



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI  
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO  
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE  
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS  
AND ENVIRONMENT

# ANNO VIII ANNALI 2020 DEL DIPARTIMENTO JONICO

## ESTRATTO

MARIA LAURA SPADA

Il possibile rapporto tra processo civile  
sostenibile e sistema delle ADR





## DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

## DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli – Gabriele Dell’Atti – Giuseppe Losappio

## COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Angelica Riccardi, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

## COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Angelica Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Umberto Violante

## COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione),  
Francesca Altamura, Michele Calabria, Danila Certosino,  
Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti,  
Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

### Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture  
ex Convento San Francesco – Via Duomo, 259 – 74123 Taranto, Italy

e-mail: [annali.dipartimentojonico@uniba.it](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/gli-annali>



ANNO VIII  
**ANNALI2020**  
DEL DIPARTIMENTO JONICO





Maria Laura Spada

IL POSSIBILE RAPPORTO TRA PROCESSO CIVILE SOSTENIBILE  
E SISTEMA DELLE ADR\*

SOMMARIO: 1. Sostenibilità ed efficienza della giustizia civile. – 2. I percorsi negoziali come alternativa alla giurisdizione. – 3. Il sistema delle ADR e la normativa processuale – 4. L'arbitrato rituale e irrituale. – 5. Gli arbitrati di settore. – 6. La mediazione e l'obbligo di tentare la conciliazione nel nostro sistema processuale. – 7. Un possibile equilibrio tra mediazione e processo civile.

1. L'idea di un processo civile sostenibile è strettamente connessa al concetto di sistema giudiziario rapido ed efficiente<sup>1</sup>. La ragione di questa affermazione è data dal fatto che l'efficienza della giustizia rappresenta un presupposto essenziale per l'effettivo godimento dei diritti sociali ed economici nonché per promuovere gli investimenti e incoraggiare le imprese<sup>2</sup>.

---

\* Il presente contributo trae spunto da un approfondimento svolto nell'ambito del Corso di Dottorato di Ricerca 35° ciclo in: "Diritti, economie e culture del mediterraneo" impartito nell'anno accademico 2019/2020.

<sup>1</sup> A. Didone, *I valori costituzionali di solidarietà e il processo civile*, in A. Didone, F. De Santis (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, Utet, Milano, 2020, p. 2; F. De Santis, *Il processo civile oltre la tecnicità: riflessioni per una giustizia civile solidale dopo la pandemia*, Ivi, p. 19.

<sup>2</sup> In generale sulla lentezza del processo civile e delle relative cause anche attraverso una panoramica dedicata alle scuole di pensiero processualistiche e alla loro influenza sulla legislazione italiana, cfr. M. Modena, *Giustizia civile. Le ragioni di una crisi*, Aracne, Roma 2019, p. 30 ss. Più in generale sulla efficienza della giustizia civile, cfr. M. Barbuto, C. Cottarelli, *Come ridurre i tempi della giustizia*, in <https://osservatoriocpi.unicatt.it/>, 5 giugno 2020; M.G. Civinini, G. Scarselli, *Ridurre i tempi della giustizia civile? Osservazioni di un giudice e di un avvocato a margine di una recente proposta*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 26 giugno 2020; D. Cavallari, *Prime considerazioni sull'articolo 10 dello schema di disegno di legge recante «Delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie*, in *Magistratura*, 2020, fasc. 1, p. 26; P. Nappi, *La riforma del processo civile, Trilussa e la durata media dei procedimenti*, in *Foro it.*, 2019, V, p. 158; M. Bove, *Un metodo per le riforme nella giustizia civile*, in *Giusto processo civ.*, 2019, p. 541; A. Proto Pisani, *Silenzio della dottrina e attenzione dell'avvocatura alle proposte fiorentine di riforme del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, V, p. 188; Id., *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, Ivi, 2012, V, 321; V. Asanelli, *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, p. 967; A. Carratta, *La legge delega per la riforma del c.p.c. e i processi in materia di famiglia e minori*, in *Famiglia e dir.*, 2018, p. 87; G. Costantino, *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1418; Id., *Sulle proposte di riforma del processo civile di cognizione: contro la pubblicità ingannevole*, in *Questione Giustizia*, 11 dicembre 2019,

Ma cosa si intende per giustizia sostenibile ed efficiente e quali sono esattamente i parametri di riferimento? Si può ragionevolmente sostenere che la giustizia è tale allorché venga espressa in termini di certezza, stabilità, prevedibilità e rapidità<sup>3</sup>, e allo stesso tempo, nelle forme in cui essa si manifesta, attuata secondo i principi di adeguatezza, essenzialità e sinteticità<sup>4</sup>. Si tratta di idee ampiamente condivise, patrimonio di tutti, ma ciò nonostante, soprattutto nel nostro Paese, esse rappresentano un traguardo ancora difficile da raggiungere<sup>5</sup>.

I ritardi della giustizia civile, in Italia valgono la perdita di un punto di Pil all'anno. Ancora prima dell'inizio delle misure di lockdown del marzo 2020 il numero dei procedimenti civili complessivamente pendenti dinanzi agli uffici giudiziari italiani era pari a circa 3.300.000 e il 20% di questi aveva già superato i termini di ragionevole durata previsti dalla legge<sup>6</sup>.

Dal «Quadro di valutazione della giustizia» pubblicato dalla Commissione europea nell'aprile 2019<sup>7</sup> con l'intento di offrire una valutazione comparativa

---

[https://www.questionegiustizia.it/articolo/sulle-proposte-di-riforma-del-processo-civile-di-cognizione-contro-la-pubblicita-ingannevole\\_11-12-2019.php](https://www.questionegiustizia.it/articolo/sulle-proposte-di-riforma-del-processo-civile-di-cognizione-contro-la-pubblicita-ingannevole_11-12-2019.php).

<sup>3</sup> F. Santangeli, *Riduzione dei tempi della giustizia civile. Efficienza e effettività. L'impatto dell'ultima legislazione riformista*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2012, 3; F. Carpi, *La specializzazione del giudice come fattore di efficienza della giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, p. 1009.

