



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2021 ANNO VI N.11.

GLI STRUMENTI “ADR” IN TEMPO DI PANDEMIA



2021 ANNO VI NUMERO 11

di Santo Viotti <https://doi.org/10.13130/2531-6710/16115>



GLI STRUMENTI “ADR” IN TEMPO DI PANDEMIA

di Santo Viotti

ADR TOOLS AT THE TIME OF PANDEMIC

Abstract

The provisions of the ADR tools, such as mediation, contained in the legislation for health emergencies, appear partial with regard, above all, to their limitation in the period of validity of the state of crisis and their limited ultraactivity over time. Therefore, it is not expected that they are suitable for producing their effects even beyond the emergency period, when it can be considered that they have only formally “exited” the crisis; but the negative effects in the contractual matter subject to ADR (such as, among all, the persistence of the difficulty in fulfilling one's obligations), cannot be declared terminated at all. It is very likely that the difficulties will go far beyond that. This temporal limitation appears to be the result of a lack of programmatic attention by the legislator and a confirmed logical-legal distrust towards ADR instruments which, however and instead, even more in an exceptional period such as the present and well beyond, could express their broadest scope. and value for all controversial situations that arise, immediately and mediate, from the health emergency.

Key words: “ADR”, Mediation, Conflict, Dispute, Resolution.

Riassunto

Le previsioni degli strumenti ADR, quale la mediazione, contenute nella legislazione per l'emergenza sanitaria, appaiono parziali con riguardo, soprattutto, alla loro limitazione nel tempo di vigenza dello stato di crisi ed alla loro limitata ultrattività nel tempo. Non è, dunque, previsto siano idonee a produrre i loro effetti anche oltre il periodo di emergenza allorquando si potrà ritenere di esser “usciti” dalla crisi soltanto formalmente; ma gli effetti negativi nella materia contrattuale soggetta agli ADR (quali, fra tutti, la persistenza della difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni), non potranno dichiararsi affatto terminati. Risulta, quanto mai, prevedibile che le difficoltà vadano ben oltre.

Questa limitazione temporale appare frutto di una scarsa attenzione programmatica del legislatore e di una confermata diffidenza verso gli strumenti ADR che, invece, ancor più in un periodo eccezionale quale il presente e ben oltre, potrebbero esprimere la loro più ampia portata e valenza per tutte le situazioni controverse che scaturiscano, immediatamente e mediatamente, dall'emergenza sanitaria.

Parole chiave: “ADR”, Mediazione, Conflitto, Controversia, Risoluzione

Autore: Santo Viotti, Professore a contratto di “Conflitti e Mediazioni”; cultore della materia di sociologia giuridica della devianza e del mutamento sociale presso l'Università degli Studi Magna Graecia – Catanzaro; Dipartimento Scienze Giuridiche e Sociali

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco

Articolo ricevuto il 30.5.21 approvato il 20.06.21

1. Premesse di metodo e normative

L'emergenza sanitaria che stiamo vivendo pone, come sempre più attuale, l'interrogativo se occorra costituire un vero e proprio sistema unitario degli ADR, che garantisca la piena efficienza degli strumenti alternativi e degli organismi di gestione.

Da una parte, infatti, si assiste alla sempre più amplificata crisi economico-finanziaria, soltanto in parte assistita dagli interventi statali mediante forme “garantite” pur sempre di indebitamento; dall'altra alla maggiore conflittualità dei sistemi sociali, tra di loro, ed al loro interno. Così che il conflitto sociale si traduce in conflitto interpersonale che sfocia in controversia.

L'impianto legislativo attuato nel periodo emergenziale ha sottinteso un interesse del legislatore ad evitare la proliferazione giudiziaria, a favore degli strumenti di composizione nei casi in cui, in materia contrattuale, si concreti l'inadempimento di una delle parti, occasionata, appunto, dalla crisi. E' stata infatti introdotta per le controversie inerenti la materia contrattuale, la mediazione civile obbligatoria, in aggiunta alle materie obbligatorie previste dal comma 1-bis dell'art. 5 del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28 - legge della mediazione.

Da questo punto di vista, se appare agevole affermare che nel periodo emergenziale le obbligazioni contrattuali assunte potranno in un ampio numero di casi dirsi «sospese», il vero problema è destinato a riverberarsi dopo lo scadere di detto periodo.

La questione non è di poco conto, ove solo si consideri la probabilità di nuova insorgenza o prosecuzione di contenziosi che, pur sorti a causa o in pendenza della pandemia, sono destinati a protrarsi ben oltre. Si pensi ad esempio ad un contratto di locazione commerciale, per il quale non si è provveduto a corrispondere, causa COVID 19, uno o più canoni mensili. Esso inadempimento, nella generalità dei casi è destinato a costituire inadempimento grave, in quanto tale, causa di risoluzione (definitiva) del rapporto locatizio. Non se dipendente dall'emergenza.

E, tuttavia, non può escludersi che anche dopo l'emergenza, e pur sempre a causa della stessa, l'inadempimento si protragga. In tali casi è opportuno tendere, sotto il profilo giuridico, a “conservare” il rapporto commerciale e giuridico, almeno in linea di principio.

Con riguardo all'aspetto sociale la questione diviene ancor più problematica in quanto a seconda della soluzione che si tende a fornire si potrebbe assistere, da un lato, ad una strumentale “eccezione COVID-19” che spinga verso la conservazione in ragione appunto della ritenuta giustificabilità o non imputabilità dell'inadempimento; dall'altro occorre pur sempre tutelare l'assetto proprietario affinché si eviti disperda il proprio investimento e, dall'altro ancora, occorre si tenga nel debito conto la distribuzione del costo sociale della crisi lungo la filiera produttiva.

