



Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio*



Arturo Maniaci

Prof. ass. “Università degli Studi di Milano”

SOMMARIO: 1. Un diritto della relazione di cura e l'importanza della dimensione relazionale umana. – 2. Analogie fra cura professionale della salute e cura professionale degli interessi giuridici: il consenso informato del destinatario della prestazione intellettuale. – 3. La ‘cura’ del conflitto attraverso il processo? – 4. Il diritto come cura delle relazioni e le ADR. – 5. Processo civile *versus* ADR. – 6. Altri *commoda* e *incommoda* del processo civile e delle ADR. – 6.1. Scelta del terzo che risolve, o contribuisce a risolvere, il conflitto. – 6.2. Tempi, modi e costi del procedimento. – 6.3. Mancanza di filtri di accesso alla tutela. – 6.4. *Incommoda* delle ADR. – 7. Conclusioni.

1. Un diritto della relazione di cura e l'importanza della dimensione relazionale umana

Come attestato da alcuni contributi scientifici di Paolo Zatti¹, sono note le fatiche e le attese che hanno accompagnato il processo di elaborazione di un diritto della relazione di cura, il cui sintagma ha fatto ingresso nel discorso legislativo soltanto a partire dal 2018 (in concomitanza con la pubblicazione ed entrata in vigore della legge n. 219 del

* Il presente contributo è destinato al *Liber amicorum* per Paolo Zatti.

¹ V. ad es. ZATTI, *La via (crucis) verso un diritto della relazione di cura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, 5; ID., *Un diritto diverso? C'è già*, in *Resp. med.*, 2017/1, 165 ss.; ID., *Consistenza e fragilità dello ius quo utimur in materia di relazione di cura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 20 ss.; ID., «Parole tra noi così diverse». *Per una ecologia del rapporto terapeutico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, 148 ss.

2017), ma nella consapevolezza che i principi di fondo ad esso sottesi – tutela della dignità, dell'autodeterminazione e dell'identità della persona, consenso informato, commisurazione del trattamento medico-sanitario-terapeutico al benessere psico-fisico del singolo paziente, rispetto del suo eventuale rifiuto di cure – erano già enucleabili sulla base di Carte e Corti di varia natura e tipologia.

Il passaggio dal tradizionale paradigma bio-medico scienziata ad un modello integrato di tipo psico-sociale-ecologico e salutogenetico, che contempra la dimensione narrativa come una componente essenziale del rapporto di cura², tenendo conto dell'evoluzione ontogenetica dell'individuo e facendosi carico dei suoi bisogni e inclinazioni psicologiche sociali valoriali, appare come il corollario di una concezione che eleva consensualità e comunicazione ad elementi costitutivi di una relazione, quella fra paziente e medico, già significativamente chiamata di 'alleanza terapeutica'³.

Tale visione, in realtà, non ha fatto altro che veicolare e diffondere anche nel campo della medicina la cultura della relazione, di cui la cura rappresenta sia la ragione sia il frutto e la finalità⁴.

Lo statuto ontologico dell'essere umano risiede, infatti, nella sua identità relazionale, ossia nella relazione con gli altri o, se si vuole, nella relazione Io-Tu: come efficacemente scritto da un filosofo e teologo austriaco naturalizzato israeliano, «L'uomo diventa io a contatto con il tu»⁵, perché soltanto nella relazione e attraverso la relazione può costruire la propria identità.

Attesa la natura relazionale dell'esistenza della persona umana, già mirabilmente sotteggiata in termini filosofici in quel 'Mit-sein' di heideggeriana memoria⁶, non sor-

² Si allude, cioè, a quella recente tendenza evolutiva, volta ad «integrare l'*Evidence Based Medicine* (EBM), correttamente fondata sul metodo dell'osservazione e della sperimentazione scientifica, con la *Narrative Based Medicine* (NBM) che valorizza i vissuti e le narrazioni del malato rispetto alla sua personale esperienza di malattia» (ORSI, *La relazione in medicina*, in *Resp. med.*, 2019/1, 10). Sull'importanza della narrazione in ambito medico, v. ad es. GOOD, *Narrare la malattia. Lo sguardo antropologico sul rapporto medico-paziente*, trad. it. S. Ferraresi, Torino, 2006, 252; FOGLIA, *Nell'acquario. Contributo della medicina narrativa al discorso giuridico sulla relazione di cura*, in *Resp. med.*, 2018/4, 374 ss.; CHARON, *Medicina narrativa. Onorare le storie dei pazienti*, a cura di CASTIGLIONI e trad. it. C. Delorenzo, Milano, 2019, 77 ss. e 121 ss.

³ Già l'uso di tale sintagma presuppone che i confini del rapporto di cura non siano circoscritti alla mera sfera corporea (PUCELLA, *Autodeterminazione e responsabilità nella relazione di cura*, Milano, 2010, 14).

⁴ ZATTI, *Cultura della relazione e linguaggi normativi*, in *Resp. med.*, 2019/1, 31.

⁵ BUBER, *Io e tu* [1923], in ID., *Il principio dialogico ed altri saggi*, trad. it. A.M. Pastore, a cura di POMA, Cinisello Balsamo (MI), 1993, 79. Ma l'intuizione era già *in nuce* presente in ROSMINI-SERBATI, *Teosofia*, II, § 959, in ID., *Opere edite e inedite*, XI, Torino, 1863, 286-287: «Le relazioni giacciono fin da principio nella stessa essenza dell'essere, sebbene l'essere sia uno. (...) Sarebbe dunque vano che l'Ontologo si sforzasse a dimostrare, che l'essere non porta con sé necessarie relazioni. (...) Nella stessa essenza dunque della natura dell'essere esistono delle relazioni; e, senza queste, niente può sussistere, niente essere conosciuto».

⁶ HEIDEGGER, *Essere e tempo*, [1927] nuova ed. it. a cura di F. Volpi, Milano, 2020, 151: «Il con-

prende, dunque, che si sia ormai affermato il principio per cui l'interazione fra paziente e personale medico-sanitario è elemento che connota la relazione terapeutica, come risulta oggi confermato dalla lettura, oltre che di alcune disposizioni deontologiche (v. art. 20 codice di deontologia medica e art. 4 codice deontologico delle professioni infermieristiche), dell'art. 1, comma 8, della l. n. 219/2017, in cui – in sintonia con lo spirito “umanista” cui tale legge è informata⁷ – il tempo della comunicazione tra medico e paziente è considerato «tempo di cura».

2. Analogie tra cura professionale della salute e cura professionale degli interessi giuridici: il consenso informato del destinatario della prestazione intellettuale

L'importanza del profilo relazionale non è, tuttavia, circoscritta all'attività dei professionisti della cura in senso stretto (medici e personale sanitario, psicologi), ma si estende a quella svolta, in generale, dai professionisti intellettuali, nel rapporto che li lega a tutti quelli che per comodità potremmo accomunare sotto l'etichetta di 'clienti', nella più ampia e profonda accezione dell'etimo di tale lemma, che evoca chiunque si rivolge ad un esperto e in tale veste ascolta e viene ascoltato.

In particolare, come in ambito medico-sanitario o psico-terapeutico, così anche in ambito legale si può dire che il baricentro è rappresentato dal “consenso informato” del destinatario dell'attività professionale, la cui funzione non è soltanto conoscitiva, ma tende a realizzare un progetto di condivisione in ordine alle scelte decisioni strategie da attuare, in un contesto di fiducia reciproca e paritaria.

In ambito medico-chirurgico, la giurisprudenza ha già avuto occasione di riempire di alcuni contenuti pregnanti il consenso informato del paziente, che deve, infatti, basarsi su informazioni dettagliate, idonee a fornire la piena conoscenza sia della natura, della portata e dell'estensione dell'intervento, sia dei relativi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative, essendo del tutto irrilevante la mera sottoscrizione di un modulo e assumendo invece rilievo, ai fini della completezza ed effettività del consenso del paziente, il suo livello socio-culturale, il suo stato soggettivo e il grado delle conoscenze specifiche di cui dispone⁸.

Anche in relazione alle altre professioni intellettuali regolamentate, è configurabile un generale obbligo di informazione del cliente sulla misura dei costi e sul grado di

essere determina esistenzialmente l'Esserci anche qualora, di fatto, l'altro non sia né presente né percepito. Anche l'esser-solo dell'Esserci è un modo di con-essere nel mondo». Sulla base di tali premesse filosofiche, eleva la relazionalità a presupposto ontologico della cultura della cura MORTARI, *La pratica dell'aver cura*, Milano, 2006, 93 ss.

