



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2019 ANNO IV n.7.

Schema per uno studio socio- giuridico della negoziazione assistita in Italia



2019 ANNO IV NUMERO 7

di Marco A. Quiroz Vitale pp.11 -31 articolo rivisto



Società e diritti - rivista elettronica anno 2019, IV, n.7

SCHEMA PER UNO STUDIO SOCIO-GIURIDICO DELLA NEGOZIAZIONE ASSISTITA IN ITALIA

di Marco A. Quiroz Vitale

Abstract

The author critically analyzes the first static results of the negotiation agreements drawn up by the National Forensic Council, to suggest new strands of socio-juridical research able to enhance the emerging phenomenon of "forensic jurisdiction" and to make the role of lawyers understand as specialized legal actors able to direct the private legal systems, to which the ADR belong, towards the acquisition of more democratic and equitable characteristics. Such studies are also useful for guiding the choices of the Legislature that in our country seems to be trying to change procedural models developed abroad (such as the French participatory procedure, the Canadian delegated arbitration and more generally the US Collaborative Law) without a prior analysis of the conditions that can make these institutions more consistent with the national legal culture and more effective their impact on society.

Key words: Negotiation, Alternative Dispute Resolution, civil procedure.

Riassunto

L'autore analizza criticamente le prime risultanze statiche degli accordi di negoziazione elaborati a cura del Consiglio Nazionale Forense, per suggerire nuovi filoni di ricerca socio-giuridica in grado di valorizzare il fenomeno emergente della "giurisdizione forense" e di far comprendere il ruolo degli avvocati quali attori giuridici specializzati in grado di indirizzare i sistemi giuridici privati, a cui le ADR appartengono, verso l'acquisizione di caratteri più democratici ed equi. Simili studi sono, inoltre, utili per orientare le scelte del Legislatore che nel nostro Paese pare tentato di mutuare modelli procedimentali elaborati all'estero (come la *procédure participative* francese, l'arbitrato delegato canadese ed più in generale il *Collaborative Law* statunitense) senza una previa analisi delle condizioni che possano rendere tali istituti più coerenti con la cultura giuridica nazionale e più efficace il loro impatto sulla società.

Parole chiave: Negoziazione, Alternative Dispute Resolution, Processo civile.

Autore: Marco A. Quiroz Vitale, docente di sociologia giuridica nell'Università di Milano

Articolo ricevuto il 02 gennaio 2019 approvato il 01 febbraio 2018

1. La Negoziazione assistita è un istituto introdotto nell'ordinamento giuridico italiano dalla Legge del 10 novembre 2014 n. 162 (che ha convertito con modifiche il D.L. 132/14) il cui capo II delinea una "procedura di conciliazione svolta attraverso l'assistenza degli avvocati, con cui si intende realizzare, nello specifico, una procedura cogestita dagli avvocati delle parti coinvolte nella controversia, al fine di raggiungere un accordo conciliativo" (Giuggioli e Giorgetti 2015, 6). Come il concorrente e più risalente istituto della "Mediazione"¹, da un punto di vista strettamente giuridico anche la negoziazione "assistita" si pone come uno strumento di deflazione del contenzioso giudiziario, secondo un modello francese realizzato dal 2010², che può essere ricondotto alla più ampia categoria dei metodi di risoluzione alternativa delle dispute³ o ADR (Alternative Dispute Resolution)⁴. Tuttavia nelle

¹ Ci riferiamo al Decreto Legislativo del 4 Marzo 2010 n. 28 attuativo della l. 19.6.2009, n. 69; come noto la legge è stata dichiarata incostituzionale per eccesso di delega dalla sentenza Corte cost. del 6.12.2012, n. 272, ed infine è stata reintrodotta, pur con diverse novità e modifiche, con d.l. 21. 6.2013, n. 69, successivamente convertito in l. 9.8.2013, n. 98; a questo proposito rinvio al numero di Scienze e Ricerche n. 32 del 1° luglio 2016, a cura di Francesco Rende in cui l'argomento è ampiamente affrontato da vari punti di vista.

² Come rileva Farina "Il procedimento di negoziazione assistita trova il proprio modello di riferimento nell'ordinamento francese e, più precisamente, nella "procédure participative" introdotta con l'art. 37 della l. n. 1609 del 22 dicembre 2010, regolata negli artt. 2062-2067 del code civile, a sua volta ispirata alle prassi, note nel Nord America come diritto collaborativo ed utilizzate nel settore civile, oltre che nel diritto del lavoro, nel diritto delle assicurazioni ed in materia successoria". Come precisa Farina: "Il diritto collaborativo si fonda su un accordo di massima, definito come 'carta di collaborazione' che obbliga le parti ed i rispettivi difensori a compiere ogni sforzo per definire la lite, dopo che i firmatari abbiano escluso di considerare il ricorso giudiziario come un'alternativa preferibile. Per questa ragione il difensore deve abbandonare il procedimento ogni volta che la parte viola il patto e propone la domanda giudiziale ovvero quando nutre dubbi circa la reale intenzione del proprio assistito o della controparte di condurre efficacemente i negoziati. La sottoscrizione della carta di collaborazione vieta, in caso di esito negativo dell'accordo, di rappresentare una delle parti nella successiva (ed eventuale) fase contenziosa. Infine, le informazioni scambiate durante il procedimento di collaborazione non possono essere utilizzate nel contenzioso successivo" (Farina 2015: a nota 10). Si rinvia in argomento all'interessante studio comparatistico di Giaimo (2016) che illustra anche le caratteristiche del modello americano: l'*Uniform Collaborative Law Act* (UCLA), che è stato successivamente adottato nella legislazione di quattordici Stati e che è in corso di attuazione in altri due.

³ Non è questa la sede per affrontare un tema così ampio, per una prima ricognizione sul tema si veda Cominelli (2012) e più recentemente ci permettiamo di rinviare sia al nostro Quiroz Vitale (2014) sia, per una panoramica sulle "on line dispute resolution", al saggio di Busacca (2016); rinvio inoltre per il settore civile al completo saggio di Così e Romualdi (2010), per campo penale di Ceretti, Di Ciò e Mannozi (2001); quanto al settore amministrativo di veda la ricognizione generale di Ramajoli (2014) e alla nostra ricerca empirica sulle ADR nella provincia di Milano (Quiroz Vitale 2010).

⁴ Sullo sfondo di questa analisi scorgiamo una ben precisa concezione del conflitto e della sua importanza nella società; come noto il conflitto può essere descritto come uno scontro tra due o più parti che non sembrano avere nulla in comune se non la reciproca volontà di eliminare in via completa e definitiva l'oppositore, o la sua resistenza, grazie all'uso della forza. "In un conflitto, infatti, ciascuno pretende di negare l'oppori dell'avversario, poiché l'assolutizzazione della propria posizione impedisce il confronto e porta, quindi, al tentativo di soppressione delle tesi che vi si oppongono. (Sommaggio 2012: 15). Tuttavia il significato sociologico del conflitto è ben più ampio ed ambiguo. Insegna Bruno Bilotta che: "In estrema sintesi, il conflitto serve a marcare e ad accrescere la coesione interna, cioè a differenziarsi verso l'esterno e ad identificarsi all'interno. In questa incessante ricerca di demarcazione della differenziazione, tanto in termini soggettivi quanto in termini di gruppi sociali, ed in questa altrettanto incessante ricerca dell'accrescimento dell'auto-affermazione e della coesione del gruppo sta, a nostro parere, la linea di

intenzioni del Legislatore la negoziazione è posta in relazione ad una politica del diritto più ambiziosa: la “degiurisdizionalizzazione” del contenzioso; invero il Legislatore non ha chiarito che cosa si intenda con questo termine⁵ né perché possa essere attuata con un istituto conosciuto ed applicato da oltre un lustro in Francia⁶. Nella relazione accompagnatoria al Decreto legge 132, il Governo ha sottolineato la valorizzazione della figura del professionista avvocato poiché la convenzione di negoziazione assistita, che regola il procedimento, può essere stipulata esclusivamente con l’assistenza di un avvocato iscritto all’albo, o di un avvocato “stabilito” (decreto legislativo 2 febbraio 2001, n. 96) cui pure è attribuito il potere di autentica delle sottoscrizioni apposte alla convenzione, per la quale è prevista, a pena di nullità, la forma scritta. L’ambito di applicazione della novella è triplice e si danno quindi tre specie di negoziazione “assistita”: quella obbligatoria e quella facoltativa in ambito civile e quella familiare, sempre facoltativa; a cui si aggiunge, sempre in ambito familiare, una forma ulteriore di negoziazione “libera”. Quanto alla negoziazione civile l’effetto deflattivo della stessa si realizza in ciò che l’accordo raggiunto all’esito dell’attivazione della procedura, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che li assistono, costituisce titolo esecutivo e titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale. Agli avvocati che hanno assistito le parti è dato il potere di attestazione dell’autografia delle firme oltre alla verifica e attestazione della conformità dell’accordo stesso alle norme imperative di Legge ed all’ordine pubblico; l’intervento di un pubblico ufficiale che autentichi le sottoscrizioni del processo verbale è necessario solo per gli atti soggetti a trascrizione ai sensi dell’articolo 2643 del codice civile⁷. La negoziazione civile, in primo luogo, costituisce un onere delle parti – in quanto condizione di

demarcazione fra conflitto vero e proprio e il suo effetto disgregante, in cui gli antagonismi rendono più sensibili i legami sociali pur se è vero che [...] è anche un modo di spezzarli, ma finché questo limite estremo non è raggiunto, questi conflitti rendono la solidarietà più attiva, che i soggetti ne abbiano o no coscienza” (Bilotta 2017: 62). In argomento si veda pure il contributo di Bilotta e Viotti (2016).

⁵ Si cimenta nell’opera di chiarificazione Luiso (2015) secondo cui il termine avrebbe due accezioni una neutra ed una positiva. La prima significa sottrarre all’apparato giudiziario alcune attribuzioni e l’unica che non può essere sottratta all’apparato giudiziario per attribuirli ad altri organi che operano in regime di diritto pubblico, cioè in via autoritativa, è la funzione decisoria; le altre forme di tutela, ed in particolare quella esecutiva, seppur costituzionalmente garantite, secondo Luiso, non debbono essere necessariamente attuate in via giurisdizionale; la seconda accezione significa incentivare l’utilizzazione di strumenti non autoritativi in grado di produrre lo stesso risultato della giurisdizione: si tratta dell’arbitrato e dell’attività negoziale delle parti diretta a risolvere una controversia.

⁶ Già nel 2011 venne depositata la proposta di legge n. 4376 dagli on.li Contento e Paniz per l’introduzione di un simile istituto modellato sull’archetipo francese e nel 2014 era pendente alla Camera dei Deputati la proposta di Legge AC1474 avente analogo contenuto.

