei tempi che nei costi.

Tali meccanismi di regolamentazione informale si sviluppano generalmente fuori dalle istituzioni giudiziarie statali, e sono inseriti nel complesso fenomeno della "privatizzazione" di alcune materie, volto a valorizzare il ruolo dell'autonomia privata come fonte privilegiata nella predisposizione di accordi regolativi delle situazioni conflittuali<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup>L. SUSSKIND-A. WEINSTEIN, *Towards a theory of environmental dispute resolution*, in *Environmental affairs*, 1980, 9.

<sup>2</sup>S.G. BREYER, *Regulation and his reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1982.

<sup>3</sup>All'autonomia privata va, inoltre, riconosciuto un fondamento costituzionale individua-

La mediazione si muove, quindi, nell'ambito della "degiurisdizionalizzazione" e "degiuridificazione" del conflitto, che sposta l'obiettivo dalla *risoluzione* del conflitto alla *gestione* dello stesso<sup>4</sup>; s'inquadra nel più vasto movimento di "de-legalizzazione" e "de-istituzionalizzazione" volto al ridimensionamento del formalismo procedurale e alla valorizzazione degli "interessi sostanziali" più che dei "diritti", intesi come situazione giuridica soggettiva. Questo movimento trova il suo naturale alleato in una giustizia "deformalizzata", non coercitiva, scevra da un eccesso di formalità procedurali, caratterizzata da decisioni basate, oltre che sui principi generali e astratti, anche sull'equità e sui concreti interessi delle parti coinvolte<sup>5</sup>. Una giustizia più umana e accessibile, sottratta alla crisi dovuta alla iperproliferazione legislativa. Non lontano, dunque, dalla riflessione di Carbonnier sul *Flexible droit*, sulla logica del non-diritto in un'ottica di riduzione della "pressione giuridica"<sup>6</sup>, in una fase in cui si richiede una estrema flessibilità e duttilità del diritto in relazione alla complessità sociale, nei termini del riassorbimento del diritto nella dimensione della complessità<sup>7</sup>.

L'incremento dell'utilizzo dei metodi alternativi di composizione delle controversie è segno di una nuova spinta culturale che trae la propria origine dagli Stati Uniti ed ha incontrato, a livello europeo, un largo, seppur tardo, consenso. La tendenza sarebbe quella di offrire un servizio il più possibile completo, che

---

to nell'art. 2 Cost., in quanto manifestazione di un diritto inviolabile della personalità, specialmente se funzionale al regolamento di rapporti rientranti nell'ambito di quelle "formazioni sociali nelle quali si esplica la personalità dei singoli". Fermo restando, naturalmente, il rispetto di altri principi aventi una loro dignità costituzionale, tra i quali l'eguaglianza dei coniugi, la libertà dei singoli e il rispetto della personalità dei figli che rappresentano perciò un limite all'esercizio della libertà dei privati. Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2001, p. 17 ss.; G. FERRANDO, *Autonomia privata e mediazione familiare*, in *Separazione e divorzio*, a cura di G. FERRANDO, Utet, Torino, 2003; M. BASILE, *La mediazione delle controversie coniugali sugli effetti della separazione e del divorzio*, in *Trattato Zatti, I, Famiglia e matrimonio*, a cura di G. FERRANDO, M. FORTINO, F. RUSCELLO, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2002.

<sup>4</sup> Sul punto, cfr. I. BERNARDINI, *La mediazione familiare: una opportunità e una risorsa. Tra affetti e diritti*, in *Prospettive di mediazione*, a cura di M. BOUCHARD, G. MIEROLO, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2000, p. 81 ss.; M. BOUCHARD, *La galassia delle tutele ovvero la risoluzione dei conflitti dentro e fuori la giurisdizione*, in *Prospettive di mediazione*, a cura di M. BOUCHARD, G. MIEROLO, cit.

<sup>5</sup> P. RONFANI, *La mediazione nelle tendenze evolutive dei modelli di regolazione delle crisi familiari*, in *La mediazione familiare: per una regolazione della conflittualità nella separazione e nel divorzio*, a cura di R. ARDONE, S. MAZZONI, Giuffrè, Milano, 1994.

<sup>6</sup> J. CARBONNIER, *Flessibile diritto*, Giuffrè, Milano, 1997.

<sup>7</sup> T. PITCH, *Un diritto per due*, Il sagggiatore, Milano, 1998; S. RODOTÀ, *Tecnologia e diritti*, Il Mulino, Bologna, 1996; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992.

preveda, cioè, il complesso degli strumenti di regolazione dei conflitti (dal processo tradizionale alla mediazione) a disposizione delle parti, tale da trasformare, come è stato sottolineato<sup>8</sup>, il significato della ‘A’ di *A.D.R.* da *alternative* ad ‘appropriato’, nel senso di adatto alla tipologia di conflitto ed alle concrete esigenze delle parti. È stato precisato<sup>9</sup>, poi, come l’aggettivo ‘alternativo’ non deve essere inteso nell’accezione di reciprocamente esclusivo rispetto agli strumenti tradizionali, piuttosto ‘aggiuntivo’.

Le prime forme di questi metodi nascono con la diffusione delle prime “idee”, generate dalla nascita di alcuni movimenti per i diritti civili, in particolare come reazione alla guerra del Vietnam, soprattutto nel settore della mediazione familiare, sociale e del lavoro<sup>10</sup>.

Nel 1976, a San Francisco, nacque il Programma *Community Boards*<sup>11</sup>, basato essenzialmente sui rapporti tra vicinato, stabilendo quali fossero le tecniche di risoluzione delle controversie per i membri della comunità. Tali tecniche davano più importanza al rafforzamento dei rapporti tra le parti piuttosto che permettere il raggiungimento di un accordo. Esso si applicava, prevalentemente, su questioni attinenti a danni alla proprietà, conflitti tra inquilini e proprietari. Anche in Francia si diffuse una variante al programma nordamericano, le *Boutiques Droit*. Era un progetto di mediazione sociale che nacque a Lione intorno agli anni '80 dall'idea di J.P. Bonafé-Schmitt, sociologo di diritto. Finalizzato nel ristabilire la comunicazione, di partecipare alla ricostruzione del tessuto sociale e di creare nuove forme di solidarietà e strutture “vicine” agli abitanti, permetteva di risolvere, nelle migliori condizioni, i conflitti nati nella vita quotidiana<sup>12</sup>. Con queste tecniche, che attenevano, prevalentemente, ai c.d. conflitti bagattellari, si è sviluppato un sistema di *soft justice*, cioè di una giustizia sociale informale. L’obiettivo era quello di individuare un terzo imparziale, detto mediatore, che aiutava a trovare “insieme” una soluzione alla loro controversia. Egli non risaliva a monte della controversia ma prendeva semplicemente atto

---

<sup>8</sup> G. DE PALO-L. D'URSO-D. GOLANN, *Manuale del conciliatore professionista. Procedure e tecniche per la risoluzione alternativa delle controversie civili e commerciali (ADR)*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>9</sup> G. DE PALO-L. D'URSO-D. GOLANN, *op. cit.*

<sup>10</sup> A. UZQUEDA-P. FREDIANI, *La Conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>11</sup> Sul tema cfr. P. GIULINI, *Il mediatore: un terzo uomo*, in AA.VV., *Dare un posto al disordine*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 1995; P.S. NICOSIA-D. MARINELLI-A. BRUNI, *Mediazione e conciliazione. Ambiti applicativi e modalità di svolgimento di una nuova professione*, Plus, Pisa, 2004.