⁷ FOGLIA, *Consenso e cura. La solidarietà nel rapporto terapeutico*, Torino, 2018, 3.

⁸ V. ad es. Cass. 19 settembre 2019, n. 23328, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce “Sanità pubblica e sanitari”, n. 413; Cass. 4 febbraio 2016, n. 2177, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1281.

difficoltà dell'incarico professionale (*arg. ex art. 9, comma 4, d.l. n. 1/2012, conv. in l. n. 27/2014*). Con speciale riguardo all'attività professionale dell'avvocato, è noto che essa è oggi circondata e costellata da una serie di obblighi informativi: oltre al preventivo sui costi, oneri e compensi che l'attività comporta o potrebbe comportare, sull'avvocato incombono anche una serie di ulteriori obblighi informativi nei confronti del cliente, come quelli relativi alla complessità della controversia o della prestazione da svolgere, alle attività da espletare, alle iniziative e alle ipotesi di soluzione, ivi compresa la possibilità di ricorrere a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e quella di avvalersi eventualmente del patrocinio a spese dello Stato (v. art. 13, comma 5, l. n. 247/2012 e art. 27 codice deontologico forense⁹). La inosservanza di tali obblighi, così come di altri (si pensi, ad esempio, all'obbligo di indicare gli estremi della polizza assicurativa al momento del conferimento dell'incarico, nonché a quelli protettivi che sorgono in conseguenza della revoca o rinuncia al mandato difensivo), che possono peraltro qualificarsi alla stregua di obbligazioni di risultato, e non già di mezzi, non soltanto può essere fonte di sanzioni disciplinari e di responsabilità professionale dell'avvocato, ma in taluni casi – come quello dell'omessa informativa circa la possibilità del cliente di avvalersi del procedimento di mediazione civile o commerciale – assurge a causa di annullabilità del contratto d'opera intellettuale (v. art. 4, comma 3, d.lgs. n. 28/2010)¹⁰.

Dal canto suo, la giurisprudenza ha contribuito ad arricchire lo spettro dei flussi informativi che connotano la relazione avvocato/cliente, con la imposizione di obblighi volti a rappresentare al cliente, anche nel corso di svolgimento del rapporto, tutte le questioni di fatto e di diritto ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti pregiudizievoli, ovvero di obblighi di sollecitazione, consistenti nella richiesta di tutti gli elementi in possesso del cliente necessari o utili alla difesa, ovvero di obblighi di dissuasione, volti a sconsigliare dall'intraprendere o proseguire iniziative dall'esito probabilmente sfavorevole¹¹.

È, quindi, evidente il parallelismo fra la relazione di cura fra paziente e medico, da un lato, e la relazione fra cliente e altro esercente una professione intellettuale regolamentata in un sistema ordinistico come l'avvocato, dall'altro lato, che, al di là delle inevitabili e irriducibili differenze¹², dovute alla diversa natura dell'attività professionale, alla

⁹ Significativamente, sulla base di tale disposizione, è stato osservato che anche sull'avvocato sembra che incombono «quei doveri di informazione sui quali in numerosi casi è stata pronunciata la responsabilità del medico» (FRANZONI, *Dalla colpa grave alla responsabilità professionale*, 4^a ed., Torino, 2023, 115 e 266).

¹⁰ Su tale peculiare fattispecie di annullabilità e sulle relative conseguenze, cfr. SANTAGADA, *Sull'obbligo di informativa dell'avvocato sull'accesso alla "mediazione" (primi appunti)*, in *Giust. civ.*, 2011, II, 553 ss.; MONTICELLI, *La violazione degli obblighi d'informazione del cliente nella disciplina della mediazione civile*, in *Contr. e impr.*, 2015, 75 ss.

¹¹ V. ad es. Cass. 17 novembre 2021, n. 34993; Cass., ord. 19 luglio 2019, n. 19520, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce "Avvocato", n. 137; Cass. 23 marzo 2017, n. 7410, in *Corr. giur.*, 2018, 313; Cass. 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2934.

¹² Già opportunamente sottolineate dalla dottrina che si è occupata *ex professo* del contenuto

diversità dei saperi e dei relativi statuti e metodi epistemologici di riferimento, nonché alla diversità dei diritti in gioco (sebbene salute e difesa siano entrambi valori costituzionalmente protetti), fa in ogni caso emergere come ineludibile l'esigenza di un consenso consapevole e informato sui rischi connessi allo svolgimento dell'attività professionale, affinché possano essere elaborate e attuate, nel contesto di un rapporto improntato a spirito cooperativo, decisioni pienamente condivise fra il professionista e il destinatario della prestazione professionale.

3. La 'cura' del conflitto attraverso il processo?

Come la medicina presuppone la malattia e i modi per curarla, così il diritto presuppone il conflitto e i modi per gestirlo o amministrarlo.

Come medici, sanitari e psicologi sono deputati a consigliare e somministrare trattamenti sanitari, farmaci e cure, così i professionisti legali sono competenti nel fare ricorso e maneggiare strumenti di composizione dei conflitti.

La rappresentazione tradizionale e occidentale del (micro-)conflitto interpersonale vede almeno due soggetti che controvertono, avanzando pretese o contestando pretese altrui, nell'attesa di una risposta e di una soluzione autoritativa da parte di un soggetto altro rispetto ai contendenti e dotato di potere autoritativo-decisorio, tant'è che un filosofo "hegeliano" era pervenuto ad individuare la quintessenza del fenomeno giuridico proprio «nell'intervento di un essere umano imparziale e disinteressato, che si effettua necessariamente all'interno di una interazione tra due esseri umani A e B e che annulla la reazione di B nei confronti dell'azione di A»¹³.

Nella visione tradizionale e occidentale, il soggetto 'terzo' viene per antonomasia incarnato in quella figura cui conviene il nome di 'giudice', il quale guarda il conflitto dall'esterno, per dirimerlo, sciogliendo il dubbio e scegliendo una delle possibilità decisorie a lui offerte¹⁴.

Ma la concezione secondo cui la giustizia si identifica (soltanto) con la giurisdizione, che a sua volta è prerogativa esercitabile (soltanto) da giudici, nonostante possa apparire suffragata – oltre che da ragioni storiche – dall'appartenenza dei tre lemmi ('giustizia', 'giurisdizione', 'giudice') alla medesima famiglia lessicale (in cui il semantema comune è

degli obblighi informativi dell'avvocato (MONTICELLI, *Obblighi d'informazione e responsabilità dell'avvocato*, in *Contratti*, 2016, 87-88 e 93; SINISCALCHI, *Gli obblighi di informazione dell'avvocato nell'ambito delle professioni intellettuali*, in *Pers. e merc.*, 2018/3, 198 e 204).

¹³ KOJÈVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit. Exposé provisoire* [1943], trad. it. *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989, 38.

¹⁴ In ciò, del resto, sta la «terribile grandezza del giudice», in quanto «[s]empre la decisione giudiziale (...) lascia sul campo tracce di dolore»: IRTI, *Per la magistratura ordinaria nella storia dell'Italia unita*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2013, 131. V. anche ID., *Il terzo decide la causa*, in ID., *Diritti senza verità*, Laterza, Roma-Bari, 2011, 73: «[l]a tutela giurisdizionale, che non rifiuta più nulla e accoglie tutti i casi della vita, si risolve (...) in *appello alla decisione del terzo*» [corsivo dell'A.].

rappresentato da ‘gius-’, che deriva dal latino *ius*) ed eserciti tuttora un certo fascino nel sentire comune¹⁵, è ormai clamorosamente smentita dalla progressiva affermazione di una giustizia pluralista¹⁶, atta a superare quella cultura unidimensionale della gestione del conflitto, basata sull’attesa di un atto decisivo di carattere eteronomo, emanato da un soggetto esterno al conflitto medesimo¹⁷ e dotato di un potere ‘proprio’, cioè non derivato da quello dei confliggenti.