⁷ Si tratta di a) i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; b) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie i diritti del concedente e dell’enfiteuta; c) i contraenti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale; d) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti; e) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto di uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione; f) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati nei numeri precedenti; g) i provvedimenti con i quali nell’esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccettuato il caso di vendita seguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente; h) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico; i) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore a nove anni; l) gli atti e le sentenze da cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni m) i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell’associazione eccede i nove anni o è indeterminata; n) gli atti di costituzione dei consorzi che hanno l’effetto indicato dal numero precedente; o) i contratti di anticresi; p) gli accordi di mediazione che accertano l’usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato; q) le transazioni che hanno per oggetto controversie

procedibilità – prima di promuovere un’azione ordinaria⁸ volta a conseguire il pagamento di somme dal valore non superiore ad euro cinquantamila o prima di agire per conseguire di risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti ed infine per le controversie in materia di trasporto e subtrasporto (*ex lege* 190/2014); ma l’onere viene meno in tre ipotesi che costituiscono altrettante eccezioni: se le controversie riguardano obbligazioni contrattuali derivanti da contratti conclusi tra professionisti e consumatori⁹, se è già prevista la mediazione obbligatoria¹⁰ o quando la parte può stare in giudizio personalmente¹¹. In secondo luogo la negoziazione è facoltativa rispetto ad ogni altra materia, non costituendo una condizione di procedibilità, ma potendo comunque essere esperita su richiesta delle parti, poiché oggetto dell’accorso di negoziazione – facoltativa od obbligatoria che sia – sono sempre e soltanto diritti nella disponibilità delle parti; ne consegue che in questo ambito non vi sono limiti alla facoltà delle parti di ricorrere alla negoziazione. Inoltre, una terza specie di negoziazione è quella operante nel campo della crisi della famiglia per le scelte consensuali di attuare una separazione personale, una cessazione degli effetti civili (o scioglimento del matrimonio) o di modificare le condizioni di separazione o di divorzio¹². In tal caso il procedimento di negoziazione subisce una modifica strutturale rilevante; agli avvocati è infatti sottratto il potere di accertare ed attestare la conformità dell’accordo alla Legge, mentre è previsto sempre l’intervento del Pubblico Ministero al fine di verificare l’assenza di irregolarità comunicando il nulla osta o, in specifici casi – caratterizzati dalla presenza di figli minori (Tommaseo 2015a), di figli maggiorenni incapaci o portatori di handicap grave, ovvero economicamente non autosufficienti (Tommaseo 2015c) – al fine di accertare che l’accordo risponda all’interesse dei figli, autorizzandolo. In caso di mancata autorizzazione o nulla osta del Procuratore il procedimento subisce una traslazione in sede giudiziaria¹³, tuttavia il punto centrale della negoziazione rimane l’attitudine dell’accordo raggiunto tra i coniugi – concesso il nulla osta o rilasciata l’autorizzazione – a produrre “gli effetti dei corrispondenti provvedimenti giudiziali (sentenza od omologa) che definiscono i procedimenti disciplinati dalla norma in analisi e,

sui diritti menzionati nei numeri precedenti; r) le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modificazione di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti. Si veda sul punto Frezza (2015).

⁸ La condizione di procedibilità viene meno nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l’opposizione; nei procedimenti di CTU preventiva, ai sensi dell’art. 696-bis c.p.c.; nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all’esecuzione forzata; nei procedimenti in camera di consiglio; nell’azione civile esercitata nel processo penale.

⁹ Per i quali è applicabile il d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, di Attuazione della direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull’ADR per i consumatori) vedi in proposito Desiato (2016).

¹⁰ Cioè quelle *ex art.* 5, comma 1-bis del D.Lgs. 28/2010: le liti in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari (comma inserito dall’articolo 84, comma 1, lettera b), del D.L. 21 giugno 2013, n. 69).

¹¹ Le prime pronunce riguardano proprio il problema dell’estensione di tale eccezione agli avvocati che patrocinano in proprio Trib. Milano Sez. IX Ordinanza, 14 ottobre 2015 e Trib. Verona Ordinanza, 18 giugno 2015.

¹² Curiosamente il Legislatore ha limitato il novero delle parti che possono partecipare alla negoziazione ai soli coniugi con esclusione dei figli maggiorenni non autonomi economicamente; la giurisprudenza ha attenuato il rigore della legge conservando in ogni caso validità all’accordo cui pure aveva partecipato il figlio: così Trib. Torino Decreto, 20 aprile 2015, commentata da Tommaseo (2015b).

¹³ Le prime decisioni giudiziarie edite si sono concertate, non a caso, sui poteri del Presidente del tribunale (Tizi 2015) e dei rapporti tra Presidente del Pubblico ministero (Ronco 2015; Nascosi 2015; Trinchi 2016; Danovi F. 2017).

pertanto, non necessitano di alcun passaggio avanti l'autorità giudiziaria che, in tal caso, è esautorata da una competenza che ha, sin d'ora, detenuto in via esclusiva” (Giuggioli e Giorgetti 2015, 26)¹⁴.

La riforma del 2014 ha poi introdotto anche una forma negoziata, ma non necessariamente “assistita”, di separazione o divorzio consensuale (o modifica delle loro condizioni) in cui l'intervento degli avvocati è possibile ma non essenziale in quanto l'accordo (al pari del matrimonio) si perfeziona a ministero del Sindaco, quale ufficiale di Stato Civile¹⁵. L'ambito di applicazione d'una simile negoziazione libera è più limitato non potendo attuarsi in presenza di figli minori o di figli maggiori di età incapaci, portatori di handicap grave o economicamente non autosufficienti e l'accordo non può contenere patti di trasferimento immobiliare¹⁶.

Senza esporre in questa sede la disciplina di dettaglio¹⁷ che acquista rilievo anche in relazione all'interferenza tra la mediazione, il processo civile e il procedimento di negoziazione, può cogliersi come la nuova forma alternativa di risoluzione delle dispute veda certamente valorizzato il ruolo dell'avvocato come attore del sistema giuridico ma, invero, al centro del nuovo procedimento per il trattamento dei conflitti sta l'accordo delle parti, come fonte principale del diritto.

2. Ciò che balza agli occhi, nella relazione tecnica di accompagnamento alla Legge 162, è la presenza di limitate previsioni sulla efficacia della negoziazione rispetto, per lo meno, ai due obiettivi dichiarati della legge: la de-giurisdizionalizzazione dei conflitti centrata sulle capacità di negoziazione degli avvocati e la deflazione del contenzioso. Il riferimento all'esistenza di un istituto analogo in Francia non è certo condizione necessaria e

¹⁴ Invero la rivoluzione copernicana in questo campo sociale ha portato ad ipotizzare anche il compromesso in arbitri per la soluzione dei conflitti familiari (Danovi F. 2016a).

¹⁵ La scelta del Legislatore italiano non è isolata, infatti la legge spagnola di riforma della giurisdizione volontaria (l. 2.7.2015, n. 15), a partire dal 30.6.2017 permetterà non solo di celebrare il matrimonio davanti a un notaio, ma anche di sciogliere tale vincolo mediante un accordo davanti a un notaio. La possibilità di sciogliere il matrimonio rivolgendosi a un notaio è prevista da varie legislazioni sudamericane ed in Marocco. Cfr.: Cariglia (2015), Bugetti (2015);

¹⁶ Sembrano prevalere interpretazioni restrittive: in particolare la circolare del Ministero dell'interno del 6 dicembre 2014, esclude la ricevibilità da parte del Sindaco di accordi con disposizioni patrimoniali quali gli assegni di mantenimento; così dispone pure il dal D.M. 9 dicembre 2014 che ha diramato i formulari che i sindaci utilizzeranno per le incombenze di cui agli artt. 6 e 12 della l. n. 162, con l'aggiunta che alla procedura di cui all'art. 12 potranno ricorrere soltanto i coniugi che non hanno « figli minori » e dunque anche quando quelli presenti siano soltanto di uno dei due coniugi e magari siano anche nati dopo la separazione. Ha certamente ragione Chiarloni (2015) nel criticare tali interpretazioni poiché: “Inserire gli assegni di mantenimento entro i «patti di trasferimento patrimoniale», determinerebbe la conseguenza che la relativa presenza non consentirebbe l'autonoma richiesta congiunta dei coniugi (comma 3° dell'art. 12). Ma l'art. 12, comma 1°, ultima parte prevede che tale richiesta può essere proposta all'ufficio di stato civile per la «modifica delle condizioni di separazione e di divorzio», di cui fanno parte assolutamente prevalente le modifiche dell'ammontare dell'assegno di mantenimento, in un contesto in cui, in mancanza di figli, le modifiche richieste non possono che essere di natura economica. Escludere la richiesta congiunta se vi è l'accordo per un assegno di mantenimento finirebbe con l'escluderla quasi del tutto, riducendo le relative norme a mero *flatus vocis*. Salvo che, ovviamente, le parti non decidano di regolare i loro rapporti economici senza ufficializzarli davanti all'ufficiale di stato civile, pur di non dover affrontare i costi dell'assistenza di un avvocato ciascuno, come curiosamente esige ora l'art. 6, comma 1°, anche qui dopo la conversione, quando ci si voglia avvalere della negoziazione assistita, laddove l'esperienza davanti ai tribunali insegna che molto spesso i coniugi si presentano assistiti da un solo avvocato”.

¹⁷ Le questioni applicative sono molte e nel quadro di una analisi socio-giuridica complessiva evidenziano altrettanti temi che dovrebbero essere approfonditi: dalla soluzione del problema del “mantenimento” del coniuge debole (Sesta 2015), alla non estensibilità della negoziazione alle coppie di fatto (Tizi 2016; Danovi 2016).

