

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Silvana Dalla Bontà (*)

Pare cogliere lo spirito del tempo il rilievo che quello attuale spinga e reclami un'attenzione particolare al tema, variegato e complesso, non nuovo ma di certo sempre più urgente, della «giustizia consensuale». A questa è così sembrato opportuno indirizzare una Rivista dedicata, che sulle molteplici sfaccettature del tema miri a raccogliere le riflessioni della dottrina e non solo, sì da restituire al lettore una visione d'assieme, meditata e critica, dei tanti risvolti – teorici, sistematici e pratici – che esso presenta.

Giustizia consensuale, un titolo scelto per la sua portata inclusiva, evocativo di un fenomeno poliedrico, e per questo fatalmente interdisciplinare, quale questa Rivista non può quindi che essere. *Giustizia consensuale*, un binomio teso a suggerire quella varietà di aree di interesse, e relative linee di studio e riflessione, che la Rivista auspica di ospitare e promuovere, in un dialogo fecondo tra discipline che mai come i tempi odierni rivelano indispensabile.

Si chiederà il lettore – alla ricerca della ragion d'essere e del fine ultimo della Rivista – cosa si intenda più precisamente con questo binomio.

Ebbene, nella consapevolezza di come un titolo dalla formulazione sì 'aperta' possa schiudere nel tempo – ed è questo un auspicio – sempre inediti orizzonti, si ritiene esso incoraggi già in sé una rinnovata attenzione alla «giustizia» e alla legittimità ed opportunità che questa possa rivelarsi *anche* «consensuale». In altri e più esplici-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 3-14. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Professoressa Associata di Diritto Processuale civile nell'Università di Trento.

ti termini, il tema, ancorché noto ed indagato, è parso meritare nei tempi correnti un ulteriore e specifico sforzo d'indagine.

Non può negarsi, infatti, esso sottenda una questione teorica centrale, dai contorni invero ancora bisognosi di adeguata ricostruzione sistematica: quella che concerne il rapporto tra giustizia ed autonomia delle parti. Il suo essere rimasta negli studi, per così dire, in penombra, d'altronde, non stupisce. Nella tradizione giuridica occidentale (e viepiù euro-continentale), che per arate ragioni storiche ha esaltato una concezione della giustizia quale risultato dell'esercizio della giurisdizione statale, si è attardata per lungo tempo sullo sfondo la possibilità di una 'giustizia pluralista'. Una giustizia realizzabile, cioè, in sedi diverse (*justice in many rooms*), che, non necessariamente giurisdizionale, possa essere anche agiurisdizionale. La prospettiva è però gradualmente mutata.

Indubbio è che la giurisdizione sia stata e permanga, nell'assetto nazionale e sovranazionale – quanto meno euro-unitario – via centrale attraverso cui giungere alla soluzione(-decisione) delle liti mediante applicazione della norma al caso concreto e riaffermazione in esso del diritto oggettivo e dei suoi valori. L'orizzonte si è tuttavia da tempo arricchito – anche dietro 'spinte' legislative diversamente articolate – di un ventaglio sempre più ampio di modalità agiurisdizionali di soluzione del conflitto. Con innegabile arretramento della giurisdizione a favore di mezzi, a vario titolo e modo, auto-compositivi della lite. Si impone così, in questa rivisitata cornice, l'urgenza di una nuova indagine dello stesso concetto di giustizia, in una con il fenomeno, in ugual misura sfaccettato e multiforme, ed a quella intimamente collegato, del conflitto.

Se è vero, infatti, che la giustizia non possa ridursi ad una situazione di mera assenza di lite, essa però non sarebbe neppure identificabile, in speculare semplificazione, con il solo esito dello *jus dicere*, che per il tramite della pronuncia del giudice statale separi il torto dalla ragione. La controversia, che nel processo trova decisione, origina di frequente, infatti, da un conflitto dai contorni ben più ampi del suo perimetro ed inquadramento giuridico, con la conse-

guenza che la sua soluzione non sempre è destinata a ricevere nella pronuncia del giudice adeguata, soddisfacente e definitiva risposta. Il conflitto nasce d'altronde da uno scontro (in certi casi persino apparente) di interessi e bisogni delle parti fatalmente più estesi di quelli filtrati e cristallizzati dalla norma generale ed astratta, e che pertanto necessitano – talvolta ben più di questi ultimi – di concreta soddisfazione onde dar fine vera alla lite.

