

UN'ALTERNATIVA ALLE ALTERNATIVE: MODELLI DI RISOLUZIONE DEI CONFLITTI.

Michele Taruffo*

Sumário: 1. Aspetti dell'Alternative Dispute Resolution; 2. Problemi delle alternative; 3. La giurisdizione come alternativa; 4. Il processo come alternativa efficiente; 5. Connessioni tra processo e alternative; Conclusioni.

Resumo: O texto apresenta uma abordagem crítica e contemporânea dos modelos de resolução de conflitos, traz distinções entre mediação e arbitragem, bem como as impropriedades do conceito de "Alternative Dispute Resolution". Aponta ainda os equívocos da adoção da mediação e da arbitragem como vias mestras para a solução dos conflitos, resgatando por fim o papel da jurisdição.

Abstract: The text presents a critical approach and contemporary of the models of conflict resolution, brings distinctions between mediation and arbitration as well as impropriedades the concept of "Alternative Dispute Resolution". It indicates even the misunderstandings of the adoption of mediation and arbitration as master avenues for the solution of conflicts, finally rescuing the role of jurisdiction.

Palavras-chave: Alternative Dispute Resolutions; mediação; arbitragem; jurisdição

Keywords: Alternative Dispute Resolutions; mediation; arbitration; jurisdiction

1. Aspetti dell'Alternative Dispute Resolution.

Uno dei fenomeni più rilevanti nella recente evoluzione di molti ordinamenti è il ricorso massiccio ai c.d. metodi alternativi di risoluzione delle controversie (detti anche ADR, da *Alternative Dispute Resolution*). Se ne discute molto, se ne scrive molto, ed anche vari legislatori dedicano un numero crescente di norme dirette ad incoraggiare in tutti i modi il ricorso a questi metodi.

Si tratta tuttavia di un fenomeno che si presta a vari equivoci e che presenta aspetti discutibili, sui quali è opportuno svolgere qualche considerazione.

* Professor da Università di Pavia (Italia)

Anzitutto, va sottolineato che non si tratta di un fenomeno unitario ed omogeneo. Per un verso, infatti, occorre almeno distinguere, all'interno dell'ADR, tra la *mediazione* (o *conciliazione*) e l'*arbitrato*. Questi istituti non hanno nulla in comune, se non il fatto di essere quindi alternativi rispetto al procedimento giurisdizionale. Quindi è improprio parlare genericamente di ADR senza tener conto di questa distinzione. Per altro verso, esistono innumerevoli forme di mediazione, così come esistono vari tipi di arbitrato, interno e internazionale, e quindi anche da questo punto di vista ogni discorso che riguardi genericamente l'ADR, senza tener conto di tutte queste variazioni, rischia di essere generico e poco significativo.

Va poi sottolineato che forme di ADR come la mediazione e l'arbitrato sono sempre esistite. La novità che è emersa negli ultimi anni non è dunque la loro creazione, bensì l'enfasi che dottrina e legislatori pongono su questi strumenti –ed in particolare, ma non soltanto, sulla mediazione o conciliazione- non più presentandoli –come accadeva in passato- come metodi sostanzialmente residuali di risoluzione delle controversie, ma come la “via maestra” che le parti dovrebbero seguire per risolvere i loro conflitti. Si potrebbe forse ipotizzare che sul piano della realizzazione pratica il ricorso ai metodi di ADR sia molto meno frequente e meno rilevante di quanto possa apparire dalla letteratura in argomento, ma questo è un dubbio che potrebbe essere risolto soltanto sulla base di dati statistici dei quali non disponiamo. Per quanto riguarda l'Italia, le informazioni disponibili mostrano che le forme organizzate di conciliazione non sono molto frequenti, e risolvono un numero assai limitato di controversie, non esistono invece informazioni relative alla frequenza degli arbitrati. Rimane comunque il fatto che in questi decenni, ma con una forte accelerazione negli ultimi 5-10 anni, l'ADR è diventato un centro di attenzione tra i più rilevanti nell'area dell'amministrazione della giustizia civile. Su scala internazionale sono migliaia le norme che se ne occupano (pare che solo negli Stati Uniti siano più di 2.500 le leggi che parlano di *mediation*), e su di esso si è formata una letteratura vastissima, la cui elencazione occuperebbe dozzine di pagine.

Le ragioni che stanno alla base di questo fenomeno sono diverse e non possono essere qui analizzate in modo adeguato; vale tuttavia la pena di indicarne almeno i fattori principali.

Da un lato, entrano in gioco elementi di natura culturale. A differenza di quanto accade nei sistemi come quello cinese e giapponese, ove la filosofia confuciana è da sempre alla base del tradizionale favore per la mediazione, negli ordinamenti occidentali il fondamento culturale delle tendenze favorevoli all'ADR è assai più recente e –per certi versi- molto meno solido. A seconda dei casi e dei momenti, essa include aspetti diversi. Uno di questi aspetti è l'emersione, negli Stati Uniti degli anni '60 e '70, di una cultura “alternativa” rispetto alla cultura giuridica prevalente, nella quale metodi conciliativi e comunitari di soluzione delle controversie (specialmente quelle di minor valore, tipiche degli strati più poveri

della società) vennero contrapposti al ricorso alle corti come rimedi più accessibili e più efficaci. Non a caso questi orientamenti nacquero nell'ambito della sociologia e della filosofia sociale, e trovarono un successo assai limitato tra i giuristi nordamericani. Questa cultura giunge in Europa con qualche decennio di ritardo (come spesso avviene), e determina il fiorire di una vera e propria moda di favore per "le alternative".