<sup>12</sup> J.P. BONAFÉ-SCHMITT, *La médiation: une justice douce*, Syros, Paris, 1992.

della situazione che gli si presentava e cercava di favorire la soluzione migliore possibile per il futuro. Tale tipo di giustizia “informale” si differenziava dalla giustizia “formale” che era rappresentata da tutte quelle modalità istituzionali e tradizionali di gestione del conflitto, come tribunali, forze dell’ordine e diritto. Essa si poneva come obiettivo quello di ricercare un ordine incentrato sulla certezza dei rapporti.

La nascita del movimento a favore della diffusione dei metodi alternativi di risoluzione dei conflitti viene fatta coincidere convenzionalmente con un evento culturale considerato un determinante punto di svolta nell’analisi dei problemi relativi alla giustizia civile nordamericana. Tale evento è rappresentato dalla Conferenza del 1976<sup>13</sup> svoltasi a Chicago, sul tema della crisi conclamata dell’accesso alla giustizia, per celebrare i 70 anni dal discorso tenuto da Roscoe Pound<sup>14</sup>, uno dei padri fondatori del diritto americano, dinanzi all’*American Bar Association* nel 1906 sul tema *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*<sup>15</sup>. Quella di Pound fu una delle prime e più importanti voci che all’epoca si levarono contro le distorsioni e gli eccessi del sistema *adversary* americano con il suo attacco alla cosiddetta *sporting theory of justice*. La sua tesi era che il formalismo giuridico incoraggiava un uso strumentale del diritto, poiché era incapace di favorire l’accordo basato su un consenso intorno ai valori realmente in gioco nel conflitto. Negli Stati Uniti, infatti, nella metà degli anni Settanta, un movimento di giuristi, riprendendo una felice intuizione di Pound, ha invocato una giustizia con una pluralità di percorsi (*Multi-Door Court House*, secondo la significativa definizione di Frank Sander<sup>16</sup>), aprendo la strada ad una varietà di forme alternative al giudizio ordinario per risolvere le controversie (*A.D.R.-Alternative Dispute Resolution*), tra le quali l’istituto principe è la mediazione (*Mediation*). Sander allude alle molteplici porte (*multi-door*) del palazzo di giustizia (*courthouse*) che simboleggiano le varie opzioni di trattamento delle controversie verso cui le parti che entrano in tribunale possono essere indirizzate, dando vita ad un sistema istituzionalizzato di *A.D.R.*, promosso e gestito dagli stessi organi giudiziari. Il fulcro della Conferenza era l’esigenza di diversificare le procedure in funzione della materia del contendere,

---

<sup>13</sup> Gli atti della conferenza sono riprodotti in *70 Federal Rules Decisions (F.R.D.)*, 1976; A.L. LEVIN-R.R. WHEELER, *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*, West Pub.Co., St. Paul, Minn., 1979.

<sup>14</sup> Sul pensiero di Pound cfr. per tutti: K.L. HALL, *The magic mirror. Law in american history*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1989.

<sup>15</sup> R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Reports*, n. 29, 1906.

<sup>16</sup> F. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, 70 *F.R.D.* 111, 1976.

al fine di ridurre il sovraccarico delle Corti e di consentire che le scarse risorse fossero impiegate per quei casi rispetto ai quali il processo non costituisse la soluzione più antieconomica tra quelle ipotizzabili in astratto.

Se ufficialmente l'esigenza di creare modalità alternative al processo era mossa dalla necessità di assicurare alla collettività un'adeguata forma di tutela che la giustizia formale non riusciva a garantire, visti i tempi lunghi, i costi elevati ed un linguaggio tecnicistico ed elitario, vi erano anche altre, inconfessate esigenze. Uno degli obiettivi era liberare le Corti dai disagi creati dall'eccessivo carico giudiziario specialmente in riferimento a quelle cause di esiguo valore<sup>17</sup>, e perciò poco utili ai fini del progresso della scienza giuridica; l'altro era quello di frenare l'attivismo di alcuni giudici progressisti, specialmente in relazione a temi di particolare risonanza sociale e politica (es. diritti civili, tutela dell'ambiente, del consumatore, ecc.)<sup>18</sup>.

## 1.2. *Evaluative e adjudicative A.D.R.*

Le tecniche *A.D.R.* pur nella loro eterogeneità possono ricondursi a due modelli fondamentali<sup>19</sup>, che corrispondono a una distinzione sistematica tra *evaluative* o *adjudicative A.D.R.* (cioè i mezzi c.d. "decisionali", tra i quali l'archetipo è l'arbitrato, appartenenti al modello valutativo, che definiscono la controversia attraverso una decisione pronunciata da un soggetto terzo che non sia un giudice), e *facilitative* o *non adjudicative A.D.R.* (c.d. mezzi "non decisionali", tra i quali la mediazione, appartenenti al modello conciliativo, caratterizzate dal consenso delle parti sia nella fase procedimentale di dialogo e confronto che in quella finale di accordo riguardo ai rispettivi interessi).

Solitamente viene data una definizione in negativo delle tecniche *A.D.R.* in considerazione dell'elemento comune consistente nella loro estraneità al sistema giurisdizionale, ma soprattutto per la difficoltà di racchiudere in un'unica definizione una pluralità di strumenti, spesso molto differenti tra loro. A tale riguardo, si può operare una distinzione sia per quanto riguarda la "tecnica" di risolu-

---

<sup>17</sup> Anche dette *small claims* o *garbage cases*.

<sup>18</sup> S. LEESON-B.M. JOHNSTON, *Ending It: Dispute Resolution in America: Descriptions, Examples, Cases, and Questions*, Anderson, Cincinnati, 1988; C.A. MCEWEN, *Differing visions of Alternative Dispute Resolution and Formal Law*, in 12 *Just. Sy. J.*, 1987.

<sup>19</sup> E. SILVESTRI, *Osservazione in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1/1999, p. 321; P. BERNARDINI, *La conciliazione. Modelli ed esperienze di composizione non conflittuale delle controversie*, Egea, Milano, 2001.

zione del conflitto, a seconda che questa sia gestita da un terzo (mediazione, conciliazione, arbitrato) oppure affidata direttamente alle parti (negoziiazione diretta); sia per quanto riguarda la “funzione”, a seconda che sia quella di decidere della controversia, facilitare un accordo o prevenire future liti; sia per quanto riguarda la “tipologia di conflitto”, esistendo determinate tecniche *A.D.R.* più utilizzate per certi tipi di controversie rispetto ad altre.

