

## CAPITOLO PRIMO

# RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E ALTERNATIVE AL PROCESSO: UN'INTRODUZIONE TEORICA

di *Elisabetta Silvestri*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Cenni sulla storia moderna dei metodi alternativi. – 3. Vantaggi e svantaggi delle alternative al processo. – 4. Ipotesi di classificazione dei metodi di risoluzione delle controversie.

## 1. INTRODUZIONE

Un'introduzione teorica ai metodi di risoluzione delle controversie alternative al processo è necessariamente qualcosa di generico e superficiale. Gli "addetti ai lavori" sanno che negli ultimi decenni sull'argomento sono stati versati fiumi di inchiostro, ma è probabile che pure chi non ha una formazione giuridica abbia percepito la centralità del tema, anche solo sfogliando i quotidiani, che spesso lamentano come la giustizia formale (ossia, quella dispensata dagli organi giudiziari statali) sia drammaticamente lenta e inefficiente.

Sembra opportuno iniziare con una puntualizzazione di tipo linguistico. Nel titolo di questo capitolo (ed anche nel suo contenuto) si è cercato di evitare l'uso dell'acronimo ADR, ormai molto diffuso, quanto meno tra gli operatori del diritto. L'acronimo sta per *Alternative Dispute Resolution*, nasce negli Stati Uniti e viene utilizzato per indicare genericamente i vari metodi di risoluzione delle controversie utilizzabili in sostituzione del ricorso alla giustizia statale o, in termini meno tecnici, in alternativa al processo. La sigla ADR è un tipico esempio di quello che, in inglese, viene definito come un "*umbrella term*": un'espressione indeterminata, che nasconde (proprio come un ombrello) una varietà di possibili significati e che, come nel caso di specie, allude ad una molteplicità di istituti, destinati alla risoluzione di controversie e accomunati dal fatto di porsi quali alternative al processo.

L'uso italico dell'acronimo ADR, spesso preceduto dall'articolo (l'ADR o gli ADR) non ha, in realtà, alcun significato e, per quanto corrisponda ormai ad una prassi comunemente accettata, è solo espressione di un'anglofilia essenzialmente "di facciata": a giudizio di chi scrive, basterebbe semplicemente parlare di "alternative al processo" per veicolare il medesimo concetto, dimostrando non solo rispetto per la nostra lingua, ma anche per il nostro diritto positivo. In effetti, occorre considerare che nell'esperienza italiana le alternative al processo sono qualcosa di molto diverso dalla galassia di metodi alternativi che il diritto statunitense conosce: una realtà così variegata rende necessario far ricorso ad una sigla che li consideri in maniera unitaria e li individui come espressione di un unico fenomeno. In Italia, le alternative sono essenzialmente l'arbitrato, la mediazione (in tutte le sue varianti) e la negoziazione (anch'essa variamente declinata dal legislatore): di conseguenza, non sembra sussistere una stringente esigenza di coniare una nuova sigla o di prendere a prestito un acronimo straniero per indicare congiuntamente i non numerosissimi tipi di procedimento attraverso i quali una controversia può essere composta al di fuori delle aule di un tribunale. Del resto, proprio i pionieri dei metodi alternativi, ossia gli studiosi americani, negli ultimi tempi sembrano meno inclini a discutere di ADR, preferendo rimodulare il tema, avvalendosi dell'espressione "*process pluralism*". La nuova tendenza, insomma, è quella di enfatizzare il pluralismo delle tecniche attraverso le quali è non solo possibile, ma soprattutto opportuno risolvere controversie tra loro differenti, per oggetto, parti coinvolte, complessità delle questioni da risolvere, valore economico e così via. Il processo – si osserva – è come un capo venduto in taglia unica: può andare bene per alcuni tipi di controversie, ma non per altri; molto meglio una confezione su misura, ossia un metodo di risoluzione che si adatti perfettamente alle specificità del caso concreto. In questo senso – si sottolinea – si può ancora utilizzare l'acronimo ADR, ma precisando che la lettera "A" non sta più solo ad indicare "*Alternative*", ma deve essere letta anche come "*Adequate*", ossia come indicativa della necessità di configurare un modello di risoluzione non solo alternativo al processo, ma anche specificamente adeguato alle caratteristiche peculiari di ogni singola controversia.