Di qui, l'emergere dell'inadeguatezza della soluzione giurisdizionale, che per determinati conflitti ed in casi concreti di volta in volta individuati, può risultare strumento manchevole, e perciò inidoneo ad offrire giustizia. Questa, intesa come composizione del conflitto nel senso più pieno del termine – in un significato quasi prossimo alla pace – sembra in quei casi più efficacemente raggiunta mediante strumenti auto-compositivi della lite. Strumenti in cui l'elaborazione della regola destinata a disciplinare il futuro rapporto tra i contendenti scaturisca dal dialogo delle loro autonomie negoziali, le sole in grado di valutare e temperare, secondo la logica dell'opportunità, (anche) gli interessi non formalizzati nella norma generale ed astratta, in vista di una soluzione condivisa.

Ciò si mostra ancor più vero nei tempi attuali, in cui la crisi delle tradizionali strutture di regolazione e socializzazione fissate dall'istituzione-Stato segna l'inarrestabile affermarsi di una visione individualistica, nonché la difficoltà per i singoli di accettare l'idea di un'obbedienza a 'norme' imposte, avvertite come eteronome. Conseguenza ne è la crescente preferenza per modalità di composizione dei conflitti capaci di offrire riconoscimento adeguato alle specificità individuali, modalità in cui i singoli possano dare il loro contributo e far sentire la propria voce. Esattamente in questo si coglierebbe uno dei (molti) significati della giustizia consensuale, apprezzabile da tale angolatura quale giustizia *partecipativa*, in quanto risultato dell'uso di strumenti che pongono al centro le persone coinvolte nel conflitto, rendendole, perché sue vere protagoniste, motori nella ricerca della sua soluzione. Strumenti di risoluzione del conflitto, questi, che non segnando una distanza dalle perso-

ne e dalle loro peculiarità, si farebbero così mezzi di giustizia *di prossimità*.

Ora, se innegabile è quindi che i tempi recenti vedano il crescente imporsi di una 'giustizia pluralista', non v'è dubbio che un tale fenomeno porti con sé una decisa esortazione: e cioè quella alla riflessione sulla relazione tra giustizia consensuale e giustizia giurisdizionale. Profilo di indagine, questo, che si mostra ancor più urgente alla luce delle spinte legislative (non solo nazionali, ma anche euro-unitarie e financo globali) a favore di introduzione e promozione di strumenti a-giurisdizionali di soluzione delle controversie, prevedendone l'esperimento quale condizione – di volta in volta diversamente declinata nel diritto positivo – per l'accesso al giudice statale o alla sua pronuncia di merito.

Anche a dar per acquisita l'esclusione dell'idea di una giustizia consensuale quale giustizia 'anti-giurisdizionale', vale a dire tesa ad allontanare le parti dal processo (e dal diritto) per i fini più diversi – tra tutti, la diminuzione del carico giudiziario – si deve tuttavia riscontrare come la questione del rapporto tra processo ed autonomia delle parti resti aperta e perciò in attesa di più approfondita analisi.

Ribadita la centralità della giurisdizione – quale unica capace di garantire sempre la soluzione della controversia in quanto espressione del potere autoritativo-decisorio dello Stato – e riconosciuto al contempo che la tutela dei diritti debordi assai lo spazio classico della giurisdizione, rimane infatti da verificare quale relazione possa e debba immaginarsi tra processo e strumenti consensuali di risoluzione della lite. Anche a tale spinosa questione la Rivista intende volgere attenzione.