<sup>4</sup>Cfr. A. Tedoldi, *Chiarezza e sintesi tram mito e realtà*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 669; dove l'Autore afferma che la chiarezza dello stile è causa ed effetto della chiarezza del pensiero. E il pensiero giuridico, per sua natura, dovrebbe essere un pensiero chiaro. È significativo che già un secolo fa si affermasse che "il diritto è arte di tracciare limiti, e un limite non esiste se non in quanto sia chiaro, mentre tutto ciò che è oscuro può appartenere forse ad altre scienze, ma non al diritto" (Scialoja, *Diritto pratico e diritto teorico*, in *Rivista del diritto commerciale* 1911, I, p. 942); così, nell'incipit, la *Relazione del Gruppo di lavoro sulla sinteticità degli atti processuali* del 1° dicembre 2016. Sul linguaggio nel processo v., da ultimo, F. Danovi, *Il linguaggio del processo*, Giuffrè, 2018, p.122.

<sup>5</sup> Cfr. G. Monteleone, *Il mistero (italiano) del processo (ricordando Enrico Redenti e Salvatore Satta)*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1147; M. Bove, *Un metodo per le riforme nella giustizia civile*, in *Giusto processo civ.*, 2019, p. 541; L. Breggia, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione. Una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, p. 715; I. Pagni, *La giurisdizione tra effettività ed efficienza*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 401; P. Perlingieri, *La giustizia civile tra efficienza e garanzie (in ricordo di Franco Cipriani)*, in *Giusto processo civ.*, 2013, p. 1293; S. Chiarloni, *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, p. 207

<sup>6</sup> P. D'Alessandro, *L'eccessiva durata del processo civile (un'analisi delle cause)*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), 2015; L.P.Comoglio, *Durata «ragionevole» e processo «giusto». Rilievi di diritto comparato*, in *Jus*, 2015, p. 251; P. Biavati, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, 475.

<sup>7</sup> Commissione per la valutazione dell'efficienza della giustizia del Consiglio d'Europa (Cepej), "The 2019 Eu Justice scoreboard" del 26 aprile 2019, dove si legge, tra l'altro, che nel semestre europeo 2018, sulla base della proposta della Commissione, il Consiglio ha rivolto Raccomandazioni specifiche per Paese a cinque Stati membri in relazione al loro sistema giudiziario, fra cui l'Italia (v. la Raccomandazione del Consiglio del 13 luglio 2018). Nella raccomandazione rivolta all'Italia il Consiglio sottolineava come l'efficienza del sistema giudiziario italiano avesse registrato solo un lieve miglioramento negli ultimi anni e che la durata dei procedimenti, soprattutto nei gradi di giudizio più elevati, continuava a destare preoccupazione. Nel 2016 il tempo necessario per definire i contenziosi



sull'indipendenza, sulla qualità, e sull'efficienza dei sistemi giudiziari negli Stati membri dell'Unione europea risulta che, su 25 Stati scrutinati, l'Italia è terzultima per la durata dei processi civili e all'ultimo posto per l'arretrato ovvero per il numero delle cause civili e commerciali pendenti rimaste senza definizione a fine anno<sup>8</sup>.

Il congelamento del servizio giustizia disposto dal governo al fine di contenere la diffusione del virus Covid-19 ha certamente peggiorato questa situazione soprattutto perché il rapido propagarsi dell'epidemia non ha concesso il tempo di elaborare e mettere in pratica un apposito piano di erogazione del servizio giustizia in una situazione di emergenza pandemica<sup>9</sup>.

L'impreparazione del governo, senza dubbio, trae origine anche dal fatto che la storia occidentale recente ci consegna programmi di gestione dell'emergenza nel sistema giudiziario a seguito di disastri di origine umana o naturale (come gli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 o l'uragano Katrina nel 2005) ma non a causa di fenomeni pandemici<sup>10</sup>.

Di fatto, non erano disponibili precedenti piani dai quali trarre insegnamenti, con la conseguenza che negli interventi messi in campo dall'esecutivo, scarseggiano misure che provino ad assorbire o a mitigare gli effetti di prolungamento della durata dei procedimenti civili e di aggravamento del peso dell'arretrato che inesorabilmente conseguiranno al lockdown. E' tempo che le misure d'emergenza facciano posto ai progetti<sup>11</sup>.

2. In uno Stato di diritto la possibile controversia tra due soggetti sull'esistenza, inesistenza ovvero sul modo di essere di un determinato diritto soggettivo o di uno status consente alla parte interessata di rivolgersi ad un giudice per chiedere la tutela del diritto controverso.

---

civili e commerciali era ancora uno dei più lunghi dell'Unione in tutti i gradi di giudizio, mentre l'arretrato presso la Corte Suprema di Cassazione aveva continuato ad aumentare.

<sup>8</sup> Così, C. Barbieri, *Valgono un punto di pil all'anno i ritardi della giustizia civile*, in [www.ilfoglio.it/giustizia](http://www.ilfoglio.it/giustizia), 17 maggio 2020 e nello stesso senso anche P. Nappi, *La riforma del processo civile*, cit., p. 158 dove si osserva che utilizzando la formula proposta dal Cepej, Council of Europe European Commission for the efficiency of justice, in Italia la durata media di un giudizio civile e commerciale in primo grado nel 2016 risultava essere di 527 giorni, diminuita rispetto al 2013, in cui era di 608 giorni. Vedi anche Id., *Giustizia civile e classifiche internazionali: eterogenesi dei fini del legislatore ?*, in *Foro it.*, 2018, V, p. 360.

<sup>9</sup> A. Carratta, G. Costantino, *Quadro d'insieme della legislazione d'emergenza*, in *Giustizia civile ed emergenza Coronavirus*, in *Giur. it.*, 2020, p. 2044; E. Dalmotto, *Sospensione dei termini e rinvio delle udienze nel Covid-19*, Ivi, p. 2044; M. Bove, *Misure di potenziamento del servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19 (commento al d.l. 17 marzo 2020 n. 18)*, in *Guida al dir.*, 2020, fasc. 15, p. 10.

<sup>10</sup> A. Pirni, C. Caporale, *Etica pubblica e nuovo coronavirus: una duplice questione di giustizia*, in *Pandemia e resilienza. Persona, comunità e modelli di sviluppo dopo la Covid-19*, in [www.edizioni.cnr.it](http://www.edizioni.cnr.it), 2020, p. 63.