Il luogo ideale tradizionalmente deputato alla soluzione dei conflitti è il processo, permeato dalla logica della controversia¹⁸. Domanda ed eccezione, tesi e antitesi, botta e risposta¹⁹: l’antagonismo fra prospettazioni contrapposte è l’“anima” del processo e, più in generale, la cifra della dialettica eristica e dell’argomentazione elèntica. Significativamente, anche nell’antica Roma, si fronteggiavano due personaggi fittizi, chiamati Aulo Agerio (“colui che agisce, che promuove una causa”) e Numero Negidio²⁰ (“colui che dice di non voler pagare, che si rifiuta di pagare”).

Non c’è, allora, da stupirsi del fatto che il processo sia stato rappresentato come giuoco²¹.

Ma il gioco può tralignare in un giogo, non foss’altro perché ogni processo è fatto di riti, modi, forme, divieti, limiti, cadenze, scadenze, decadenze e preclusioni, e cioè di regole che condizionano la formazione del giudizio e influiscono, indirettamente, sul suo esito²².

¹⁵ RIGANO, *Note sullo statuto costituzionale del giudice comune*, in *Riv. dir. cost.*, 2006, 96.

¹⁶ L’idea di «una ‘giustizia pluralista’, di una *justice in many rooms*, non è più un semplice slogan o una formula dal vago sapore sociologico, ma l’espressione di un tratto qualificante della moderna amministrazione della giustizia destinato a trovare in Europa una precisa collocazione istituzionale» (TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in AA.VV., *La mediazione civile alla luce della direttiva CE 2008/52*, a cura di TROCKER, DE LUCA, Firenze, 2011, 161-162). È significativo che tale suggestione sia stata di recente posta a giustificazione della genesi di una nuova rivista giuridica, dedicata al fenomeno poliedrico e interdisciplinare della ‘giustizia consensuale’ (DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, fasc. n. 1/2021, 4).

¹⁷ E che per ciò solo aggiunge la propria percezione delle cose, spesso divergente da quella delle parti in conflitto (FERRARI, *Le parti e il rischio del processo*, in *Quaderni della Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, 46).

¹⁸ Cfr. per tutti GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell’Università di Pavia*, vol. XXXIX, Pavia, 1966, 81 ss.

¹⁹ Volendo riprendere la felice intuizione di CATTANI, *Botta e risposta. L’arte della replica*, Bologna, 2006, che ne ha altresì fatto un metodo e un progetto didattico.

²⁰ Di cui ha scritto un pittoresco epicedio ZAMORANI, *Poesie romanistiche*, Milano, 2003, 5 ss.

²¹ CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova, 1950, 485 ss.; CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 105 ss.; VALZANIA, *La partita di diritto. Considerazioni sull’elemento ludico del processo*, in *Jus*, 1978, 207 ss.; sulle affinità fra gioco e processo, v. anche il celebre scritto dello storico olandese HUIZINGA, *Homo ludens* [Amsterdam, 1939], trad. it. Torino, 2002, 90-91.

²² In generale, sul carattere convenzionale, e dunque arbitrario, delle regole del gioco, v. CAILLOIS, *I giochi e gli uomini. La maschera e la vertigine*, Milano, 2007, 23: «Le leggi ingarbugliate e con-

E già qui si annida una (duplice) contraddizione, o paradosso: da un lato, le regole del processo, che sono a presidio del principio di legalità e di garanzie, anche di rango costituzionale, possono conoscere nei fatti un'involuzione di carattere formalistico²³, rischiando di compromettere le stesse esigenze difensive che *in thesi* sarebbero destinate a tutelare; dall'altro lato, anche per quelle violazioni delle regole del processo che darebbero luogo a nullità, si tratterebbe comunque nella maggior parte dei casi di un vizio 'relativo', nel senso che dovrebbe essere necessariamente fatto valere dalla parte nel cui interesse il requisito formale è stabilito e comunque nella prima difesa utile (v. art. 157 c.p.c., che, in considerazione anche della sua collocazione topografica all'interno del codice di rito, stabilisce una regola processuale di carattere generale²⁴), ovvero si dovrebbe necessariamente convertire in uno specifico motivo di impugnazione (atteso il principio dell'assorbimento dei vizi di nullità in motivi di gravame, stabilito dall'art. 161, 1° comma, c.p.c.); a ciò si aggiunga che anche una fattispecie grave di nullità processuale (come, ad esempio, quella derivante dalla violazione del contraddittorio) potrebbe essere ritenuta 'innocua' e sterilizzata da quell'orientamento giurisprudenziale, sempre più diffuso, che richiede la sussistenza di un pregiudizio effettivo, che la parte interessata deve previamente e rigorosamente dimostrare per poter invocare il vizio di nullità derivante dalla inosservanza di una regola processuale (principio di cui rimangono, però, tuttora incerti il fondamento, le modalità di funzionamento, i limiti e che, se dotato dei caratteri di generalità e assolutezza, finirebbe per rendere superflua qualsiasi prescrizione formale violata²⁵).

Va, poi, osservato che il nostro sistema giuridico, oltre a contemplare espressamente il sintagma 'tutela non giurisdizionale' (v. la rubrica dell'art. 30 della Legge n. 69 del

fuse della vita ordinaria vengono sostituite, all'interno di questo spazio circoscritto e per il tempo stabilito, da regole precise, arbitrarie, irrevocabili, che bisogna accettare come tali e che presidono al corretto svolgimento della partita».

²³ Cfr. sul punto, ad es., CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e "formalismo delle garanzie"*, in ID., *Formalismo e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, 175. Già SATTA, *Il formalismo nel processo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 1144 ammoniva: «Il formalismo non ha nulla a che fare con la forma, e la critica al formalismo non si può intendere come una inconcepibile e assurda critica alle forme giuridiche (...). Il formalismo comincia dove il diritto finisce»; in termini analoghi, v. COSÌ, *La responsabilità del giurista. Etica e professionale legale*, Torino, 1998, 376.

²⁴ In tal senso, v. già MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1960, 338.

²⁵ DONZELLI, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali*, Napoli, 2020, 77 e 81. Per la casistica giurisprudenziale, v. ID., *Sul «principio del pregiudizio effettivo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, 548-549. Secondo TEDOLDI, *L'appello civile*, Torino, 2016, 518, la «ascosa ragione» per cui i giudici fanno sempre più frequente ricorso a tale «ossimorica categoria» (*id est*, la 'nullità innocua') consiste nell'esigenza di evitare impugnazioni e annullamenti a distanza di decenni dal perpetuarsi della violazione processuale ai danni della parte. A nostro avviso, la ragione (altrettanto «ascosa») risiede piuttosto nel fatto che i giudici si vorrebbero così "autotutelare" contro doglianze e lagnanze inerenti al loro operato, specie quando ad essere direttamente affetti da vizi di nullità siano provvedimenti giudiziari (*quod licet Iovi non licet bovi*).

2009, che si riferisce a strumenti di risoluzione non giurisdizionale di tutela dell'utente di servizi pubblici o di pubblica utilità), concede non pochi spazi all'esercizio stragiudiziale di pretese individuali.

Lo confermano, anzitutto, le numerose deroghe al '*Mitwirkungsprinzip*', secondo cui, perché si possa produrre un effetto giuridico incidente sulla sfera giuridica altrui, è necessario il consenso di chi subisce la modificazione giuridica: a titolo esemplificativo, menzioniamo le diverse ipotesi di diritto di retratto o riscatto derivante da una prelazione legale (il cui esercizio stragiudiziale può comportare la perdita di un diritto di proprietà altrui), le diverse ipotesi di scioglimento del contratto attraverso un atto stragiudiziale (come l'esercizio della facoltà di recesso, legale o convenzionale, ovvero alcune fattispecie di risoluzione di diritto²⁶), nonché, più in generale, le diverse ipotesi di diritti potestativi²⁷ suscettibili di esercizio stragiudiziale (dall'impugnazione delle rinunzie o transazioni del lavoratore, ai sensi dell'art. 2113 c.c., all'opposizione alla donazione oggi prevista dall'art. 563, 4° comma, c.c.).

Al contempo, è dato registrare un decremento quantitativo delle c.d. azioni costitutive necessarie²⁸, di quelle azioni, cioè, che tendono al conseguimento di un effetto giuridico sostanziale che non sarebbe possibile conseguire se non attraverso la intermediazione di un provvedimento giurisdizionale, persino nel delicato e nevralgico campo del diritto delle relazioni familiari, in cui, se è vero che rimangono ancora tali le azioni dirette a modificare lo stato di filiazione, limitare la capacità di agire, far annullare un matrimonio, dichiarare la decadenza dalla responsabilità genitoriale, è altresì vero che non lo sono certamente più, a partire quantomeno dal 2015, quelle volte ad ottenere una pronunzia di separazione personale o di divorzio.