Di fronte al proliferare di micro-sistemi diversificati e autonomi di soluzione del conflitto, urge una riflessione ad ampio spettro sui pericoli che possano nascere da un loro uso improprio. Riflessione che prendendo le mosse da una loro attenta analisi sappia suggerire un possibile punto di equilibrio tra processo e 'altra giustizia', sì da favorire l'adozione a riguardo di una buona legislazione, di buone prassi nonché l'esportazione di modelli giusti nei settori giusti. Si

deve, d'altronde, riconoscere che ogni micro-sistema che esalti l'autonomia individuale nella soluzione del conflitto presenti ben precise 'condizioni di vita', potendo efficacemente funzionare solo entro determinate coordinate, che non debbono essere dimenticate né eluse. La previsione e l'impiego 'generalizzato' e 'generalista' di tali micro-sistemi rischiano, infatti, di minare, piuttosto che arricchire, la tutela dei diritti, e di restituire un orizzonte di giustizia, anziché pluralista, tristemente impoverito.

Di qui, la necessità, per un verso, di indagare se e quali conflitti meglio si prestino allo strumento auto-compositivo della lite – non solo in termini astratti, ma anche concreti, e cioè in relazione alle caratteristiche oggettive e soggettive del singolo caso – per l'altro, di saggiare se quei metodi, per come configurati, si risolvano invero in mere forme 'apocrife' della via giurisdizionale, senza assicurarne però le indiscusse garanzie né rappresentare un *quid aliud e pluris* rispetto a quest'ultima.

È alla luce di un tale rinnovato approfondimento – che le pagine della Rivista sperano di raccogliere – che pare possa così conquistarsi il traguardo maturo, perché realmente arricchito ed arricchente, della giustizia *co-esistenziale*, ossia di una giustizia 'completa' frutto della co-esistenza di quella giurisdizionale ed a-giurisdizionale, in un rapporto non di reciproca esclusione, bensì di compiuta complementarità. Un rapporto, che per essere tale presuppone peraltro l'efficienza certa della giustizia giurisdizionale. Quella della giustizia a-giurisdizionale, infatti, è giocoforza direttamente proporzionale a quest'ultima, dal momento che nella lite vi è sempre chi, conoscendo le disfunzioni della macchina giudiziaria, ha il vantaggio di trarne profitto. La complementare co-esistenza delle 'giustizie' diventa così sfida ad una loro co-efficienza.

Ora, se così dovrebbe essere, e ci si augura sia, con evidenza emerge come discorrere di «giustizia consensuale», in seno a questa Rivista, voglia dire di necessità tornare a trattare, ancorché da diversa prospettiva, (anche) di «giurisdizione» – non da ultimo per l'inevitabile coordinamento con il processo, ed eventuale innesto in es-

so, che gli strumenti di soluzione del conflitto ‘altri’ rispetto alla giurisdizione possono e debbono ricevere. Aspetto, questo, che non si risolve nel solo classico, e pur ancora impegnativo, problema della giurisdizione civile condizionata, ma anche, allargando la visuale a tutte le declinazioni dell’unica giurisdizione statale, al modo in cui i metodi di gestione del conflitto alternativi al processo si affacciano a ed interfacciano con le altre giurisdizioni – da quella amministrativa a quella penale. Pure in tali sedi, infatti, benché segnate, per note ragioni, più di quella civile dalla centralità – e financo superiorità – della giurisdizione, non mancano importanti segnali di un ‘mutamento di sguardo’ sulle modalità di soluzione del conflitto – qui latamente inteso – che quelle sono chiamate a risolvere.

Nell’alveo della giustizia amministrativa, in una con la progressiva tendenza alla trasformazione del volto del potere della pubblica amministrazione – sempre meno percepito quale potere sovrano, alle origini quasi sacrale – si assiste così a possibili aperture verso una soluzione delle controversie pubblicistiche anche a mezzo di metodi alternativi al processo. Metodi concepiti qui non tanto quali atti di autonomia privata, bensì come possibilità di applicare diversamente le norme – rispetto a quanto fatto in un primo momento dalla p.a. nell’esercizio del potere – grazie ad una rinnovata partecipazione del cittadino in ordine alle scelte amministrative. Anche qui, si rinviene così una logica partecipativa, diretta a favorire soluzioni condivise, tanto più laddove tra amministratori ed amministrati intercorrano complesse relazioni di durata e la controversia sorta si riveli emersione di una tensione da sciogliere anziché esacerbare.