<sup>11</sup> Cfr. M. Marinaro, *Per una giustizia sostenibile e coesistenziale ai tempi del Covid-19*, in [www.open.luiss.it](http://www.open.luiss.it) del 29 aprile 2020; M. Marinaro, M. Ruvolo, *Una proposta per una giustizia civile sostenibile e coesistenziale: emergenza covid e mediazione*, in [www.mondoadr.it](http://www.mondoadr.it), 21 maggio 2020.

Siffatta considerazione, per quanto ovvia possa sembrare, è alla base del fondamentale diritto di azione sancito dall'art. 24, 1° co., Cost. ma anche dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali UE e dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>12</sup>.

Invero, la fonte gerarchicamente più alta del nostro sistema normativo dispone che il riconoscimento di un diritto soggettivo, non può prescindere dal dovere dello Stato di predisporre un apparato di tutela giurisdizionale destinato ad operare allorché il diritto riconosciuto dall'ordinamento versi in uno stato di crisi nello svolgimento dei rapporti giuridici con i consociati.

Sicché, la mancata cooperazione tra le parti all'interno di un rapporto giuridico e la conseguente contestazione o la violazione di un diritto soggettivo impone, a colui che risulta esserne il titolare, la necessità di ricorrere ad un mezzo di risoluzione della lite che conduca alla produzione di una norma giuridica concreta che, una volta pronunciata, sovrintenda e regoli nuovamente il diritto o più in generale il rapporto giuridico entrato in crisi.

Tuttavia, soprattutto in tema di diritti disponibili, la tutela giurisdizionale in senso stretto non rappresenta l'unico mezzo offerto ai litiganti per risolvere la lite. La controversia, infatti, potrà essere risolta sia attraverso la pronuncia di una sentenza, sia attraverso la conclusione di un accordo.

In particolare, la tutela dei diritti trova attuazione attraverso due possibili percorsi: il sistema delle cosiddette ADR<sup>13</sup> (misure alternative di risoluzione delle controversie) e il sistema della tutela giurisdizionale<sup>14</sup>.

In entrambi i casi il risultato finale è rappresentato dall'applicazione del principio della *sostitutività*, ovvero, a prescindere dal mezzo che si utilizza, l'esito finale è

---

<sup>12</sup> N. Trocker, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.* 2019, p. 15; G. Vignera, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del «nuovo» art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 1185; A. Proto Pisani, *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, p. 265; L.P. Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Cedam, Padova, 1970, p. 125;

<sup>13</sup> M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Giusto processo civ.*, 2017, p. 31; M.A. Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 13; D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Chiarloni, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 5; Id. (a cura di), *La negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Aa.Vv. Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, Giappichelli, 2015, p. 27; F. Danovi, *Mediazione, processo e ruolo dell'avvocato*, in *Foro it.*, 2016, I, p. 1045; M. Fabiani, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, in *Giur. merito*, 2012, p. 336; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, 2011, p.123 ss.; G. Balena, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011 333; G. Impagnatiello, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, in *Giusto proc. civ.* 2011 p. 70; G. Trisorio Liuzzi, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.* 2010 p. 979 ;Id., *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, ivi , 2015, p. 1.

<sup>14</sup> G. Costantino, *Tutela dei diritti e regole del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1418.

l'individuazione di una nuova norma che una volta identificata sovrintenderà al riesaminato rapporto giuridico<sup>15</sup>.

Ma da cosa è composto esattamente il sistema dei mezzi alternativi alla giurisdizione contenziosa ovvero il metodo consensuale per porre fine ad una controversia?

Ebbene, alcuni istituti come l'arbitrato rituale e irrituale sono contenuti nello stesso codice di procedura civile e costituiscono, rispetto al processo statale, una vera e propria giustizia alternativa. Viceversa, altri, introdotti dal legislatore attraverso leggi speciali - nell'obiettivo soprattutto di deflazionare il contenzioso - costituiscono rispetto al processo, un sistema di componimento degli interessi tra le parti; tali sono: la conciliazione stragiudiziale, la mediazione e la negoziazione assistita<sup>16</sup>.

Con l'acronimo ADR ci si riferisce, in generale, a sistemi di risoluzione delle liti che prescindono dall'intervento di un giudice statale, tuttavia, la classificazione ricomprende al suo interno non solo percorsi (strettamente) negoziali che confluiscono in un contratto o in un accordo ma anche percorsi che, partendo da un accordo tra le parti, sfociano in una vera e propria sentenza e che per questa ragione possono essere definiti percorsi giurisdizionali in senso sostanziale, in quanto, la risoluzione della lite segue un metodo giurisdizionale ovvero, indipendentemente dal fatto che questi percorsi siano gestiti da soggetti privati, la lite viene risolta fissando un comando concreto attraverso un'operazione di sussunzione giuridica.

In particolare, il soggetto terzo a cui è stata demandata la decisione della lite, dopo aver stabilito i fatti rilevanti utilizzando un determinato metodo, riconduce quegli stessi fatti ad una norma giuridica generale ed astratta e attraverso una operazione di logica individua il concreto comando finale ovvero la nuova norma diretta a regolare il rapporto giuridico entrato in crisi<sup>17</sup>.

Questo metodo che è alla base della giurisdizione statale è ugualmente adottato anche nell'arbitrato rituale con la conseguenza che anche i privati, investiti nei modi previsti dalla legge del potere di decidere, possono porre capo ad atti di risoluzione della lite civile che hanno la sostanza e gli effetti di una sentenza<sup>18</sup>.

3. Quanto detto, in generale, sulle tecniche stragiudiziali di tutela dei diritti, ci impone di tenere distinte le ipotesi di arbitrato rituale dai percorsi negoziali che altro non sono se non una vera e propria alternativa alla giustizia<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, cit. p. 31.

<sup>16</sup> Vedi, *supra*, nota n. 13.

<sup>17</sup> M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, cit., p. 33 e nota n. 4.

<sup>18</sup> P. Perlingieri, *Arbitrato e giurisdizione*, in *Giusto processo civ.*, 2019, p.10 ss.; G. Ruffini, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p.41; M. Bove, *La giustizia privata*, Cedam, Padova, 2018, p. 251.