sufficiente per prevedere gli effetti della negoziazione nel nostro ordinamento giuridico¹⁸. Il problema dell'efficacia del nuovo istituto giuridico è preso in considerazione solo indirettamente quale previsione che il minor gettito delle spese di giustizia avrebbe avuto sul bilancio dello stato; rispetto alla negoziazione civile la relazione candidamente afferma che non vi sono dati analitici in grado di valutare il minor gettito conseguente alla mancata celebrazione dei processi; solo in base ad una valutazione "prudenziale" si era previsto, da parte degli uffici del Ministero della Giustizia, un possibile ricorso alla negoziazione in 35.000 casi all'anno. Poco più accurata la predizione, sempre a fini tributari, dell'efficacia della negoziazione familiare. Secondo i dati statistici del Ministero risultava nel 2014 all'inizio dell'iter parlamentare che: *"il numero complessivo di procedimenti sopravvenuti in materia di separazione e divorzio consensuali ammontano a 80.624 casi, dei quali circa il 50% avviene con presenza di figli minori. Il numero dei procedimenti astrattamente esperibili mediante l'istituto della convenzione della negoziazione assistita da un avvocato ammonta pertanto a 40.312 casi e si ipotizza un numero di casi pari a circa 10.000 in ragione d'anno che aderiranno all'istituto della negoziazione assistita di un avvocato, mentre [in] altri 7.000 casi si può prevedere l'utilizzo delle disposizioni contenute nel successivo art. 12"* (Atti parlamentari, DDL n. 1612, Relazione tecnica p. 22). Si osservi che, anche in questo caso, la stima è calcolata in ragione del 25% del numero complessivo delle separazioni senza figli. Come, tuttavia, sia stata determinata detta percentuale non è dato sapere e, per il vero, essa non sembra corrispondere ad alcuna previa analisi statistica o sociologica. Peraltro la stessa Legge 162 (art. 11 comma 1) stabilisce una procedura di raccolta sistematica di dati per verificare, *ex post*, il numero di negoziazioni che si siano concluse con un accordo, a cura del Consiglio Nazionale Forense (CNF), attraverso un meccanismo fondato sulla cooperazione degli avvocati stessi sui quali è posto l'onere, non sanzionato, di trasmettere copia dei soli accordi raggiunti al Consiglio dell'ordine circondariale del luogo ove l'accordo è stato perfezionato, ovvero al Consiglio dell'ordine presso cui l'avvocato è iscritto; non è quindi possibile avere la certezza che tutti gli accordi siano realmente comunicati¹⁹, con la duplice ulteriore lacuna di non censire gli accordi falliti – rinunciando a verificarne i motivi – e di favorire la duplicazione o triplicazione della trasmissione dello stesso accordo, che può essere erroneamente inviato sia all'ordine di appartenenza che a quello di conclusione dell'accordo. Il primo rapporto elaborato dal CNF dell'aprile del 2015 risente di tale inefficiente meccanismo di raccolta dei dati. Gli estensori del rapporto segnalano che i dati elaborati nel primo Rapporto provengono da circa il 50% degli Ordini degli avvocati (79 su 139). Non sono pervenuti i dati di vari Consigli di dimensioni grandi o medie – come Napoli, Firenze, Reggio Calabria – mentre vari Ordini hanno fornito dati parziali. Inoltre alcuni Consigli hanno trasmesso dati aggregati sugli accordi senza specificarne la materia, quindi "si tratta di dati parziali e incompleti che rendono difficoltosa l'analisi la quale, in ogni caso, non può che risultare affetta dei medesimi profili di incompletezza" (CNF, Monitoraggio delle procedure di negoziazione assistita ex art. 2 e ss. d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni in legge n. 162/2014, p. 3). Fatte queste premesse, nel periodo dal settembre 2014 al 31 dicembre 2015, sono stati rilevati solo 3.835 accordi conclusi, ripartiti come indicato nella tabella 1.

¹⁸ Tanto più se si pongono in rilievo le forti differenze tra le due normative: "mentre in Italia l'accordo raggiunto integra un titolo esecutivo ex art. 5, oltralpe ciò non avviene, poiché l'intesa richiede l'omologazione del Giudice per ottenere tal efficacia. Inoltre, per quanto attiene al tema specifico della negoziazione in ambito familiare, in Francia la questione si complica ulteriormente, in quanto, stante l'inapplicabilità dell'art. 2066 *code civil*, le parti dovranno – in ogni caso – seguire la procedura ordinaria prevista per tale materia" (Parini 2015, a nota 8)

¹⁹ Il Rapporto evidenzia come in due distretti (Pordenone e Monza) emerge una discrepanza tra gli accordi in materia familiare depositati presso l'Ordine e quelli, ben più numerosi, depositati, ai sensi dell'art. 6 del d.l. n. 132, cit., presso la procura della Repubblica.

NEGOZIAZIONE ASSISTITA CIVILE		NEGOZIAZIONE ASSISTITA FAMILIARE		NEGOZIAZIONE FAMILIARE LIBERA	
Obbligatoria/oggetto	Valore assoluto	Facoltativa/oggetto	Valore Assoluto	Avanti a Sindaco	Valore Assoluto
a) risarcimento del danno da circolazione	n. 79	a) Separazione	n. 1.603.	a) Separazione	//
b) somme non eccedenti cinquantamila euro	n. 420	b) Divorzio	n. 1.350	b) Divorzio	//
c) in materia di trasporto e sub-trasporto	n. 0	c) Modifiche	n. 56	c) Modifiche	//
Facoltativa	n.192				
Non specificata	n. 135				
TOTALE PARZIALE	n. 826	3.009			Non Rilevato
TOTALE GENERALE	n. 3.835				

Tabella 1 Negoziazione Settembre 2014-dicembre 2015

I dati rilevati sono poco attendibili e non elaborati scientificamente, tuttavia appare evidente la sproporzione tra il numero previsto di accordi di negoziazione, dal parte del Ministero della Giustizia e quelli di cui si è avuta evidenza nel primo anno di applicazione della disciplina. Nel rapporto del CNF si legge: “non può che rilevarsi il sostanziale fallimento applicativo dell’istituto in relazione alle controversie in materia di circolazione: bassissimi o addirittura nulli i numeri degli accordi raggiunti. La circostanza ripete quanto già verificato in sede di applicazione del d.lgs. n. 28/2010 che, nella versione originaria, assoggettava la materia del risarcimento del danno da circolazione di veicoli e natanti alla mediazione obbligatoria”.

Si impone a questo punto una riflessione, di metodo e di merito. Il meccanismo di rilevazione strutturato dalla Legge non garantisce un reale monitoraggio del fenomeno ma soprattutto non realizza l’obiettivo di misurare l’efficacia o l’impatto della legge sulla società italiana; investigazione, quest’ultima, che potrebbe essere condotta esclusivamente attraverso una analisi statistica dei dati empirici rilevanti sull’universo del fenomeno o su un campione rappresentativo, nel quadro di una seria ricerca socio-giuridica in grado di tematizzare, analizzare e sviscerare i concetti di “efficacia” ed “impatto” di una legge; a monte di questa tematica tecnica si pone il problema, di politica del diritto, della inopportunità di introdurre modifiche nel complesso e delicato sistema giurisdizionale, senza uno studio previo delle prevedibili conseguenze dell’introduzione di un nuovo istituto giuridico.

3. Le affermazioni della relazione tecnica, che accompagna il disegno di legge, indicano che si è introdotto uno strumento deflattivo del contenzioso senza far precedere alla modifica un serio studio socio-giuridico volto a predire il possibile effetto che l’innovazione avrebbe potuto produrre e senza investigare le variabili culturali e sociali che avrebbero potuto influire sulla positiva ricezione della novità nell’ambito del ceto sociale degli avvocati, nazionali e stabiliti, da cui dipende in gran parte il successo dell’innovazione. Inoltre, a questo proposito, il Rapporto del CNF traccia un interessante parallelo tra le due principali strategie di ADR: mediazione e negoziazione²⁰. Non è certo un

²⁰ Peraltro analoghe critiche di “improvvisazione legislativa” sono state espresse dal decano dei sociologi del diritto italiani, Vincenzo Ferrari, in occasione della introduzione della mediazione obbligatoria: “Nel complesso, la ricerca ha rivelato che il tema della mediazione (e di esperienze consimili) è importante e promettente, ma delicato e complesso, trattabile solo alla luce di conoscenze precise dei bisogni della gente e dei corrispondenti interessi. Per questo è apparsa stupefacente la riforma che nel 2010 ha affrontato

caso che, come nella mediazione, anche nella negoziazione assistita si registri in relazione alle controversie “in materia di circolazione” uno scarso o nullo ricorso a forme di giustizia alternativa. La circostanza non è casuale e risponde ad una ben precisa logica che ho cercato di evidenziare altrove: possiamo ammettere che “con le debite forzature”, qualunque problema o conflitto possa essere prospettato, dagli attori sociali, come una questione di violazione o tutela di “diritti” ed, *a fortiori*, il legislatore può decidere arbitrariamente di sottoporre pressoché ogni problema, tra privati o tra privati e pubbliche amministrazioni, a procedimenti di tipo giurisdizionale o, vice versa, conciliativo o mediativo (Quiroz 2014). Tuttavia, si tratta pur sempre di forzature che, nell’ottica di un corretto ed efficace coordinamento dei diversi processi sociali con funzione di risoluzione dei conflitti, dovrebbero essere evitate; quando consideriamo gli orientamenti del Legislatore di sottoporre a mediazione o negoziazione obbligatoria proprio certi rapporti giuridici (come la successione *mortis causa* o la separazione ed il divorzio) e non altri (come le cause di lavoro) dipende da scelte di politica del diritto che sarebbe semplicistico considerare del tutto “arbitrarie”: esse sono certamente orientate dalla stessa cultura giuridica interna. Ciò che si intende suggerire è che il fine del sistema politico di ridurre l’arretrato giudiziario è certamente legittimo ma la scelta del Legislatore non può essere unicamente orientata dalle esigenze deflattive: non tutte le materie in cui si registra un forte carico di giudizi pendenti possono essere efficacemente indirizzate verso forme di ADR; d’altro canto la stessa finalità di degiurisdizionalizzare, da cui siamo acriticamente partititi, deve tenere conto della effettiva possibilità ed opportunità di indirizzare taluni conflitti verso forme non giurisdizionali di trattamento e ciò non solo rispetto alla, un po’ semplicistica, distinzione tra diritti disponibili ed indisponibili, ma soprattutto rispetto ai riflessi che ciò può avere rispetto allo stato di diritto²¹.

Nella prospettazione di un importante giurista e filosofo del diritto statunitense, Lon L. Fuller esistono limiti interni ed esterni al trattamento dei conflitti mediante l’aggiudicazione (cioè con intervento di un giudice terzo²²), la mediazione (cioè con l’intervento di un soggetto terzo mediatore²³) o la negoziazione (condotta dalle parti e dai loro consulenti senza l’intervento di un terzo). La scienza socio-giuridica ed, in parte, la teoria generale del diritto, possono essere d’aiuto nel sottoporre a critica le scelte discrezionali del Legislatore fornendo criteri di ragionevolezza ed opportunità che orientino nella decisione. Un punto di partenza ampiamente condiviso (risalente all’elaborazione teorica della sociologia dell’organizzazione classica) è che vi siano due forme basiche di ordinamento sociale: “l’organizzazione per scopi comuni” e “l’organizzazione per reciprocità” (Barnard 1971). Da un lato l’esistenza di scopi comuni ai membri della comunità favorirà la nascita di organizzazioni sociali come le relazioni comunitarie nei piccoli gruppi, le iniziative caritatevoli, le libere associazioni, i partiti politici i sindacati; dall’altro quando prevalgono le relazioni di scambio ed impersonali si accrescono i profili formali delle organizzazioni, e ciò favorisce lo sviluppo delle nazioni e degli stati che possono essere considerati associazioni non volontarie. Gli studi

l’argomento imponendo per certe materie (fra cui quella delicatissima della responsabilità del medico) la mediazione come esperimento preliminare all’instaurazione di una lite per le vie ordinarie. Gli effetti di questa legge, operativa dall’aprile 2011, sono ancora da studiare, ma la rozzezza e l’improvvisazione con cui è stata concepita non lasciano ben sperare” (Ferrari 2011: 90).

²¹ Quando il procedimento aggiudicativo è utilizzato impropriamente lo stesso stato di diritto risulta compromesso (Fuller 1978-79: 401).

²² Secondo la classica definizione di Eckhoff (1966): il giudice è un terzo imparziale cioè si reputa non essere coinvolto con gli interessi delle parti e si distingue dal “mediatore” in questo che la sua attività si riferisce piuttosto al livello delle norme che a quello degli interessi. Il suo compito non consiste nel tentare di riconciliare le parti bensì nel decidere quale abbia ragione.