Un secondo aspetto, connesso però al primo, deriva dall'idea che le tecniche di ADR rappresentino una sorta di "giustizia coesistenziale" che va preferita rispetto alle forme di "giustizia conflittuale" tipica del processo. Essa, infatti, avrebbe il vantaggio di superare il conflitto invece di approfondirlo, come spesso avviene nei processi, e avrebbe l'ulteriore vantaggio di rendere "giustiziabili" controversie che altrimenti rimarrebbero irrisolte perché difficilmente verrebbero portate davanti ad una corte. In questi modi si realizzerebbe quindi la tutela di diritti che non verrebbero realizzati attraverso i consueti rimedi giurisdizionali, e le alternative svolgerebbero una funzione suppletiva rispetto alla giurisdizione, in quanto contribuirebbero a realizzare l'accesso di tutti a qualche forma di soluzione delle controversie.

Questi aspetti finiscono poi con l'intrecciarsi, specialmente in anni recenti, con le varie ideologie *neo-privatistiche* che si vanno diffondendo in varie parti d'Europa (non negli Stati Uniti, dove già da tempo svolgono un ruolo dominante). Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie, queste ideologie influiscono nel senso di alimentare ed incrementare lo sfavore e la diffidenza verso la giustizia dello Stato, e quindi verso il ricorso agli strumenti giurisdizionali, e suggeriscono invece l'opportunità di servirsi di metodi *privati*, nei quali si realizzerebbe la libera autonomia dei singoli individui, senza interferenze da parte dei giudici e senza i costi e le disfunzioni della giustizia pubblica. Di volta in volta viene allora incoraggiato il ricorso a varie forme di mediazione, e si presenta l'arbitrato come il metodo ideale per risolvere controversie rimanendo nell'ambito dell'autonomia e della disponibilità privata.

Tuttavia, questi elementi di carattere culturale ed ideologico non sono sufficienti a spiegare il fenomeno di cui ci stiamo occupando. Un fattore estremamente importante, e probabilmente il più importante di tutti in vari ordinamenti europei, è costituito dall'attività del legislatore, che con frequenza sempre maggiore interviene disciplinando –e talvolta imponendo– il ricorso a varie forme di mediazione, ed incoraggiando l'impiego dell'arbitrato. In vari ordinamenti –e sotto questo profilo l'esempio dell'Italia è particolarmente significativo– la ragione di questo intervento del legislatore sta nella crisi profonda che caratterizza il funzionamento della giustizia civile "pubblica", e nell'incapacità dello stesso legislatore di porvi rimedio. In queste situazioni il favore del legislatore verso i metodi di ADR non è motivato da particolari ragioni culturali (anche se le ideologie neo-privatistiche influiscono sugli orientamenti legislativi), ma da una banale e drammatica ragione pratica: dato che la giustizia dello Stato non funziona, il

legislatore tenta di deviare la maggior quantità possibile di controversie al di fuori dei canali giurisdizionali, con lo scopo di ridurre il carico di lavoro dei giudici e di consentire alle parti di trovare “qualche” soluzione ai loro problemi. In sostanza, il legislatore invia ai cittadini un messaggio di questo genere: “poiché lo Stato non è in grado di offrire una tutela giurisdizionale efficiente ai vostri diritti, rivolgetevi altrove –alla conciliazione o all’arbitrato- per risolvere le vostre controversie”.

Ecco allora il moltiplicarsi di interventi legislativi che mirano a favorire in tutti i modi possibili la soluzione conciliativa delle controversie, talvolta rendendo addirittura obbligatorio il tentativo di conciliazione, o ad indurre le parti a ricorrere all’arbitrato facendone uno strumento idoneo a produrre gli stessi effetti dei provvedimenti giurisdizionali. Sotto questo profilo si può dire allora che il successo dell’ADR è direttamente proporzionale –ed anzi ne è una immediata conseguenza- alla inefficienza della giustizia dello Stato. Non è un caso, d’altronde, che tale successo sia assai minore in quegli ordinamenti –come ad esempio quello tedesco- in cui la giustizia civile è accessibile a tutti e funziona in modo rapido ed efficiente, fornendo una efficace tutela dei diritti. In questa prospettiva il ricorso all’ADR non appare come un fenomeno in sé positivo, quanto piuttosto come il riflesso di un fenomeno drammaticamente negativo rappresentato dalla disfunzione della giustizia dello Stato.