A titolo esemplificativo, si può tentare di fornire un panorama, certamente non esaustivo, delle varie figure di *A.D.R.* che si sono sviluppate nella prassi dei paesi di *common law* e poi in quelli di *civil law*, partendo da forme non aggiudicative di procedure fino a quelle più propriamente valutative come l’arbitrato<sup>20</sup>.

### 1.3. La negoziazione

A caratterizzare il sistema di regolamentazione dei conflitti all’interno di una società coesistono almeno due modalità di risoluzione opposte: la modalità coercitiva e la modalità negoziale.

Nel primo caso, le parti hanno un controllo limitato sulla procedura e sul suo esito. Le regole procedurali sono, in varia misura, poste dall’esterno e in generale non sono disponibili. La procedura è, inoltre, essenzialmente “formale”, nel senso che ha riguardo non tanto agli interessi delle parti, quanto soprattutto alla correttezza formale degli atti.

Nell’ordine negoziato, invece, le parti mantengono dall’inizio alla fine il controllo sulla procedura e sul suo eventuale risultato. La procedura è governata dall’autonomia delle parti, seguendo progressivamente tutte le regole che le stesse abbiano stabilito, e informale, non seguendo prescrizioni o modelli.

Il negoziato<sup>21</sup> è uno dei metodi di gestione dei conflitti più diffuso nella pratica, caratterizzato da rapidità ed economicità, e spesso attivato naturalmente in base a un normale istinto o predisposizione al compromesso, senza che venga studiato e sistematizzato in quanto tecnica specifica. Nella vita degli affari, i

---

<sup>20</sup> Per una panoramica sulle tecniche *A.D.R.* in entrambi i sistemi giuridici cfr. R.V. RHOADES-D.M. KOLKEY-R. CHERNICK, *Practitioner’s Handbook on International Arbitration and Mediation*, II ed., JurisNet, New York, 2007.

<sup>21</sup> Il primo testo sulla negoziazione fu scritto da un diplomatico francese, FRANÇOIS DE CALLIÈRES, *De la manière de négocier avec les souverains*, nel 1716. Per un approfondimento sulle teorie negoziali cfr.: M. WHEELER, *An introduction to Negotiation*, Harvard Business School Background Note, Harvard, 2003; H. RAIFFA, *Negotiation Analysis*, Harvard University Press, Harvard, 2002; R. FISHER-W. URY, *Getting to Yes*, Penguin, London, 1991; J. SALACUSE, *the Global Negotiator*, Palgrave, London, 2003.

protagonisti del mondo professionale investono molto tempo ed energie in trattative senza che nei loro percorsi formativi sia previsto l'apprendimento di teorie e tecniche negoziali, al contrario di quello che avviene in altri Paesi, quali gli Stati Uniti o altri paesi europei. Spesso accade che lo strumento negoziale non venga proprio esplorato al tavolo delle trattative, prevalendo nella prassi una modalità di tipo antagonistico. Saper scegliere le tecniche e le strategie negoziali appropriate nella specifica circostanza richiede, infatti, una apposita formazione.

Come si sa, essendo il termine negozio etimologicamente collegato alla negazione dell'ozio (*nec otium*), esso allude a un lavoro continuo e costante finalizzato alla ricerca di un modo per risolvere consensualmente una questione complessa.

Secondo una definizione, «*si assiste ad un processo negoziale in tutte quelle situazioni in cui due o più parti riconoscono l'esistenza di differenze di interessi o di valori tra di loro ma intendono o sono costretti a raggiungere un accordo*»<sup>22</sup>.

È un «*processo in cui due o più controparti, nessuna delle quali sia in grado di prevalere sull'altra, tentano di raggiungere un accordo che rappresenti una soluzione soddisfacente per tutti, e che risolva le differenze di preferenza riguardo ad un problema specifico di comune interesse. È un processo, cioè una situazione che si svolge dinamicamente lungo un certo periodo di tempo, al centro del quale sta un problema che aggrega e accomuna le parti altrimenti lontane tra loro. L'idea di fondo è di trovare una soluzione che deve essere tale da soddisfare le esigenze di tutti*»<sup>23</sup>.

La negoziazione abbandona la logica contenziosa in favore del c.d. approccio collaborativo in cui i configgenti si siedono allo stesso tavolo e cercano, attraverso un flusso corretto di comunicazione, di “massimizzare il guadagno” reciproco ovvero di “minimizzare i costi”.

Anche nella negoziazione può individuarsi un certo condizionamento da parte dei principi giuridici, pur se non sempre in modo consapevole<sup>24</sup>. In caso di conflitto la regola decisiva non va ricercata nel valore giuridico delle norme ma piuttosto nella percezione di determinate norme come espressione di principi socialmente accettati e interiorizzati dalla collettività. L'effetto paradossale della negoziazione – e delle tecniche A.D.R. in generale – è da un lato l'indebo-

---

<sup>22</sup> H. RAIFFA, *The Art and Science of Negotiation*, Harvard University Press, Harvard, 1982.

<sup>23</sup> S. CASTELLI, *La mediazione*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 1996.

<sup>24</sup> T. MASSA, *ADR: dentro o fuori dal processo*, in *Quest. giust.*, 2-3/1994, p. 508.

limento del valore decisionale dell'ordinamento giuridico, dall'altro il raggiungimento di una tutela più avanzata nei confronti di situazioni non codificate seppure socialmente riconosciute (es. obbligazioni naturali, famiglia di fatto). Inoltre, in caso di conflitti tra soggetti legati da relazioni continuative (di lavoro, commerciali, interpersonali) è più frequente il ricorso, nella predisposizione dell'accordo negoziale, a principi e norme di carattere giuridico.

#### 1.4. Classificazione delle tecniche negoziali

Si possono distinguere due tipologie di negoziazione, una diretta e un'altra indiretta, in base alla presenza o meno di un terzo soggetto che si interpone tra le parti allo scopo di facilitare la comunicazione. La "negoziazione diretta" avviene direttamente attraverso l'incontro delle parti in conflitto, senza interferenze esterne, sulla base dei soli rapporti di forza esistenti tra le parti. I configgenti si incontrano *face to face*, volontariamente, allo scopo di informarsi reciprocamente sui rispettivi bisogni e gli interessi relativi all'oggetto della contesa per cercare una soluzione possibile. Non sempre l'incontro diretto è possibile o opportuno in considerazione dei rapporti tra le parti, del livello di *escalation* del conflitto o della capacità di gestione autonoma della negoziazione posseduta dalle parti. Allora, si può fare ricorso ad un altro schema di negoziazione che viene definita "negoziazione indiretta", che a sua volta può avvenire attraverso due modalità diverse: un portavoce/negoziatore comune ad entrambe le parti funge da messaggero, in modo tale che le parti non si incontrino mai; o, più frequentemente, la nomina, per ciascuna parte, di un rappresentante (es. avvocato), nel caso in cui le parti diffidino della neutralità del negoziatore unico, con lo svantaggio, però, di una catena di interferenze che rischia di deformare le reciproche informazioni, nonché l'impossibilità di imparare a parlare direttamente del proprio conflitto e raggiungere una piena autonomia. A prescindere dal modello negoziale, un buon negoziatore deve studiare in modo attento la situazione al fine di scegliere l'atteggiamento e le strategie più adatte al caso concreto e che garantiscano il miglior risultato. La negoziazione non può essere improvvisata; è necessaria la predisposizione accurata di un progetto strategico di lavoro, compresa l'individuazione dei "punti di rottura"<sup>25</sup>, cioè i limiti di là dai quali l'accordo non risulta più conveniente, delle posizioni, degli interessi e dei punti di vista dei configgenti.