²³ Sempre secondo Eckhoff quella del mediatore è figura ritenuta imparziale che fa appello agli interessi delle parti più che ai fattori normativi di cui potrebbero giovare. In primo piano nella mediazione sono proprio gli interessi delle parti e quindi l’abilità del mediatore sta appunto nella capacità di prospettare un assetto di interessi futuro tale che possa essere accettato da entrambe; mentre quando i conflitti sono, all’opposto, caratterizzati dal disaccordo proprio su fattori normativi, le condizioni sono meno favorevoli alla mediazione che alle altre forme di soluzione del conflitto.

di Fuller sul tema delle forme di risoluzione delle dispute, la mediazione in particolare ma non solo, permettono di evidenziare la relazione tra l'organizzazione sociale ed il fenomeno giuridico fondato su istituzioni che garantiscano agli attori sociali specifiche forme di partecipazione alle decisioni che influiscono sui loro interessi. Da un lato si pone l'aggiudicazione che, dal punto di vista prescelto, è una forma di decisione sociale che è caratterizzata da un modo particolare di partecipazione accordato alla parte interessata; partecipazione consistente nella possibilità di presentare prove e argomenti razionali a sostegno di una decisione a suo favore. Qualunque cosa alteri o comprometta il significato e la forza di tale partecipazione, compromette l'integrità del giudizio stesso. Rispetto alle forme basiche di organizzazione sociale il processo giurisdizionale si colloca, per le sue caratteristiche di individualismo e razionalità, verso l'estremo rappresentato dalla organizzazione "per reciprocità". La mediazione è una ulteriore forma di decisione sociale che è caratterizzata da una diversa forma di partecipazione accordata alla parte interessata: partecipazione consistente nella possibilità di creare nuove regole nella interazione reciproca. Rispetto alle forme basiche di organizzazione sociale il processo di mediazione si colloca in una posizione intermedia ma più vicina all'altro estremo rappresentato dalla organizzazione "per fini comuni" perché, per sua stessa natura, presuppone rapporti tra le parti normalmente soggetti a una forte spinta interna alla coesione; ciò è vero sia che i tentativi di mediazione in questione siano diretti alla formazione di tali rapporti, sia che siano diretti alla loro modificazione o estinzione. La negoziazione è, sempre in quest'ottica, aggiungiamo noi, una terza e distinta struttura volta a consentire l'assunzione di decisioni. La negoziazione è uno strumento molto duttile: nella organizzazione per reciprocità le parti possono realizzare lo scambio e raggiungere una comune soddisfazione, pur perseguendo obiettivi contrapposti, attraverso l'esercizio delle facoltà comprese nella "negoziiazione"; tuttavia, con lo stesso strumento, cioè con il contratto e gli accordi, le parti possono anche creare regole per future relazioni o per disciplinare i loro rapporti (contratti quadro) oppure possono porre termine o prevenire future liti (transazioni) o porre termine a rapporti contrattuali non più fruttuosi. La forma di partecipazione che caratterizza la negoziazione è dunque molto ampia e va dalla produzione di norme per la gestione del conflitto, alla creazione di regole di azione per gestione del merito delle controversie sino alla rinuncia a facoltà e prerogative o allo scioglimento dei vincoli giuridici.

Nell'analisi di Fuller, fortemente ispirata alla sua esperienza di avvocato, sussistono forti analogie tra mediazione e negoziazione: nella trattative in cui un mediatore è assente, le parti saranno forzate, di fatto, a unirsi nell'assumere il ruolo di mediazione: "Cosa succede in assenza di un mediatore? Come ho affermato in precedenza, non di rado avviene che gli agenti delle due parti si uniscano per svolgere la funzione di mediazione. Ciò significa che si incontrano privatamente, esplorano i possibili modi per far confluire i diversi interessi dei loro rappresentati in un accordo operativo, interrompono le proprie discussioni per ottenere consigli da parte dei loro colleghi, ritornano alle loro sessioni congiunte, e infine concordano sui profili di un accordo che proporranno ai rispettivi rappresentati per l'accettazione" (Fuller 1970-71: 323). Ciò che costituisce un punto essenziale nella negoziazione è tuttavia la mutua comprensione prodotta dal processo stesso. Scrive Fuller: "Una volta ho sentito un avvocato esperto e perspicace dire, mentre parlava di complessi accordi d'affari: 'Se si negozia un contratto accuratamente, bisogna analizzare i problemi che possono sorgere nel corso della sua gestione, elaborare il linguaggio adatto ad affrontare le diverse contingenze che potrebbero presentarsi, si potrà allora mettere il contratto in un cassetto e dimenticarlo'. Ciò che costui voleva dire è che nello scambio che accompagna la negoziazione e la stesura del contratto le parti arriveranno a conoscere i rispettivi problemi in misura sufficiente da permettere loro, in quanto uomini giusti e ragionevoli, di effettuare, in caso di difficoltà, gli opportuni adeguamenti senza dover fare riferimento al contratto stesso" (Fuller 1970-71: 326-327).

Ma il contributo più originale dell'opera del filosofo statunitense è costituita dal tentativo di circoscrivere i casi in cui le forme di ADR non sono idonee al trattamento del conflitto e quelli in cui ciò, pur essendo possibile, è opportuno – in base ad una razionale politica del diritto – che restino in carico al processo giurisdizionale. Il primo *test*, utile per il legislatore, consiste nell'individuare se la *situazione sociale* – rispetto alla quale possono sorgere problemi o conflitti – sia prevalentemente improntata al principio di "reciprocità" o "al perseguimento di scopi condivisi" e quindi se i rapporti sociali che ne scaturiscono siano meglio disciplinati con regole "act-oriented" o

piuttosto da regole “person-oriented” (Fuller 1970-71: 366). Così ad esempio al crescere del rapporto di intimità che lega i membri di una comunità si tende a porre l’accento non tanto sulle azioni quanto sulle persone; al contrario nelle istituzioni in cui le relazioni intime tra gli attori sociali si allentano o vengono meno l’organizzazione si baserà su procedure e atti formali (Fuller 1969: 17). Oltre a questo test, che individua il *limite esterno* di ciascun processo giuridico, ve ne n’è un altro che permette di individuare i limiti interni agli strumenti di soluzione dei conflitti; poiché si possono manifestare problemi che, per le loro caratteristiche specifiche, non si prestano ad essere risolti con le forme del processo giuridico prescelto. I limiti di utilizzabilità dei processi di trattamento delle dispute possono essere sintetizzate nella tabella 2.

Metodi di trattamento delle dispute	Ordinamento sociale	Fondamento dei rapporti sociali	Poteri di partecipazione delle parti	Limiti interni: caratteristiche dei problemi
AGGIUDICAZIONE	Organizzazione per reciprocità	Regole “act oriented”	Possibilità di presentare prove e argomenti razionali a sostegno di una decisione a proprio favore, in un quadro eteronomo	a) problemi policentrici
NEGOZIAZIONE	Organizzazione per reciprocità	Regole “act oriented”	Possibilità di creare regole per future negoziazioni o per gestire il merito delle controversie, attraverso minacce o promesse.	a) presenza di problemi su diritti indisponibili alle parti
MEDIAZIONE	Organizzazione per scopi comuni	Regole “person oriented”	Possibilità di creare nuove regole nella interazione reciproca in un quadro autonomo	a) presenza di più di due parti b) insufficiente legame tra le parti

Tab. 2 Caratteristiche dei procedimenti di trattamento dei conflitti

Quanto alla Mediazione essa non è adatta ad essere utilizzate nelle relazioni sociali strutturate da norme “act-oriented”, salvo che sia impiegata per creare o modificare regole. Mentre sarà utilizzabile efficacemente per il trattamento dei conflitti che sorgono nelle relazioni sociali caratterizzate da regole “person oriented”. Anche in questo vasto ambito la mediazione è di per sé soggetta a limiti intrinseci; Fuller ne sottolinea due: (1) essa non può generalmente essere usata quando più di due parti siano coinvolte; (2) essa presuppone un intreccio di interessi sufficiente intenso da rendere le parti disposte a collaborare nel tentativo di mediazione.

Quanto al Giudizio, all’opposto, seguendo sempre il ragionamento di Fuller, se i rapporti giuridici sottostanti sono caratterizzati dall’effetto strutturante di regole “person oriented” allora la aggiudicazione sarà di solito poco efficace salvo che sia impiegata per creare o porre termine al rapporto. Anche la decisione all’esito del procedimento giurisdizionale è di per sé soggetta a limiti intrinseci; Fuller ne individua in particolare uno: i problemi policentrici²⁴, che peraltro sono raramente affrontabili anche attraverso la mediazione.

²⁴ Il termine ‘policentrico’ è stato utilizzato per la prima volta da Michael Polany (2002) che lo ha originariamente elaborato per sostenere l’impossibilità di una pianificazione centralizzata dell’economia; Fuller utilizza il termine per indicare una serie di rapporti sociali eterogenei, ma caratterizzati da alcune caratteristiche che rendono il ricorso al processo decisionale giurisdizionale inadatto: si tratta di problemi complessi in cui le azioni e le scelte degli uni sono interconnesse ed influiscono su quelle altrui nell’ambito di un reticolo di rapporti sociali. Ne sono esempi tipici: progettare un sistema di attraversamenti in una area metropolitana; assegnare fondi scarsi per progetti di ricerca scientifica; ripartire le rotte aeree tra le nostre varie città, allocare le frequenze radio-televisive per rendere i programmi equilibrati ed accessibili alla maggioranza della popolazione.

Quanto alla Negoziazione, pur non distinta nettamente da altri processi di ADR nel discorso di Fuller, essa si caratterizza per essere tipicamente coerente con il trattamento dei conflitti nell'ambito di rapporti sociali "act oriented" perché l'enfasi sull'individualismo e l'accordo sono coerenti con l'operare nel quadro di una organizzazione per reciprocità in cui le parti realizzano scambi e compromessi pur senza condividere un obiettivo comune; per questi stessi motivi, in termini nettamente contrapposti alla mediazione, cioè la negoziazione è meno adatta nel caso in cui le relazioni siano "person oriented" salvo che le parti non intendano creare o estinguere un rapporto di tal natura.

La negoziazione pare, dunque, operare in ambiti giuridici e campi sociali affini all'aggiudicazione; in questo senso il suo effetto deflattivo potrebbe essere più incisivo della stessa mediazione, tuttavia il *proprium* di tale forma di soluzione alternativa delle dispute, può trovarsi lì dove il procedimento aggiudicativo mostra i propri limiti interni. Questa opinione è espressa da Fuller stesso secondo cui la negoziazione può condurre ad efficaci soluzioni dei problemi policentrici soprattutto se sono coinvolti interessi meramente privati – e quindi gestioni amministrative dei problemi sarebbero improprie – organizzati attraverso il principio di reciprocità. I problemi policentrici si innervano in situazioni giuridiche che richiedono un coordinamento tra l'interesse comune e le caratteristiche personali di coloro che sono destinatari o coinvolti nella decisione e quindi la negoziazione attribuisce alle parti adeguati poteri di partecipazione.