Com'è evidente, il punto di “ricaduta delle tensioni contrattuali generate o aggravate dalla crisi consisterà nel fatto che una parte riterrà non più operante la causa di sospensione; laddove l'altra non si riterrà ancora in grado di adempiere. Così come è possibile che prestazioni tardive siano ancora utili, ovvero diano diritto ad una parte di ritenersi sciolta dal vincolo. Con evidenti conseguenze verso tutte le parti interessate al rapporto (fornitori ecc.).

Nello scenario appena tratto, che sembra poter costituire una questione basilica e ricorrente, appare quanto mai opportuno procedere ad una piena sollecitazione degli strumenti alternativi, nello specifico della mediazione, al fine di giungere ad una mediata ed immediata composizione. E ciò non soltanto entro, anche al di fuori del periodo di emergenza sanitaria.

L'accordo risulta essere sempre di più, evidentemente, la strada maestra. Ma la questione non sembra risolvibile così semplicemente.

Se è possibile che l'obbligatorietà della mediazione per inadempimento contrattuale costituisca un primo scudo, istituito dalla legge dell'emergenza, di protezione degli interessi sociali ed economici appena indicati; nondimeno appare, secondo quanto segnalato, altrettanto possibile che l'accordo di mediazione raggiunto in sede di mediazione, non venga adempiuto a causa del protrarsi dell'emergenza. La rinegoziazione qui occorre venga considerata la strada tecnica unica. Laddove per rinegoziazione si intende la ultrattività degli strumenti ADR e la possibilità che gli accordi si protraggano o, appunto, si rinegozino.

L'idea di rimettere all'Autorità Giudiziaria, secondo quanto lascia intendere il legislatore dell'emergenza, il ruolo di accompagnare la gestione dei conflitti mediante l'impiego – in ciascuna fattispecie contenziosa – delle categorie e delle clausole generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti, non sembra, al contrario, un percorso virtuoso: la risposta giudiziaria non dà le necessarie garanzie in termini di tempi e di esatta e corretta interpretazione del conflitto.

Da qui la sempre più insistente esigenza del ricorso, quanto più pieno ed efficace, agli strumenti alternativi.

Dal punto di vista normativo il periodo emergenziale ha, inizialmente, consegnato ai cittadini l'art. 83 del decreto c.d. Cura Italia, il D.L. 17 marzo 2020, n. 18, il quale al comma 20 ha provveduto a sospendere nella prima fase dell'emergenza processuale, dal 9 marzo all'11 maggio 2020, i termini della mediazione di cui al D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, della negoziazione assistita e degli altri procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie, che costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale. E' con la l. 24 aprile 2020, n. 27, entrata in vigore il 30 aprile 2020, di conversione del citato decreto che è stato introdotto il comma 20-bis, con l'ingresso di una specifica disciplina del procedimento di mediazione, poi, integrato con il comma 21, inerente l'applicazione anche agli arbitrati rituali delle norme contenute nell'art. 83, in quanto compatibili.

La l. 25 giugno 2020, n. 70, entrata in vigore il 30 giugno 2020, di conversione del c.d. Decreto Intercettazioni, ossia del D.L. 30 aprile 2020, n. 28, ha aggiunto al ricordato comma 20-bis una dettagliata regolamentazione della trasmissione con modalità telematiche dell'accordo di mediazione. Legge che, con intervento più incisivo, ha introdotto una nuova ipotesi di mediazione obbligatoria per via della riconduzione al meccanismo di cui al comma 1-bis dell'art. 5 del D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Il legislatore ha, infatti, completato l'art. 3 del c.d. Decreto Contenimento, di cui al D.L. 23 febbraio 2020, n. 6, con un inedito comma 6-ter; laddove il passaggio dagli organi di mediazione viene previsto quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, per le controversie in materia di obbligazioni contrattuali nella quale la responsabilità del debitore possa essere esclusa o limitata, secondo quanto disposto dal comma

6-bis, introdotto dall'art. 91 del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, in ragione dell'osservanza delle misure di contenimento dell'emergenza epidemiologica.

Restano esclusi da ogni regolamentazione i sistemi ADR di risoluzione delle controversie che non siano quelli in precedenza ricordati. E così le materie non soggette ad obbligatorietà, secondo gli ultimi interventi, non sono assoggettate, salva l'applicazione delle regole di diritto civile dell'inadempimento non imputabile (artt. 1218 e 1223 c.c.), prevista dal richiamato art. 3 co. 6-bis del Decreto Contenimento. E' evidente che, pur prevedendo le citate discipline emergenziali ulteriori disposizioni di favore degli strumenti alternativi (quali la sospensione dei termini di durata delle procedure), il sistema normativo introdotto è miope: non riesce a guardare a distanza, ossia oltre i problemi che la crisi sottointende e che, inevitabilmente, si potranno protrarre ben oltre il periodo di emergenza. Ma, circostanza ancor più grave, non consente e non prevede una piena efficacia degli strumenti alternativi ed una loro valenza ed efficacia di ampia portata.

Ciò sembra dipendere da una duplice ragione.

L'aver prestato il legislatore attenzione preponderante agli aspetti economici immediati piuttosto che agli aspetti ed ai rimedi giuridici e sociali, tramite i quali proporre la soluzione quanto più definitiva, alle controversie insorgenti in periodo di emergenza. La prima.

L'aver considerato gli strumenti alternativi, quali mezzi eccezionali e residuali rispetto alla “Giustizia” ed all'apparato giudiziario. Quali mezzi alternativi rispetto al processo e/o al diritto. La seconda ben più complessa ragione, dipendente da questione sopita soltanto all'apparenza.