Per altro verso, in una prospettiva differente ma consonante nel riposizionamento della centralità della persona, nell’ambito della giustizia penale, sulla spinta ad un superamento della logica reo-centrica focalizzata su chi meriti di essere punito e con quali sanzioni, si coglie l’affermarsi di strumenti di giustizia *riparativa*. Giustizia, questa, che integrata a quella giurisdizionale, sappia restituire un posto alla vittima del reato, aprendo, nell’assoluta volontarietà e

riservatezza, ad un percorso dialogico tra quella, il reo ed eventualmente la comunità, indirizzato a trovare possibili soluzioni per ristorare dalle conseguenze negative del reato e grazie cui progettare un agire responsabile per il futuro.

Ebbene, se queste profonde trasformazioni segnano innegabilmente i nostri tempi, e se è vero che la concezione di una «giustizia consensuale» si intreccia in modo indissolubile con l'idea di una giustizia co-esistenziale – sussistendo la prima a fianco di ed in dialogo con quella giurisdizionale – si deve riscontrare come questo imponga una nuova riflessione anche su tutti coloro che operano per la realizzazione della giustizia, sui fronti tanto giurisdizionale che a-giurisdizionale. In ragione della rilevata complementarità di queste due 'sponde', nuova luce si riverbera, infatti, anche sui ruoli di avvocato e giudice come dello stesso cliente-persona coinvolta nel conflitto. Si tratta di una luce che mette in risalto, di costoro, profili rimasti sino ad oggi, se non inediti, quanto meno comprensibilmente in penombra. Anche alla conseguente (ri)valorizzazione di tali ruoli la Rivista non può che indirizzarsi.

Per un verso, infatti, è l'avvocato che nella sua posizione, privilegiata quanto delicata, di contatto diretto con la parte e il suo conflitto è in grado di coglierne appieno la 'fattualità'. Una fattualità che egli è chiamato ad indagare e scavare sì da suggerire con accortezza la via di soluzione idonea a rispondere con maggior effettività a diritti ed interessi (intesi, questi, come utilità più estese dei primi) del cliente (*melius*, della persona coinvolta nel conflitto). Riappropriandosi della sua funzione e responsabilità sociale, che ne esalta e nobilita la professione, l'avvocato è infatti nelle migliori condizioni per disinnescare – all'insegna della richiamata complementarità delle varie 'giustizie' – la tradizionale identificazione della giustizia con il processo, così come, ove i caratteri oggettivi e soggettivi del conflitto lo richiedano, consigliare la via giurisdizionale. Guida in tale non facile percorso dovrebbe essere la consapevolezza che il cliente, quale persona al centro del conflitto, e che perciò meglio di chiunque lo conosce, ha invero in sé le potenzialità per risolverlo – po-

tenzialità che l'avvocato è tenuto, nel suo rivalutato ruolo, a riattivare, in vista della più appropriata associazione del conflitto al rimedio. Sono, questi, compiti cruciali quanto impegnativi, che fatalmente riaccendono la questione dell'appropriato compenso dell'avvocato anche per la sua consulenza legale nella fase non- e pre-contenziosa – e cioè per la sua attività di assistenza ed accompagnamento a margine e fuori dal processo – in particolare laddove la parte sia non abbiente. Impossibile immaginare di guadagnare il traguardo maturo della giustizia co-esistenziale senza toccare e risolvere nodi di così pratico rilievo.