In secondo luogo, come l'aggiudicazione, anche la negoziazione nell'ambito dei rapporti "person oriented" (come quelli di famiglia) può utilmente essere impiegata in fase di costituzione o la cessazione del rapporto e non per la regolamentazione dei rapporti. Tuttavia si può ipotizzare il ricorso alla negoziazione anche per superare i limiti "interni" della mediazione: quando ad esempio le parti siano molteplici o l'intreccio dei rapporti tra le parti non sia sufficientemente intenso da giustificare il ricorso alla mediazione. In questo caso la negoziazione dispiega le sue caratteristiche di duttilità attribuendo alle parti ampie facoltà di partecipare alla decisione finale: creando regole per future negoziazioni o per affrontare il *focus* dei problemi, creando norme per la gestione del conflitto o regole di azione e gestione del merito delle controversie. I poteri di partecipazione alla decisione finale sono molto più ampi di quelli delle parti processuali e sono molto più simili a quelli che caratterizzano la mediazione, anche se l'assenza di un "terzo", rende molto meno strutturato e prevedibile il processo decisionale. Come vedremo nella negoziazione "libera" o scarsamente strutturata i poteri delle parti si estendono allo scambio di minacce o promesse.

In base a questo primo schema interpretativo anche i risultati statistici parziali, evidenziati dal Rapporto del CNF, sembrano più intellegibili. Non sorprende, innanzi tutto, che la negoziazione familiare abbia avuto maggiore successo di quella in ambito civile ed in particolare che in questo settore il numero delle negoziazioni intese a regolamentare il rapporto sia stato modesto (56 accordi su poco più di 3.000). La famiglia, come comunità volontaria ed intima tra due persone, rende evidente l'insufficienza delle regole formali nelle organizzazioni fondate su scopi condivisi, mentre in sede di costituzione e scioglimento del vincolo matrimoniale la considerazione "formale ed *act oriented*" del rapporto è opportuna ed efficace; non è certo un caso che il terreno di sviluppo più efficace della mediazione sia stato proprio quello della crisi della famiglia in presenza di figli minori in cui è necessario che i rapporti tra i membri del gruppo siano efficacemente disciplinati con regole autonome. Se infatti la famiglia è un ambito in cui, per eccellenza prevale, una forma di organizzazione fondata su scopi condivisi, proprio nel momento dello scioglimento del vincolo acquistano rilievo le regole formali: le negoziazioni assistite hanno operato quindi con maggiore successo in un settore in cui meno efficace è ordinariamente l'aggiudicazione (comunità naturale person-oriented) ma anche la mediazione incorre in un limite: la separazione o la cessazione degli effetti civili del matrimonio richiedono un formalismo necessario e sufficiente ad allentare o sciogliere un vincolo giuridico; meno efficace la negoziazione rispetto alla mediazione nel campo delle "modiche delle condizioni" in cui l'elemento relazionale e personale è prevalente. Alcune ipotesi possono pure essere formulate in ordine all'insuccesso, relativo, della negoziazione civile. Quest'ultima si pone come un equivalente funzionale dell'aggiudicazione che può essere preferita al procedimento giurisdizionale solo qualora intervenga in ambiti ove il ricorso al giudice paia difficoltoso o improprio: non è questo certamente questo il caso delle azioni volte al pagamento di somme di importo medio-

basso né il risarcimento del danno da circolazione di veicoli. Il primo è un campo generico, privo di una specifica caratterizzazione in termini di rapporti sociali, in cui è consentito il ricorso a procedimenti monitorati ed il secondo un campo in cui i rapporti squilibrati di potere tra imprese di assicurazione e cittadini ha determinato il fallimento della mediazione obbligatoria prima e che condiziona negativamente oggi il ricorso alla nuova forma di ADR. Per lo stesso motivo – cioè per la assenza di una tendenziale parità di rapporti di potere che permetta un reale esercizio delle facoltà di partecipare alla negoziazione – e per l'assenza di reciprocità, anche la nuova materia aggiunta: il trasporto ed il sub-trasporto, difficilmente vedrà ampliarsi il ricorso alle ADR, in assenza di specifiche procedure di contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva o la conciliazione tra datori di lavoro e lavoratori con l'intervento istituzionalizzato dei sindacati è ai confini tra la mediazione e la negoziazione assistita dagli avvocati, per cui la legge di conversione ha per ora spunto questa materia, sebbene il dibattito sul punto sia ancora in corso²⁵.

4. La ricezione della negoziazione tra gli avvocati è un elemento essenziale nel futuro successo di quest'istituto. I primi giudizi del ceto degli avvocati in merito alla negoziazione sono degni di nota. Un esempio è la posizione espressa dall'avvocatura milanese in occasione del XXIII Congresso Nazionale forense. Dopo avere ricordato l'importanza del ruolo assegnato agli avvocati dal Legislatore nella diffusione delle forme di ADR, definibile come il complesso dei rimedi offerti agli avvocati, diversi dal processo, per la “composizione dei conflitti” (mediazione, negoziazione e arbitrato), queste azioni sociali vengono identificate con l'espressione: “giurisdizione forense”, cioè come attitudine dell'avvocatura a intervenire con i mezzi offerti dalla normativa vigente per la definizione delle liti e come legittimazione formale riconosciuta dalla legge”; questo nuovo campo di azione sociale, che spetterebbe agli avvocati, disegnerebbe quindi una nuova funzione pubblica. “È tempo dunque di rifondare l'impegno dell'avvocatura e di capire che tanto più elevato è il numero degli avvocati tanto più spetta loro il dovere di realizzare la giurisdizione forense, un'attività di rango costituzionale che si aggiunge all'attività difensiva svolta. Per chi protesta per l'inadeguatezza del processo, ecco la possibilità operativa assegnata alla classe forense. Basta poco per coglierla e attuare una profonda trasformazione del nostro costume e della nostra cultura” (Danovi R. 2016: 37-28) Ciò che l'Avvocatura pone in evidenza non è solo il ruolo degli avvocati del libero foro ma anche quello degli ordini forensi nella strutturazione delle forme di ADR che l'ordinamento giuridico riconosce direttamente e coordina con l'attività giurisdizionale: gli arbitrati previsti dal codice civile ed i nuovi arbitrati delegati, la mediazione – in particolare quella obbligatoria – e la negoziazione assistita. Quanto all'arbitrato delegato²⁶ l'art. 1 comma 2 della L. 162 del 2014 stabilisce che gli arbitri sono individuati tra gli avvocati iscritti da almeno cinque anni nell'albo dell'ordine circondariale che non hanno subito negli ultimi cinque anni condanne definitive comportanti la sospensione dall'albo e che, prima della trasmissione del fascicolo, hanno reso una dichiarazione di disponibilità al Consiglio stesso²⁷. In base alla nuova disciplina le cause pendenti alla data di entrata in vigore della novella, possono essere trasferite avanti a simili “arbitrati forensi” ed il giudice, su concorde richiesta delle parti, trasmette il fascicolo di causa al Presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale (o di un arbitro singolo per le controversie di valore inferiore ad euro 100.000). Inoltre, numerosi Consigli dell'Ordine hanno promosso la costituzione di Camere Arbitrali Forensi (C.A.F.) per promuovere il ricorso agli arbitri in un più ampio ventaglio di casi, ben oltre a quanto stabilito attraverso l'istituto dell'arbitrato delegato, ricorrendo alle clausole compromissorie nei contratti civili e commerciali. Per ciò che concerne la mediazione, in particolare quella obbligatoria, pur segnalando le critiche e le riserve operate

²⁵ Il punto è oggetto di forte contrasto per motivi di natura politica ed economica; la materia del lavoro era inclusa tra quelle previste dall'art.7 DL 132/2014, ma le forti critiche del CSM hanno portato alla soppressione dell'articolo determinando vivaci reazioni negative dell'Avvocatura (vedi mozioni del Congresso nazionale forense di Venezia del 2017 e di Rimini del 2016). Attualmente è in discussione, in seconda lettura, al Senato il Ddl S 2284 che prevede la reintroduzione della negoziazione assistita per raggiungere conciliazioni aventi ad oggetto i diritti dei lavoratori.

²⁶ Il trasferimento in arbitrato dei giudizi, anche quelli pendenti in appello, è ispirato ad un analogo istituto processuale canadese (del previgente codice del Québec), ove, tuttavia, nel medesimo lasso di tempo – come ricorda Chiarloni (2015) – è stato abolito non trovando più posto nel nuovo codice entrato in vigore il primo gennaio 2015 a causa di un'applicazione statisticamente trascurabile. Cfr.: Dalmotto (2015).

²⁷ Le modalità attuative dell'arbitrato forense sono stabilite dal D.M. 12 aprile 2016, n. 61.

dall'Avvocatura, molti Consigli degli ordini hanno dato vita, anche per il tramite delle Fondazioni forensi, ad altrettanti organismi di conciliazione, istituendo anche ad un "Coordinamento nazionale". La negoziazione, infine, enfatizza il ruolo dell'avvocato che può svolgere una attività che consente alle parti di produrre effetti nell'ordinamento giuridico statale senza ricorrere all'intervento del giudice o di un terzo che applichi regole eteronome (come nell'arbitrato compreso quello forense) e neppure di un terzo che, come nella mediazione, favorisca un clima di fiducia e collaborazione tale da produrre le regole per un diverso trattamento del conflitto. Gli accordi conclusi, come detto supra, debbono essere comunicati ai Consigli degli ordini che li conservano e trasmettono i dati statistici relativi al CNF.

Ha senso, tuttavia, parlare di giurisdizione forense? Ed al di là della terminologia ha senso configurare l'attività svolta dagli avvocati e dagli ordini forensi impegnati nelle ADR come una funzione pubblica? L'argomento è interessante e credo che l'analisi socio-giuridica classica possa dare un contributo non secondario alla comprensione del cambiamento della cultura giuridica in atto.

Occorre, in primo luogo, ridefinire l'oggetto dell'analisi collocando la negoziazione assistita nell'ambito di una concezione più ampia della giuridicità ove protagonisti sono gli attori sociali portatori di interessi, di bisogni e di richieste di giustizia che, in quanto tali, generano il conflitto; e altri attori sociali specializzati che come arbitri, avvocati e mediatori propongono ed attuano alcune forme non cruente di trattamento del conflitto stesso. Se si guarda a questo più vasto oggetto di analisi il panorama è certamente meno fosco di quello che si trae dal Rapporto del CNF sulla negoziazione o sui dati della mediazione in Italia elaborati dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della Giustizia (Mediazione civile ex DL 28/2010. Statistiche relative al periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2015, <https://webstat.giustizia.it>). Invero l'arbitrato delegato ex DL 132/2014, la mediazione ex DL 28/2010 e la negoziazione assistita costituiscono una minima parte del complesso di negoziazioni informali, mediazioni libere ed arbitrati – nazionali ed internazionali – che si realizzano nella società globalizzata. Che rapporto sussiste tra questi fenomeni?