Se può comprendersi, sia pure per opzione espositiva, la prima ragione della profilata carenza; la seconda sottintende e tradisce, invece, al di là di una o altra tendenza di politica economico-giudiziaria, un difetto di metodo nella impostazione del problema.

Gli strumenti ADR non costituiscono affatto rimedi alternativi rispetto alla Giustizia ed al processo, o al diritto.

In altri termini il prevedere l'obbligatorietà della mediazione per i casi di inadempimento contrattuale in periodo pandemico, così come il prevedere la sospensione dei termini per lo svolgimento di qualunque attività (comma 20 art. 83 Decreto Cura Italia), senza nulla prevedere in termini di durata e di proroga delle procedure; il prevedere la possibilità di procedere ad incontri con modalità telematiche, dietro consenso delle parti (comma 20-bis del citato decreto); il prevedere la possibilità di procedere alla sottoscrizione a distanza da parte dell'avvocato degli accordi raggiunti (citato comma 20-bis); costituiscono tutti rimedi immediati per fronteggiare la crisi attuale o del breve periodo. Non costituiscono, tuttavia, rimedi idonei a proiettarsi oltre l'emergenza al fine di fronteggiare gli effetti, purtroppo durevoli, della crisi, in quanto non consentono una piena attività degli ADR e della mediazione rivolta alla migliore interpretazione del conflitto, delle ragioni della controversia ed alla soluzione del conflitto. Negli ambiti appena delimitati appare che il legislatore abbia perso un'occasione.

La questione diviene, dunque, di metodo e di sistema.

2. Le concezioni degli ADR

Sotto il profilo metodologico è stato osservato (Calvo Soler, R. e Ferrer Beltrain, J. 2007: 107) che il dibattito sugli strumenti alternativi si è concentrato, in particolare, sulla nozione di ADR, sulle caratteristiche degli strumenti, sugli eventuali connotati comuni e sui tratti distintivi degli uni rispetto agli altri.

E così si è assistito e si assiste da oltre un decennio in Italia allo sviluppo dell'idea di ADR quali strumenti, piuttosto che procedure, volti a deflazionare il contenzioso in un "sistema giustizia" in affanno. E' questo il dibattito definito "interno" basato sul presupposto e sulla verifica della utilità sociale degli strumenti alternativi, che la legislazione dell'emergenza amplifica. Lo stesso scritto indicato in esordio e dal quale trae spunto la presente riflessione pone l'attenzione, peraltro, sugli strumenti alternativi sotto un diverso profilo, ossia sul dibattito relativo al se essi siano alternativi rispetto al processo, ovvero, al diritto, nella risoluzione delle controversie. E', questo, il dibattito c.d. "esterno" anch'esso alimentato dalla legislazione dell'emergenza.

Con riguardo ad entrambi gli aspetti appare evidente che una maggiore ampiezza e valenza degli strumenti ADR deve muovere dal presupporre una maggiore utilità sociale ed una valenza complementare ed integrativa rispetto alla Giustizia. Al contrario limitarne la valenza, come sta accadendo da quasi un decennio, e come risulta confermato dalla legislazione dell'emergenza, presuppone una probabile valutazione di minore utilità sociale ed una valenza alternativa rispetto alla Giustizia, al processo, ed addirittura al diritto. Si giunge, così, ad una facile equazione secondo la quale gli ADR vano considerati strumenti eccezionali, potenziabili in situazioni eccezionali quali la pandemia. Ma pur sempre potenziabili in forma eccezionale e residuale in quanto alternativi al sistema giudiziario, se non al diritto. È, questo, un tema di non poco conto coinvolgendo preliminarmente riflessioni sistematiche, riferibili al concetto ed al principio di giurisdizione (Bilotta, B.M., 2016: 9).

Al riguardo, non pare convincente il ritenere gli ADR "alternativi" rispetto agli strumenti giurisdizionali, ossia al processo. Appare più convincente la tendenza del ritenerli "integrativi". Se pur dovendosi verificare il termine di comparazione e cioè se integrativi rispetto al processo od al diritto.

La questione, in base alla soluzione che si dovesse prospettare, potrebbe comportare effetti invasivi. Infatti, il "qualificare", termine caro ai giuristi, gli strumenti come "alternativi", può significare dubitare della esclusività della giurisdizione, con la possibile conseguenza che sia individuabile in essi una giustizia parallela o, addirittura, privata ed appunto alternativa rispetto a quella granitica, garantita dalla Costituzione (art. 101 ss. Cost.). Il qualificarli "integrativi" scongiura gli effetti appena individuati e, tuttavia, comporta il dover verificare in che termini si possano combinare, gli strumenti, con la giurisdizione ordinaria prevista dalla nostra costituzione.

L'idea, qui ritenuta, che la questione vada collocata entro gli ambiti della natura integrativa risulta suffragata dai dati sistematici, ricavabili dall'Ordinamento.

Sotto il profilo normativo non pare possa di ciò dubitarsi, essendo ben tracciata la funzione giurisdizionale dall'art. 101 e ss. Cost. così come si può, altrettanto, affermare essendosi sopito il dibattito, che gli strumenti non limitano il principio costituzionale di tutela dei diritti (art. 24 Cost.) e con ciò l'accesso alla giustizia. E d'altronde, il superamento della questione di legittimità ha costituito conferma

della condivisibile opinione (Califano, G.P., 2010: 1; Viotti, S., 2010: 1242) di chi ha da subito ritenuto, ancor prima della introduzione nell'ordinamento della procedura di mediazione, che l'arbitrato -quale strumento alternativo- anche laddove rituale (art. 806 c.p.c.) non possa sostituire la funzione giurisdizionale integrandosi, invece, con essa. E ciò, in considerazione della citata previsione processuale e del meccanismo di convogliamento del giudizio arbitrale in quello ordinario, mediante l'istituto della conversione del lodo in sentenza, non diversamente comprensibile per il caso di sostituzione dell'istituto alla giurisdizione (Barile, P., 1963: 23).