<sup>19</sup> M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, cit., p. 36; G. Finocchiaro, *Le ADR solidali*, in A. Didone, F. De Santis (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, Utet,

La parola giustizia intesa dal punto di vista positivo e non già da un punto di vista filosofico o morale, altro non è se non *ius dicere* ovvero modo giurisdizionale di risolvere la lite; tuttavia, mentre il modo giurisdizionale ha una vocazione aggiudicativa, perché mira a ripartire il torto e la ragione applicando la legge a fatti fissati attraverso un metodo legale, il negozio o il percorso negoziale ha una vocazione di componimento degli interessi tra le parti<sup>20</sup>.

Pertanto, mentre la sentenza può essere definita, sotto l'aspetto tecnico, come giusta o ingiusta a seconda che sia conforme o meno alla legge sostanziale, il negozio o l'accordo, invece, ove sia valido, è qualificabile nel suo contenuto come conveniente o non conveniente. Infatti, con la sentenza, posta in essere da un terzo rispetto ai litiganti, si avrà un vincitore e un soccombente, viceversa, con l'attività negoziale le parti, anche quando sono adiuvate da un terzo, raggiungono, in modo del tutto autonomo, un temperamento dei loro interessi giuridici ed economici che rappresenta un bilanciamento conveniente per entrambi i litiganti<sup>21</sup>.

Conseguenza di questa impostazione è che mentre la sentenza è atto di giustizia perché applicando la legge sostanziale essa è concretizzazione dell'ordinamento, il negozio, invece, non rappresenta un atto di giustizia in quanto il suo contenuto non deriva esclusivamente dalla sola applicazione della legge sostanziale al caso concreto che anzi, in questa fattispecie, funge piuttosto da limite all'autonomia negoziale dei privati.

Il tema delle ADR, così inteso, ha assunto un rilievo di primo piano nelle politiche dell'Unione Europea che, anche in vista del buon funzionamento del mercato interno, ha fortemente promosso lo sviluppo dei mezzi alternativi di risoluzione della lite<sup>22</sup>. e ciò non soltanto ai fini di un semplice miglioramento dell'efficienza delle procedure *stricto sensu* giudiziarie, quanto e soprattutto, per consentire ai cittadini europei di poter

---

Milano, 2020, p. 524; N. Trocker, *Costituzione e processo civile: dall'accesso al giudice all'effettività della tutela giurisdizionale*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 49; F. Ferraris, *ADR e patrocinio a spese dello Stato: questioni e prospettive*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, p. 175.

<sup>20</sup> M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 41.

<sup>21</sup> In sostanza, il componimento negoziale trae le sue fondamenta dal contratto di transazione ovvero dalle reciproche concessioni che ne costituiscono la base, cfr. L. BALESTRA, *Transazione (contratto di)*, in *Il diritto-Encicl. giur.*, Milano, 2008, vol. XVI, p. 98.

<sup>22</sup> Rappresentativi in questo senso sono, da ultimo, la sottoscrizione del *Manuale europeo sulla legislazione in materia di mediazione*, CEPEJ, Strasburgo 13-14 giugno, 2019, in <https://rm.coe.int/1680966e5>; e il *Programma di sensibilizzazione dei giudici alla mediazione*, CEPEJ, Strasburgo 5-6 dicembre, 2019, in <https://rm.coe.int/cepej-2019-18-fr-programme-de-sensibilisation-a-la-mediation-pourles/1680993344> Tali documenti, elaborati dalla C.E.P.E.J. allo scopo di monitorare e, soprattutto, facilitare l'applicazione negli Stati membri degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, si pongono in stretta contiguità con quanto affermato nella Direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio sulla mediazione civile e commerciale, secondo cui "l'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie".

addivenire, in ogni caso, anche attraverso percorsi diversi, ad una definizione delle controversie in tempi rapidi e soprattutto a costi limitati<sup>23</sup>

In questa prospettiva, appare fondamentale per la Corte l'idea che il miglior accesso alla giustizia è garantito proprio dalla possibilità di adire anche i metodi di risoluzione alternativi delle controversie considerati assolutamente complementari e su un piano di pari dignità rispetto alle procedure giudiziarie<sup>24</sup>.

Proprio sotto la spinta di queste direttive europee, l'assetto normativo delle ADR in Italia si è strutturato come ordinamento estremamente variegato quanto a strumenti disponibili. Nel sistema coesistono, infatti, ADR a carattere generale, ADR di settore, procedure volontarie di composizione bonaria della lite e procedure obbligatorie strutturate come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria con funzione meramente deflattiva.

E' proprio in una tale situazione normativa che, nel marzo del 2016, il Ministro della Giustizia ha istituito una commissione di studio con il compito di progettare una riforma organica delle misure alternative alla controversia<sup>25</sup>.

La commissione ha concluso i lavori nel maggio del 2017 predisponendo un progetto di riforma che ancora oggi è all'esame del Ministro della Giustizia. Nel frattempo, la obbligatorietà della mediazione, con d.l. n. 50/2017, è stata stabilizzata ovvero definitivamente confermata con riferimento a tutte le categorie di controversie per le quali era stata prevista<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> In questo senso, M.P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, in *Annali della facoltà Giuridica di Camerino*, 2017, n. 6, p. 135, dove si osserva, che "alla base di queste politiche, vi è l'acquisita consapevolezza che il processo giurisdizionale non è l'unico strumento a disposizione delle parti per ottenere giustizia e che, se da un lato la creazione di uno "spazio giudiziario europeo" non può prescindere dall'adozione di misure comuni tese a migliorare l'efficienza delle procedure (...) giudiziarie, al contempo è doveroso incentivare l'utilizzo di percorsi diversi che possano condurre alla definizione o composizione delle controversie in tempi rapidi (...)".

<sup>24</sup> Cfr. L. Ciccarrelli, *Alternative dispute resolution: una risorsa per il mercato interno e per una giustizia civile sostenibile post covid-19*, in *Riv. Foro Europa*, 2020, 3, nonché il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162), recante "*Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*", che ha introdotto una particolare modalità di trasferimento in arbitrato di cause pendenti dinanzi all'autorità giudiziaria (art. 1), nonché l'inedito (almeno per il sistema italiano) istituto della procedura di negoziazione assistita dagli avvocati (art. 2 ss.), così, M.P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, cit., p. 136.