Alcuni autori della sociologia giuridica classica hanno svolto analisi che possono fornire convincenti chiavi interpretative, essenziali per impostare uno studio sull'attuale realtà italiana; uno di questi autori è William Evan che nel saggio "Public and Private Legal Systems" del 1962 delinea quattro tipi ideali di sistemi giuridici identificati grazie all'incrocio di due variabili: il carattere pubblico o privato dell'organizzazione in cui operano e il carattere democratico o non democratico del sistema giuridico medesimo.

Carattere del sistema giuridico	Democratico	Non democratico
Carattere della organizzazione		
Pubblico	Sistema giuridico pubblico democratico	Sistema giuridico pubblico non democratico
Privato	Sistema giuridico privato democratico	Sistema giuridico privato non democratico

Tab. 3 Tipi ideali di sistema giuridico secondo W. Evan

Nell'approccio struttural-funzionalista (di cui Evan è stato uno dei maggiori esponenti) il sistema giuridico non è costituito solo da una più o meno complessa architettura di norme capaci di coordinare le aspettative e le azioni dei membri della società ma anche e soprattutto da una serie di status e ruoli specializzati cui sono affidati svariati compiti normativi tra cui non possono mancare le tre fondamentali funzioni della produzione, applicazione e interpretazione della legge. La combinazione di norme, status e ruoli specializzati danno luogo alla struttura del sistema giuridico che ne condiziona la attitudine a svolgere, innanzi tutto, la funzione di controllo sociale, ma non solo. I Sistemi giuridici pubblici sono quelli che allignano nelle strutture formali che traggono dalla forza coercitiva dello stato la possibilità di comminare sanzioni ed estendere la propria giurisdizione su tutta la popolazione politicamente legata allo stato o fattualmente al suo territorio. I sistemi giuridici privati sono invece, sempre secondo Evan che si ricollega all'insegnamento di Eugen Ehrlich, quelli che operano nel quadro di una organizzazione formale relativamente indipendente dallo stato e la cui giurisdizione si estende ufficialmente ai soli appartenenti dell'organizzazione che può operare sia in una dimensione sub-statale sia in una dimensione internazionale o transnazionale. La seconda variabile, pur carica di elementi valutativi, consiste nella democraticità del sistema giuridico. Evan per rendere sociologicamente utile tale concetto individua tre caratteristiche del sistema che, alla luce della cultura giuridica dei diritti umani (Friedman 2011), conservano ancor oggi una forte capacità distintiva: la separazione dei poteri, le garanzie procedurali del giusto processo e il consenso dei governati. E' da considerarsi non democratico, quindi, il sistema che, privo di queste caratteristiche, non offra garanzie contro una "autorità illimitata ed arbitraria"²⁸.

Ciò che a noi interessa, al limitati fini dell'indagine odierna, è che la giurisdizione attuata attraverso il sottosistema giudiziario – strutturato grazie alle regole processuali, ai ruoli specializzati dei giudici e mediante l'amministrazione della giustizia civile sino all'operato dei pubblici ufficiali che hanno il dovere di far eseguire le sentenze – si colloca nel quadro di un sistema giuridico pubblico, ciò che i giuristi positivi identificano con "il diritto"; i fenomeni che cerchiamo di lumeggiare, le forme "alternative" di risoluzione delle dispute, trovano, invero le ragioni della loro

²⁸ L'analisi socio-giuridica sviluppata nel testo è coerente con le riflessioni dei giuristi posti di fronte all'evolversi della giustizia privata: "La volontarietà è presente anche nella c.d. degiurisdizionalizzazione, orribile neologismo adottato dal d.lgs. n. 132 del 2014. È ben noto che il governo, nell'affannosa ricerca di strumenti di modernizzazione del Paese, in tutti i settori, ivi compresa la giustizia, ha pensato di poter ottenere una sostanziosa diminuzione dell'arretrato in materia civile mediante strumenti alternativi, con la collaborazione degli avvocati, che, attraverso il Cnf si sono espressi con gran favore, non accorgendosi del frutto avvelenato loro offerto. Ecco allora la possibilità data alle parti di demandare ad un collegio arbitrale o ad un arbitro unico la soluzione della causa, anche ove questa si trovi in grado d'appello (con le inevitabili complicazioni). Oppure di ricorrere alla c.d. negoziazione assistita da parte degli avvocati, negoziazione che sembra incentivata da sgravi fiscali. In entrambi i casi la scelta è volontaria ed in entrambi i casi non viene «degiurisdizionalizzata» la funzione, ma si punta sulla fuga dalla giurisdizione dello Stato. L'errore, da molti evidenziato, consiste nel credere che si possa avere un recupero di efficienza della giustizia statale. In realtà si usa un cattivo servizio alle forme alternative di soluzione delle liti, che possono svolgere un rilevante ruolo nella misura in cui la giurisdizione statale sia efficiente e non in crisi. Essa deve essere ispirata ad alcuni canoni fondamentali: a) la realizzazione dell'eguaglianza non solo formale (art. 3, comma 1°, cost.) ma anche sostanziale (art. 3, comma 2°, cost.). b) la garanzia dell'indipendenza ed imparzialità del giudice; c) il perseguimento del giusto processo regolato sì dalla legge, ma non incompatibile con la moderna flessibilità processuale, che non significa assenza di regole, ma adattabilità al caso concreto, nella giusta considerazione che i processi non sono tutti uguali" (Carpi 2016 par. 6).

alterità non solo e non tanto nella diversità di tecnica²⁹ ma soprattutto nella appartenenza dei sistemi giuridici privati all'interno dei quali concorrono a delinearne la tendenziale democraticità della struttura.

Un esempio paradigmatico dei sistemi giuridici privati è costituito nel nostro Paese dagli ordinamenti interni delle associazioni non riconosciute (Febbrajo 2007) in cui sono ampiamente presenti forme di autodichia (Quiroz Vitale e Ricci 2017), cioè è previsto l'operato di organi interni variamente denominati (collegio dei probi viri, collegio dei garanti etc...) che attraverso un procedimento conciliativo si propongono di risolvere i conflitti insorti tra i membri della organizzazione o quelli tra l'organizzazione ed i suoi membri. Un altro esempio nazionale ed internazionale di autodichia è costituito dagli organi di giustizia sportiva nell'ambito dell'ordinamento sportivo che ha ottenuto un riconoscimento della giurisdizione esclusiva sugli atleti, nel quadro di un processo di integrazione tra ordinamento statale e privato (Manfredi 2007: 295-312). Nel quadro della *lex mercatoria*, operano gli arbitri nazionali ed internazionali che concorrono a strutturare, insieme alle norme di fonte pattizia, i sistemi giudici transnazionali³⁰. Le Confessioni religiose hanno costituito sistemi giudici e sottosistemi giudiziari di cui il diritto canonico ed i Tribunali ecclesiastici costituiscono un perfetto esempio. Nelle organizzazioni private nazionali od internazionali idonee a creare diritto come ad esempio le imprese, non a caso, si sono sviluppate efficaci forme di negoziazione, conciliazione, mediazione ed arbitrato che sono volte a trattare i conflitti tra chi dirige l'organizzazione economica ed i destinatari delle norme (si pensi ai codici di disciplina, ma non solo) cioè i lavoratori ma anche i fornitori ed i dirigenti stessi. Alla luce delle riflessioni di Evan un procedimento di conciliazione, assistito da adeguate garanzie procedurali, tra un socio lavoratore di una cooperativa e la propria organizzazione è espressione della esistenza di un sistema giuridico privato democratico; i soci lavoratori sono destinatari delle norme disciplinari ma esercitando il voto capitario in Assemblea, concorrono alla elezione dei membri del Consiglio di amministrazione (CDA) ed approvano le regole di disciplina. Sussiste cioè il consenso dei governati sulle norme e sussiste altresì un bilanciamento di poteri nella organizzazione interna che attribuisce compiti diversi all'assemblea, al Consiglio di Amministrazione ed agli organi di giustizia domestica. La conciliazione tra lavoratore e datore di lavoro nell'ambito di una società multinazionale *for profit* si colloca, invece, a prescindere dalla tecnica attuata, salvo eccezioni, in un quadro di sistema giuridico privato non democratico, stante il rapporto di subordinazione gerarchia tra lavoratore e *management*.

Questo discorso potrebbe proseguire affrontando i nodi nevalgici della concezione pluralistica del diritto, ma il nostro intento è diverso. Dando per presupposta la fondatezza della concezione pluralistica del diritto (Carbonnier 1975), abbiamo allargato l'oggetto della nostra indagine: negoziazioni informali, mediazioni libere ed arbitrati – nazionali ed internazionali – che si realizzano nella società globalizzata formano parte integrante della struttura dei sistemi giuridici privati la cui efficacia non si basa sull'uso della forza esercitata dagli organi dello stato. La non essenzialità della coazione nella descrizione empirica del fenomeno giuridico è con forza sostenuta dallo stesso Max Weber: “In quasi tutte le epoche la parte prevalente dell'ordinamento conforme ad intesa degli stessi affari economici si compì in questa modalità, senza riguardo per le possibilità di una coazione giuridica statale, e una parte rilevante senza riguardo per le possibilità coattive in generale”, (Weber 1920 [2016]: 186). Gli accordi che sono all'origine del diritto nella ricostruzione fattuale weberiana non riposano affatto sulla garanzia costituita dalla coazione politica del diritto cioè dalla forza dello stato. Pare dunque più che fondata la ipotesi di ricerca fondata sulla compresenza e l'intreccio di sistemi giuridici pubblici e privati nel medesimo spazio senza che sia di ostacolo il preteso “monopolio dell'uso legittimo della forza” esercitato dallo stato.

²⁹ Le questioni tecniche (di cui si interessa in via preponderante la copia letteratura internazionale sulle ADR) sono efficacemente sviluppate da autori che, converso, non sviluppano né analisi giuridiche né sociologiche del fenomeno e che, quindi, non interessano ai nostri fini.