Se dal punto di vista sistematico la questione può relegarsi entro ambiti integrativi, occorre, tuttavia, procedere alla verifica delle caratteristiche strutturali e funzionali al contempo delle entità poste in raffronto.

Basti considerare, sotto il profilo delle diversità strutturale, che l'esito degli strumenti è costituito (se concluso positivamente) da un accordo tra le parti. Gli strumenti giurisdizionali esitano, invece e come noto, con un atto autoritativo imposto, costituito dalla sentenza, avente forza impositiva ed esecutiva nei riguardi della parti, pur dovendosi verificare se esso atto autoritativo corrisponda effettivamente agli interessi sociali o, in altri termini, se la sentenza sia pronunciata sempre ed effettivamente “in nome del popolo italiano” (Bilotta, B.M., 2007 : 174).

Ma integrativi, a scapito di alternativi, vuol significare che la relazione tra gli ADR e gli strumenti di giurisdizione può sostenersi essere di natura complementare. Affermazione, da verificare anche sotto il profilo socio-giuridico.

Da questo angolo di visuale la questione coinvolge riflessioni da rivolgere alla essenza del processo e del diritto e, appunto, socio-giuridiche in ragione degli effetti che essa riverbera sulla società.

3. Gli strumenti ADR quali parametri di integrazione del processo; una questione mal posta

Procedendo nell'analisi, se occorre preferirne una, si è detto, l'affermazione che gli strumenti ADR siano integrativi al “diritto” piuttosto che al “processo” appare più convincente se pur nella consapevolezza che l'adeguatezza del diritto alla risoluzione delle controversie va, altrettanto, verificata.

Che il “processo” costituisca il metodo, o forse un metodo, di risoluzione delle controversie è affermazione che alimenta non poche riflessioni critiche. Conflitto è divergenza; visibile. Ma può anche non esserlo, se latente. Conflitto non è soltanto divergenza; può essere espressione di molteplici divergenze. Conflitto, sfugge ad una riduzione ad unità. Se non sfugge, non appare utile che si proceda ad una sua “categorizzazione” ad unità. Non ai fini di un'analisi fenomenologica (Bilotta, B.M., 2017). Conflitto, proprio sotto il profilo fenomenologico, e per fenomenologico si vuol intendere nel suo atteggiarsi è espressione della pluralità sociale degli interessi, dei valori, delle istanze, delle norme. E' insito nella società (Bilotta, B.M., 2014: 30): non si può omettere di considerare da questo angolo visuale, anzi, che il conflitto consegue alla pluralità di interessi sociali e di istanze sociali; [è] espressione di gruppi sociali, cioè di posizioni differenti e diversificate, di posizioni sociali contrapposte, in una parola di posizioni sociali di conflitto in conflitto (Bilotta, B.M., 2007: 15; Tomeo, V., 1985: 690). La visibilità, intesa come capacità di apparire all'esterno, incide sotto il profilo della sua indagabilità, nel senso che se

il conflitto è evidente può essere indagato. Forse meglio, osservato, gestito. Ma non per questo risolto se conflitto è pur sempre sinonimo di interazione e relazione sociale (Simmel, G., 1976: 56; Bilotta, B.M., 2014: 36).

Miriam Damaska, nell'approfondirne i connotati, ha affermato che il processo rappresenta due grandi modelli: quello diretto alla risoluzione delle controversie e quello diretto allo sviluppo della c.d. *public policies* (Damaska, M., 1986). Secondo questa impostazione il processo costituisce lo strumento mediante il quale il giudice procede all'applicazione del diritto, previamente, stabilito dal legislatore. Sì che gli obiettivi del processo devono ricomprendere il tentativo della risoluzione dei conflitti, che, tuttavia, si esplica mediante l'applicazione della legge frutto di una scelta legislativa da parte dello Stato (Bilotta, B.M., 2007: 75). Il processo in tal senso diviene ed è strumento di applicazione della legge da parte del giudice, ma con non poche contraddizioni e criticità, considerato che lo stesso giudice non può risolvere come un demiurgo il conflitto sociale del quale fa parte e dal quale è coinvolto (Tomeo, V., 1973: 141). Secondo lo stesso autore il processo, come espressione dell'amministrazione della giustizia, tende a mantenere l'equilibrio sociale sì che il processo stesso sarebbe orientato alla risoluzione dei conflitti (Damaska, M., 1986). E tuttavia al contempo l'amministrazione della giustizia è espressione dei programmi di governo e delle scelte politiche dello stato del quale la giustizia è parte integrante, quale appartenente all'apparato amministrativo.

In tale ruolo la giustizia, che si esplica mediante il processo, è strumento di risoluzione, tramite l'intervento del diritto che vive nel processo il suo momento di applicazione ed attuazione.

La Costituzione italiana esprimendo il principio di legalità, ricavabile anche dal secondo comma dell'art. 101, prevede che i Giudici sono soggetti, soltanto, alla legge. E' cioè compito e funzione giudiziale la soggezione alla legge, mediante il meccanismo della interpretazione ed applicazione della legge. Se così è, il processo è strumento di applicazione del diritto.

E, tuttavia, attribuire valenza alternativa, o meglio integrativa, agli strumenti ADR rispetto al processo nella risoluzione delle controversie non può che significare attribuire la stessa valenza al diritto del quale il processo è esplicazione, quanto meno nella idea costituzionale e nell' "ideale" di processo e, quindi, di giustizia.