Non si vuole in questo modo negare che in molti casi una soluzione conciliativa della controversia sia opportuna –se in questa direzione si manifesta la concorde volontà delle parti- o che il ricorso all’arbitrato appaia talvolta più vantaggioso rispetto al processo giudiziario. Spesso, invero, vi sono buone ragioni perché le parti trovino preferibile servirsi dell’una o dell’altra fra le numerose tecniche di ADR disponibili. Così, ad esempio, i conflitti familiari vengono affrontati meglio con tecniche di mediazione piuttosto che con procedimenti giudiziari, e in materia di rapporti commerciali è probabile che i vantaggi dell’arbitrato in termini di riservatezza, e della possibilità di scegliersi gli arbitri, controbilancino i costi più elevati di questo strumento. Ciò che va sottolineato è il fatto, in sé fortemente negativo, che il ricorso alle alternative rischia di diventare l’unica possibilità che le parti hanno per risolvere i loro conflitti, di fronte al fallimento dell’amministrazione della giustizia “pubblica”.

2. Problemi delle alternative.

Di fronte al successo teorico e legislativo che sembra caratterizzare la stagione presente dei metodi di ADR, non si può tuttavia evitare di far riferimento ad alcuni dei problemi che tali metodi fanno emergere. E’ notevole la circostanza che già negli anni ’80, mentre in Europa cominciava a diffondersi la moda dell’ADR, proprio negli Stati Uniti siano emerse varie voci critiche –tra cui soprattutto quelle di Richard Abel e di Owen Fiss- che hanno messo in rilievo

numerosi limiti e inconvenienti che caratterizzano, in particolare, i metodi fondati sulla mediazione.

In questa sede non è possibile svolgere un'analisi critica delle varie forme di conciliazione e di mediazione, che richiederebbe uno studio comparatistico approfondito. Tuttavia vale la pena di accennare almeno ai problemi principali che sorgono a questo proposito.

Una prima importante difficoltà riguarda proprio la capacità della mediazione di realizzare un'adeguata tutela dei diritti coinvolti nella controversia. Da un lato, infatti, si potrebbe osservare che la mediazione rappresenta una valida alternativa alla tutela giurisdizionale solo se è in grado di offrire una protezione dei diritti che sia sostanzialmente equivalente a quella che si potrebbe ottenere attraverso il processo. Dall'altro lato, però, è chiaro che la possibilità di esito positivo della mediazione si fonda sulla disponibilità delle parti a trovare un accordo che difficilmente darà ragione per intero a chi è titolare di un diritto: il compromesso implica sempre qualche rinuncia alla rivendicazione integrale del proprio diritto. Non a caso, anzi, i teorici della mediazione affermano che il diritto deve "rimanere fuori della porta", e non deve interferire in alcun modo con la mediazione, rispetto alla quale il riferimento alla dimensione giuridica della controversia costituirebbe un ostacolo. In altri termini, la mediazione non servirebbe a tutelare diritti ma a realizzare il compromesso tra interessi non giuridicamente qualificati.

Questo modo di pensare introduce però un dubbio radicale circa la capacità della mediazione di costituire una alternativa realmente equivalente alla tutela giurisdizionale. Si tratta certamente di una tecnica per risolvere il conflitto, ma anche quando essa ha esito positivo non consegue il risultato di tutelare in modo effettivo i diritti che sono alla base del conflitto. E' dunque improprio dire che la mediazione serve a "fare giustizia" o che essa costituisce una "giustizia alternativa", almeno finché al termine "giustizia" si attribuisce una connotazione giuridica. Si tratta, piuttosto, di un metodo che mira a sanare un conflitto attraverso il contemperamento degli interessi in gioco.

Una seconda rilevante difficoltà riguarda il fatto che di regola la mediazione non è in grado di eliminare o almeno ridurre le conseguenze della disuguaglianza che può sussistere –e che spesso esiste- tra le parti della controversia. In generale i metodi di mediazione non affrontano il problema, e neppure è lecito attendersi che il mediatore sia attivo nel senso di proteggere la parte più debole contro le prevaricazioni della parte più forte: egli, infatti, deve essere neutrale se vuole conseguire il proprio obiettivo che consiste nel far sì che le parti raggiungano *comunque* un accordo. Nulla esclude dunque che nell'ambito della mediazione si pervenga a soluzioni ingiuste, non solo perché non si tiene conto della dimensione giuridica della controversia, ma anche perché la parte più forte è sempre in grado di imporre la soluzione per se' più vantaggiosa alla parte più debole. Non si può anzi escludere che la mediazione funzioni nel senso di

amplificare la disuguaglianza tra la parti, invece di porvi qualche rimedio.

La terza difficoltà, connessa con la seconda, riguarda più in generale la tutela dei soggetti deboli. Storicamente il legislatore è intervenuto a protezione dei soggetti deboli utilizzando varie tecniche normative, la principale delle quali consiste nel rendere *indisponibili* i diritti di questi soggetti. Come si vede bene nel caso della tutela del lavoratore, il legislatore interviene –per così dire– proteggendo il soggetto debole “contro se stesso”, ossia considerando nulli gli atti di disposizione dei suoi diritti, in base alla presunzione che tali atti non siano stati compiuti liberamente ma siano stati imposti dalla controparte forte. Si tratta dunque di situazioni giuridiche “a tutela rafforzata” sul piano sostanziale, con norme la cui applicazione può sempre essere invocata di fronte al giudice. La mediazione opera invece in senso contrario, perché presuppone che l’accordo tra le parti venga raggiunto proprio in quanto esse *dispongano* dei propri diritti (ed anzi non li prendano neppure in considerazione). Nella prospettiva della tutela dei soggetti deboli non pare dubbio che ciò rappresenti un importante passo indietro: si tende infatti ad eliminare la protezione costituita dalla indisponibilità del diritto, e dal possibile intervento del giudice a tutela di questo diritto. Si preferisce invece un metodo di soluzione della controversia che espone il soggetto debole a tutte le conseguenze negative della sua debolezza, ed in particolare alla necessità di accettare una soluzione che la parte forte gli impone. Ciò che in tal modo viene rafforzato non è la posizione della parte debole, ma la posizione del soggetto che è in grado di sfruttare la propria supremazia economica e sociale.