³⁰ In relazione all'intreccio tra sistemi giuridici privati e pubblici, interessanti le notazioni di Pannarale che – nel descrivere la *lex mercatoria* come un sistema normativo originario - osserva: “la *lex mercatoria* rende possibile ad un tempo una soluzione giuridica alla autoreferenzialità del sistema economico e una soluzione economica alla autoreferenzialità del sistema giuridico” (Pannarale 2008: 55)

Quando gli esponenti più attenti dell'avvocatura introducono il concetto di giurisdizione forense quale fenomeno o processo in atto identificano? Alla luce dello schema interpretativo proposto possiamo ipotizzare che il tema della giurisdizione forense di collochi in un punto di intersezione tra il sistema giudicio pubblico dello stato e i sistemi giuridici privati. L'analisi di William Evan mi pare utile anche sotto questo profilo: osservava il grande sociologo americano che le corti arbitrali ed i tribunali privati si sviluppano per risolvere conflitti intra-sistemici cioè tipicamente conflitti tra sistemi giuridici privati che entrano in attrito a condizione che si realizzi una situazione prossima all'equilibrio di status e di poteri tra le parti coinvolte e si può ipotizzare che l'efficacia dei tribunali privati diminuisca con l'aumento dello squilibrio di potere politico economico tra i litiganti, pur in una cornice di eguaglianza formale. "Tra i sistemi giuridici privati si sviluppano tali meccanismi per via dell'incapacità di elementi dei sistemi giuridici pubblici di affrontare con successo i problemi tecnici dei sistemi giuridici privati, per via del costo e del ritardo della lite giudiziaria, e per via della mancanza di previsioni legislative o di precedenti applicazioni ai nuovi problemi che i sistemi giuridici privati devono affrontare, oppure a causa dell'importanza di mantenere relazioni flessibili" (Evan 1981: 153-4). Ciò a cui assistiamo è la espansione dei sistemi giuridici privati ben al di là della loro base istituzionale ed organizzativa: questo il caso della costituzione di corti arbitrali presso le Camere di commercio aperte alle liti tra soggetti non imprenditoriali ed, ovviamente, la descritta azione dei Consigli dell'ordine degli avvocati volta a creare Camere Arbitrali Forensi (C.A.F.) ed Organismi di conciliazione ed il loro "Coordinamento nazionale", si inquadrano in questa dinamica di mutamento sociale, che per un verso determina la necessità di un intervento pubblico e per altro verso è condizionata dalla disciplina della legislazione statale che può decidere di attribuire efficacia alle decisioni degli organi appartenenti ai sistemi giuridici privati o agli accordi negoziati nell'ambito degli stessi sistemi privatistici. Il ruolo dell'avvocatura nella negoziazione assistita non è certo secondario: questa forma di negoziazione si caratterizza per doversi svolgere "in via amichevole" attraverso una cooperazione di "buona fede", "con lealtà" e il compito dei professionisti legali è proprio evitare che la negoziazione si realizzi attraverso strumenti (usuali nella negoziazioni libere) come le promesse che si è consci di non poter mantenere o le minacce. Non si tratta quasi mai di minacce penalmente rilevanti ma si tratta pur sempre di prospettazioni di un mutamento *fattuale* della situazione potenzialmente dannosa per la controparte: la minaccia di chiudere una fabbrica strategica per i lavoratori nel quadro della negoziazione di un contratto collettivo di lavoro, la minaccia di impugnare un testamento nell'ambito della negoziazione di una divisione ereditaria, la minaccia di trasferire la residenza in un'altra città portando con se i figli nell'ambito di una negoziazione della separazione familiare, la minaccia di pubblicare lettere riservate in un contenzioso nell'ambito di una associazione politica. Tra le minacce penalmente rilevanti frequente è l'estorsione: "se non mi riconosci la buonuscita come dirigente segnalerò all'Ispettorato de Lavoro le violazioni della normativa antinfortunistica". La possibilità di ricorrere a minacce è usuale nelle negoziazioni di ogni natura ed in ogni rapporto sociale; nell'ambito dei sistemi giuridici privati, tale possibilità cresce ed in quelli di carattere non democratico il rischio è massimo. Per questo alcuni autori, come quelli che abbiamo citato, hanno messo in rilievo la necessità di valutare l'incidenza delle differenze di *status* e di potere relativo tra i contendenti impegnati nelle ADR per prevedere la possibilità di successo delle trattative e l'opportunità di rimettere a sistemi giuridici alternativi la trattazione di determinate materie.

Sarà invece compito degli avvocati, soprattutto nelle negoziazioni assistite, realizzare una trattativa che abbia caratteristiche speciali che la rendano compatibile con i sistemi democratici e pubblici. Per usare una chiave di lettura offerta dal politologo norvegese Jon Elster nel celeberrimo saggio *Arguing and Bargaining in two Constituent Assemblies* coloro che intendono ottenere un risultato favorevole (nell'ipotesi quindi, che siano animati da un intento egoistico), non sempre sono disposti a perseguire tale obiettivo solo patto che ciò avvenga sostenendo posizioni rispettose di verità e imparzialità (Habermas 1986: 58); ma in determinate circostanze simili attori possono ritenere, per lo meno, utile che ciò appaia all'esterno. In tal caso, sottolinea Elster, si farà un uso strategico degli argomenti fittiziamente "non strategici", cioè apparentemente imparziali e veritieri: "da un lato chi negozia cerca spesso di presentare le proprie minacce come avvertimenti; invece di pronunziare una minaccia la sostituisce con un *equivalente fattuale*. Dall'altro gli agenti animati da interesse egoistico cercano spesso di fondare le proprie richieste su ragioni di principio; è il loro stesso interesse a dir loro di appellarsi ad un equivalente imparziale" (Elster

1993: 114); Lo stesso dicasi per le promesse cui per le medesime ragioni il negoziatore è spinto a far uso per vincere le resistenze altrui o per far pesare il proprio potere economico o politico: gli avvertimenti rappresentano equivalenti fattuali anche delle realizzazioni desiderabili corrispondenti alla promessa vera e propria. Nelle negoziazioni “libere” gli avvocati non sono tenuti a discostarsi dalla dinamica del mercanteggiamento; di fronte alle pretese di un avversario si può rispondere: “lasciamo stare le reciproche pretese... comunicatemi una offerta economica del vostro cliente ed il mio ne valuterà la convenienza”. In una negoziazione “assistita” questo contengo non sarebbe ammissibile. La negoziazione assistita deve, *in primis*, essere “amichevole” una clausola di stile talvolta che, al contrario, in questo contesto ha una importanza essenziale: preclude il ricorso a minacce (o promesse) brute e gli avvocati devono indirizzare le parti verso la creazione di un diritto fraterno (Resta 2016) e collaborativo se sia possibile (Giaino 2016); ove non sia possibile, per lo meno potrà essere fatto un uso strategico della argomentazione ove pure il ruolo sociale dell’avvocato potrà pure avere un peso notevole. La necessità di dover argomentare, ed argomentare seguendo i principi di buona fede e lealtà, attraverso professionisti il cui operare è determinato non solo dalla legge ma anche da un sistema di norme sociali e deontologiche – ispirate alle esigenze di giustizia – condiziona fortemente la dinamica e l’esito della negoziazione. Ricordo ancora le illuminanti parole di Elster: “Né la negoziazione è univocamente più efficiente dell’uso della strategico del ragionamento imparziale né il secondo è univocamente più efficiente della prima. Ritengo invece che si possa asserire che l’argomentazione – anche quando è puramente strategica – produce tendenzialmente esiti più equi della negoziazione. L’argomentazione soprattutto se condotta in pubblico, impedisce [...] che i forti adoperino fino in fondo la propria forza contrattuale; l’equivalente imparziale ottimale sarà quello che annacqua il loro interesse egoistico e tiene in qualche modo conto dell’interesse dei deboli ed in media ciò produrrà esiti più equi” (Elster 1993:126-127).

Alla luce di queste considerazioni la forma di negoziazione più rischiosa è quella che avviene, proprio nel delicato campo della famiglia, senza l’assistenza obbligatoria di un avvocato e si compie in via segreta sino al momento della sottoscrizione dell’accordo finale avanti il Sindaco. La possibilità di ricorrere a questa forma di negoziazione “libera” solo in assenza di figli e senza che si possano attuare trasferimenti immobiliari, pare costituire un limite ragionevole visto il rischio che, in presenza di una forte sproporzione di potere tra le parti, l’accordo pervenga ad esiti che riproducono lo squilibrio originario di potere. All’opposto, nelle negoziazioni civili, la assistenza obbligatoria dei legali attribuisce pubblicità alla negoziazione che si svolgerà in termini tali da garantire un riequilibrio delle posizioni tra le parti³¹; questo effetto di pubblicità corrisponde ad un espresso dovere dei legali che debbono ai sensi dell’art 5 del citato DL non solo accertare l’autografia delle firme ma anche accertarne la conformità alle norme imperative ed all’ordine pubblico. Non solo, la pubblicità dell’accordo è attuata anche attraverso la trasmissione del testo sottoscritto ed autenticato al Consiglio dell’ordine, il cui significato va ben oltre, a mio avviso, la semplice raccolta statistica dei dati (D’Alessandro 2015). Il maggiore riequilibrio delle posizioni di potere si attua nelle negoziazioni

³¹ Sottolinea questo aspetto Sergio Chiarloni, nel quadro di una analisi fortemente critica dei rimedi ADR: “Possiamo avere conciliazioni cattive e conciliazioni buone. Sono cattive le conciliazioni che hanno un contenuto iniquo nella misura in cui non rispecchiano la realtà dei rapporti tra le parti, ma favoriscono ingiustamente una di esse, che ha in mano una qualche arma sotto la cui minaccia l'altra si convince a conciliare. Sono buone le conciliazioni che fanno ottenere alla parte se non «quello proprio quello tutto quello cui ha diritto», almeno ci arrivano con buona approssimazione, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa insoddisfatta, oppure le conciliazioni che riescono a trovare un accettabile punto di equilibrio tra le parti, se ci si trova di fronte ad una lite da pretesa contestata. Riflettiamo sul significato che può assumere la diffusione delle conciliazioni in una situazione di dissesto processuale, quando, come accade con grandissima frequenza, la controversia ha il denaro per oggetto, diretto o indiretto. Pare evidente il pericolo che molte, troppe, sarebbero le conciliazioni cattive. Conciliazioni dove il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, è costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato. Soccorre la saggezza popolare. Quando si tratta di soldi, ovviamente il creditore preferisce ottenerne « pochi, maledetti e subito », piuttosto che tutti e benedetti dal giudice, ma chissà quando”. (Chiarloni 2015, §7)

familiari in cui sono rispettate le “esigenze di pubblicità”, con conseguente prevalere delle argomentazioni sulla logica dello scambio. In questo caso all’attività degli avvocati non solo è piena e centrale come si è illustrato *supra*, ma è anche integrata con quella di un organismo pubblico: il Pubblico Ministero e può proseguire, in certi casi, avanti il Tribunale³². In questo caso è previsto, quindi, un intreccio stretto tra aggiudicazione e negoziazione e tra sistema giuridico pubblico e quello privato.

L’espressione “giurisdizione forense” che appariva da principio come una contraddizione in termini, rappresenta invece efficacemente questo connubio tra amministrazione della giustizia pubblica, legislazione statale e operatività di un compresso sistema giuridico privato in cui operano sia soggetti che esercitano ruoli specializzati (avvocati, notai, arbitri, conciliatori) sia regole procedurali per il trattamento dei conflitti ed in cui operano gli attori sociali, che producono norme autonome per la regolazione dei rapporti di cui sono parte. De-giurisdionalizzare è possibile, dunque, a patto di comprendere che questo fenomeno va ben oltre la semplice riduzione dell’arretrato giudiziario, significa, piuttosto, riconoscere che alcuni sistemi giuridici privati concorrono a realizzare le funzioni di produrre diritto e trattare le situazioni di conflitto. Le ADR, quindi, non sono tanto tecniche diverse per trattare i conflitti, piuttosto esprimono l’influenza di sistemi giuridici alternativi a quelli statali, sulla vita quotidiana dei cittadini. E’ in questa più ampia ottica che il diritto statale dovrebbe tutelare i cittadini coinvolti nelle ADR attraverso l’imposizione di requisiti strutturali che rendano democratici i sistemi giuridici privati: separazione dei poteri, consenso dei governati e garanzie del contraddittorio³³.