<sup>25</sup> L'obiettivo della riforma era quello di armonizzare e razionalizzare un quadro normativo caratterizzato dalla presenza di forme eterogenee di strumenti negoziali; una scelta che derivava soprattutto dall'approssimarsi del termine -settembre 2017- entro il quale il legislatore avrebbe dovuto confermare o rivedere il meccanismo della mediazione obbligatoria e della condizione di procedibilità per le materie di cui all'art. 5 del d.lgs.28/2010. Quest'ultima disposizione, infatti, reintrodotta dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 (di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69) aveva previsto, un periodo di quattro anni di sperimentazione dell'obbligatorietà della mediazione, decorrente dall'entrata in vigore della legge di conversione (20 settembre 2013).

<sup>26</sup> Cfr. M.P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, cit., p. 137. Per la relazione conclusiva della Commissione di studio presieduta dal

4. Come abbiamo già detto l'arbitrato, nel sistema delle ADR, riveste una posizione particolare in quanto rappresenta uno strumento di tutela dove la soluzione alternativa è di tipo eteronoma ovvero individuata da soggetti terzi su accordo delle parti, le quali, a loro volta, si impegnano ad accettare come vincolante la soluzione che verrà loro fornita<sup>27</sup>.

Il sistema italiano si differenzia per la distinzione posta nel codice di procedura civile tra due figure di arbitrato: quello *rituale* e quello *libero o irrituale*. Il primo è destinato a concludersi con una decisione predisposta per acquisire la medesima efficacia della sentenza del giudice quello irrituale, invece, si conclude con una decisione avente un'efficacia di tipo negoziale vincolante per le parti.

L'arbitrato rituale, inoltre, trova tradizionalmente la propria disciplina nel solo codice di procedura civile. L'arbitrato libero, invece, frutto delle prassi sviluppatesi nell'ambito dei rapporti commerciali, ha ricevuto attuazione normativa con l'articolo 808 *ter* c.p.c. inserito nel codice solo di recente con la legge n. 40 del 2006 che qualifica espressamente come arbitrato rituale lo strumento attraverso il quale le parti concordemente ottengono che la lite sia definita da arbitri mediante «determinazione contrattuale».

Peraltro, la dottrina italiana ha dibattuto a lungo sulla natura giurisdizionale o privatistica dell'arbitrato rituale. L'annosa discussione, nutrita principalmente dalla restrittiva interpretazione dell'art. 102 Cost. inteso come espressione del principio del monopolio statale della giurisdizione, si è progressivamente attenuata, oltre che per le novità introdotte dalle più recenti riforme<sup>28</sup> quanto per l'affermarsi di una nuova lettura dell'art. 102 Cost. che interpreta la giurisdizione non più come una funzione sovrana ed esclusiva dello Stato, bensì come un servizio che lo Stato ha il dovere di assicurare attraverso la magistratura, ma anche da parte di soggetti diversi a cui le parti,

---

prof. Guido Alpa v., <http://www.mondoadr.it/wp-content/uploads/TESTO-FINALE-Commissione-ALPA-Aggiornato.pdf>.

Nella proposta presentata, particolare importanza riveste l'ipotesi della modifica delle disposizioni relative alla negoziazione assistita in materia di famiglia, ove, tra l'altro, si prospetta la possibilità per la coppia in crisi di avvalersi di un unico avvocato anche per la negoziazione assistita. In questo modo si ritiene di poter dare più impulso all'utilizzo dello strumento della negoziazione assistita in ambito di famiglia, ponendo fine alla disparità di trattamento fra le coppie che ricorrono in tribunale per la separazione consensuale alle quali la legge consente di avvalersi di un unico legale e quelle che, per avvalersi dello strumento di negoziazione assistita, dovevano obbligatoriamente avvalersi di due legali.

<sup>27</sup> In questa prospettiva, la via dell'arbitrato pone in essere una vera e propria rinuncia alla giurisdizione ordinaria ed è per questa ragione che la regolamentazione dell'arbitrato come obbligatorio è considerata una scelta affetta da incostituzionalità, v. Corte cost. 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, p. 1450; 24 luglio 1998, n. 325, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2363; 11 dicembre 1997, n. 381, in *Corr. giur.*, 1998, p. 204.

<sup>28</sup> V. l'art. 824 bis c.p.c. introdotto con la legge n.40/2006 che dispone "il lodo rituale ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria".

nell'ambito della propria sfera giuridica, decidano concordemente di rivolgersi per ottenere giustizia<sup>29</sup>.

5. Nell'ambito di questa cornice contraddistinta dalla compresenza di due modelli generali di arbitrato -rituale ed irrituale- si inquadrano le diverse normative speciali sugli arbitrati di settore riconducibili, all'uno o all'altro dei modelli generali, a seconda che il legislatore abbia provveduto a dotare il lodo degli stessi effetti della decisione giudiziaria<sup>30</sup>.

E' certamente riconducibile alla generale fattispecie dell'arbitrato rituale l'arbitrato "societario" regolato dagli artt. 34 e ss. del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 e diretto alla risoluzione delle controversie tra soci, tra soci e società, liti promosse da amministratori, liquidatori, sindaci o nei loro confronti e fondato sulla clausola compromissoria contenuta nello statuto sociale. Si tratta di un modello, caratterizzato da alcune regole speciali e avente un ambito operativo che ricomprende sia le società di persone che le società di capitali, con esclusione delle società c.d. quotate<sup>31</sup>.

Viceversa, è qualificato come arbitrato irrituale lo strumento previsto dall'art. 412 *quater* c.p.c. ed introdotto per la risoluzione delle controversie di lavoro. Quest'ultimo tratteggia una procedura destinata a svolgersi dinanzi ad un collegio di conciliazione ed arbitrato composto da tre membri al quale il legislatore ha attribuito il potere-dovere di esperire un tentativo di conciliazione tra le parti, nonché di procedere all'emanazione del lodo in caso di mancata conciliazione<sup>32</sup>.