Una considerazione analoga si può svolgere a proposito della quarta difficoltà. Essa sorge a proposito del movimento, che è diventato particolarmente importante ed influente in questi ultimi anni, in favore dell’affermazione e della protezione dei diritti c.d. *fondamentali* o *umani*, come la vita, la libertà, la dignità della persona. Di fronte alle frequenti violazioni di questi diritti, si può porre il problema di quale sia il metodo migliore per risolvere le relative controversie, ed in particolare se le tecniche di ADR impiegate sulla mediazione possano essere validamente impiegate. In proposito mi sembra che una risposta positiva possa essere data solo se si pensa esclusivamente alle eventuali conseguenze economiche della violazione di un diritto fondamentale: se si tratta di denaro, che l’autore della violazione paga per risarcire il danno subito dalla vittima, si può anche ammettere che si possa giungere ad un accordo, che avrebbe –rispetto ad un processo lungo ed inefficiente– il relativo vantaggio per la vittima di ottenere probabilmente poco, ma subito.

Pare evidente, tuttavia, che i diritti fondamentali non possano essere ridotti alle conseguenze economiche della loro violazione: per così dire, l’essenza dei diritti fondamentali sta nel fatto che essi non sono *monetizzabili*. E’ difficile pensare, infatti che una violazione dei diritti di libertà o del diritto ad una vita dignitosa sia integralmente compensabile in denaro. Da ciò discende però una implicazione molto importante, ossia l’inadeguatezza strutturale di qualsivoglia forma di

mediazione quando l'oggetto del conflitto sia rappresentato dalla violazione di un diritto fondamentale e dalla necessità di assicurare la tutela di questo diritto. Invero, non pare accettabile una negoziazione che implichi ad esempio la disponibilità dei diritti di libertà, nella quale il titolare di questi diritti possa essere indotto ad accettarne una limitazione, o la disponibilità del diritto alla vita o alla salute in una mediazione che implichi la rinuncia totale o parziale a questi diritti.

A proposito dei metodi di ADR sorgono numerosi altri problemi, come quelli che riguardano ad esempio l'imparzialità dei mediatori e degli arbitri e la correttezza del loro comportamento nell'ambito dei relativi procedimenti, ma questi problemi non possono essere qui affrontati. Le considerazioni appena svolte sembrano peraltro sufficienti a porre in evidenza almeno alcune delle questioni più importanti che sorgono a proposito dei metodi di ADR.

3. La giurisdizione come alternativa.

Siamo dunque di fronte ad un problema che si incentra su una contraddizione di fondo: da un lato vi è la tendenza sempre più forte a proporre, e spesso ad imporre, il ricorso alle tecniche alternative di risoluzione delle controversie, configurandole, in realtà, come lo strumento migliore o addirittura come l'unico strumento di cui si dispone per affrontare i conflitti; dall'altro lato vi è la necessaria consapevolezza dei limiti intrinseci che caratterizzano questi strumenti, e che si concretizzano nella loro incapacità di offrire sempre al cittadino una protezione effettiva dei suoi diritti.

Si spiega in questa prospettiva il titolo che è stato dato a queste riflessioni. Se le alternative non sono –o non sono sempre– strumenti adeguati alla tutela reale dei diritti, occorrerà pensare ad una “alternativa alle alternative”. Poiché i metodi di ADR rappresentano alternative al processo giudiziario, è allora al processo che bisogna pensare come “alternativa alle alternative”, rovesciando così il modo consueto di porre la questione. Al di là del gioco di parole, peraltro, con questa formulazione si pone il problema fondamentale nell'ambito della risoluzione delle controversie. Se è vero, come si è accennato più sopra, che la ragione più importante del successo delle “alternative” consiste nella crisi di efficienza della giustizia pubblica, allora ha senso configurare il processo come alternativa valida –ed eventualmente preferibile– ai metodi di ADR soltanto se esso è in grado di assicurare una effettiva ed efficiente tutela dei diritti.