In tempi recenti, infine, anche in un settore tradizionalmente refrattario all'attribuzione di poteri autonomi in capo ai privati, come il diritto dell'esecuzione civile, sono contemplate vere e proprie forme di tutela coattiva di carattere stragiudiziale, alterna-

²⁶ Facciamo riferimento non soltanto alle figure di risoluzione contrattuale espressamente previste dalla legge, il cui carattere stragiudiziale è pacifico (v. ad es. art. 135-*quater*, 2° comma, c. cons.), ma anche a quelle atipiche, di elaborazione giurisprudenziale (su cui v. *amplius* PAGLIANTINI, *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: il modello italiano e la riforma francese* (art. 1219, 1224, 1226 e 1227 code civil), in *Giust. civ.*, 2017, 641 ss.).

²⁷ La categoria, pressoché sconosciuta ai giuristi di *Common Law* e a quelli francesi (come attesta GUARNERI, *Le diverse categorie dei diritti soggettivi*, in AA.VV., *Il diritto soggettivo*, nel *Tratt. dir. civ.*, dir. da R. Sacco, Torino, 2001, 464), è stata tanto in passato criticata quanto mai definitivamente abbandonata dai giuristi di lingua tedesca e da quelli italiani, i quali, anzi, la accolgono tuttora con favore (v., ad es., MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch*, 8ª ed., Heidelberg, 2002, § 12, 39 ss.; CARPINO, voce *Diritti potestativi*, in *Enc. giur. Treccani*, XI, Roma, 1989, 1 ss.; ORIANI, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, Padova, 2003, 2-3).

²⁸ Sulla distinzione fra azioni costitutive necessarie e non necessarie, cfr. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 84 ss.; FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 58 ss.

tive e succedanee ai procedimenti di espropriazione forzata²⁹ (v. ad es.: art. 4 D.Lgs. n. 170/2004, che legittima il creditore ad esercitare la facoltà di appropriarsi di attività finanziarie oggetto di un contratto di garanzia finanziaria; art. 1, 7° comma, L. n. 119/2016, che legittima il creditore ad appropriarsi dei beni oggetto di un pegno non possessorio; art. 11-*quaterdecies*, comma 12-*quater* D.L. n. 203/2005, conv. in L. n. 248/2005, come modificato dalla L. n. 44/2015, che legittima il creditore in forza di un contratto di prestito vitalizio ipotecario a vendere l'immobile su cui grava l'ipoteca e ad appropriarsi del prezzo ricavato dalla vendita; art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B., secondo cui, in forza di una specifica clausola, eventualmente inserita in contratti di credito immobiliare ai consumatori e ricorrendo determinati presupposti, il finanziatore può conseguire direttamente la proprietà dell'immobile concesso in garanzia), con conseguente trasformazione del potere del creditore di far espropriare in potere di espropriare direttamente i beni del debitore³⁰, il quale, peraltro, è oggi legittimato a chiedere al giudice dell'esecuzione di essere autorizzato a procedere direttamente alla vendita dell'immobile pignorato (v. nuovo art. 568-*bis* c.p.c.).

In definitiva, si tende sempre di più a incentivare il ricorso a strumenti della giustizia privata, che, pur realizzandosi al di fuori dal processo e a prescindere da esso, non soltanto risulta compatibile con il quadro costituzionale, ma assurge essa stessa a valore di rango costituzionale: da un lato, infatti, l'art. 24 Cost. deve essere letto e interpretato alla luce del principio italo-europeo c.d. di effettività della tutela (art. 48 Cost.; art. 13 CEDU; art. 2.3 Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966; art. 47 Carta di Nizza del 2000; art. 19, § 1 del Trattato UE)³¹; dall'altro lato, la riserva in favore dell'autorità giudiziaria, prevista dall'art. 2907, 1° comma, c.c., riguarda soltanto l'accesso alla tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi, sicché il monopolio statale della giurisdizione non esclude altre forme ('non giurisdizionali') di tutela dei diritti soggettivi disponibili³².

²⁹ Reputa l'impiego diffuso di questi strumenti «un efficace antidoto rispetto alla lentezza delle procedure di espropriazione forzata» LUMINOSO, *Patto commissorio, patto marciano e nuovi strumenti di autotutela esecutiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 21.

³⁰ CONFORTINI, *Primato del credito*, Napoli, 2020, 21.

³¹ Sul fondamento, sulla portata, sulle diverse articolazioni e sugli sviluppi di tale principio, ci permettiamo di rinviare il lettore a MANIACI, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, Pisa, 2018, 28-42; v. anche, più di recente, GIABARDO, *Effettività della tutela giurisdizionale e misure coercitive nel processo civile. Un'indagine di diritto comparato*, Torino, 2022, 28 ss., ed ivi (spec. 31, nota 7) ulteriori riferimenti.

³² Cfr. sul punto F. BOCCHINI, *La tutela non giurisdizionale dei diritti nella Costituzione*, in *Liber amicorum in onore di Augusto Cerri*, Napoli, 2016, 140.

4. Il diritto come cura delle relazioni e le ADR

Se è vero che i conflitti risultano endemici e consustanziali al vivere in società³³, il diritto non può esserne avulso, regolando esso, appunto, relazioni sociali³⁴.

Ma il compito del diritto, consistente nel mettere ordine nel caos delle relazioni intersoggettive, non può che muovere dalla consapevolezza che queste ultime vanno considerate non soltanto 'luoghi' di potenziali conflitti, bensì anche 'modi' attraverso cui l'individuo costruisce la singolarità umana, definendo e ridefinendo la propria identità personale. Il diritto, la cui struttura è relazionale, deve quindi anche 'prendersi cura' della relazionalità, oltre che 'curare' i conflitti interpersonali.

In questa prospettiva, ha allora senso porsi l'interrogativo se il processo, più che una risorsa (sia pure «limitata, delicata, costosa e preziosa», come ha avuto occasione di sottolineare un ex Primo Presidente della Corte di Cassazione³⁵), non sia in realtà un ostacolo all'effettivo conseguimento di quei beni e interessi che sarebbe *in thesi* deputato istituzionalmente a garantire³⁶, laddove i privati, sia pure mercé strumenti e congegni forgiati o conformati dal sistema giuridico, sembrano poter fare di più, di meglio e con minor dispendio di energie, costi e tempi rispetto a quelli connessi alla messa in moto di una complessa e farraginosa *machinery* qual è quella giudiziaria, che alla prova dei fatti ha rivelato i limiti propri di un dispositivo spesso distruttivo della relazionalità.

La via d'uscita o di fuga dalla competizione binaria e dall'ottica avversariale che contraddistingue il processo è rappresentata dalla possibilità di fare ricorso a strumenti di auto-composizione dei conflitti o comunque di giustizia partecipativa, consensuale o negoziata, e cioè a uno di quei dispositivi e metodi alternativi di composizione delle controversie che comunemente vengono denominati 'ADR' (*Alternative Dispute Resolution*)³⁷ e che, privilegiando una logica di tipo cooperativo, mirano a trovare una soluzione condivisa, nonché, al di là del relativo esito, a ripristinare il dialogo fra le parti, così preservando o, se si vuole, 'curando' la loro relazione. Come è stato già osservato, sia pure con

³³ Come ci ricorda GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implicito*, I, Bogotá, 1977, 450d (opera tradotta in lingua italiana per i tipi di Adelphi soltanto nel 2007, con il titolo *Tra poche parole*): «Lo que non provenga de un conflicto es bestial o divino».

³⁴ È pacifico che il diritto è, sempre e costitutivamente, relazione (*ex multis*, v. LEVI, *Ubi societas, ubi ius*, in Id., *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, 1923, 65; DI MARZIO, *La ricerca del diritto*, Bari-Roma, 2021, 157-158).

³⁵ Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2011. Linee di fondo* del Dott. Ernesto Lupo in data 26 gennaio 2012, reperibile *on line* in http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Presentazione_orale_2011.pdf.