Il processo tende a intersecarsi sino a fondersi con il diritto.

Questa la ragione di metodo, o meglio funzionale, allora, per la quale si ritiene che non possano essere posti in comparazione ADR e "processo" in quanto, questo, altro non è se non luogo di applicazione esclusiva del diritto.

Ma vi è un'ulteriore ragione che conferma la inidoneità del processo a risolvere le controversie: la considerazione che la controversia è soltanto parte di un conflitto ben più ampio.

Del conflitto si è detto. Occorre a questo punto precisare cosa debba intendersi per controversia. In particolare cosa debba intendersi per controversia civile; e ciò in quanto gli ADR, che pur si muovono entro l'area del diritto civile, non per questo racchiudono ogni ipotesi di controversia (Segni, A., 1968: 985).

Il fondere o confondere il termine “controversia” con quello di “conflitto”, come detto, appare fuorviante. La “controversia” è il luogo di incontro delle pretese delle parti che si sono tradotte in domande giudiziali. Il processo non può che indagare nel solo ambito del richiesto dalle parti, secondo il principio processualciviltistico *ne eat iudex ultra petita partium* (art. 112 c.p.c.). La “controversia” è, in altri termini, una componente del conflitto nel senso che è la parte di conflitto visibile perché divenuta pretesa e domanda in giudizio. Non per questo la controversia è, necessariamente, conflitto. Semmai la controversia è parte del conflitto la parte evidente del conflitto. Che può, certamente, coincidere, ma anche non, con il conflitto considerato nella sua complessità ed ampiezza. Affermarne la perfetta coincidenza potrebbe condurre ad escludere a priori, ad esempio, che un privato cittadino possa intraprendere una causa per ragioni le più visibilmente disparate; però sulla base di profonde ragioni e motivazioni personali, o sociali, visibili o non.

E’ chiaro che l’attuale crisi emergenziale dipendente dal COVID-19 amplifica il tema. Si pensi ad una lite insorta in tempo di pandemia a causa dell’inadempimento di una parte contrattuale, dipendente dalla crisi e che quindi non sia imputabile al solo debitore (art. 1218 c.c.), il quale a fronte della propria impossibilità ad adempiere l’obbligazione contrattuale, ha attribuito priorità alle esigenze, anche di sopravvivenza, della famiglia e proprie. E’ evidente che nel processo, risulta del tutto indifferente la conoscenza della ragione vera che abbia occasionato la controversia. Quel che rileva è la domanda giudiziale di contestazione. Eppure non può non darsi rilievo preponderante alle ragioni sottese. Negli ADR è opportuno se non necessario che la ragione vera emerga, unitamente, al problema dell’inadempimento e della sua imputabilità.

In definitiva, non pare sia quella della coincidenza la strada più corretta che può esplicitare la relazione tra controversia e conflitto. Ecco perché simbolicamente la controversia è definita come la rappresentazione reale di un contrasto fra opposte pretese o fra opposte posizioni (Bilotta, B. M., 2016: 7).

Ne discende, dunque, secondo la medesima linea di pensiero, che l’esito della contrapposizione e, quindi, della “controversia”, è costituito da un momento di definizione soltanto formale. E ciò in quanto il giudicato abbassa una barriera definitiva sulla lite perché non sono previsti ulteriori gradi di giudizio ed il giudice avrà dato ragione ad una delle parti, poiché nel sistema giudiziario di qualsiasi continente il “pareggio” non è contemplato (Bilotta, B. M., 2016: 7). Non entrando nel processo e non potendo entrare nel processo l’intero conflitto, o quanto meno non essendo scontato che nel processo entri l’intero conflitto, ma soltanto quel che le parti intendono dichiarare ed affermare, il processo stesso non può che costituire, almeno in linea di principio, un momento di composizione parziale rispetto al conflitto nel suo complesso (Segni, A., 1968: 985; Bilotta, B. M., 2016: 9).

Appare, pertanto, da preferire l’affermazione secondo la quale gli ADR non sono “integrativi” al processo nella risoluzione delle controversie. E ciò proprio perché la definizione, se così fosse, sarebbe in ambito processuale soltanto parziale e limitativa rispetto al conflitto.

La questione della natura della relazione degli strumenti ADR rispetto al processo risulta, in definitiva, fuorviante in quanto ADR e processo non sono relazionabili tra loro sotto il profilo del loro oggetto di indagine: il processo la controversia; gli ADR il conflitto. Il legislatore della mediazione e dell’emergenza,

nel limitare anche temporalmente l'efficacia degli strumenti, ha attribuito loro una valenza giudiziaria o pre-giudiziale; con ciò collegando entità non omogenee.

4. Gli strumenti ADR quali parametri di integrazione del diritto; una questione risolutiva soltanto in parte

Se così è, allora, non può che procedersi alla verifica della tendenza che attribuisce agli ADR valore risolutore integrativo rispetto al “diritto”, in luogo del processo.

Prima di procedere oltre occorre, anche sul punto, una precisazione di metodo: il percorso appena tracciato deve prendere atto che il “diritto” è parte degli ADR. Se pur possa discorrersi di quali possano essere le regole di presidio, non può dubitarsi che i meccanismi di funzionamento degli strumenti ADR, della mediazione, ma anche della negoziazione assistita e dell'arbitrato siano regolati dal “diritto”. Si pensi all'accordo definitivo della mediazione che è governato dal diritto in quanto espressione dell'autonomia contrattuale prevista dal codice civile (art. 1322 c.c.).