Di tipo rituale è considerato anche l'arbitrato regolato dall'art. 209 del Codice dei contratti pubblici<sup>33</sup> amministrato dalla Camera arbitrale istituita presso l'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) e indirizzato alla risoluzione stragiudiziale delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture etc.

---

<sup>29</sup> In questo senso, v. Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 in *Foro it.*, 2013, I, p. 2690, con nota di E. D'Alessandro, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, ed anche in *Corr. giur.*, 2013, p. 1109, con nota di C. Consolo, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena traslatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, che ha ammesso la cd. *translatio iudicii* tra giudici ed arbitri osservando che "nell'ambito di un ordinamento che riconosce espressamente che le parti possano tutelare i propri diritti anche ricorrendo agli arbitri la cui decisione ha l'efficacia propria delle sentenze dei giudici, l'errore compiuto dall'attore nell'individuare come competente il giudice piuttosto che l'arbitro non deve pregiudicare la sua possibilità di ottenere, dall'organo effettivamente competente, una decisione sul merito della lite".

<sup>30</sup> O. Cagnasso, *Arbitrati speciali e modalità di nomina del tribunale arbitrale*, in *Giur. arb.*, 2017, p.108.

<sup>31</sup> Cfr. E. Dalmotto, *L'arbitrato nelle società*, Zanichelli, 2013, p. 136.

<sup>32</sup> Cfr. M.P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, cit., p.139.

<sup>33</sup> Si tratta del c.d. Codice degli appalti introdotto dal d.lg. 18 aprile 2016, n. 50. Tale testo normativo è stato modificato, da ultimo, dal D.L. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla L. 19 dicembre 2019, n. 157.

Viceversa, nonostante la denominazione, non può essere annoverato alla figura dell'arbitrato in senso stretto l'Arbitro Bancario Finanziario, ovvero il sistema di risoluzione alternativa delle controversie aventi ad oggetto l'accertamento di diritti, obblighi e facoltà inerenti operazioni, servizi bancari e finanziari istituito in attuazione dell'art. 128 *bis* d.lg. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. Testo Unico Bancario) che fa capo ad un organismo indipendente ed imparziale il cui funzionamento è garantito dalla Banca d'Italia<sup>34</sup>.

Le decisioni dell'ABF, infatti, sono caratterizzate da una vincolatività di carattere particolare<sup>35</sup> e non sottraggono le parti dalla facoltà di adire il giudice qualora la decisione sia stata dalle stesse ritenuta lacunosa.

6. Con il d.lg. 4 marzo 2010, n. 28, in attuazione della Direttiva 2008/52/CE, il legislatore italiano ha assegnato alla mediazione finalizzata alla conciliazione un ruolo centrale nel sistema delle ADR producendo in concreto una forte valorizzazione dei rimedi alternativi<sup>36</sup>.

In questa direzione, la normativa, testé indicata, esprime un approccio nuovo sia sotto il profilo dell'organizzazione dell'attività di mediazione, sia sotto il profilo dell'ambito operativo della mediazione stessa venendo ad assumere i connotati di uno strumento da poter usare in via ordinaria per la risoluzione di tutte le controversie civili e commerciali aventi ad oggetto diritti disponibili<sup>37</sup>.

Dal punto di vista organizzativo, il legislatore ha scelto di affidare la gestione della mediazione ad organismi istituiti presso enti pubblici o privati sotto la vigilanza del Ministero della Giustizia ed iscritti in apposito Registro. Sicché, la mediazione civile e commerciale si palesa come servizio di interesse pubblico offerto da soggetti in possesso di una specifica professionalità costruita non solo su competenze

---

<sup>34</sup> Cfr. D. Dalfino, *L'Abfe i principi del processo civile: contestazione, «contumacia», onere della prova*, in *Il processo*, 2019, p.27; F. Auletta, *...il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del «sistema» dell'Abf?*, in *Banca, borsa ecc.*, 2018, II, p.794 (in nota a Arbitro bancario finanziario, 5 aprile 2018, coll. coord. n. 7440); F. Quarta, *L'evoluzione dell'arbitro bancario finanziario*, in *Dir. mercato assic. e fin.*, 2019, p. 139.

<sup>35</sup> Ad es. l'intermediario che non ottemperi alla decisione è sanzionato con la pubblicità dell'inadempimento, v. M.P. Gasperini, *Il sistema delle ADR in Italia, tra contesto europeo e policies interne in materia di giustizia civile*, cit., p.140.

<sup>36</sup> D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*, in *Commentario del codice di procedura civile* (a cura di S. Chiarloni), Zanichelli Bologna, 2016, p. 31 ss.; P. Nappi, *I primi dieci anni della mediazione delle controversie civili e commerciali in Italia: riflessioni e proposte*, in *Giusto processo civ.*, 2020, p. 403.

<sup>37</sup> Sotto questo profilo, da ultimo, la Corte di legittimità ha sancito l'onere, in capo al creditore opposto, di accedere alla mediazione anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo avente ad oggetto una controversia in materia di mediazione obbligatoria, v. Cass. sez. un., 18 settembre 2020, n. 19596, in *Foro it.*, 2020, I, p. 3434 con nota di D. Dalfino, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*.



specialistiche giuridiche o di altri settori, ma anche su abilità relazionali e capacità di comunicazione e negoziazione<sup>38</sup>.

Da ciò consegue che anche in Italia trova riconoscimento la figura del “mediatore professionista” il quale, pur privo del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti, ha il compito di assistere le parti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia nonché la facoltà di proporre alle parti stesse una possibile soluzione conciliativa<sup>39</sup>.

Ciò posto, va detto che anche a seguito del considerevole aumento delle domande giurisdizionali e del relativo arretrato, il legislatore italiano ha inteso favorire un mutamento di prospettiva culturale prevedendo l’obbligatorietà del ricorso alla mediazione per tutta una serie di controversie su materie espressamente elencate dalla legge tra le quali rientrano, attualmente, anche le controversie riguardanti diritti derivanti da contratti bancari, finanziari e assicurativi.

In tutti queste ipotesi la proposizione del tentativo di mediazione è condizione di procedibilità dell’azione giudiziaria, con la conseguenza che il giudice non provvede alla trattazione e all’istruzione della causa qualora le parti non abbiano precedentemente tentato di raggiungere una soluzione concordata della lite con l’ausilio di un mediatore professionista operante presso un organismo accreditato.