³⁶ Si vedano le lucide riflessioni di ZOPPINI, *Effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 676 ss., spec. 679 e 685.

³⁷ Con tale acronimo si allude, come noto, alle «procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale, ad esclusione dell'arbitrato propriamente detto»: l'acronimo è così illustrato nel *Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale*, 19.4.2002 COM(2002) 196 def.

riguardo ad uno soltanto dei metodi 'ADR', «non è tanto centrale (...) l'accertamento e la regolamentazione di diritti, quanto piuttosto il soddisfacimento di interessi e utilità», in quanto la finalità «non è soltanto la cristallizzazione di rapporti di dare e avere, quanto piuttosto la riapertura di canali di comunicazione e di dialogo in precedenza interrotti. In questo modo, il (...) risultato travalica quello, proprio dei provvedimenti giurisdizionali, arrivando ad incidere finanche sui futuri comportamenti delle parti»³⁸.

Tali metodi di giustizia alternativa, conosciuti oltreoceano sin dai primi decenni del secolo trascorso (soprattutto in concomitanza con la diffusione delle teorie di Roscoe Pound sulla 'socializzazione del diritto'³⁹) ed ivi sviluppatasi soprattutto a partire dagli anni '70, ma fino a poco tempo fa considerati in Italia marginali, sussidiari o, al più, complementari rispetto al processo, sono oggi sempre più frequentemente sponsorizzati dal legislatore, incoraggiati dal ceto forense e impiegati dalle parti, tant'è che se ne conoscono varie tipologie, per solito distinte in metodi autonomi ed eteronomi (a seconda che l'atto di risoluzione del conflitto promani direttamente dagli stessi soggetti in conflitto o da un altro soggetto a ciò deputato)⁴⁰, alcuni dei quali sono peraltro fioriti nella prassi, senza aver finora registrato una sia pur minima regolamentazione legislativa (come il bianco-segno, la perizia contrattuale e la pratica collaborativa).

Cercheremo, pertanto, di illustrare le differenze più significative fra ADR (in futuro destinate ad essere ufficialmente denominate «strumenti complementari alla giurisdizione»: art. 1, 4° comma, lett b L. n. 206/2021) e processo, per modo da far emergere, soprattutto, i vantaggi (rispetto agli strumenti propriamente giurisdizionali) che presentano le varie ed eterogenee forme di giustizia consensuale finora conosciute in Italia, la cui finalità comune rimane – è bene ribadirlo – quella di salvaguardare la relazione fra le parti che l'esplosione di un conflitto ha minato, più che, od oltre che, i diritti che il conflitto ha reso controversi.

5. Processo civile *versus* ADR

Salve le differenze strutturali che inevitabilmente connotano le ADR rispetto al processo civile, in cui operano una serie di principi e regole, in tutto o in parte incompa-

³⁸ COSÌ, DANOVÌ, FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 11.

³⁹ POUND, *Jurisprudence*, St. Paul, Minn., 1959, I, 2, *The End of Law*, § 35 'The socialization of Law', 429 ss. Rimane celebre il suo discorso sulle disfunzioni del sistema della giustizia civile, cui si fa risalire l'origine storica delle ADR: v. ID., *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *40 American Law Review*, 729 ss. (1906).

⁴⁰ La distinzione si deve a LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, 14; ID., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 ss.; ID., *Il modello italiano di mediazione - Il «giusto» procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 214. Per un tentativo di inquadramento sistematico e tassonomico delle diverse ADR, cfr. *amplius* GENTILI, *Verso uno statuto generale delle ADR?*, in *Nuovo dir. civ.*, n. 1/2017, 134 ss.

tibili con la fluidità, duttilità e informalità tipiche delle prime (rigore delle forme degli atti e delle relative sanzioni, principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, modi di deduzione e rilevazione delle questioni pregiudiziali di rito, decadenze e preclusioni, principio di non contestazione, regole sulla distribuzione dell'onere della prova, sospensione feriale dei termini, *et cetera*), i vantaggi che le diverse forme di giustizia negoziata conosciute dal nostro sistema giuridico presentano rispetto al processo emergono già nella fase che precede quella della negoziazione, così come in quella successiva all'eventuale definizione del conflitto.

Ed invero, appena il conflitto ha manifestato i suoi primi 'sintomi', per solito si svolge una fase caratterizzata da una corrispondenza, più o meno fitta, tra i legali delle parti, in cui uno dei due potrebbe decidere – previa consultazione e informazione del cliente – di avviare un percorso negoziale, ovvero ritenere come unico sbocco possibile del conflitto la soluzione contenziosa: in quest'ultimo caso, il formale invio di un atto stragiudiziale di costituzione in mora, a differenza di quanto previsto in materia di mediazione civile e commerciale o di negoziazione assistita da avvocati (v., rispettivamente, art. 8, comma 2, D.Lgs. n. 28/2010 e art. 8 D.L. n. 132/2014, conv. in L. n. 162/2014), non sarebbe sempre e comunque idoneo ad interrompere il decorso della prescrizione del diritto che si intende far valere, atteso che, stando alla giurisprudenza, tale effetto interruttivo è escluso quando si tratti di diritti potestativi⁴¹.

Anche confrontando la definizione giudiziale di una lite e l'epilogo dello svolgimento di uno dei procedimenti stragiudiziali volti alla conciliazione di controversie, emerge che, se l'esito di una ADR è positivo, il risultato consacrato nell'accordo negoziale raggiunto in quella sede risulta svincolato da qualsivoglia accertamento, trattandosi di «un atto di normazione concreta non condizionato da una previa operazione di sussunzione giuridica (accertamento) a cui quella normazione debba in ipotesi aderire»⁴², laddove l'esito aggiudicativo del terzo decisore (giudice o arbitro) presuppone un accertamento – ben scolpito da quel 'fare stato a ogni effetto', di cui si rinviene traccia nell'art. 2909 c.c. – di un bene della vita, sul quale, infatti, è destinato a scendere il giudicato (o la cosa giudicata) sostanziale, posto che la sua forza o, come si dice, 'autorità', è giuridicamente incompatibile – salve le ipotesi tassative ed eccezionali di impugnazione straordinaria – con un *bis in idem*, e cioè con ulteriori, successivi accertamenti, giudizi o decisioni relative al medesimo bene della vita (ivi comprese financo le sentenze di accoglimento

⁴¹ V. ad es. Cass., sez. lav., ord. 18 gennaio 2018, n. 1159, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce "Prescrizione e decadenza", n. 58; Cass. ord. 17 marzo 2017, n. 6974, in *Ass.*, 2016, 335; Cass. ord. 4 settembre 2017, n. 20705, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce "Prescrizione e decadenza", n. 33; Cass. 16 dicembre 2010, n. 25468, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce "Prescrizione e decadenza", n. 74. La giurisprudenza sembra aver mutato tale indirizzo con riferimento ai diritti e alle azioni basate sulla garanzia redibitoria per vizi della cosa venduta (Cass. S.U. 11 luglio 2019, n. 18672, in *Corr. giur.*, 2019, 1025 ss.), ma ogni tentativo di generalizzazione della portata di tale *revirement* sarebbe arbitrario e, comunque, prematuro.

⁴² BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1067.

della Corte costituzionale, di fronte alle quali, nonostante la loro retroattività, l'istituto del giudicato gode di una propria resistenza passiva⁴³). Anzi, nel nostro sistema giuridico processuale – a differenza di altri sistemi (v. ad es. § 322 ZPO) – il giudicato, si dice, copre sia il dedotto sia il deducibile, e cioè non solo quanto fatto valere espressamente in giudizio sotto forma di azione o di eccezione, ma anche le questioni che, pur non dedotte in giudizio, costituiscono un presupposto logico ed indefettibile della decisione (se, ad esempio, viene dedotto, come *causa petendi* di un'azione di annullamento di un contratto, il dolo dell'altro contraente e poi tale vizio del consenso non viene accertato, mentre era possibile dedurre un altro vizio del consenso, come ad esempio l'errore, il giudicato di rigetto nel merito dell'azione di annullamento per dolo copre anche l'errore come vizio del consenso, che poteva essere dedotto, ma non è stato processualmente dedotto).