I metodi di trattativa possono essere diversi a seconda delle situazioni: una del-

---

<sup>25</sup> S. CASTELLI, *op. cit.*



le possibilità è quella di instaurare una negoziazione c.d. “posizionale”, cioè una trattativa in cui ciascuna delle parti prende una posizione, la difende e fa concessioni per raggiungere un compromesso. Le parti in causa tendono ad attestarsi su posizioni e rivendicazioni rigide e non si avventurano a esplorare gli interessi che stanno a monte. Questo è un tipo di negoziazione molto diffuso, utilizzato generalmente per permettere di comunicare con facilità i propri obiettivi e per offrire un’ancora a cui aggrapparsi in situazioni di incertezza e di pressione. Più si va avanti con un approccio posizionale e più diventa difficile cambiarlo poiché le parti concentrando la propria attenzione a chiarire le proprie ragioni e a difenderle dagli attacchi, si arroccano sempre più sulla posizione iniziale.

La negoziazione posizionale può essere efficace, ma solo nelle situazioni relativamente semplici, in cui la posta in gioco è una, ben definita, e la contrattazione consiste nel tentativo di avvicinare la posta alla propria posizione.

Quando invece la situazione è complessa, questo tipo di approccio può presentare forti limiti: più a lungo dura e più spinge le parti ad irrigidirsi, a minacciare l’abbandono, a rafforzare le proprie posizioni, lasciando sullo sfondo le preoccupazioni e gli interessi, più generali, sottostanti. Gli accordi che ne derivano tendono ad essere vie di mezzo tra le due posizioni oppure conducono al prevalere del negoziatore più forte su quello più debole.

Tradizionalmente, si distingue tra due tipi di negoziazione: “distributiva” e “cooperativa”. La prima consiste in un processo attraverso il quale le parti si dividono e si assegnano il bene per cui negoziano attraverso pressioni e concessioni reciproche (rientra in tale schema anche la transazione). Si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella distribuzione di una risorsa limitata rispetto alla quale possiedono interessi contrapposti. In questo caso il gioco che si instaura è “a somma zero”. La zona negoziale è definita dai punti di resistenza dei negoziatori che coincidono con il minimo di utilità che le parti ricaverebbero comunque, anche in assenza di un accordo. La negoziazione distributiva, da una parte, deve cercare di stimare dove si colloca il punto di resistenza della controparte, per ottenere il massimo senza rischiare rotture; dall’altra, deve manipolare la percezione della situazione della controparte per indurla a fare la concessione più grande.

La negoziazione cooperativa (o integrativa), invece, presuppone la possibilità che i negoziatori possano soddisfare i loro reciproci interessi attraverso la creazione di alternative e la promozione dello sforzo congiunto delle parti per risolvere il conflitto (spirito conciliativo). Per negoziare in forma cooperativa, pertanto, è necessario scindere le persone dal problema, concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni e generare opzioni soddisfacenti per tutte le parti. La negoziazione integrativa si sviluppa quando i negoziatori sono impegnati nella ricerca di un valore aggiunto per entrambi. In questo caso, il gioco che si instaura è “a somma variabile”. Mentre nei negoziati distributivi l’unica strategia pos-

sibile degli attori è quella rivendicativa, nei negoziati integrativi essi hanno due possibilità: creare valore e rivendicare valore. Nei negoziati di natura integrativa che durano nel tempo, gli attori possono imparare a rinunciare alla massimizzazione dei loro interessi di breve termine in virtù di quelli di lungo periodo.

Il metodo di negoziazione cooperativa è stato per la prima volta sviluppato dall'*Harvard Negotiation Project*<sup>26</sup>, un'unità dell'*Harvard Law School*, costituita nel 1979 come parte del *Program on negotiation Consortium*, per migliorare sia l'insegnamento teorico che la pratica della negoziazione e risoluzione dei conflitti, ed è strutturato su due livelli, il primo, esplicito/oggettivo, relativo ad interessi legati al "bene" oggetto della controversia; il secondo, implicito/soggettivo, relativo ad interessi meno evidenti che fanno capo alla parte in quanto "persona". Principi di fondo sono che la negoziazione deve produrre accordi sensati ed efficienti e curare la preservazione dei rapporti attraverso la valorizzazione delle percezioni, delle emozioni, della comunicazione, e nello stabilire una relazione di lavoro. È importante secondo il modello di Harvard non fermarsi sulle proprie posizioni, identificare e dare priorità agli interessi, prendere le decisioni in conformità a criteri oggettivi, generare opzioni e identificare quale sia la miglior alternativa all'accordo negoziato.

## 1.5. Posizioni e interessi

Nell'ambito di quel contesto di ricerca, Roger Fisher, direttore del dipartimento, e William Ury, docente di antropologia, hanno elaborato, a partire dallo studio di casi negoziali di successo, un approccio innovativo di gestione creativa dei conflitti: l'*Alternative Dispute Resolution*. Il testo *Getting to Yes. Negotiating agreement without giving in*, scritto dai due autori e pubblicato negli Stati Uniti nel 1981, diventa rapidamente il testo fondativo e divulgativo della negoziazione creativa come campo di studi a sé. L'approccio proposto dai due studiosi si basa su quattro principi fondamentali.

Il primo è scindere le persone dal problema, nel senso che in un negoziato le persone hanno a che fare con le proprie emozioni e con le emozioni degli altri. Occorre assumere la consapevolezza che "i negoziatori sono innanzitutto persone" e che le discussioni sulla sostanza sono condizionate dal rapporto personale

---

<sup>26</sup>R. FISHER-W. URY-B. PATTON, *L'arte del negoziato*, Corbaccio, Milano, 2005; K.L. HALL, *Negotiation: Strategies for Mutual Gain*, Sage, Newbury Park, 1993; B.C. MCRAE, *Negotiating and Influencing Skills*, Sage, Thousand Oaks, 1997; A. ROBERTI, *Negoziare secondo Harvard. Principi e tecniche per preparare e condurre la negoziazione strategicamente*, NLP Italy, Rimini, 2005.

tra le parti; le persone si sentono minacciate, traggono da considerazioni sui fatti deduzioni infondate che creano malintesi. È importante allora scindere le persone dal problema, non confondere le difficoltà della comunicazione con la fondatezza delle ragioni e con la sostanza delle questioni.