Non bisogna d'altronde dimenticare che il processo è, tradizionalmente, strutturalmente ed istituzionalmente, *il* metodo fondamentale per la risoluzione delle controversie. Tutti gli ordinamenti moderni, almeno nel mondo occidentale (ma le cose stanno cambiando in questo senso anche negli ordinamenti asiatici tradizionalmente incardinati su metodi conciliativi) sono orientati in questo senso: la complessa vicenda della elaborazione e dell'applicazione delle garanzie

costituzionali del processo, dall'accesso alla giustizia al "giusto processo" sino all'obbligo di motivazione delle sentenze, è la testimonianza più importante del ruolo centrale che al processo giurisdizionale viene assegnato nel sistema dei diritti e della loro tutela. Non vi è poi bisogno di elaborate argomentazioni per illustrare ciò che la giurisdizione significa nella struttura degli orientamenti moderni, e come la tutela giurisdizionale sia un aspetto imprescindibile nella concezione attuale dei diritti che fanno capo al cittadino. Il problema non è, dunque, quello di discutere il ruolo della giurisdizione e del processo nel quadro degli ordinamenti giuridici: la possibilità che le controversie siano risolte da giudici attraverso procedure regolate dalla legge e per mezzo di decisioni giuste e legittime è alla base di ogni ordinamento giuridico attuale. Sotto questo aspetto, appare dunque del tutto ovvio che la giurisdizione sia la vera "alternativa alle alternative", e sia anzi la "via maestra" per la risoluzione delle controversie.

Il problema, come già si è detto, è un altro, e riguarda l'efficienza della giurisdizione e la sua effettività nella tutela dei diritti. Tuttavia questo problema non si risolve come qualche legislatore –come quello italiano– tende a fare, ossia lasciando che la giurisdizione rimanga inefficiente e incoraggiando o costringendo i cittadini a quella che può propriamente definirsi come una *fuga dalla giurisdizione*. Il problema si risolve –invece– facendo in modo che la giurisdizione sia efficiente, e facendo in modo che il ricorso alternative non sia per le parti una strada obbligata.

4. Il processo come alternativa efficiente.

La fondatezza delle osservazioni che precedono è confermata dall'analisi comparatistica di ciò che è accaduto negli ultimi anni nella maggior parte degli ordinamenti processuali, nei quali si è cercato –non di rado con successo– di introdurre riforme capaci di portare il processo giudiziario ad essere il principale strumento, e il più efficiente, di risoluzione delle controversie. Senza poter qui svolgere un'analisi comparata delle principali riforme realizzate negli ultimi anni, sembra tuttavia utile indicare quali sono state le prospettive più importanti dal punto di vista della realizzazione di metodi giudiziari rapidi ed efficaci di risoluzione delle controversie.

Prima di tutto viene in evidenza l'adozione –o il perfezionamento dove esso già esisteva– di un modello processuale idoneo a funzionare in maniera abbastanza rapida. A questo proposito il punto di riferimento è stato in molti casi nell'Europa continentale (come ad esempio nella *LEC* spagnola) il modello austrotedesco imperniato su un procedimento bifasico, con una fase preliminare dedicata alla trattazione della causa e una fase istruttoria destinata a concludersi con la sentenza, ispirato ai canoni della massima concentrazione possibile, soprattutto nella fase di assunzione delle prove. Si tratta di un modello ben sperimentato, che ha dato risultati molto positivi nei casi in cui è stato applicato in Europa. Nei sistemi di *common law* l'articolazione del processo nelle fasi di *pre-trial* e di *trial*

rappresenta l'aspetto strutturale più importante del procedimento, e presenta molti vantaggi ai quali accennerò tra poco.

Al contrario, è facile vedere che dove questo modello non viene seguito o viene applicato in modo inadeguato –come è accaduto in Italia con le varie riforme parziali che si sono susseguite a partire dagli anni '90- non si conseguono risultati significativi in termini di maggior rapidità del processo civile. Le cause delle disfunzioni della giustizia civile sono varie e complesse –come ben dimostra, ancora una volta, il caso italiano- ma non pare dubbio che tra queste cause abbia un ruolo importante il modello di procedimento che costituisce la struttura portante della “macchina” processuale. Si potrà dire, invero, che non è sufficiente un buon modello processuale per risolvere i problemi della giustizia civile, ma è altrettanto vero che senza un buon modello processuale questi problemi non potranno mai essere risolti. Per così dire, se si dispone di un tipo di processo che può essere lungo ed inefficiente, si può essere sicuri che in pratica i processi saranno davvero lunghi ed inefficienti.

Un ulteriore fattore di grande importanza è costituito dalla possibilità di adattare lo strumento processuale alle necessità del singolo caso, evitando lo spreco di risorse quando per la natura della controversia queste non siano necessarie, ed impiegando l'intero arsenale degli strumenti processuali soltanto quando la complessità della causa effettivamente lo richieda. Una finalità di questo genere può essere perseguita con varie strategie, alcune delle quali sono evidentemente errate mentre altre si rivelano efficaci.

Le strategie sbagliate sono esemplificate dal caso italiano, nel quale si moltiplicano –accanto al processo “ordinario”- numerosi processi speciali, diversi l'uno dall'altro, che vengono costruiti “per materie”, ossia prevedendo procedimenti diversi per materie diverse (come ad esempio: lavoro, famiglia, diritto societario, e così via). A parte le infinite complicazioni a cui questa proliferazione di riti speciali dà luogo, l'errore consiste nel non considerare che in ogni materia vi possono essere controversie semplici, per le quali è sufficiente un procedimento semplificato e rapido, e controversie complesse, che invece richiedono un procedimento più complicato ed articolato. Si finisce così per impiegare il rito ordinario, più formalistico e lungo, anche per controversie semplici, e per impiegare riti in vario modo sommati per controversie che richiederebbero l'impiego di strumenti processuali più complessi e sofisticati.