Il “diritto”, in effetti, disciplina gli strumenti alternativi nella fase della introduzione, della negoziazione pura (le trattative nel *caucus*) e della conclusione. Si pensi al D. Lgs. 28/2010, legge della mediazione, il quale regola le fasi della domanda di mediazione e la mediazione stessa nelle fasi successive. E così è anche per la negoziazione assistita (disciplinata dal D.Lgs. 132/2014 c.d. di Degiurisdizionalizzazione) e per l'arbitrato (art. 806 ss. c.p.c.). Od anche al richiamo alle norme di diritto civile operato dal legislatore dell'emergenza (artt. 1218 e 1223 c.c.).

A ben vedere si tratta, per tutte, di regole di disciplina giuridica che devono reggere il confronto con il principio caratterizzante gli strumenti di ADR, identificabile nella flessibilità ossia nella fuoriuscita dagli stretti rigori formali, più propriamente appartenenti al diritto. Basti considerare a tal riguardo l'art. 3 della legge della mediazione il quale al 3° co. prevede le libertà di forme degli atti della mediazione civile e commerciale; laddove, d'altra parte, l'art. 4 dello stesso decreto al co. 2° prevede i contenuti formali minimi della domanda di mediazione. O, si consideri, il co. 2° dell'art. 8, sempre della legge della mediazione, il quale prevede che il procedimento si svolge senza formalità; laddove il co. 1° della legge disciplina il procedimento richiamando altresì il regolamento dell'organismo di mediazione (art. 3 co. 1°). La relazione tra il “diritto” con il principio di “flessibilità” della mediazione, a parere di chi scrive, non può intendersi pienamente compatibile; per certi versi esprime una discrasia, espressione del non corretto coordinamento della legge italiana rispetto alle fonti europee (Viotti, S., 2013: 9). I decreti di recepimento, ed in particolare la modifica del 2013 (L. 9 agosto 2013, n. 98) al D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, hanno “procedimentalizzato” la mediazione, quale principale strumento ADR, prevedendo l'incontro preliminare della mediazione quale tentativo obbligatorio e la partecipazione obbligatoria dell'avvocato. Ciò, a fronte della previsione della flessibilità indicata dalle fonti europee (in particolare la Dir. Ce. 2008/52).

La legislazione dell'attuale emergenza non ha superato il problema. Si è limitata a circoscrivere la procedura nel periodo emergenziale. Non ha subito una sorte diversa la negoziazione assistita, strumento integrativo della giurisdizione ordinaria, contenuto nel decreto c.d. di “degiurisdizionalizzazione”

(trasfuso nella L. 10 novembre 2014, n. 162) ed anch'essa proceduralizzata con una serie di rigori formali primo fra tutti quello relativo all'invito alla negoziazione.

Si tratta di una discrasia, ad ogni buon conto, che non impedisce di verificare se gli strumenti siano integrativi rispetto al “diritto” nella risoluzione delle controversie.

Il fatto che il diritto sia interno agli strumenti non significa che l'uno e gli altri non possano costituire parametri comparabili o, ancor più, compatibili.

A ben vedere, dunque, la regolamentazione giuridica di alcuni aspetti meccanici degli strumenti e quindi l'appartenenza del diritto agli ADR non impedisce la riflessione che ci si è proposti. In realtà, proprio in questi ambiti, la questione è diversa in quanto il diritto, quale parametro di riferimento ma soprattutto termine di raffronto rispetto agli strumenti integrativi, è da intendersi, qui, quale meccanismo sociale ideato per prevenire, gestire e risolvere i conflitti o le controversie. E' allora da verificare se il diritto quale meccanismo sociale sia, effettivamente, strumento di composizione delle controversie, o ancor di più del conflitto, e da qui se gli strumenti siano rispetto ad esso integrativi; laddove non debba ritenersi che debba essere lo Stato quale espressione del processo sociale ad evitare che il conflitto degeneri (Gumplowicz, L., 1981).

Limitando la verifica agli strumenti ADR, sembra potersi affermare che ciò che caratterizza il diritto, a differenza dei modelli di ADR, è che esso opera mediante norme generali, e astratte. Gli ADR, diversamente, costituiscono il luogo di gestione e composizione delle controversie e di osservazione del conflitto nella sua complessità in quanto le parti, sulla base delle rispettive volontà, hanno la possibilità di verificare le possibili soluzioni e consentire un'osservazione completa del conflitto”.

L.A. Coser che pur ha rivolto attenzione al conflitto dal punto di vista della modalità di azione, ha affermato con espressione assai attuale negli ADR che: [...] Se fossero [gli appartenenti al gruppo] privi di qualsiasi possibilità di sfogare l'ostilità reciproca e di esprimere disaccordo [...] potrebbero sentirsi oppressi in maniera intollerabile e potrebbero reagire ritirandosi [...] Liberando i sentimenti aggressivi repressi i conflitti servono a preservare un rapporto (Coser, L. A., 1956: 34).

Utilizzando, emblematicamente, la riflessione appena riportata, può altrettanto affermarsi che questa possibilità di “liberazione” dei sentimenti aggressivi repressi può esercitarsi soltanto negli ADR e, in particolare, ancor più nella mediazione. Benché consapevoli che generalità ed astrattezza in ambito giuridico costituiscano requisiti simili ma diversi caratterizzanti il diritto e per esso la norma di legge, dal punto di vista socio-giuridico appaiono i due concetti in sintonia se, ed in quanto, esprimano le aspettative della società in generale e degli interessi o meglio della pluralità di interessi che essa esprime (Chiodi, G., 1996: 39). Ma, da questo punto di vista non pare si possa licenziare in senso affermativo la questione se il “diritto” sia espressione della pluralità delle esigenze e delle aspettative sociali nella loro generalità (Calvo Soler, R. e Ferrer Beltran, J., 2007: 112; Tomeo, V., 1981: 73; Corsale, M., 1985: 1021). D'altronde la norma costituisce la regola che, circolando in uno spazio comunicativo, diviene modello di azione capace di influenzare le aspettative e le azioni sociali nei modi più differenti. Con la conseguenza che, specularmente, sulla comunicazione normativa e quindi sulla univocità od equivocità del significato

delle norme, influiranno gli interessi dei soggetti interagenti che possono convergere o divergere rispetto al messaggio normativo comunicato (Ferrari, V., 2004: 45; Tarello, G., 1962:38).