Questo richiede capacità di ascolto attivo. Ciascuno deve cercare il più possibile di accettare che la controparte esprima il suo malcontento, il suo disagio, le sue ragioni anche in modo emotivo, al massimo facilitandola in questo, in modo che sia ancora più facile capire, attraverso le sue emozioni ma anche al di là di esse, qual è il problema dal suo punto di vista.

Il secondo è concentrarsi sugli interessi e non sulle posizioni, poiché ogni parte esprime una posizione che è quella che ha “scelto” come capace di soddisfare i propri interessi. Ma è una delle tante posizioni, generalmente è anche quella più ovvia. Inoltre, dietro opposti schieramenti esistono, di solito, molti più interessi di quelli in conflitto, che possono essere inespressi, impalpabili, incoerenti, oppure possono esserci interessi alla conciliazione che occorre fare emergere. È importante, per questo, da un lato, riflettere sui propri interessi e, dall'altro, cercare gli interessi reali dietro la posizione dichiarata dalla controparte, chiedersi il perché, cercando di capire quali conseguenze potrebbero avere le varie soluzioni sui rispettivi interessi. Più che mediare tra le posizioni, occorre cercare di conciliare gli interessi. Può essere quindi utile rendere espliciti i propri, affinché anche la controparte possa prenderli in considerazione.

Il terzo principio è inventare soluzioni vantaggiose per ambo le parti (negoziazione creativa). Spesso in un negoziato si parte dalle posizioni e si cerca il più possibile di ridurre la loro distanza. In una situazione complessa è, invece, importante allargare la gamma delle opzioni possibili, produrre un numero elevato di soluzioni creative, anche attraverso la tecnica del *brainstorming*, senza giudicarle, separando il momento dell'invenzione da quello della decisione. La discussione delle opzioni emerse consentirà di sviluppare lo spazio entro il quale negoziare, trovando possibilità in grado di dare guadagni comuni. Il quarto principio è insistere su criteri oggettivi poiché la negoziazione deve avvenire su basi indipendenti dalla volontà di ciascuna delle parti, in base a criteri assumibili dalle varie parti come “principi”. L'esito di un negoziato deve essere espresso, a seconda della situazione, utilizzando criteri che potrebbero coincidere con il valore di mercato, con gli standard professionali, con quello che un tribunale deciderebbe, con i precedenti noti, ecc. Negoziare sul merito significa allora: 1) inquadrare ogni problema come una ricerca comune di criteri oggettivi; 2) ragionare (ed essere disponibili al ragionamento) su quali unità di misura siano più appropriate e su come dovrebbero essere applicate; 3) non cedere alle pressioni, ma concentrarsi sui criteri oggettivi individuati. Il negoziato di principi consente di tener duro senza essere scorretti.

Tipico esempio di negoziazione tratto alla Scuola di Harvard, e successivamente più volte riadattato, è quello delle due sorelle che litigavano per un'arancia. Una di loro riteneva di averne più diritto in quanto l'aveva presa per prima; l'altra, invece, argomentava che il diritto spettava a lei essendo la primogenita. La loro madre, nel tentare una soluzione imparziale, offrì di tagliare il frutto a metà: le bambine rifiutarono fermamente la soluzione proposta e continuarono a litigare. La nonna, che osservava attenta la scena, decise di chiedere ad ognuna delle bambine perché volevano l'arancia. La più piccola rispose che aveva sete, l'altra che voleva la buccia per preparare una torta perché aveva fame. Così la nonna grattugiò la buccia dell'intera arancia e la offrì alla nipote per la sua torta, e spremette la polpa dell'intera arancia e la offrì all'altra. Scoperti i bisogni e gli interessi delle parti la soluzione che ottimizzava i risultati per entrambe apparve evidente, al contrario di quando le parti si erano arroccate sulle proprie posizioni. Nel caso specifico, la posizione era rappresentata dal volere l'arancia ciascuna per sé, l'interesse era rappresentato dalla buccia per una parte e dal succo per l'altra, interessi perfettamente compatibili, la cui realizzabilità contemporanea non appariva evidente, rimanendo solo sul piano delle posizioni. Ciò dimostra che non sempre le posizioni corrispondono esattamente agli interessi che ciascuna parte intende soddisfare, anzi spesso capita di verificare che gli interessi di entrambe le parti possono risultare compatibili o addirittura complementari. Obiettivo delle tecniche negoziali è proprio riuscire a scoprire i veri interessi e bisogni delle parti dietro le iniziali prese di posizione. L'arroccamento dietro le "posizioni" rende molto difficile fare movimenti di avvicinamento e trovare una qualsiasi forma di compromesso, poiché ogni concessione verrà interpretata come ridimensionamento delle proprie "legittime pretese".

## 1.6. L'arbitrato

L'arbitrato<sup>27</sup> rientra nelle tecniche *A.D.R.* ma è lo strumento "ideologica-

---

<sup>27</sup> Non è questa la sede per approfondire le dibattute tematiche relative all'arbitrato; la bibliografia in materia arbitrale è vastissima. Si segnalano, di seguito, le più significative opere a carattere generale successive alla riforma dell'arbitrato del 1994: M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, Cedam, Padova, 1994; S. LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Giuffrè, Milano, 1994; A. BRIGUGLIO-E. FAZZALARI-R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Giuffrè, Milano, 1994; P. BERNARDINI-G. DE NOVA-R. NOBILI-C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato: legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Ipsoa, Milano, 1994; E. FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, Cedam, Padova, 1994; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Utet, Torino, 1994; A. ORICCHIO, *L'arbitrato*, ESI, Napoli, 1994; N. PICARDI, *Commentario al codice di procedura civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano,

mente” più vicino ai sistemi tradizionali in virtù del suo spirito contenzioso, finalizzato a individuare le responsabilità scaturenti da una controversia attraverso una decisione presa dall’alto e imposta ai confliggenti attraverso la logica della ricostruzione del fatto e della ricerca delle norme applicabili. Questo istituto ha da tempo trovato largo impiego anche quale alternativa alla giustizia ordinaria, specie in questioni di particolare delicatezza. Si tratta di un processo volontario in cui le parti in conflitto domandano (o demandano) a una terza persona imparziale, estranea all’apparato giurisdizionale dello Stato, di loro comune fiducia, di prendere una decisione al loro posto. Le ragioni della preferenza per una decisione privata della lite dipendono da esigenze di rapidità nelle decisioni<sup>28</sup>, competenza specifica dell’arbitro in determinate materie e riservatezza del procedimento. L’autorevolezza degli arbitri, però, identificata spesso con ruoli giuridici di rilievo, comporta una inevitabile lievitazione dei costi.