Tale mutamento normativo è stato fortemente combattuto dalla classe forense ponendo le basi per una pronuncia della Corte costituzionale che nel 2012 ha dichiarato illegittime le norme sulla mediazione obbligatoria per un vizio tecnico dovuto all’assenza, nella legge delega, di una specifica disposizione che autorizzasse l’introduzione dell’obbligatorietà<sup>40</sup>.

Tuttavia, il vizio tecnico è stato in seguito superato nel 2013, allorché l’obbligatorietà della mediazione è stata reintrodotta con la l. 9 agosto 2013, n. 98 che ha colto l’occasione per intervenire anche su altri aspetti critici dell’originaria normativa segnalati anche in sede europea<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> Stando al dettato normativo del d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, possono svolgere il ruolo di mediatori coloro che siano in possesso di laurea almeno triennale, o iscritti ad albo o collegio professionale, i quali abbiano frequentato un corso di formazione teorico-pratica di almeno 50 ore. Una posizione peculiare, in questo contesto, è assicurata agli avvocati, i quali sono mediatori di diritto, art. 16, comma 4-bis, d.lg. 28 del 2010.

<sup>39</sup> F. Danovi, F. Ferraris, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 79 ss.

<sup>40</sup> Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1091, con nota di R. Romboli e in *Le società*, 2013, p. 71, con il commento di F.P. LUISO, *L’eccesso di delega della mediazione obbligatoria e le incostituzionalità consequenziali*.

<sup>41</sup> G. Reali, *La mediazione obbligatoria riformata*, in *Giusto processo civ.*, 2014, p. 729. O. Desiato, *La mediazione civile obbligatoria quattro anni dopo. L’atteggiamento della giurisprudenza in tema di assolvimento della condizione di procedibilità della domanda*, in *Resp. civ. e prev.*, 2017, p. 788; F.P. Luiso, *La mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*, in *Giur. it.*, 2019, p. 2132 in nota a Cass., 27 marzo 2019, n. 8473.

7. Quanto esaminato ci aiuta a comprendere sia, le diverse utilità che le tecniche ADR possono offrire ai litiganti sia, il diverso rapporto che esse hanno con il processo civile.

Sotto il profilo delle utilità, optare per l'arbitrato rituale pone non pochi vantaggi derivanti, ad esempio: a) dalla possibilità di poter scegliere i giudici e di individuare le qualità che questi debbono avere; b) di beneficiare di una notevole flessibilità del percorso, infatti, pur dovendosi rispettare il principio del contraddittorio, le regole processuali nonché i modi e i tempi del giudizio possono essere stabiliti dalle parti; c) di potersi affidare nelle liti transnazionali ad un giudice "in campo neutro" evitando, ognuno dei litiganti, la giustizia statale dell'altro; d) di usufruire della equiparazione della domanda arbitrale a quella giudiziale sia per gli effetti sostanziali (su prescrizione e decadenza) che per quelli processuali; e) di giovare dell'idoneità della domanda arbitrale a salvare l'efficacia di un provvedimento cautelare conservativo concesso *ante causam*; f) di valersi dell'equiparazione del lodo alla sentenza e la possibilità di acquisire facilmente l'efficacia di titolo esecutivo e l'idoneità ad essere titolo trascrivibile.

Per quanto concerne, invece, il rapporto con il processo, l'arbitrato rituale, in quanto basato su un metodo giurisdizionale che sfocia in un provvedimento parificabile alla sentenza, rappresenta una forma di giustizia alternativa che normalmente è in una relazione di esclusione rispetto alla giustizia pubblica, ovverosia i due percorsi non possono coesistere; se le parti scelgono la giurisdizione privata automaticamente escludono la giurisdizione statale.

Le utilità poste a base del percorso arbitrale e il rapporto di assoluta alternatività che quest'ultimo ha con il processo civile producono due fondamentali conseguenze: a) la necessità che il legislatore costantemente verifichi che la legge sull'arbitrato consenta ai possibili utenti di ricevere stabilità, adeguatezza ed effetti assolutamente non minori rispetto a quelli che avrebbero avuto se avessero scelto la via pubblica; b) la necessità che l'utilizzo di questa via alternativa, stante l'articolo 24 Cost., sia esclusivamente una libera scelta dei privati senza che la legge possa imporla espropriando le parti del diritto di agire di fronte a un giudice statale<sup>42</sup>.

Diversamente dal percorso arbitrale, la via negoziale, invece, non esclude la giurisdizione statale, infatti, anche quando le parti decidono di sperimentare la via negoziale e si impegnano reciprocamente a questo fine, il mancato raggiungimento del risultato non preclude la via giurisdizionale ma semplicemente la sospende per un tempo limitato. Ne consegue che nel rapporto con il processo civile la via negoziale non rappresentando un atto di giustizia ma l'autonomo componimento dei rispettivi interessi ad opera delle parti, può consentire al legislatore di utilizzare in modi diversi la leva dell'obbligo alla via negoziale senza vulnerare, per questo, in capo agli

---

<sup>42</sup> Così M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, cit., p. 39 -40.

interessati, il diritto di azione che rimane necessariamente *a latere* e concorre alla tutela del diritto unitamente al sistema consensuale di risoluzione della lite.

In sostanza questo diverso rapporto del percorso negoziale con il processo ha come conseguenza che il legislatore se non può mai imporre ai consociati di rivolgersi obbligatoriamente ad un arbitro con conseguente esclusione della giurisdizione pubblica perché ciò sarebbe costituzionalmente illegittimo in spregio dell'articolo 24 Cost., può, invece, variamente obbligare le parti a procedere prima in via negoziale e solo in via successiva agire in giudizio.

La soluzione negoziale della controversia, sul piano delle utilità presenta tre fondamentali vantaggi. Il primo è dato dalla flessibilità del suo contenuto. Infatti, mentre i mezzi aggiudicativi viaggiano su un percorso obbligato, in quanto il giudice privato o statale che sia dopo l'accertamento dei fatti non può che applicare la legge sostanziale e quindi dare ragione o torto, il negozio, invece, lascia spazio alla valutazione degli interessi in gioco delineando una soluzione che prescinde totalmente dal riparto del torto e della ragione con la conseguenza che il negozio può dare al conflitto soluzioni che il giudice non potrebbe offrire.