6. La diffusione nel nostro Paese delle ADR ed, in particolare, della negoziazione incentrata sul ruolo professionale e sociale degli avvocati, costituisce una imperdibile opportunità di mappare ed analizzare la diffusione e progressiva strutturazione di sistemi giuridici privati variamente intrecciati con le strutture della giustizia statale. Ciò induce ad indirizzare l’analisi empirica oltre il mero dato quantitativo delle negoziazioni ed al rapporto inversamente proporzionale tra queste, le altre ADR, ed il contenzioso civile o commerciale nelle medesime “materie”. Ulteriori campi che dovrebbero essere investigati, con particolare riferimento alla negoziazione assistita, sono 1) le caratteristiche della negoziazione in relazione ai poteri di partecipazione delle parti, che rendono questa forma di ADR più adatta a trattare alcune materie giuridiche o che inducono a ridefinire le materie giuridiche alla luce dell’attività dei sistemi giuridici privati 2) i caratteri e lo status sociale dei partecipanti, che rendono più efficiente l’apporto delle ADR in generale (ed in particolare della negoziazione) ed equi i risultati degli accordi 3) i caratteri democratici dei processi decisionali essenziali per il coordinamento tra sistemi pubblici e privati 4) l’effetto sulle trattative che precedono ed accompagnano la negoziazione delle argomentazioni e degli avvertimenti (equivalenti delle promesse e delle minacce) 6) i rapporti tra le caratteristiche della giustizia attuata attraverso sistemi giuridici pubblici e privati. La raccolta dei dati da parte del CNF potrebbe essere quindi attuata attraverso un più ampio ventaglio di tecniche quantitative e qualitative al fine di monitorare le ragioni del successo o del relativo insuccesso di questa nuova ADR che potrebbe, con gli opportuni correttivi, costruire in futuro il nucleo duro di una reale giurisdizione forense.

³² Sembra sottovalutare questo aspetto della procedura di negoziazione che legge nelle modifiche apportate dalla legge di conversione al decreto legge un appesantimento procedurale che non tutela a sufficienza le controparti più deboli (Parini 2015).

³³ In un recente interessante contributo, già citato *supra*, Paolo Sommaggio delinea il contraddittorio come quella particolare relazione che lega due parti attraverso i loro opposti ragionamenti espressi in forma di discorsi; tuttavia deve ammettere che anche in una accezione così ampia non sia incontrovertibile estendere un simile principio a forme diverse di trattamento dei conflitti come la mediazione e, a fortiori, la negoziazione (Sommaggio 2012: 57-60). Giusto processo e contraddittorio, quindi, sono elementi che possono entrare a far parte della struttura dei sistemi giuridici privati ma senza possibilità di mere trasposizioni bensì con adattamenti e modifiche, anche radicali, che debbono essere oggetto di ulteriori approfondimenti in relazione ai diversi poteri di partecipazione al procedimento che alle parti delle ADR sono riconosciuti.

Riferimenti Bibliografici

- Barnard C. (1971), *The Functions of the Executive, 30th Anniversary Edition*, Harvard University Press, Harvard.
- Bilotta B. e Viotti S. (2016), “Diritto, conflitto, mediazione” in *Scienze e Ricerche* n.32, 7;
- Bilotta B. (2017), “Per una sociologia dei conflitti. Una proposta.” In Bruno Bilotta (a cura di), *Elementi di sociologia dei conflitti*, CEDAM, Padova.
- Busacca A. (2016), “ODR tra passato e futuro: le incertezze del presente” in *Scienze e Ricerche* n.32, 17;
- Bugetti M.N. (2015), “Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al Sindaco” in *Corriere Giur.*, 2015, 4, 515;
- Carbonnier J. (1975), *Sociologie juridique*, Colin, Paris ;
- Cariglia C. (2015), “Separazione, divorzio e modifiche dinnanzi al Sindaco” in *Giur. It.*, 2015, 7, 1739;
- Carpi F., (2016) “La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione” *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.3, 2016, pag. 811;
- Carratta A., (2015) “Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniali” *Giur. It.*, 2015, 5, 1257;
- Ceretti A., Di Ciò F. e Mannozi G. (2001), “Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze pratiche a confronto” in Scaparro F. (a cura di) *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Guerini e Associati, Milano;
- Chiarloni S. (2015), “Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, fasc.1, 2015, 2211;
- Cominelli L. (2012), *La risoluzione delle dispute*, Angeli, Milano;
- Cosi G, Romualdi G. (2010), *La mediazione dei conflitti. Teoria e pratica dei metodi ADR*, Giappichelli, Torino;
- D’Alessandro E. (2015), “La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio” *Giur. It.*, 2015, 5, 1257;
- Danovi F. (2016a), “L’arbitrato di famiglia in Italia, tra antitesi e possibili consonanze”, *Rivista dell'Arbitrato*, fasc. 1, 2016, pag. 49;
- Danovi F. (2016b), “Negoziazione assistita e figli nati fuori del matrimonio: il tribunale può sanare l’erroneo utilizzo dello strumento?”, *Famiglia e Diritto*, 2016, 7, 687;
- Danovi F. (2017), “Il P.M. nella procedura di negoziazione assistita. I rapporti con il Presidente del tribunale, in *Famiglia e Diritto*, 2017, 1, 69.
- Danovi R. (2016), “Una giustizia senza processo: la giurisdizione forense”, in *Giustizia senza processo? La funzione dell’Avvocatura*, Quaderno dell’Ordine di Milano, pubblicazione dell’Ordine degli avvocati di Milano;

Desiato O. (2016), “Le politiche dell’Unione europea in favore della «degiurisdizionalizzazione» e i più recenti interventi del Legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori”, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.5, 2016, pag. 1793;

Elster J. (1993), *Argomentare e negoziare*, Anabasi, Milano;

Evan W. [1962](1981), “Sistemi giuridici pubblici e sistemi giuridici privati” in A. Giasanti e V. Pocar, *La Teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milano;

Farina P. (2015), “La negoziazione assistita degli avvocati: da *Praeambolum ad litem* ad *outsourcing* della decisione del giudice” *Riv. Dir. Proc.*, 2015, 2, 514.

Ferrari V. (2011), “La giustizia italiana nello specchio delle scienze sociali”, *Rendiconti*, 145, Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, 79-106;

Fuller L.L. (1969), *Two Principles of Human Association*, XI *Nomos (Voluntary Associations)* 3, 17-19

Fuller L.L. (1970-71), *Mediation – Its Forms and Functions*, 44 *S. Cal. L. Rev.* 305-339;

Fuller L.L. (1978-1979), *The forms and limits of adjudication*, 92 *Harv. L. Rev.* 353;

Febbrajo A., (2007), “Terzo Settore e Privato Sociale. Alcuni problemi sociologico giuridici” in *Sociologia del diritto*, 1, pp. 169-177;

Frezza G. (2015), “Degiurisdizionalizzazione, negoziazione assistita e trascrizione” in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 1, 18

Friedman L. (2011), *The Human Rights Culture: A Study in History and Context*, Quid Pro, New Orleans;

Gaiimo G. (2016), *La gestione della crisi coniugale attraverso il procedimento collaborativo. Uno studio comparatistico*, in *Europa e Diritto Privato*, fasc.2, 2016, pag. 559;

Giuggioli, P. e Giorgetti M. (2016), *Giustizia Civile nella riforma Orlando: guida pratica per l’avvocato*, Pubblicazione dell’Ordine degli avvocati di Milano;

Eckhoff, T. (1966), *The Mediator, the Judge and the Administrator in Conflict-Resolution*, *Acta Sociologica*, Vol. 10, No. 1/2, pp. 148-172;

Habermas H. (1981), *Teoria dell’agire comunicativo*, Vol. I, Il Mulino, Bologna;

Luiso F.P. (2015), *La negoziazione assistita* in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2015, 4, 649

Nascosi A. (2015), *I poteri del presidente del Tribunale nell’ipotesi di diniego dell’accordo da parte del P.M. in sede di negoziazione assistita*, *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 7-8, 10692;

Pannarale L. (2008), *Il diritto che guarda. Rischi della decisione giuridica*, Angeli, Milano.

Parini G. A. (2015), “La negoziazione assistita in ambito familiare e la tutela dei soggetti deboli coinvolti”, *Nuova Giur. Civ.*, 2015, 10, 20602

Polany M. (2002), *La logica della Libertà*, Rubettino, Soveria Mannelli;

Quiroz Vitale M.A. (2010), *La Provincia utile: contenzioso, difensore civico e risoluzione alternativa delle dispute nella provincia di Milano*. Giuffrè, Milano;

Quiroz Vitale M.A. (2014), “Giurisdizione, Mediazione e decisione Amministrativa. Il contributo teorico di Lon L. Fuller all’analisi strutturale e funzionale del fenomeno giuridico” in M. A. Quiroz Vitale (a cura di), *Diritto, il dono di Epimeteo. Dialoghi tra diritto, Teoria e sociologia del diritto*, Mimesis, Milano-Udine;

Quiroz Vitale M.A. e Sergio R. (2014) (a cura di), *Il Terzo Settore tra continuità e riforma. Teorie, diritti, pratiche e strumenti per affrontare il cambiamento*, Maggioli, Sant’Arcangelo.

Manfredi G. (2007), *Pluralità degli ordinamenti sportivi e tutela giurisdizionale*, Giappichelli, Torino.

Ramajoli M. (2014), “Strumenti alternativi di risoluzione delle dispute delle controversie pubblicistiche” in *Diritto Amministrativo*, fasc. 01-02, pag. 1

Resta E. (2016), *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma- Bari.

Ronco A. (2015), “Negoziazione assistita e separazione personale dei coniugi – Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del P.M. e del Presidente del Tribunale” in *Giur. It.*, 2015, 6, 1398.

Sommaggio P. (2012), *Contraddittorio, Giudizio, Mediazione. La danza del demone mediano*. Franco Angeli, Milano;

Tizi F. (2015), “Negoziazione assistita – prima riflessione sui poteri presidenziali ex art. 6 2° comma, D.L. 132/2014 convertito nella l. n. 162/2014” in *Giur. It.*, 2015, 8-9, 1879;

Tizi F. (2016), “Negoziazione assistita e relazioni genitoriali per le coppie on coniugate. Negoziazione assistita in materia familiare e coppie di fatto” *Giur. It.*, 2016, 12, 2643;

Tommaseo F. (2015a), “La tutela dell’interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali”, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 2, 157;

Tommaseo F. (2015b), “Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali”, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 4, 390;

Tommaseo F. (2015c), “Negoziazione assistita per modificare le condizioni di divorzio e tutela del figlio maggiorenne ancora non autonomo”, in *Famiglia e Diritto*, 2015, 10, 893;

Trinchi A. (2017), “Negoziazione assistita per la separazione o il divorzio: tutela dei figli minori e poteri del Presidente” in *Famiglia e Diritto*, 2017, 3, 267

Weber M. [1920] (2016), *Economia e Società. Diritto*, trad. it. a cura di M. Palma, Donzelli, Roma 2016.