L’arbitrato ha origini remote, si riscontra la sua presenza già nel diritto romano o nelle comunità arcaiche attraverso la pratica dell’affidamento della decisione di una controversia all’“*amicus communis*”<sup>29</sup>. Nel nostro ordinamento sono state forti le resistenze al pieno riconoscimento dell’istituto, visto per molto tempo come fenomeno subalterno alla giurisdizione ordinaria. L’ottavo titolo del quarto libro del codice di procedura civile è dedicato all’arbitrato ed è frutto

---

1994; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino, 1995; C. PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1995; G. TARZIA-R. LUZZATTO-E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995; E. FAZZALARI, *L’arbitrato*, Utet, Torino, 1997; G. MIRABELLI-D. GIACOBBE, *Diritto dell’arbitrato*, Jovene, Napoli, 1997; F. BARTOLINI-R.C. DELCONTE, *Codice dell’arbitrato*, La Tribuna, Piacenza, 1997; P. BERNARDINI, *Arbitrato commerciale internazionale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Agg., Milano, 1997; G. GAJA, *L’arbitrato in materia internazionale tra la legge n. 25 e la riforma del diritto internazionale privato. La riforma del diritto internazionale privato in Riv. arb.*, Napoli, 1996; AA.VV., *Dizionario dell’arbitrato*, Giappichelli, Torino, 1997; P. BERNARDINI, *Il diritto dell’arbitrato*, Laterza, Roma-Bari, 1998; P. BERNARDINI-A. GIARDINA, *Il codice dell’arbitrato*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2000; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Cedam, Padova, 2000; G. VERDE, *Diritto dell’arbitrato rituale*, Giappichelli, Torino, 2001. In tema di arbitrato societario si veda: A. TARTAGLIA POLCINI, *I modelli arbitrali nel nuovo diritto societario*, in P. PERLINGIERI-F. CASUCCI (a cura di), *La riforma del diritto societario*, ESI, Napoli, 2004; M. RUBINO SAMMARTANO (diretto da), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Zanichelli, Bologna, 2009. Sul tema dell’arbitrato sportivo cfr. G. SCIANCALEPORE, *I limiti funzionali dell’arbitrato sportivo*, in *Comparationediritto.civile.it*, 2010.

<sup>28</sup> Ex art. 820 c.p.c. il procedimento si conclude con il deposito del lodo arbitrale entro 240 giorni dalla prima udienza, come prevede la riforma avvenuta con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

<sup>29</sup> C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, cit.; F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Cedam, Padova, 1968.

di una serie di progressive innovazioni legislative che hanno riformato la disciplina dell'istituto contribuendo a renderlo definitivamente figura autonoma dal processo ordinario.

In particolare, la l. 9 febbraio 1983 n. 28, "*Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*", ha adeguato la normativa italiana agli standard internazionali, e la l. 5 gennaio 1994 n. 25, "*Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*"<sup>30</sup>, ha reso definitivamente l'arbitrato figura di natura privatistica, autonoma e indipendente dalla giurisdizione statale<sup>31</sup>.

La disciplina dell'arbitrato è stata significativamente riformata dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, "*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80*", prima del quale il Capo I del Titolo VII del libro quarto del codice di rito era intitolato "*Del compromesso e della clausola arbitrale*", mentre ora, più correttamente, la riforma ha inteso modificare la rubrica di tale Capo, oggi intitolato "*Della convenzione d'arbitrato*". Anche la c.d. "Riforma Cartabia", entrata in vigore con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, ha inciso sensibilmente sulla la disciplina dell'arbitrato al fine di adeguare l'istituto all'evoluzione interpretativa operata dalla giurisprudenza e per renderlo più attrattivo e fruibile agli operatori<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Sul punto si veda C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino, 1995.

<sup>31</sup> Cfr., sul punto, Cass., Sez. Un., n. 527/2000, *Contra* Corte cost., n. 376/2001. Il dibattito sulla natura dell'arbitrato vede fronteggiarsi due teorie: la teoria privatistica, in base alla quale l'arbitro in quanto soggetto privato, non può prendere una decisione di carattere giurisdizionale; la teoria giurisdizionalistica, per la quale l'arbitrato è atto equiparabile anche negli effetti a una sentenza del giudice ordinario.

<sup>32</sup> Tra le novità più significative occorre segnalare: l'equiparazione in via definitiva degli effetti sostanziali della domanda di arbitrato a quelli della domanda giudiziale (art. 816-bis.1); il rafforzamento del principio di imparzialità e indipendenza degli arbitri, che possono adesso essere ruscusati anche per "gravi ragioni di convenienza" (art. 815), secondo la nuova disciplina (art. 813) gli arbitri sono tenuti a rilasciare, contestualmente all'accettazione della nomina, una dichiarazione che contenga tutte le circostanze di fatto rilevanti ai sensi dell'art. 815, salvo nullità dell'accettazione; l'attribuzione agli arbitri del potere di emanare provvedimenti cautelari, nelle sole ipotesi di espressa volontà delle parti in tal senso, manifestata nella convenzione di arbitrato o in atto successivo, purché anteriore all'instaurazione del procedimento arbitrale (art. 818); la riduzione del termine lungo per l'impugnazione del lodo, fissata adesso a sei mesi dalla data di ultima sottoscrizione del lodo (art. 828); la *traslatio iudicii*, cioè la possibilità – nelle ipotesi in cui sia negata la competenza (dal giudice in favore dell'arbitro e viceversa) di mantenere salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda attraverso la predisposizione, ad opera delle parti, di tutte le attività necessarie all'instaurazione del processo, da compiersi entro tre mesi dal passaggio in giudicato della pro-

È bene distinguere le convenzioni arbitrali dal c.d. “contratto di arbitrato”, mentre le convenzioni arbitrali (compromesso e clausola compromissoria) sono il presupposto in virtù del quale può sorgere un arbitrato, il “contratto di arbitrato” regola i rapporti esistenti tra le parti ed il collegio arbitrale.

Presupposto dell’arbitrato è il patto con il quale le parti conferiscono agli arbitri l’incarico di risolvere la controversia. Tale patto può assumere la forma di compromesso<sup>33</sup> o di clausola compromissoria<sup>34</sup>: il primo è uno specifico negozio giuridico stipulato *ad hoc*, antecedente o successivo al sorgere della lite; la seconda è una clausola apposta ad un contratto esistente tra le parti nella quale i contraenti stabiliscono di demandare ad un arbitro le eventuali future liti scaturenti dal contratto.

L’art. 806 c.p.c. ricalca l’impostazione anteriforma del 2006, la quale, tuttavia, esprimeva una norma riferita esclusivamente al compromesso e richiamata dal successivo art. 808 c.p.c. con riferimento alla clausola compromissoria.

L’intento di riordino sistematico chiarisce che il compromesso e la clausola compromissoria sono entrambe “convenzioni d’arbitrato”, per cui si vuole offrire una disposizione di apertura della disciplina applicabile ad ogni convenzione.