Ex converso, mentre le soluzioni eteronome della controversia (processo; arbitrato) non possono incidere su diritti diversi da quelli in contestazione, essendo la loro portata (de)limitata dai *petita* e dalle *causae petendi*, la soluzione consensuale e negoziale può – come anche confermato dall'art. 1965, 2° comma, c.c. – oltrepassare i confini della controversia, essendo sganciata dai «binari della distribuzione della ragione e del torto, imposti dall'art. 112 c.p.c.»⁴⁴.

Nel caso in cui l'esito del percorso negoziale sia negativo e attestato da un verbale di mancata conciliazione, poi, tale circostanza non sarebbe idonea di per sé a produrre alcun vincolo o effetto giuridico sul rapporto giuridico sostanziale, atteso che il comportamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento di mediazione o di negoziazione assistita, consistente nella mancata partecipazione ingiustificata al primo incontro o nella mancata accettazione della proposta conciliativa o, rispettivamente, nel rifiuto dell'invito a stipulare una convenzione di negoziazione assistita, potrebbe sortire conseguenze sull'eventuale e futuro processo soltanto sotto il profilo probatorio o quello relativo alla sopportazione di spese, costi, indennità ed eventuali risarcimenti del danno da abuso del processo (v. artt. 12-bis e 13 D.Lgs. n. 28/2010; art. 4 D.L. n. 132/2014, conv. in L. n. 162/2014)⁴⁵.

Si può, pertanto, convenire con chi ha avuto occasione di sottolineare che il negozio compositivo della controversia perfezionatosi a seguito di una ADR «può dare al conflitto

⁴³ Non a caso si parla in questi casi di «retroattività apparente» (Cass. 29 novembre 2004, n. 22413, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce «Corte costituzionale», n. 57).

⁴⁴ PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti. Introduzione*, in *Soc.*, 2010, 623.

⁴⁵ È da escludersi, peraltro, che il contegno delle parti nel corso di altre ADR produca tali effetti (con riguardo al comportamento tenuto dinanzi al competente ispettorato provinciale dell'agricoltura in sede di tentativo di conciliazione, che era previsto dall'art. 46 L. n. 203/1982 come onere a carico di chi intendeva proporre in giudizio una domanda relativa a controversia in materia di contratti agrari, v. Cass. ord. 21 novembre 2019, n. 30329, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce «Prova civile in genere», n. 30; Cass. 22 giugno 2001, n. 8596, in *Foro it.*, 2001, I, 3120 ss.).

soluzioni che il giudice non potrebbe dare»⁴⁶, e ciò, anche in termini di stabilità, considerato che l'accordo conciliativo, oltre ad avere un fondamento volontario e consensuale, è immune da *errores in iudicando* o *in procedendo*, potendo essere il suo contenuto rimesso in discussione soltanto se ricorra uno di quei vizi che, sul piano sostanziale, integrano gli estremi di una causa di nullità o di annullamento, secondo le norme generali del contratto (artt. 1418 ss. e 1425 ss. c.c.) o le regole speciali in tema di accordi compositivi della lite (v. soprattutto gli artt. 1968, 1971, 1972, 1973, 1974 e 1975 c.c. in tema di transazione)⁴⁷, salva l'eventuale esperibilità, attesa l'efficacia esecutiva *ex lege* dell'accordo o del verbale che lo recepisca, del rimedio cognitivo dell'opposizione all'esecuzione.

6. Altri *commoda* e *incommoda* del processo civile e delle ADR

Gli *incommoda* del processo appaiono ancor più gravi quando risultano speculari a *commoda* delle ADR.

Ne proponiamo qui un inventario, che ha carattere meramente esemplificativo.

6.1. Scelta del terzo che risolve, o contribuisce a risolvere, il conflitto

Sia la Costituzione (art. 25, 1° comma) sia la CEDU (art. 6) sia la Carta di Nizza (art. 47) precludono una scelta del giudice-persona fisica ad opera delle parti, le quali potranno soltanto, nei casi previsti dalla legge, derogare alla giurisdizione o alla competenza territoriale del giudice-ufficio giudiziario (*arg. ex art. 6 c.p.c.*). La garanzia costituzionale del giudice 'naturale' comporta, infatti, l'estraneità di qualsiasi determinazione umana nella scelta del giudice-persona fisica, che deve essere quindi individuato 'alla cieca'⁴⁸.

Ma in quel peculiare strumento di soluzione delle controversie che è l'arbitrato, la cui forma rituale si ritiene abbia peraltro natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario (come oggi confermato anche dall'art. 824-*bis* c.p.c.)⁴⁹, le parti

⁴⁶ BOVE, *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie: obblighi ed opportunità per il sistema della giustizia civile*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco Paolo Luiso per il suo settantesimo compleanno*, Torino, 2017, 43.

⁴⁷ Del resto, anche l'Avvocato Generale Juliane Kokott, nelle conclusioni presentate il 19 novembre 2009 nelle cause C-317-320/2008, ha sottolineato che «una conciliazione delle parti conclusa in via extragiudiziale è spesso più idonea a conseguire una duratura stabilità del diritto rispetto a una decisione giudiziaria controversa».

⁴⁸ DE LISO, «Naturalità» e «precostituzione» del giudice nell'art. 25 della Costituzione, in *Giur. cost.*, 1969, 2696; SENESE, *Giudice naturale e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1974, V, 116. Per una sintesi dei diversi significati che sono stati attribuiti ai termini 'precostituito' e 'naturale', v. GHIRGA, *Riflessioni sul significato di giudice «naturale» nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 832-833, nota 81.

⁴⁹ *Ex multis*, v. Cass. S.U. 26 ottobre 2020, n. 23418, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce "Arbitrato", n. 86; Cass., S.U., ord. 13 giugno 2017, n. 14649, in *Riv. dir. intern. priv. e proc.*, 2018, 398; Cass. 8 marzo 2016, n. 4526, in *Foro pad.*, 2016, I, 409; Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.*, 2013, I, 2690 ss., in motivazione.

possono, di regola, scegliere l'arbitro (unico) o il proprio arbitro. Anzi, il potere di scelta dell'arbitro è una componente essenziale e qualificante della stipulazione del patto compromissorio⁵⁰.

In una certa misura, poi, le parti possono scegliere anche la persona fisica destinata ad assumere il ruolo di mediatore nel procedimento di mediazione civile o commerciale, che come tipologia di ADR si colloca per così dire in una posizione intermedia fra i modelli autonomi ed eteronomi⁵¹.

Vero che la domanda di mediazione può e deve indicare l'organismo di mediazione (art. 4 D.Lgs. n. 28/2010), il cui responsabile avrà poi il compito di designare la persona del mediatore più competente ed idonea per quella singola controversia (v. art. 8, 1° comma, D.Lgs. n. 28/2010).

Vero è anche, però, che – come consentito dall'art. 7, 5° comma, lett. c D.M. n. 180/2010 e previsto da numerosi regolamenti di camere di commercio – le parti possono se non intervenire attivamente nella designazione quantomeno fornire una comune indicazione per la scelta del mediatore, individuandolo fra quelli inseriti nelle liste dell'organismo di mediazione. Anzi, alcuni ritengono persino auspicabile che le parti consensualmente, anche se non necessariamente contestualmente, contribuiscano alla designazione del mediatore⁵².

6.2. Tempi, modi e costi del procedimento

Il processo in quanto tale ha un vizio genetico, ben lumeggiato in un romanzo di un noto scrittore francese: «c'è della lentezza nella parola 'processo', una lentezza fatale»⁵³.

Ma l'Italia vanta il primato europeo nella lunghezza dei processi civili, in quanto, anche con riferimento agli ultimi tre anni giudiziari, la durata media delle cause civili in primo grado dinanzi ai tribunali è stata calcolata in un tempo non inferiore a 600 giorni⁵⁴.

Del resto, a differenza di quanto previsto in relazione ad alcune ADR, come la mediazione e la negoziazione assistita da avvocati (v. rispettivamente art. 6 D.Lgs. n. 28/2010 e art. 2 D.L. n. 132/2014, conv. in L. n. 162/2014), in cui il tempo massimo del procedimento è preordinato dalla legge (tre mesi, prorogabile di ulteriori tre mesi su accordo delle parti, nella mediazione; tre mesi, prorogabile di ulteriori trenta giorni su accordo delle parti,

⁵⁰ MIRABELLI, *Scelta dell'arbitro e rapporto parti-arbitri*, in *Giust. civ.*, 1998, II, 325; SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano, 2009, 144.