Se nell'orizzonte di una giustizia consensuale complementare alla giurisdizione l'avvocato trova quindi nuovo risalto nella sua funzione, in ragione della 'presa diretta' sul conflitto che la professione *per se* gli assegna, non minore attenzione merita, in questo contesto, il ruolo del giudice. Se trattare di giustizia consensuale significa evocare un suo coordinamento con il processo o innesto in esso, chiaro è come tale 'integrazione' passi giocoforza per un rivalutato intervento del giudice, e precisamente per un'esaltazione del dialogo tra costui, avvocati e parti, e, quindi, per un rilancio nel processo dell'udienza. Una volta adita la via della giustizia giurisdizionale, quella consensuale può infatti 'riemergere' innestandosi nella – e così coordinandosi con la – prima, proprio grazie al dialogo processuale tra giudice ed avvocato. In virtuosa sinergia con quest'ultimo, interlocutore chiamato ad avvicinarlo alla 'fattualità' del conflitto, il giudice può cioè innescare, lite pendente, l'apertura alla via della giustizia consensuale, restando tuttavia pronto a ri-espandere nuovamente quella giurisdizionale, ove la prima si riveli impraticabile. Anch'egli, come l'avvocato, seppur da prospettiva istituzionalmente diversa, diventa quindi propulsore di una costruzione per così dire progressiva della soluzione del conflitto che tenga conto, cammin facendo, delle caratteristiche oggettive e soggettive del caso concreto. Anch'egli, come l'avvocato, può assurgere a promotore di una nuova cultura del conflitto e della sua gestione, una cultura che abbia la forza di immaginare quest'ultima anche fuori dalle aule giudi-

ziarie – in particolare laddove centrale sia la continuità del rapporto oltre il conflitto, profilo, questo, pressoché assente nell’orizzonte visivo della norma generale ed astratta come della giurisdizione.

Pure queste sfide, però – non meno di quelle che interessano l’avvocato nella fase non- e pre-contenziosa – portano con sé vecchie e nuove questioni, che investono qui l’efficienza della macchina giudiziaria come la formazione e preparazione del giudice nel governare con sapienza l’innesto della giustizia consensuale in quella giurisdizionale. Si intende, infatti, che se l’udienza rappresenta sede privilegiata per lo spiegarsi della ‘giustizia pluralista’, quella deve essere effettivamente tale, celebrarsi nell’oralità, grazie ad uno scambio fecondo tra giudice, avvocati e parti. Solo questo, infatti, appare in grado di agevolare l’emersione di quella ‘fattualità’ del conflitto che consente non solo di meglio qualificare i diritti da tutelare, ma anche di intravedere gli interessi, rispetto a questi ultimi più ampi, idonei a schiudere la via della giustizia consensuale. Ancora una volta, quindi, la praticabilità e bontà di quest’ultima si rivela direttamente proporzionale all’efficienza della giustizia giurisdizionale, e così alla ‘cura’ che l’ordinamento riserva, anche in termini squisitamente organizzativi, all’operare dell’apparato giudiziario.

Ebbene, è dal sapiente coordinamento di tutti questi aspetti – che la Rivista si prefigge di porre a suo oggetto – che la giustizia consensuale può rivestire il ruolo appropriato che le spetta, evitando di scadere in un insidioso espediente teso a sottrarre al perimetro garantista di quella giurisdizionale le controversie più delicate e complesse che scaturiscano da situazioni segnate da rapporti di forza asimmetrici o dalla presenza di soggetti deboli e vulnerabili.

Ebbene, proprio queste riflessioni suggeriscono un ulteriore profilo di studio che la giustizia consensuale porta con sé, un profilo che invita ad allargare l’orizzonte oltre i confini dei singoli ordinamenti giuridici nazionali per abbracciare una visuale più ampia, che la Rivista non può ignorare.

Non v'è dubbio, infatti, che la giustizia consensuale sia esaltata e caldeggiata nella gestione dei conflitti anche, e forse innanzitutto, a livello sovranazionale, e oramai globale, per poi di lì 'ri-discendere' nella sua implementazione a quello nazionale. Le ragioni di tale aperto favore sono tanto intuibili quanto note.