Prima della novella del 2006 era fatto divieto espresso di far decidere ad arbitri le controversie «che non possono formare oggetto di transazione», l’attuale formulazione dell’art. 806 c.p.c. (*Il compromesso*) dispone che «le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge». La modifica (non solo terminologica) sostituisce quale limite all’arbitrabilità (che nella precedente disciplina era quello dei diritti che non sono transigibili) quello dell’indisponibilità dei diritti, che ha suscitato notevoli perplessità interpretative.

Il co. 2 dell’art. 806 si riferisce alle controversie di lavoro indicate dall’art. 409 c.p.c., chiarendo che queste ultime «possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro».

Il co. 1 dell’art. 807 c.p.c. prevede *ad substantiam* non solo la forma scritta del compromesso, ma ne impone anche la determinazione dell’oggetto. Infatti, «il compromesso deve, a pena di nullità, essere fatto per iscritto e determinare l’oggetto della controversia».

Il legislatore del 2006 ha inteso, poi, adeguare la previsione in ordine alla forma scritta ai progressi della tecnologia, inserendo nuove tecniche di scrittura nella formulazione del secondo comma. *Ex* art. 807 c.p.c., secondo comma, in-

---

nuncia di primo grado che declina la competenza (art. 819-*quater*). Per approfondimenti, si rinvia a M. GREGGIO, *La riforma dell’arbitrato*, La Tribuna, Piacenza, 2024.

<sup>33</sup> Artt. 806-807 c.c.

<sup>34</sup> Art. 808 c.c.

fatti, “la forma scritta s’intende rispettata anche quando la volontà delle parti è espressa per telegrafo, telescrivente, telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi”. Inoltre, il terzo comma della norma previgente, che sottoponeva il compromesso alle “disposizioni che regolano la validità dei contratti eccedenti l’ordinaria amministrazione”, è stato espunto: la scelta dell’arbitrato non è più considerata “atto eccedente l’ordinaria amministrazione” ed è quindi esonerata dalle relative formalità.

L’art. 808 c.p.c. (*La clausola compromissoria*) è dedicato alla clausola compromissoria e dispone che le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di convenzione d’arbitrato. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall’articolo 807. Inoltre, si precisa che «*la validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria*».

Il d.lgs. n. 40/2006 ha introdotto un nuovo art., 808-bis (*Convenzione di arbitrato in materia non contrattuale*), il quale prevede che «*le parti possono stabilire, con apposita convenzione, che siano decise da arbitri le controversie future relative a uno o più rapporti non contrattuali determinati*». Anche per i rapporti extracontrattuali, dunque, viene espressamente prevista la possibilità di ricorrere all’arbitrato non solo per mezzo del compromesso, quando la controversia è già insorta, ma anche a mezzo di apposita convenzione arbitrale preventiva, analogamente a quanto avviene con la clausola compromissoria nei rapporti contrattuali.

Secondo alcuni la disposizione deve essere interpretata nel senso di riconoscere alle parti la possibilità di concludere compromessi che deferiscano ad arbitri eventuali controversie future attinenti a rapporti non contrattuali, che comunque debbano essere già identificati («determinati») al tempo della conclusione della convenzione arbitrale<sup>35</sup>.

La convenzione suddetta deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall’art. 807 c.p.c.

L’art. 808-ter (*Arbitrato irrituale*) prevede che «*le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall’articolo 824-bis c.p.c., la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale*»<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> A. SIROTTI GAUDENZI, *Guida al Diritto dell’Arbitrato*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2006.

<sup>36</sup> M. MARINELLI, *Arbitrato irrituale*, in *Codice degli arbitrati*, Utet, Torino, 2006; D. NO-



Tale articolo rappresenta la novità più significativa introdotta dal d.lgs. n. 40/2006. Per decenni si sono susseguiti orientamenti giurisprudenziali contraddittori che ricavavano la natura rituale o irrituale dell'arbitrato da elementi molteplici ed incerti quali le parole contenute nella clausola compromissoria, con la conseguenza che spesso le parti di un contratto dovevano attendere la pronuncia della Corte di Cassazione per sapere quale tipo di arbitrato, e quindi di lodo, avrebbe regolato i loro rapporti.

Il legislatore stabilisce, quindi, il principio per cui l'arbitrato è sempre rituale a meno che le parti non abbiano stabilito espressamente e per iscritto che la controversia sia definita mediante «*determinazione contrattuale*».

Il lodo contemplato dall'art. 808-ter presenta una sua disciplina non essendo affatto soggetto alle regole generali delle impugnative negoziali del codice civile, bensì ad una autonoma azione di impugnativa i cui motivi appaiono tagliati sulla falsariga dell'impugnazione per nullità del lodo.

Una decisione “annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro primo” (cioè, in primo grado davanti al tribunale competente), ma non più per la tipologia dei motivi sottostanti alle azioni contrattuali (nullità, annullabilità), bensì per motivi propri, riproducti nella sostanza l'armatura dell'impugnazione per nullità dell'art. 829 c.p.c.<sup>37</sup>.

L'art. 808-*quater* c.p.c. (*Interpretazione della convenzione d'arbitrato*) offre la metodologia di interpretazione della convenzione d'arbitrato con riferimento all'estensione dell'oggetto dell'arbitrato. È stabilito che “nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce”. Con tale norma il legislatore intende, evidentemente, favorire una gestione unitaria della controversia, evitando il ricorso all'autorità giudiziaria per la soluzione di eventuali questioni connesse o interpretative.

---

VIELLO, *L'arbitrato negoziale nel sistema processuale e comparato*, La boutique tipografica, Roma, 2006; V. AMENDOLAGINE, *Riforma dell'arbitrato e sistema giurisdizionale a confronto nella risoluzione delle controversie civili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, II, p. 65 ss.; F.P. LUISSO-B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2006, p. 261.

<sup>37</sup> Ex art. 808-ter c.p.c. «*il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I: 1) se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; 2) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale; 3) se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812; 4) se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo; 5) se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825*».

L' art. 808-*quinquies* c.p.c. (*Efficacia della convenzione d'arbitrato*) intende assicurare il rispetto della volontà delle parti di devolvere ad arbitri la decisione della controversia, evitando la caducazione degli effetti della convenzione d'arbitrato nel caso in cui il procedimento arbitrale si concluda senza pervenire ad una pronuncia nel merito.

Ai sensi dell'art. 809 c.p.c. «*gli arbitri possono essere uno o più purché in numero dispari*». Se la soluzione della controversia è devoluta ad un collegio arbitrale, ciascuna parte nomina il proprio arbitro e i due designano congiuntamente il terzo avente funzioni di presidente o in assenza di tale indicazione l'ulteriore arbitro è nominato dal presidente del tribunale; se l'arbitro è unico, la nomina è fatta congiuntamente dalle parti.