## 2. CENNI SULLA STORIA MODERNA DEI METODI ALTERNATIVI

La storia delle alternative al processo è molto risalente (v. Capitolo Secondo). Se ne trovano tracce nel diritto delle società arcaiche, nel diritto ro-

mano e addirittura nella Bibbia. Venendo ad epoche assai più recenti, è noto che i conflitti tra individui erano spesso risolti in “luoghi” diversi da un’aula di giustizia: il capo-famiglia, il notabile del villaggio, il parroco agivano da amichevoli compositori della disputa, potendo contare sull’autorità e l’auto-revolezza che i membri della collettività riconoscevano loro. D’altro canto, la tipologia delle controversie era limitata, perché limitato era il catalogo dei diritti di cui i soggetti disponevano.

Gli eventi che hanno portato alla nascita delle società moderne hanno inciso profondamente sulla tipologia dei conflitti che si possono manifestare all’interno dei gruppi sociali. Nella realtà contemporanea, la nostra società è una “società dei diritti”, caratterizzata da un fitto intreccio di relazioni che, nel tempo, generano diritti ed obblighi sconosciuti in passato. Si pensi, ad esempio, alla complessità della nostra vita sociale, contraddistinta da una molteplicità di diritti scaturenti da rapporti che intratteniamo con soggetti diversi, all’interno della famiglia, sul posto di lavoro, quali residenti in un certo comune, quali fruitori di determinati servizi e così via. Si pensi anche al modo diverso con cui ciascuno di noi percepisce la propria soggettività e si riconosce titolare di diritti legati alla persona in quanto tale (ad esempio, il diritto alla salute o il diritto alla riservatezza); si pensi, infine, alla concezione del *welfare state*, che evidenzia nuovi diritti configurati come risposta a bisogni ed attese di protezione sociale, quali il diritto al lavoro, il diritto alla qualità della vita o, in generale, i diritti che si considerano propri del consumatore.

Se cresce il numero dei diritti di cui l’individuo (a torto o a ragione) si ritiene titolare, si intuisce come possa crescere di pari passo il numero dei conflitti, generati dalla percezione che quegli stessi diritti siano stati violati o non adeguatamente protetti da chi era tenuto a farlo. La società contemporanea, quindi, è tendenzialmente una “società litigiosa” (per parafrasare il titolo di un libro, pubblicato negli anni Ottanta del secolo scorso, ma sempre attuale): il conflitto, non più mediato da quei meccanismi di compensazione che operavano in passato, si trasforma immediatamente in una controversia che, nella maggior parte dei casi finisce davanti ad un giudice.

Questa premessa (che non vanta alcuna pretesa di accuratezza sociologica) è necessaria per comprendere come la storia moderna delle alternative al processo sia legata a doppio filo alle vicende di quella che è la “società litigiosa” per eccellenza, ossia la società americana. Il movimento a favore delle alternative al processo nasce e si sviluppa in un’epoca in cui si registra negli Stati Uniti un’esplosione della litigiosità, a causa della quale il sistema giudiziario, gravato da un carico di lavoro ingestibile, precipita in una situa-

zione di crisi. Corrono gli anni Settanta del secolo scorso; la grande stagione dei diritti civili si è conclusa e ha lasciato una pesante eredità in termini di sovraccarico delle corti, con un inevitabile *pendant* rappresentato dall'allungamento dei tempi della giustizia e dall'aumento dei suoi costi. Si diffonde così l'idea che occorra trovare delle alternative al processo e ricercare "un modo migliore" (per richiamare il titolo di uno dei primi saggi scritti sull'argomento) per assicurare ai cittadini una giustizia più efficiente, rapida e meno costosa.

Convenzionalmente, la nascita del movimento a favore delle alternative è collocata nel 1976, anno in cui si tenne una famosa conferenza sui problemi della giustizia, in occasione della quale furono formulate varie proposte, che raccomandavano l'istituzione di percorsi stragiudiziali per la risoluzione di determinate tipologie di controversie, alle quali sembravano più adatti modelli procedimentali più semplici e flessibili di quelli tipici del processo ordinario. Una delle proposte che riscosse maggiore successo fu quella che propugnava la creazione di "*multi-door courthouses*", ossia di palazzi di giustizia presso i quali avrebbero dovuto essere offerti ai cittadini, in aggiunta ai normali servizi giudiziari, programmi di mediazione e di arbitrato, tra i quali scegliere il metodo di risoluzione più adatto alla specifica controversia. In questo modo – si affermava – veniva ampliato concretamente l'accesso alla giustizia, mettendo a disposizione della collettività strumenti di definizione dei conflitti meno costosi e complessi del processo ed anche più adeguati alle peculiarità del caso concreto.