⁵¹ In tal senso, v. DANOVI, FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, cit., 14, i quali la considerano come una figura 'mediana' tra i due poli della transazione e dell'arbitrato.

⁵² MARINARO, *La designazione del mediatore tra legislazione e prassi ministeriale*, in *Riv. arb.*, 2012, 1015; TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino, 2011, 38, nota 26.

⁵³ PENNAC, *La prosivendola*, trad. it. Y. Melaouah, Milano, 2004, 222.

⁵⁴ V. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2022* del Primo Presidente della Corte di Cassazione Pietro Curzio, Roma, 26 gennaio 2023, 27.

per la negoziazione assistita), la disciplina del processo civile non prevede un limite massimo di durata, sicché il tempo del processo potrà essere sindacato soltanto ai sensi della legge n. 89/2001, che prevede i presupposti, le condizioni e i limiti di ammissibilità della domanda di equa riparazione dei danni subiti a causa della durata irragionevole del processo. Peraltro, in Italia è paradossalmente avvenuto che sia stata proposta domanda di risarcimento del danno non patrimoniale sofferto a causa della non ragionevole durata di un giudizio di equa riparazione⁵⁵.

Né a tale lacuna normativa può sopperire l'istituto del calendario del processo (art. 81-bis disp. att. c.p.c.), sia perché i termini fissati nel calendario possono essere prorogati per gravi motivi sopravvenuti, sia soprattutto perché le sanzioni per l'inosservanza di tali termini da parte del giudice sono talmente platoniche (in quanto eventuali, incidenti soltanto sul piano disciplinare e sulla carriera del magistrato, nonché dipendenti dall'esito di accertamenti autonomi da compiersi *ex post*⁵⁶) da rendere l'istituto sostanzialmente lettera morta.

Il processo ha, poi, le sue forme, che le varie riforme succedutesi nel tempo hanno accentuato, e sia il rito sia le regole endoprocessuali non possono essere frutto di una scelta delle parti⁵⁷.

Nell'arbitrato rituale *ad hoc*, le cose stanno un po' diversamente, se si legge con attenzione l'art. 816-bis, 1° comma, c.p.c. e ci si rende conto delle potenzialità in esso racchiuse, nei fatti sinora poco sfruttate⁵⁸, mentre nella mediazione civile o commerciale e nella negoziazione assistita regna il principio di informalità (*arg. ex artt. 3, 3° comma e 8, 3° comma, D.Lgs. n. 28/2010*)⁵⁹ e comunque gli spazi di autonomia nella regolamentazione dei modi e dei tempi del procedimento sono molto più ampi di quelli riservati dalla disciplina del processo civile.

Quanto, infine, al profilo delle spese, è sufficiente esaminare e confrontare l'entità dei 'costi vivi' che l'accesso alla tutela giurisdizionale e l'accesso agli strumenti di risolu-

⁵⁵ Hanno esaminato la questione Cass. 2 gennaio 2013, n. 1, salvo errore inedita, e Cass. 18 gennaio 2013, n. 1261, in *Resp. civ. e prev.*, 2013, 1153.

⁵⁶ Sul punto, v. GHIRGA, *Le novità sul calendario del processo: le sanzioni previste per il suo mancato rispetto*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 180.

⁵⁷ Per l'analisi degli accordi delle parti che incidono sul processo, ci permettiamo di rinviare il lettore interessato a MANIACI, *Autonomia privata e conflitto*, in DANOVÌ, FERRARIS-FRAGOMENI, MANIACI, MARCHESE, *I patti preconfittuali*, Torino, 2019, 122 ss.

⁵⁸ RICCI, *Articolo 816-bis*, in AA.VV., *Arbitrato*. Commentario, dir. da F. Carpi, Bologna, 2007, 390; SALVANESCHI, *Dell'arbitrato. Art. 806-840*, Bologna, 2014, 391 ss.; DANOVÌ, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, 108-109; v. anche LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2011, 127, secondo cui le parti sono restie ad esercitare tale potere, che le indurrebbe a redigere una sorta di "editto pretorio" nella prospettiva di una lite del tutto ipotetica ed eventuale.

⁵⁹ Sul punto, v. FANELLI, *La struttura del procedimento tra flessibilità e garanzia*, in AA.VV., *Mediazione e conciliazione nel nuovo processo civile*, a cura di SASSANI, SANTAGADA, Roma, 2011, 34-35; V. VERDICCHIO, *L'informalità della procedura di mediazione e la sua sede (chiose a margine dell'art. 8, 2° comma, d.leg. n. 28/2010)*, in *Corti Irpinia*, 2010, 609 ss.

zione non giurisdizionale delle controversie rispettivamente comportano per rendersi conto della sesquipedale differenza fra essi (sul punto, v. soprattutto art. 13 del D.P.R. n. 115/2002, che regola e determina gli importi dovuti a titolo di contributo unificato, destinati peraltro ad aumentare della metà o a raddoppiare nel caso in cui si tratti, rispettivamente, di giudizi di impugnazione o dinanzi alla Corte di cassazione).

6.3. Mancanza di filtri di accesso alla tutela

Come anche osservato da un autorevole processualista “deluso” e recentemente scomparso⁶⁰, la moltiplicazione dei filtri che rendono inammissibile l’accesso alla tutela giurisdizionale finiscono con il limitare la portata dell’azione intesa quale aspettativa a un provvedimento di merito.

Nel processo di primo grado, il filtro più temibile per le parti è l’interesse ad agire (o a resistere in giudizio), che la giurisprudenza civile maneggia con la più acrobatica disinvoltura, richiedendo, di volta in volta, che sia attuale e concreto ovvero che riveli uno stato oggettivo di incertezza del bene della vita o un’utilità apprezzabile del risultato conseguibile con l’intervento del giudice⁶¹, fermo restando, comunque, che esso è carente quando siano integrati gli estremi dell’abuso del diritto di azione, le cui maglie la stessa giurisprudenza ha progressivamente allargato a dismisura⁶².

Nei processi di impugnazione, i nuovi ‘filtri’ introdotti negli anni 2009 e 2012 (v. artt. 342, 348-bis, 342-ter e 360-bis c.p.c.), modificati soltanto in parte dalla riforma ‘Cartabia’ e comunque in vigore sino quantomeno al 2022, hanno reso molto più gravosi gli oneri, non solo formali, ma anche argomentativi, dell’appellante e del ricorrente in cassazione, i quali hanno rischiato, e rischiano tuttora, di incappare nella sanzione processuale della inammissibilità anche per vizi che attengono al merito della causa⁶³, come quelli fondati su precedenti giurisprudenziali.

⁶⁰ COLESANTI, *Brevi «mémoires» (d’outre-tombe) di un processualista deluso*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 646.

⁶¹ Sul punto, cfr. ad es. MARINELLI, *La clausola generale dell’art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005, 152 ss., e le sentenze ivi richiamate. Per un’analisi approfondita della giurisprudenza, cfr. *amplius* FABIANI, *Interesse ad agire, mero accertamento e limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 1998, 545 ss.; IMPAGNATELLO, *Due note in tema di interesse ad agire*, in *Foro it.*, 1993, I, 964 ss.

⁶² Ci si è spinti ad affermare che un’azione esecutiva, se ha ad oggetto un credito di natura meramente patrimoniale (!?) e di entità economica oggettivamente minima (?), non può ricevere tutela giuridica: *incredibile dictu*, ma vero (v. Cass. 3 marzo 2015, n. 4228, in *Corr. giur.*, 2016, 251 ss., con nota giustamente critica di PANZAROLA). In materia penale, invece, la Suprema Corte ha ritenuto legittima la misura della perquisizione personale funzionale al rinvenimento di una banconota da venti euro (Cass., V sez. pen., 10 agosto 2016, n. 34807, salvo errore inedita).

⁶³ Con riguardo al filtro dell’appello, v. ad es. DALLA BONTÀ, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Napoli, 2015; EAD., *Limiti e filtri nei mezzi di impugnazione. Sull’accesso alla seconda istanza di giudizio*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 137 ss.; con riguardo al filtro in cassazione, v. l’analisi critica della giurisprudenza svolta da TISCINI, *Il filtro in cassazione nella giurisprudenza della Corte*, in *Riv. dir.*

Nulla di tutto ciò è previsto nel contesto dei metodi non contenziosi di risoluzione dei conflitti, il cui carattere deformalizzato è incompatibile sia con vagli selettivi di questo tipo, sia con sanzioni diverse dalla (mera) irregolarità⁶⁴, sia con l'uso di argomenti basati sull'invocazione di precedenti esiti di ADR, che sarebbero peraltro rappresentati da documenti riservati e inutilizzabili (accordi, transazioni, verbali).