Le parti hanno la facoltà di stabilire le norme che gli arbitri devono seguire nello svolgimento dell'arbitrato e la lingua dell'arbitrato, in mancanza saranno gli arbitri stessi a regolare il procedimento come ritengono più opportuno, con l'obbligo di attuare il principio del contraddittorio, concedendo alle parti ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa<sup>38</sup> nel rispetto dei principi costituzionali del contraddittorio e del diritto di difesa<sup>39</sup>.

L'art. 824-*bis* c.p.c. (*Efficacia del lodo*), riformato nel 2006, stabilisce che «*il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*». Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto (art. 825 c.p.c.).

## 1.7. La mediazione

La mediazione costituisce una delle possibili tecniche alternative di gestione dei conflitti, anche essa non sostitutiva dello strumento giudiziario.

La mediazione e, più in generale, i mezzi alternativi di risoluzione delle controversie non devono essere considerati un ripiego a fronte di una situazione critica della giurisdizione statale: altrimenti si potrebbe argomentare *a contrario* che se quest'ultima funzionasse bene, dei mezzi alternativi si potrebbe tranquillamente fare a meno. E non devono essere considerati neppure esclusivamente uno strumento deflattivo del carico di lavoro giurisdizionale, a cui l'apparato pubblico non riesce a far fronte (anche se, di fatto, ogni conciliazione significa una controversia giurisdizionale in meno).

---

<sup>38</sup> Art. 816-*bis* c.p.c. (*Svolgimento del procedimento*); durante il giudizio le parti potranno fare valere le proprie ragioni, valendosi anche dell'assistenza legale, sottoponendo, in contraddittorio, al giudizio degli arbitri prove e deduzioni.

<sup>39</sup> Art. 24 Cost.

Va, invece, sottolineato come conciliazione e tecniche *A.D.R.* siano essenziali anche quando la giurisdizione statale offre un “servizio” efficiente, come accade in molti paesi europei.

Il termine conciliazione corrisponde alla traduzione del termine *mediation* americano, visto che inizialmente serviva a distinguerlo dalla mediazione quale contratto *ex art. 1754 c.c.*, ma spesso mediazione e conciliazione sono usati come sinonimi.

Nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 in materia di “*Conciliazione delle controversie civili e commerciali*” è chiaramente precisata (art. 1), per la prima volta nella normativa nazionale, la definizione degli istituti protagonisti dello stesso: si intende per *mediazione* l’attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa; per *conciliazione* si intende la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.

Secondo l’impostazione della nuova disciplina, dunque, la differenza sostanziale consiste nel fatto che la mediazione rappresenta l’intero *iter* del procedimento, mentre la conciliazione costituisce più propriamente il momento finale della mediazione, il risultato (ma può non esserlo se non si raggiunge un accordo).

In certi ambiti, invero, si discorre più propriamente di mediazione (per es. mediazione familiare, ambientale, internazionale) ed in altri si utilizza invece il termine conciliazione (per es. tentativo di conciliazione nell’ambito delle controversie di lavoro).

Secondo alcuni, la conciliazione si fonda sulla convinzione che il conflitto in sé sia dannoso, e che vada eliminato sulla base degli elementi comuni delle parti. Ciò che persegue il conciliatore è necessariamente la pace, attraverso il riferimento a discorsi di ordine morale e valoriale. Alcuni la differenziano dalla mediazione per il ruolo più attivo, propositivo attribuito al conciliatore. Rispetto alla mediazione, la conciliazione è, cioè, più orientata al risultato, all’effetto; invece, la mediazione più al mezzo, al procedimento comunicativo<sup>40</sup>. Secondo un altro orientamento, sia la mediazione sia la conciliazione appartengono all’area della *cultura della mediazione* (condivisione di principi e realizzazione della giustizia di prossimità), ma hanno due ruoli diversi, poiché la conciliazione è un intervento previsto nel nostro ordinamento ed è compito del giudice (che aiuterebbe la diffusione della cultura della mediazione), la mediazione im-

---

<sup>40</sup> E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari, 2002; S. CASTELLI, *La mediazione: alcune precisazioni terminologiche e concettuali*, in M. BOUCHARD, G. MIEROLO (a cura di), *Prospettive di mediazione*, Edizioni Gruppo Abele, Torino, 2000.

plica una specifica formazione e professionalità. È stato evidenziato<sup>41</sup> come anche all'interno della proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale si tende a stabilire una disciplina generale e uniforme della conciliazione e della mediazione, ed una sostanziale identità tra i due istituti, infatti lo stesso termine mediazione viene riferito a qualunque procedimento, indipendentemente dalla denominazione, dove due o più parti della controversia siano assistite da un terzo allo scopo di raggiungere un accordo sulla risoluzione della controversia<sup>42</sup>.

La pratica della mediazione presuppone un apprendimento della gestione positiva dei conflitti che contiene una cultura del dialogo e dell'etica. Ciò si trova in stretto rapporto con l'educazione per la cultura della pace, poiché quando risolviamo un conflitto acquistiamo la capacità di gestire altri futuri contrasti<sup>43</sup>. Si tratta di procedure che, attraverso tecniche ormai collaudate, aiutano le parti a trovare un punto d'incontro dei loro effettivi interessi, evitando ogni decisione autoritaria (giudiziale o arbitrale).

La mediazione è una forma di risoluzione delle controversie che si realizza attraverso la manifestazione della volontà delle parti. Già S. Satta, verso la fine degli anni Trenta, scriveva: «*Le liti si estinguono veramente solo con la libera volontà delle parti, con la conciliazione, come la parola stessa ci dice*»<sup>44</sup>. «*L'intervento del terzo, conciliatore, si ha nel momento in cui, valutate le posizioni delle parti ed individuate le possibili soluzioni di composizione delle controversie, indica alle parti il proprio consilium e cerca di realizzare il concilium ovvero l'aggregazione e l'incontro delle volontà che, pur se guidate dal consilium del terzo, si manifestano solo postea e cioè dopo il suo intervento*»<sup>45</sup>, ed è «*idonea a ristabilire la pace sociale e consentire la prosecuzione dei rapporti tra le parti*»<sup>46</sup>.

Non si tratta di appiattimento delle divergenze, ma, usando determinati metodi e tecniche suggeriti dal mediatore, si realizza uno stato di convergenza di mezzi e di scopi in cui «entrambe le parti vincono», anzi arrivano a trovarsi, dopo

---

<sup>41</sup> E. SILVESTRI, *La tutela dei diritti nella prospettiva della conciliazione e della mediazione*, in *Dem. e dir.*, 2005, p. 2.

<sup>42</sup> COM(2004)718, art. 2/a.

<sup>43</sup> A. UZQUEDA-P. FREDIANI, *La conciliazione: guida per la soluzione negoziale delle controversie*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2002.

<sup>44</sup> S. SATTA, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 206.

<sup>45</sup> C. PUNZI, voce *Filosofia del diritto*, in *Enc. dir.*, IV, Agg., Milano, 2000, p. 328.

<sup>46</sup> C. PUNZI, *Conciliazione ed arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1992.