Ne consegue che, per come è stato, condivisibilmente, affermato, utilizzare il meccanismo tipico del “diritto” mediante l’uso delle regole generali ed astratte al fine di giungere ad una risoluzione e gestione delle controversie non sembra idoneo alla risoluzione, ma semmai alla “interpretazione” delle controversie ed addirittura alla “amplificazione” delle controversie, per la semplice ragione che si tende, in tal modo, a raggiungere una eguaglianza tra controversie che seppur tenti di esprimere la certezza del diritto, dall’altra mal si attaglia alla particolarità del conflitto e della controversia, risultando del tutto inidoneo alla risoluzione (Segni, A., 1968: 75).

In tale ambito, se come si è detto, il processo giudiziale non può attribuire soluzioni individuali diverse da quelle previste dalle norme; altrettanto le norme espressione autentica del diritto non possono individuare soluzioni individuali per la risoluzione delle controversie, o meglio del conflitto, in quanto non riescono ad attagliare il riferimento e la disposizione al caso relativo alla singola controversia o conflitto; ovvero non possono garantire una comunicazione convergente sugli interessi dei destinatari coinvolti.

La generalità del “diritto” e la particolarità del “conflitto” diventano allora collegabili soltanto mediante il giudice che deve applicare la legge al caso concreto a tanto procedendo mediante l’interpretazione della controversia e la pronuncia della sentenza imposta e posta (Bilotta, B. M., 2007: 157) alle parti. Se appare condivisibile quanto affermato, ne consegue un’applicazione, come visto, soltanto parziale e spesso fuorviante rispetto al caso concreto che esprime conflitto. Così che appare sempre più convincente l’affermazione secondo la quale il diritto piuttosto che risolutivo del conflitto risulta struttura del conflitto in quanto ne è parte e si muove al suo interno (Bilotta, B. M., 2013: 13). La norma esprimendo potere, il potere del legislatore, esprime conflitto.

Volendo ritornare sulla questione di fondo ed al contempo esemplificare il ragionamento e trarre una prima sintesi, pertanto, il diritto come il processo non possono che considerarsi soltanto apparentemente momenti di risoluzione del conflitto. Essi operano sulle controversie reali o potenziali. Gli ADR, dal canto loro e diversamente, si riferiscono alle particolari controversie che divengono espressive di un conflitto più ampio, regolati dall’accordo delle parti e quindi dalla volontà comune dei protagonisti.

Diritto e ADR si muovono, dunque, su direttrici compatibili soltanto in parte. A ben vedere su direttrici parallele ed intersecantesi nelle funzioni, in quanto il diritto considera la possibilità di raggiungere un accordo individuale tra i privati cittadini ma soltanto residualmente (art. 1322 c.c. art. 185 c.p.c.). Laddove è il processo il rimedio risolutivo regolatore, all’apparenza, mediante l’applicazione del diritto. Si pensi, quali ipotesi marginali di composizione giudiziale, all’autonomia contrattuale alla quale si è fatto cenno. Essa è sì prevista dal diritto oltre che garantita costituzionalmente (art. 41 Cost.); tuttavia resta relegata, laddove espressa dai contraenti, a mero atto di iniziativa da verificare nella sua conformità alle norme imperative, all’ordine pubblico, al buon costume. Od ancora si consideri alla possibilità di procedere a conciliazione dinanzi al giudice all’interno del processo (art. 185 c.p.c.), ma soltanto a seguito di richiesta congiunta delle parti.

Il diritto ricerca forza risolutiva, addirittura della controversia, nella volontà delle parti.

Ed allora, probabilmente, il problema di esordio sul se siano gli ADR integrativi rispetto al processo piuttosto che al diritto, è problema -almeno secondo chi scrive- mal posto. Se mai il quesito di fondo dovrebbe esser se gli ADR siano integrativi al diritto od al processo nella interpretazione delle controversie piuttosto che del conflitto. E ciò per la profilata inadeguatezza del processo e del diritto alla risoluzione del conflitto, a fronte di una funzione concepita e destinata alla risoluzione della controversia che, tuttavia, si rivela del tutto parziale.

5. Riflessioni conclusive

Da qui sembra possano tracciarsi alcuni appunti conclusivi.

Gli ADR costituiscono forme di risoluzione delle controversie e del conflitto, mediante una quanto più ampia osservazione ed interpretazione del conflitto stesso che racchiude in sé la controversia. Osservazione concessa e voluta dalle parti. Il diritto, per il tramite del processo, costituisce forma di interpretazione, di risoluzione, della controversia; non anche del conflitto a meno che le due nozioni non si facciano, erroneamente, coincidere.

Gli ADR sono strumenti complementari ed integrativi rispetto al diritto (piuttosto che al processo) nella interpretazione del conflitto. Integrativi dal punto di vista del sistema giuridico, in ragione della riconoscibile attitudine nel rispetto della giurisdizione ordinaria. Ma altrettanto, e forse ancor più, integrativi nella interpretazione del conflitto perché in essi e con essi, soltanto con essi, può osservarsi maggiormente il conflitto in tutta la sua ampiezza e complessità.