A differenza delle ADR, poi, il processo non conosce strumenti corrispondenti ai c.d. arbitrati tecnici (o sulle qualità), o alle clausole di adeguamento di contratti di durata⁶⁵ e, più in generale, risulta inidoneo all'accertamento di semplici fatti o alla soluzione di mere questioni (salve ipotesi eccezionali, come la querela di falso).

6.4. *Incommoda delle ADR*

A fronte di tutti questi *commoda* che le ADR indubbiamente presentano (ma si potrebbero ovviamente menzionare altri vantaggi e opportunità), gli *incommoda* rispetto al processo sono di modesta portata e comunque riflettono la diversa tipologia e finalità dello strumento di risoluzione del conflitto (non giurisdizionale e negoziale, ovvero giurisdizionale e contezioso).

Che l'atto introduttivo di una ADR non sia perfettamente equivalente alla proposizione di una domanda giudiziale, o che l'accordo conciliativo raggiunto a seguito di una ADR non sia perfettamente equivalente ad una sentenza (di accoglimento), è infatti un logico corollario della diversa natura del mezzo di tutela cui si fa ricorso.

Non può, pertanto, suscitare alcuno scandalo giuridico il fatto che la domanda di mediazione o l'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita non produce effetti sostanziali diversi da quelli circoscritti ai profili della prescrizione e della decadenza (v. ad es. artt. 55, 561, 2° comma, 669, 2° comma, 807, 948, 1148, 1283, 1453, 2° comma, 1492, 2° comma, c.c.), ovvero che esse non siano trascrivibili, perché questi sono effetti giuridici tipici ed esclusivi di domande giudiziali⁶⁶.

Al più, con uno sforzo ermeneutico compatibile con il quadro normativo complessivo, si può condividere l'opinione di chi ritiene che, fra gli effetti sostanziali di natura conservativa della (comunicazione della) domanda di mediazione, sia annoverabile anche quello sospensivo della prescrizione, previsto dall'art. 2945, 2° comma, c.c., che perdurerebbe fino al deposito del verbale di mancata conciliazione o del verbale che recepi-

proc., 2019, 1028 ss.

⁶⁴ Cfr. sul punto MARZOCCO, *Requisiti di forma-contenuto ed effetti dell'istanza di mediazione*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 1133.

⁶⁵ Sul punto, v. *amplius* BOVE, *La perizia arbitrale*, Torino, 2001, 4, 155 ss. e 176 ss.; Id., *Le ADR e la composizione stragiudiziale delle controversie*, cit., 39, nota 12.

⁶⁶ TISCINI, *Vantaggi e svantaggi della nuova mediazione finalizzata alla conciliazione: accordo e sentenza a confronto*, in *Giust. civ.*, 2010, II, 492; FREZZA, *Sulla trascrivibilità della domanda di mediazione e dei ricorsi al giudice amministrativo*, in *Giust. civ.*, 2012, II, 516-517.

sce l'accordo conciliativo⁶⁷. Lo stesso discorso vale, ovviamente, per (la comunicazione del)l'invito a concludere una convenzione di negoziazione assistita, attesa la pressoché identica formulazione dell'art. 8, 2° comma, D.Lgs. n. 28/2010 e dell'art. 8 n. 132/2014, conv. in L. n. 162/2014. Rimane, tuttavia, ferma l'inapplicabilità dell'art. 2953 c.c. in tema di *actio iudicati*, secondo cui la prescrizione breve si converte in ordinaria (decennale) a seguito di una sentenza di condanna passata in giudicato⁶⁸, perché in questo caso la legge presuppone necessariamente una sentenza di condanna, cui non può essere equiparata l'esito di una ADR.

Infine, appare comunque insuperabile lo scoglio dogmatico e sistematico derivante dal carattere indisponibile del diritto controverso, atteso che si tratta di un limite conaturato al potere di disposizione negoziale dei privati (*arg. ex art.* 1966, 2° comma, c.c. e art. 806, 1° comma, c.p.c.)⁶⁹, sebbene il legislatore delle ultime riforme abbia ingenerato nell'interprete il dubbio che anche un diritto considerato tradizionalmente indisponibile come il diritto agli alimenti⁷⁰ possa, a certe condizioni, essere oggetto di accordi compositivi della controversia (v. art. 6 D.L. n. 132/2014, conv. in L. n. 162/2014, così come modificato dall'art. 1, comma 35, L. n. 206/2021, entrato in vigore il 22 giugno 2022).

In definitiva, non sembra che gli indubbi e significativi vantaggi delle ADR rispetto al processo, alcuni dei quali sono stati anche sunteggiati dalla giurisprudenza europea⁷¹, siano destinati ad essere neutralizzati, compensati o anche soltanto attenuati dagli svantaggi appena visti.

⁶⁷ DALFINO, *Domanda di mediazione ed effetti sulla prescrizione e sulla decadenza: l'attuazione della Dir. 2008/52/CE da parte degli Stati membri*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 49, ed ivi (alla nota 33) ulteriori riferimenti dottrinali conformi; ARIETA, *La domanda di mediazione e le regole di instaurazione del procedimento*, in *Corr. giur.*, 2011, 569; *contra*, però, DANOVI, *Mediazione, processo e ruolo dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1052; IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, contenuto, effetti*, *ivi*, 2011, 714-715.

⁶⁸ In tal senso, v. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 279.

⁶⁹ È pacifica la natura negoziale dell'accordo conciliativo (DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, 2ª ed., in *Comm. Chiarloni*, Bologna, 2022, 490-491, nota 57, ed ivi gli opportuni riferimenti).

⁷⁰ Cfr. ad es. TAMBURRINO, voce *Alimenti (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 31; MACIOCE, voce *Rinuncia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 943.

⁷¹ V. Corte giust. UE, 18 marzo 2010, cause nn. 317-320/2008, *Alassin c. Telecom Italia* (in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss.), che ha avuto cura di precisare i presupposti di un'ADR (obbligatoria): (i) non deve condurre a una decisione vincolante; (ii) non deve comportare tempi eccessivi; (iii) non deve comportare costi ingenti per le parti; (iv) deve sospendere o interrompere la prescrizione del diritto controverso; (v) la via elettronica non deve costituire l'unica modalità di accesso alla procedura; (vi) nei casi urgenti, deve essere possibile disporre provvedimenti provvisori.

7. Conclusioni

Si può discutere a lungo circa i possibili o migliori modi di gestione dei conflitti, che la storia conferma essere stati i più vari ed eterogenei (oracolo, ordalia, compurgazione, duello, votazione, processo, forme consensuali o partecipative di giustizia).

Ma una cosa è certa: la scelta del modo di risolvere un conflitto è inevitabilmente destinata ad influire sulla relazione fra le parti, che, dopo il conflitto, può uscirne spezzata o lacerata, ovvero rafforzata, consolidata e dunque proiettata verso il futuro.

In questa delicata e cruciale scelta, che è anzitutto politica⁷², si coglie e si scioglie anche, in definitiva, la contraddizione del diritto nella perenne dialettica tra funzione irenògena e funzione polemògena.

ABSTRACT

Il saggio, dopo aver istituito un parallelismo fra cura in ambito medico-sanitario o psico-terapeutico e cura professionale degli interessi in ambito legale, analizza e confronta i vantaggi e svantaggi derivanti dalla giustizia amministrata nel processo civile con quelli derivanti dagli strumenti della giustizia privata, ossia dal sistema delle ADR.

After establishing a parallelism between care in the medical or psycho-therapeutic sphere and professional care of interests in the legal sphere, the essay analyses and compares the benefits and disadvantages of administered justice in the civil trial with those arising from instruments of private justice, i.e. the ADR system.

⁷² Cfr. IRTI, *Per una teoria della norma giuridica*, in ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 184, secondo cui il diritto non si limita a regolare i conflitti, ma stabilisce anche i criteri che presiedono alla soluzione dei conflitti.