Negli anni Ottanta e Novanta del secolo scorso le alternative al processo si affermano negli Stati Uniti come uno dei temi al centro dell'attenzione non solo dei giuristi, ma anche di antropologi, sociologi ed economisti. Un importante apporto teorico allo studio delle alternative si deve al filosofo del diritto Lon Fuller, che ha contribuito a far emergere il concetto del conflitto come fenomeno policentrico, caratterizzato da una fitta trama di questioni connesse tra loro e difficilmente risolubili applicando la logica del "tutto o niente" propria del processo, in cui, per definizione, c'è una parte vittoriosa ed una parte perdente. Fuller fa un esempio illuminante. Si immagini il caso di un ricco signore, che lascia in eredità a due musei, in parti uguali, la sua preziosa collezione di quadri. Tra i due musei sorge una controversia su come dividere la collezione: in base al pittore, allo stile del quadro, al valore di ogni dipinto e così via. Il processo porrebbe certamente fine alla controversia, ma non necessariamente la decisione terrebbe conto di quelli che sono gli interessi di ciascun museo. Un museo, ad esempio, potrebbe avere interesse a ricevere solo i quadri dipinti da un certo pittore, avendone già altri e

perseguendo l'obiettivo di esporre la sua *opera omnia*: per questa ragione, il museo potrebbe essere disposto ad accettare meno quadri di quanti potrebbe ricevere se la collezione venisse semplicemente divisa in due parti, a patto di avere tutte le opere del pittore in questione. In conclusione, procedimenti diversi dal processo tradizionale consentono non solo di dirimere una controversia, ma anche di pervenire a soluzioni che il giudice non potrebbe adottare, dovendo limitarsi ad applicare le norme, senza che acquistino rilevanza gli interessi e le esigenze delle parti coinvolte.

L'attuazione pratica della giustizia "alternativa" ha probabilmente superato le aspettative di chi, a livello teorico, si era prodigato a metterne in luce i vantaggi. La galassia americana delle alternative al processo è estremamente complessa; nel corso degli anni si è sviluppata una e vera e propria "industria" delle alternative al processo, dando vita ad una forma di giustizia parallela, tendenzialmente privata, in assoluta concorrenza con quella pubblica. Il ricorso a metodi alternativi è ormai configurato come un passaggio obbligato per chi intenda far valere i propri diritti in una molteplicità di materie; d'altro canto, molti giudici, federali e statali, obbligano le parti a tentare la via dei metodi alternativi, sospendendo la causa in attesa che, auspicabilmente, le parti raggiungano un accordo che renda superflua la prosecuzione del processo.

Quanto detto finora sulla storia recente delle alternative al processo nell'esperienza americana mette in evidenza due elementi importanti per comprendere il fenomeno e la sua diffusione, oramai a livello mondiale. Il primo elemento è la funzione deflattiva dei metodi alternativi: in una situazione di sovraccarico dei tribunali, con l'inevitabile corredo di processi molto lunghi e costosi, sorge l'esigenza di cercare altre forme di definizione delle controversie, che si sviluppino fuori dalle aule giudiziarie. Il secondo elemento, non meno importante almeno nell'ottica di chi ha un approccio quasi fideistico alla c.d. giustizia coesistenziale, è la rilevanza riconosciuta a quelli che sono i reali interessi delle parti in conflitto, interessi di cui una decisione giudiziale, resa secondo le norme applicabili alla fattispecie concreta, per definizione non può tenere conto. Sotto questo profilo, uno degli aspetti dei metodi alternativi maggiormente celebrati da chi ne sostiene incondizionatamente l'utilità è proprio la possibilità di addivenire ad una composizione del conflitto in una maniera che rifletta il più possibile i veri bisogni ed interessi delle parti, attraverso l'elaborazione di soluzioni anche molto originali e non necessariamente inquadrabili nello schema normativo determinato dalle norme che, in punto di diritto, regolerebbero il caso di specie.