Le strategie giuste hanno trovato un recente esempio molto significativo nelle *Rules of Civil Procedure* inglesi entrate in vigore nel 1999, nelle quali si prevedono tre tipi di procedimento, detti *tracks*, diversi tra loro per articolazione e grado di formalismo. Spetta al giudice scegliere di volta in volta, secondo vari criteri stabiliti dalla legge -che fanno sostanzialmente capo alla natura e alla complessità della controversia- quale sia il *track* più adatto nel singolo caso concreto. In questo modo si realizza quella che si potrebbe chiamare la

proporzionalità tra la complessità della controversia e la complessità del procedimento che si usa per risolverla, e impiegano razionalmente le risorse processuali disponibili.

Qualcosa di simile esiste d'altronde anche nel processo tedesco, dove il giudice può indirizzare la causa lungo una fase preliminare orale, semplice e rapida, ovvero verso una trattazione preliminare scritta e più complessa, a seconda dei problemi che emergono nella singola controversia di cui si tratta.

Al di là di questi esempi particolari, pur molto significativi, il criterio generale che richiede di essere seguito è quello per cui le forme del procedimento debbono essere configurate ed interpretate in modo *elastico e flessibile* per potersi adattare alle esigenze della singola controversia. Sembra chiaro –ma questo è un punto che meriterebbe maggiore approfondimento– che il *dominus* di questo adattamento del processo alle esigenze del singolo caso non potrebbe essere che il giudice, il quale dovrebbe essere dotato dei poteri che sono necessari per un effettivo *case management*. Non le parti, perché in ogni processo vi è sempre almeno una parte (ossia: il debitore che sa di aver torto, soprattutto se è la parte forte) che ha interesse a far sì che il processo duri il più a lungo possibile e tuteli in maniera inefficiente o non tuteli affatto il diritto dell'altra parte (ossia: il creditore che ha ragione).

Nell'ambito del processo bifasico di cui si è fatto cenno, l'aspetto forse più importante è quello che riguarda la fase preliminare (o di *pre-trial*), soprattutto in funzione del fatto che questa fase non serve solo a preparare la causa per la fase successiva e la eventuale decisione con sentenza, ma serve anche –e in alcuni casi serve soprattutto– a risolvere la controversia evitando l'ulteriore prosecuzione del processo. Anche sotto questo profilo il caso paradigmatico è quello dell'Inghilterra, dove solo una percentuale limitatissima di controversie (intorno al 2%, e forse meno) supera la fase preliminare e giunge al *trial* per l'assunzione delle prove e la pronuncia della sentenza. E' molto simile l'esperienza nordamericana, dato che anche negli Stati Uniti la quantità di cause che giungono al *trial* è molto limitata. La ragione di questi fenomeni è abbastanza chiara, anche se talvolta sono tecnicamente complessi gli strumenti processuali per mezzo dei quali essi si realizzano. Tale ragione consiste nel fatto che nell'ambito della fase preliminare si verificano varie occasioni nelle quali le parti vengono indotte a porre fine alla controversia, oppure il procedimento si chiude con un provvedimento immediato. L'esempio principale di questa ultima eventualità è quello delle condanne *in default*, o dei provvedimenti di *striking out*, che fanno immediatamente seguito alla contumacia di una parte o alla mancata osservanza di termini perentori entro i quali debbono esser compiute determinate iniziative processuali.

Sono però più interessanti altri meccanismi, che risultano essere molto efficaci nel senso di provocare la fine precoce delle controversie. Uno di questi meccanismi è il *payment into court* del diritto inglese: esso consiste nella possibilità

che il debitore convenuto depositi la somma che ritiene di dovere al suo creditore presso la cancelleria del giudice. L'attore creditore può accettare la somma, nel qual caso il processo è finito, o rifiutarla. Nel secondo caso il processo prosegue, ma se il creditore otterrà con la sentenza una somma uguale o inferiore a quella che non ha accettato, sarà condannato al pagamento delle spese anche se in realtà è risultato vittorioso. Si tratta, come è facile vedere, di una forma peculiare di accordo tra le parti, che risulta essere molto efficace nel senso di porre termine a numerose controversie nell'ambito della fase di *pre-trial*, anche in funzione dei costi elevati della giustizia civile inglese.

Negli Stati Uniti è soprattutto la *discovery* a favorire il raggiungimento di un *settlement* tra le parti nella fase preliminare del processo. Come è noto, la *discovery* nordamericana serve a vari scopi, il principale dei quali è quello di consentire a tutte le parti di venire a conoscenza di tutti i documenti o i mezzi di prova che sono in possesso delle altre parti o di terzi, ed anche di interrogare anticipatamente tutti i testimoni che potrebbero essere chiamati al *trial*. Inoltre, la *discovery* viene normalmente ammessa secondo criteri molto ampi, e quindi mette le parti (o almeno quelle che se ne servono in modo adeguato) nella condizione di valutare con buona approssimazione le proprie possibilità di vittoria e il rischio a cui vanno incontro proseguendo il processo fino al *trial* e alla pronuncia della sentenza. Questa possibilità di una valutazione realistica delle rispettive *chances* nel corso della fase preliminare del procedimento sembra essere un fattore che influenza decisamente le scelte strategiche delle parti, e favorisce il raggiungimento di accordi transattivi che pongono fine alla controversia.