Il secondo vantaggio è rappresentato dal fatto che quella negoziale è una soluzione di conciliazione. Infatti, se con la sentenza statale la lite è decisa e la decisione rappresenta l'estrema divisione tra i litiganti, con il negozio la lite invece è ricomposta e la frattura, senza giungere alle estreme conseguenze è superata; anche lo stesso dialogo che pure si svolge sia nel percorso giurisdizionale che in quello negoziale ha nei due ambiti struttura e finalità diverse. Nel percorso giurisdizionale esso rappresenta una vera e propria lotta tra le parti, mentre nel percorso negoziale il dialogo è una forma di conoscenza di comprensione per cercare un'intesa in quanto il fine del cammino non è la vittoria ma la ricomposizione<sup>43</sup>.

Infine, il terzo vantaggio è dato dai tempi e dai costi certamente più contenuti rispetto a quelli che si dovrebbero sostenere nell'ambito di un processo statale. Un vantaggio anche questo che fa emergere sia un profilo di interesse privato sia un profilo di interesse pubblico.

I vantaggi e le utilità del percorso negoziale, testé descritti, unitamente al dato normativo che essi concorrono con la tutela giurisdizionale nella tutela dei diritti, ci portano a domandarci quale può essere il possibile ruolo del legislatore in materia.

Per dare una risposta a questa domanda, dobbiamo tenere conto del fatto che un percorso negoziale puro di risoluzione di una controversia trova già uno strumento di

---

<sup>43</sup> In termini, M. Bove, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, cit., p. 43, dove l'Autore sottolinea, inoltre, che «la soluzione negoziale favorendo la pace serve sia nell'interesse privato, sia nell'interesse pubblico. I litiganti che compongono il loro conflitto attraverso la posizione autonoma di una norma concreta saranno più propensi a rispettarla evitandosi ulteriori conflitti (...)».

regolazione nel diritto comune ovvero nel codice civile ad esempio con il contratto di transazione.

Di conseguenza il legislatore che voglia incentivare l'uso del negozio giuridico come strumento di soluzione delle liti civili, può e deve fare molto di più ovvero sia quantomeno colmare e perfezionare gli aspetti di cui il codice civile non si occupa.

In sostanza, il legislatore può individuare tecniche di negoziazione che da un lato, eliminano gli inconvenienti che l'utilizzo del solo diritto comune potrebbe far emergere e dall'altro, che diano, invece, maggiori utilità di quelle di cui i privati potrebbero godere sulla sola base del codice civile.

Un compito, quest'ultimo, che il nostro legislatore, anche sotto la spinta dell'Unione Europea, non ha eluso dettando specifiche misure che possiamo definire sia di protezione sia di tipo accrescitivo.

In funzione protettiva, infatti, anche al fine di evitare inconvenienti in capo a chi intraprende un percorso negoziale, il legislatore ha previsto che l'avvio di un percorso negoziale e il tempo speso per questo non vadano a danno del titolare del diritto; sicché, l'attore potrà godere dell'interruzione e della sospensione del termine di prescrizione e di decadenza del diritto in gioco. Una soluzione, quest'ultima, che trova applicazione sia nella media conciliazione, sia nell'ambito della negoziazione assistita. La seconda fondamentale garanzia è rappresentata dalla riservatezza anche questa prevista come principio di protezione sia, nel percorso di media conciliazione sia, in quello della negoziazione assistita.

Da ciò consegue che la scelta di affidarsi ad una tecnica di negoziazione consente di poter avviare un dialogo, fare dichiarazioni, produrre documenti per il dialogo stesso con la tranquillità che tutto ciò non avrà nessun rilievo e non potrà essere utilizzato in sede giurisdizionale, qualora il percorso dovesse fallire.

In funzione, accrescitiva, le leggi speciali si sono occupate di due aspetti che il diritto comune tralascia.

Il primo riguarda tutti i percorsi negoziali e attiene al valore raggiunto dall'accordo che è titolo esecutivo per ogni tipo di esecuzione e titolo per iscrivere ipoteca giudiziale. Il secondo riguarda solo la media conciliazione e attiene all'esigenza di garantire l'attività dei mediatori capaci e imparziali e questa esigenza è stata attuata in Italia col sistema degli organismi accreditati e non con l'accreditamento dei singoli mediatori; di conseguenza solo ad una mediazione condotta di fronte ad un organismo accreditato possono collegarsi gli effetti della legge speciale quali: l'interruzione dei termini di decadenza, l'assolvimento della condizione di procedibilità e l'efficacia del titolo esecutivo.

Le misure protettive e accrescitive già poste in essere dal nostro legislatore tuttavia non sono da sole sufficienti a rendere la giustizia civile rapida ed efficiente. La ulteriore e indispensabile sostenibilità dei percorsi negoziali di risoluzione della lite e in particolare della mediazione necessitano di una nuova rilettura e di un passo ulteriore.

In questa prospettiva *de iure condendo* appare opportuno procedere con un rafforzamento del raccordo tra strumenti di mediazione e processo.

Un raccordo rispetto al quale costituisce un aspetto specifico la c.d. mediazione “demandata” di cui è sottolineata la particolare utilità in una fase emergenziale come quella che stiamo vivendo<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Così G. Gilardi, *Appunti sulla “mediazione a scopo di conciliazione”*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 30 giugno 2020. Sull’importanza cruciale che la mediazione “demandata” o “delegata” potrebbe svolgere in questa lunga fase di emergenza sanitaria, sia per la possibilità di essere disposta anche in grado d’appello, sia per la possibilità di svolgersi con modalità telematiche ed in videoconferenza, cfr. M. Marinaro, *La mediazione (telematica) dell’emergenza: un’opportunità per la giustizia civile*, in *Unicost - Centro Studi “Nino Abbate”*, 23 maggio 2020, <https://www.unicost.eu/la-mediazione-telematica-dellemergenza-unopportunita-per-la-justizia-civile/.V.>, inoltre, il *Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione* del 28 marzo 2020.