Se la globalizzazione ha comportato l'espandersi ed intensificarsi, oltre e senza confini, del movimento di persone, beni e capitali, il contenzioso si è fatto immancabilmente sempre più transfrontaliero, investendo la sua soluzione di nuove e variegate sfide. Foro avente giurisdizione, legge sostanziale e processuale applicabile, riconoscimento ed esecuzione della pronuncia straniera – sono solo i più evidenti, ma non certo gli unici complessi, spinosi profili che le controversie transfrontaliere portate avanti ai giudici statali consegnano ad operatori del diritto e ordinamenti giuridici. Profili, quelli, non solo di ardua soluzione e dalle rilevanti ricadute economiche, ma anche di difficile 'riduzione ad unità' in atti interstatuali vincolanti, in ragione della profonda diversità di tradizioni e culture giuridiche che quegli atti dovrebbero assorbire e condividere.

Di qui, l'agevole quanto pragmatica intuizione di superare con destrezza siffatte difficoltà incoraggiando e sostenendo – con strumenti, a seconda dei contesti, di *soft* e *hard law* – l'uso di meccanismi consensuali di gestione del conflitto. Questi, infatti, pur declinati in vario modo a seconda del modello consensuale di soluzione della controversia, non solo aggirerebbero a monte le più controverse questioni su individuazione di *forum* e *lex causae*, ma ridurrebbero a valle la necessità di riconoscimento ed esecuzione transfrontalieri, potendo contare su una più elevata probabilità di adeguamento spontaneo delle parti al contenuto della soluzione, in quanto frutto di un loro accordo condiviso.

Che nei fatti questo accada, non elimina però tutte le questioni giuridiche legate alla soluzione per via consensuale del contenzioso transfrontaliero, evidenza provata dai ripetuti tentativi, a livello euro-unitario come interstatuale, di fissare minimi *standard* sulla 'qualità' ed 'effettività' della giustizia consensuale – e cioè con ri-

guardo, da un lato, alle caratteristiche di competenza, indipendenza ed imparzialità dei professionisti ed organismi che tale giustizia consensuale favoriscano ed erogino, dall'altro, all'effettività della procedura che miri al raggiungimento dell'accordo tra le parti così come alla sua efficace circolazione oltre i confini dell'ordinamento in cui esso è stato raggiunto.

Ebbene, sono, questi, aspetti delicati, che reclamano attenzione non solo *per se*, ma anche in una prospettiva più estesa, attenta a verificare se tali strumenti, per come tratteggiati, rispettino quel punto di equilibrio tra processo e 'altra giustizia' cui poc'anzi si faceva richiamo, e che è parsa cifra di una giustizia virtuosamente 'pluralista' e non soltanto anti-giurisdizionale. Anche dall'approfondimento di questi risvolti critici la Rivista non vuole esimersi, nella consapevolezza che i tempi attuali, ed ancor più quelli futuri, li moltiplicheranno ed acuiranno.

Un esempio, tra tutti, è offerto dallo scenario schiuso dal vertiginoso sviluppo del contenzioso originato dal commercio elettronico, che non solo ha intensificato in modo esponenziale le classiche questioni sollevate dalle liti transfrontaliere, ma che per la stessa peculiarità del luogo-non luogo – la Rete – in cui quel commercio si svolge, ne ha affacciate molte di nuove ed inedite. Un ginepraio di questioni la cui soluzione, diversamente che nel tradizionale contenzioso transfrontaliero fuori Rete, patisce non poco l'assenza di quel criterio fisico della territorialità che è ancora storica, per non dire fondante, del diritto e della giurisdizione.

Ebbene, non è un caso che proprio questo, tra i molti, sia il campo in cui la giustizia consensuale pare aver trovato da ultimo la sua diffusione più fertile, in una forma peculiare – l'*Online Dispute Resolution* (ODR) – che estende, sulla base del consenso delle parti, allo stadio patologico del rapporto (negoziale) l'uso di quella tecnologia, *i.e.* la Rete, che ne ha segnato la fisiologica genesi. Una Rete che, nel momento della soluzione del conflitto, per come oggi le ODR si stanno sviluppando ed imponendo su scala mondiale, non costituisce più mero mezzo di comunicazione a distanza – e così di

trasposizione in linea delle classiche modalità di soluzione consensuale di gestione del conflitto – ma diventa essa stessa parte, nelle forme di semplificata intelligenza artificiale, della gestione del contenzioso.