Le parti negli ADR, pur in presenza di evidenti limitazioni formali del legislatore, hanno la possibilità di “aprirsi” quanto più intendano così da esprimere le proprie posizioni le proprie istanze i propri interessi le proprie emozioni, che trovano spesso occasione in ragioni o motivazioni le più disparate e personali, spesso latenti. Sono, queste, ragioni che occasionano il conflitto ma non, necessariamente o visibilmente, la controversia.

Certo, va riconosciuto che la maggiore o minore ampiezza della conoscenza del conflitto è dipendente dalla maggiore o minore disponibilità delle parti (*win-win*) (Fischer, R. e Ury, W., Patton, B., 2007); o dalla maggiore o minore capacità e competenza del terzo neutrale (Simmel, G., 2014: 41). Sì che non è affatto certo che si abbia piena conoscenza del conflitto, nel caso contrario di “chiusura” delle parti (*win-lose*). Ciò, pur appartenendo ai metodi, alle tecniche ed agli approcci percorribili, non impedisce ma, al contrario, conferma che è soltanto negli ADR che si può conoscere appieno, osservare ed interpretare il conflitto nella sua pienezza ed integrità (Cosser, L. A., 1956: 34). Tanto, non può affermarsi per il diritto e per il processo.

Il processo come detto non può conoscere il conflitto nella sua interezza ma soltanto nei limiti del richiesto dalle parti, entro il quale limite può e deve muoversi il giudice. Le ragioni latenti non soltanto non entrano nella controversia, intesa come rappresentazione simbolica della posizioni in contrasto, quanto non possono entrare in controversia in quanto, se così fosse, non avrebbero valore od addirittura utilità. Il processo impone l'iscrizione della domanda in giudizio (*petitum*) e delle ragioni giuridiche che la

fondano (*causa petendi*), secondo le regole del codice di procedura civile. Si che, come detto, ogni diversa occasione, o ragione, o motivo anche il più futile del conflitto, nella sua pienezza rispetto alla controversia nella sua minore dimensione, se espressi, non avrebbero incidenza e non sarebbero valutabili dal giudice. Il diritto dal canto suo, espresso nelle norme, esprime a sua volta un concetto di generalità giuridica la quale per adattarsi alla singola controversia ha bisogno di un procedimento di applicazione giudiziaria o di interpretazione. Laddove stenta ad adattarsi alla particolarità del conflitto per un difetto di comunicazione o per una complessa comprensione degli interessi in gioco.

Dal punto di vista sociologico la generalità della norma è, peraltro, soltanto apparente in quanto non può recepire essa la complessità sociale, la complessità delle istanze e degli interessi sociali nella generalità. Ma se si vuol andar oltre, il diritto stesso esprime, sotto il profilo del potere legislativo, il risultato conflittuale soltanto di alcune delle istanze sociali.

Il legislatore dell'emergenza ha perseverato nell'esprimere e tradurre in norme, interessi di settore ed attuali, relegando gli ADR a strumenti marginali, anticamera del processo.

Con ciò, in conclusione, ne ha limitato, anche in un tempo così straordinario, la piena efficacia ed utilità sociale.

6. Bibliografia

Barile, P., 1963, L'arbitrato rituale e la Costituzione, in *Giur. Cost.*

Calvo Soler, R. e Ferrer Beltrain, J., 2007, Gli ADR nel diritto uno sguardo giusfilosofico, in *L'altra giustizia*, Vincenzo Varano (a cura di). Milano.

Bilotta, B.M., 2007, *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano: Giuffrè.

— 2013 nella prefazione a *Il diritto come struttura del conflitto*, di Tomeo, V, Rubbettino: Soveria Mannelli.

— 2014 *Conflitti e Istanze di Giustizia nelle società contemporanee*, Milano: Giuffrè.

— 2016 *Diritto, Conflitto e Mediazione*, in *Riv. Scienze e Ricerche*, vol. 32, 9 ss.

— 2017, *Elementi di sociologia dei conflitti*, Padova: CEDAM.

Califano, G.P., 2010, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Padova: CEDAM.

Chiodi, G., 1996, *Giurisdizione ed equità regolativa*, in *Governo dei giudici*, Milano.

Corsale, M., 1985, *Pluralismo giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIII, (Milano), 1021 ss.

Coser, L.A., 1956, *Le funzioni del conflitto sociale*, Milano, Tr. It. 1967.

Damaska, M., 1986, *The faces of Justice and State Authority. A comparative Approach to the Legal Process*, Yale Univeristy Press: New Haven.

Ferrari, V., 2004, *Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Edizioni Laterza.

Fischer, R. e Ury, W., Patton, B., 2007, *L'arte del negoziato*, Milano.

Gumpłowicz, L., 1981, *Grundriss der Soziologie*, Wien, Trad. it. *Compendio di Sociologia*, Milano.

Segni, A., 1968, Voce “Giurisdizione” in *Nuovissimo Digesto*, Vol VII^o, (Torino), 985 ss.

Simmel, G., 1976, *Il conflitto della cultura moderna*, a cura di C. Mongardini, Roma. 2014, in *Il Mediatore*, *Classici di sociologia*, Roma.

Viotti, S., 2010, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e civili e commerciali, quale misura normativa a valenza strategica*, in *Giur. Merito*, 1242, nt. 70.

— 2013, *Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie quali categorie di genere; la mediazione quale strumento convenzionale a media interferenza*, Soveria Mannelli.

Tomeo, V., 1973, *Il Giudice sullo schermo*, Roma-Bari: Edizioni Laterza.

— 1981, *Il diritto come struttura del conflitto*, Milano.

Tarello, G., 1962, “*Il realismo giuridico americano*”, Milano.