5. Connessioni tra processo e alternative.

Gli esempi che si sono ora tratti dall'esperienza inglese ed americana mostrano che, in realtà, l'alternativa tra processo giurisdizionale e metodi conciliativi di risoluzione delle controversie non è rigida e assoluta: al contrario, forme di conciliazione possono esistere *in connessione* con il processo, ed anche *all'interno* del processo.

Nell'ambito della prima categoria è particolarmente rilevante la previsione di un *tentativo preliminare* di conciliazione, che si colloca nel momento immediatamente anteriore al processo, e che è destinato –in caso di successo- a prevenire l'instaurazione della causa. Questo tentativo può essere previsto come facoltativo o come obbligatorio, e gli esempi sono numerosi: basti ricordare, fra i tentativi di conciliazione configurati come obbligatori, quello che è previsto in Italia per le controversie in materia di lavoro, e le *statutory grievance procedures* che debbono precedere l'inizio del procedimento presso gli *Employment Tribunals* inglesi.

Anche l'eventualità che un accordo conciliativo venga raggiunto nel corso

del processo è piuttosto comune: in molti ordinamenti si attribuisce infatti al giudice il compito di tentare la conciliazione delle parti: se il tentativo ha successo l'accordo tra le parti pone fine al processo e risolve la controversia.

Questi strumenti hanno tuttavia un esito incerto e discontinuo. In particolare, l'esperienza di alcuni ordinamenti è nel senso che il tentativo di conciliazione effettuato dal giudice, di solito nella fase iniziale del procedimento, porti raramente ad risultati positivi. Può accadere –ed accade piuttosto spesso– che mentre il processo è in corso le parti raggiungano un accordo, ma solitamente si tratta di una transazione stragiudiziale, alla quale il giudice rimane estraneo; questo non è neppure un vero e proprio metodo alternativo di soluzione della controversia, ma un normale accordo negoziale con il quale le parti ridefiniscono i loro rapporti.

La combinazione tra metodi alternativi e procedimento giudiziario può assumere molte forme, che qui non possono essere analizzate specificamente. Vale tuttavia la pena di accennare ad una combinazione che per molti aspetti appare interessante, e che sta cominciando –sulla base del modello offerto dall'esperienza statunitense– ad essere utilizzata in vari ordinamenti. Essa consiste essenzialmente nella previsione della possibilità che il giudice, qualora lo ritenga opportuno, rimetta le parti di fronte ad un conciliatore (nel qual caso si ha una *court-annexed mediation*) o di fronte ad un arbitro (nel qual caso si ha una *court-annexed arbitration*). Nel primo caso, se le parti raggiungono un accordo il processo è finito, mentre se non lo raggiungono tornano davanti al giudice per la continuazione del processo. Nel secondo caso le parti possono accettare la decisione dell'arbitro, così ponendo termine al processo, o possono non accettarla, nel qual caso il processo prosegue. In entrambe le situazioni si possono prevedere conseguenze negative – di regola in termini di spese processuali- a carico della parte che abbia rifiutato una soluzione della lite –conciliativa o arbitrale- che poi si rivela a lei più favorevole rispetto a quella che alla fine del processo viene stabilita dal giudice.

La caratteristica fondamentale di questi istituti consiste nel fatto che la loro attivazione non dipende dalla volontà delle parti, ma da una decisione che il giudice prende avendo valutato la natura della controversia e l'opportunità di sperimentare metodi di soluzione alternativi rispetto alla prosecuzione del processo e alla pronuncia della sentenza. Naturalmente la volontà delle parti è decisiva quanto all'accettazione dei risultati a cui questi metodi pervengono, o alla necessità che il processo prosegua, ma rimane importante il fatto che sia il giudice a decidere circa l'opportunità di tentare le vie alternative.

Ciò consente di evitare perdite di tempo in tentativi che sin dall'inizio appaiono destinati a fallire, e di adattare l'impiego dei metodi alternativi alla specifica situazione che emerge nel singolo caso. Questi metodi presentano comunque altri vantaggi, che vanno brevemente messi in evidenza.

Anzitutto, essi trovano attuazione sotto il controllo del giudice, e presso

organi –di conciliazione o di arbitrato- che il giudice stesso indica. Può anche trattarsi di organi pubblici, o di servizi appositamente organizzati: secondo il modello della c.d. *multi-door court* questi servizi potrebbero essere anche istituiti presso le corti, e sotto il controllo di apposite autorità. In questo modo può essere garantita la serietà e l'imparzialità dei conciliatori e degli arbitri, ed anche la loro preparazione professionale, oltre alla loro capacità di trattare le parti in modo corretto ed equo.