Inutile dire che proprio qui la giustizia consensuale incontra alcune tra le sue più recenti e significative sfide. Qui, d'altronde, trova ai giorni nostri la sua più diffusa emersione quel contenzioso da sempre associato, quasi con disinvolta naturalezza, alla giustizia consensuale, per suo ridotto valore nel caso singolo e ripetitività su larga scala: il contenzioso consumeristico. Un contenzioso, questo, che, per le asimmetriche posizioni di forza individuali dei suoi protagonisti (consumatore *versus* professionista), diventa ancora, e forse più che mai oggi nell'avanzare delle ODR, uno tra i banchi di prova del delicato ma salvifico punto di equilibrio tra processo e 'altra giustizia' inteso quale garanzia di una virtuosa 'giustizia pluralista'.

Ne esce così vivificato, nella sua attuale urgenza, quel quesito di fondo che rende ragione di questa Rivista: quale sia il rapporto tra autonomia delle parti, nel determinare liberamente la soluzione del proprio conflitto, e processo, quale luogo in cui il diritto trova tutela non solo per la riaffermazione dei valori formalizzati nelle fattispecie generali ed astratte applicabili al caso concreto, ma anche – spesso – per il suo formarsi nel contraddittorio tra le parti innanzi ad un giudice indipendente ed imparziale.

MEDIAZIONE DEI CONFLITTI:
UNA SPINTA GENEROSA VERSO IL CAMBIAMENTO

Paola Lucarelli

Abstract

Dal Piano nazionale di ripresa e resilienza come dalle linee guida del Ministro della Giustizia emerge con nitore l'urgenza di una riforma che rafforzi la soluzione stragiudiziale delle controversie. Ripresa e resilienza diventano gli obiettivi fondamentali di una tale riforma. La mediazione del conflitto è indicata come via elettiva per coesione e pacificazione sociale. La ragione della promozione e del rafforzamento di questo metodo di soluzione del conflitto non risiede soltanto nella diminuzione del carico giudiziario, ma nel potere che la mediazione attribuisce ai litiganti di scegliere e determinare la soluzione dei loro conflitti con l'aiuto dei loro avvocati. Grazie alla promozione di responsabilità, auto-determinazione, consapevolezza e fiducia, la mediazione rende professionisti e cittadini protagonisti di un processo di cambiamento che combina la giustizia giurisdizionale con quella consensuale.

From the Italian Recovery and Resilience Plan to the guidelines of the Italian Ministry of Justice, the urgency of a reform to strengthen out-of-court dispute resolution procedures clearly emerges. Recovery and resilience become fundamental objectives. Conflict mediation is the path chosen to achieve social cohesion and reconciliation. Promoting and strengthening this dispute resolution mechanism is important not only to reduce the judicial backlog, but also to empower the parties to self-tailor the solution of their conflict with the assistance of their attorneys. By fostering responsibility, self-determination, awareness and trust, mediation makes citizens and professionals protagonists in the process of change that combines judicial and consensual justice.

LA «PROPOSTA» DEL MEDIATORE

Francesco P. Luiso

Abstract

Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – che ha attuato in Italia la direttiva 2008/52/CE – prevede, a certe condizioni, che il mediatore effettui una proposta che il giudice, nella successiva controversia, potrà utilizzare al fine di sanzionare, in sede di liquidazione delle spese giudiziali, chi non l'abbia accettata. Ma lascia liberi gli organismi di mediazione di prevedere che il mediatore non effettui alcuna proposta.

Alcuni provvedimenti impongono alle parti di svolgere la procedura di mediazione presso organismi che consentono al mediatore di effettuare la proposta, e dispongono altresì che il mediatore la effettui sempre.

L'a. sostiene che questa imposizione del giudice viola la legge, perché quest'ultima non gli consente di imporre alcunché, in ordine allo svolgimento del procedimento di mediazione, né alle parti né al mediatore.