Un altro aspetto positivo consiste nel fatto che quando la controversia viene indirizzata verso una *court-annexed mediation* o verso una *court-annexed arbitration* essa ha già acquisito una impostazione giuridica: non solo le parti hanno già precisato le loro posizioni e le loro pretese, ma anche il giudice ha già definito una configurazione giuridica della controversia. E' già chiaro, in altri termini, il quadro normativo entro il quale dovrà collocarsi la soluzione conciliativa o arbitrale. Non solo, dunque, la dimensione giuridica non rimane "fuori della porta", ma essa costituisce il punto di riferimento di cui conciliatori e arbitri dovranno tener conto.

In particolare, poi, la *court-annexed mediation* ha il vantaggio di evitare che il giudice si impegni in un compito –quello del mediatore- per il quale non è preparato e che lo pone in una situazione difficile: infatti, se il giudice è attivo nell'indurre le parti a trovare un accordo corre il rischio di sbilanciarsi a favore dell'una o dell'altra parte, o di "anticipare il giudizio" il modo improprio, mentre se rimane inerte l'esito del tentativo di conciliazione sarà con ogni probabilità negativo. Invece, rimettere le parti di fronte ad un mediatore estraneo consente a costui di svolgere appieno un ruolo effettivo di conciliazione, e quindi favorisce il conseguimento dell'accordo tra le parti.

Conclusioni.

Dalle considerazioni che precedono si possono trarre alcune sintetiche conclusioni.

La conclusione principale è che la "via maestra" per la risoluzione delle controversie rimane la giurisdizione. In molti casi, ossia quando si tratta di diritti indisponibili, ed in particolare di diritti fondamentali, la giurisdizione rappresenta anzi *il solo* strumento ammissibile per la soluzione delle controversie.

Naturalmente occorre che la giurisdizione si eserciti attraverso procedimenti accessibili a tutti, e soprattutto rapidi ed efficienti nella tutela dei diritti dei cittadini. Se queste condizioni non sussistono –come ad esempio tuttora accade in Italia- la soluzione non può però consistere nell'indurre o nel costringere i cittadini a servirsi dei metodi alternativi, al fine di ottenere *qualche* soluzione delle loro controversie, magari con l'accettazione forzata di accordi non equi imposti dalla parte più forte. La sola risposta accettabile ai problemi di inefficienza

della giustizia consiste in profonde e radicali riforme della giustizia civile e dell'organizzazione giudiziaria. D'altronde la storia delle riforme processuali recenti, in Spagna come in Germania o in Inghilterra, dimostra che ciò è possibile, ossia che riforme adeguate possono effettivamente ridurre i tempi della giustizia civile, così garantendo ai cittadini una tutela effettiva dei loro diritti.

L'esistenza di una giustizia pubblica accessibile ed efficiente è, d'altronde, la condizione necessaria perché si ponga in maniera corretta il problema dei metodi alternativi di soluzione delle controversie. Le parti, infatti, debbono essere messe nella condizione di poter scegliere, secondo le loro preferenze, entro varie tecniche di soluzione delle controversie, tra le quali deve però esistere un rapporto di equivalenza funzionale. Ciò significa che le diverse alternative possibili, inclusa quella giurisdizionale, debbono essere tutte efficienti allo stesso livello. Dunque occorre che i legislatori assicurino l'efficienza e l'accessibilità della giustizia pubblica: solo in presenza di questa condizione è legittimo consentire alle parti di scegliere altri metodi per la soluzione delle loro controversie. Per contro, se la giustizia pubblica non è accessibile e non è efficiente, ciò non solo comporta una gravissima violazione delle garanzie costituzionali, ma trasforma le alternative in rimedi necessari ed inevitabili, non più oggetto di una scelta libera e discrezionale delle parti.

Un'altra conclusione rilevante è nel senso che tra giurisdizione e ADR non vi è, come si è mostrato, un'alternativa radicale. Al contrario, esistono vari modi per utilizzare le tecniche di mediazione e di arbitrato anche all'interno del processo, in tutti i casi nei quali queste tecniche possono risultare più funzionali, per la soluzione della controversia, dello svolgimento completo del processo destinato a concludersi con una sentenza. Un impiego intelligente di queste tecniche può contribuire da un lato ad alleggerire il carico di lavoro del giudice e a favorire il raggiungimento rapido di soluzioni accettate dalle parti, e dall'altro lato permette alla volontà delle stesse parti di manifestarsi entro un contesto regolato dalla legge e controllato dal giudice.

E' quindi evidente che il problema delle tecniche di soluzione delle controversie non può essere posto con le consuete semplificazioni del tipo "o processo o mediazione" ovvero "o processo o arbitrato", dove la premessa implicita –ma non difficile da esplicitare– è che il processo dovrebbe essere abbandonato al suo destino e le parti dovrebbero provvedere da sole –nell'ambito del c.d. "privato"– a risolvere i loro conflitti. Al contrario: posto che la giurisdizione rimane la prima e principale alternativa, le tecniche di mediazione e di arbitrato possono essere impiegate *nel contesto* della giurisdizione. In questa direzione vi è ampio spazio per soluzioni nuove, che mettano davvero i cittadini nella condizione di risolvere le loro controversie in modo equo, legittimo ed efficiente.