L'a. rileva che la proposta del mediatore non potrebbe comunque essere utilizzata dal giudice, perché quest'ultimo fonda la sua decisione sulla ragione ed il torto, mentre il mediatore articola la sua proposta sulla base dei bisogni e degli interessi delle parti. Il diverso metro utilizzato dal mediatore e dal giudice rende proposta e decisione disomogenee, e quindi impedisce di paragonarne il contenuto.

The Italian Legislative Decree No. 28 of 4 March 2010 – implementing the Directive 2008/52/EC – enables, in certain conditions, the mediator to submit a settlement offer to the conflicting parties. In the case that the mediation fails, the judge, in the subsequent court proceedings, might sanction the non-accepting party when allocating procedural costs. Nonetheless, the aforementioned Legislative Decree does not compel the mediator to submit such a settlement offer. However, the mediation rules

ABSTARCTS

of some institutions oblige the mediator to make a settlement offer to the parties.

Against this background, when ordering the parties to attempt mediation, some courts require them to file their mediation application with a mediation institution allowing the mediator to submit a settlement offer to the parties.

In this article, the author argues that these court orders are against the above-mentioned Legislative Decree. In fact, this does not permit the judge to make any particular determination regarding the mediation procedure, the parties, or the mediator themselves.

Furthermore, the author underlines how the judge could never take the mediator's settlement offer into consideration in the pending proceedings. While the judge grounds their decision on what is right and what is wrong, the mediator's settlement offer revolves around the needs and interests of the conflicting parties, thus impeding any comparison between their contents.

CONCILIAZIONE E ARBITRATO.
CONCILIAZIONE NELL'ARBITRATO.
APPUNTI SPARSI FRA DIRITTO,
PSICOLOGIA E PRASSI

Antonio Briguglio

Abstract

Lo scritto si occupa dei rapporti fra conciliazione ed arbitrato nell'ambito del complessivo sistema delle ADR.

Si analizzano anzitutto le differenze concettuali, giuridiche e sistematiche fra conciliazione ed arbitrato, con alcuni riferimenti ad alcune aree di parziale sovrapposizione (come, ad esempio, quella ora aperta dalla Convenzione di Singapore del 2019).

Si prende poi in considerazione la diversità di approccio di parti e giudicanti alla conciliazione nel giudizio ordinario e nell'arbitrato.

Successivamente l'attenzione è concentrata sul tentativo di conciliazione nel corso del giudizio arbitrale; sulle c.dd. clausole *multi-step* che prevedono l'esperimento in sequenza di una procedura conciliativa e di un procedimento arbitrale; sull'*award by consent* nella prassi dell'arbitrato internazionale.

The article deals with the relationship between conciliation and arbitration within the overall ADR system.

It first analyses the conceptual, legal and systematic differences between conciliation and arbitration, with references to some areas of partial overlap (such as, for example, the one now opened by the Singapore Convention of 2019).

The author then takes into consideration the parties' and adjudicators' different approaches to conciliation both in in-court proceedings and arbitration.

PROCEDURE, PARTY AGREEMENT, AND CONTRACT

Neil Andrews

Abstract

In this piece the author considers three points of interaction between agreement and procedure.

(1) The parties might consensually choose the applicable procedure, notably the choice between (a) judicial proceedings and (b) arbitration. If they have chosen (a), the parties might stipulate which court and in which jurisdiction the matter will be litigated. Having chosen instead (b) arbitration, the parties will normally make explicit the 'seat' (London, Milan, New York, etc) and the size of the arbitral tribunal (one, three, five, etc). Also falling within (1), there is possibility that the parties will agree to impose on themselves preliminary 'negotiation agreements' and/or mediation agreements.

(2) The parties can take a further step and specify or modify the elements of the relevant formal process (whether that process is court proceedings or arbitration). This modification of the default elements of the procedure will involve a 'bespoke' or *ad hoc* agreement, rather than simply adopting national or institutional procedural rules. However, this is less common. Most parties adopt without modification the relevant procedure 'off the peg'.

(3) Settlement is the consensual disposal or narrowing of the dispute. In practice, this is the most important way in which agreement and procedure interact. Settlement can occur before or after court or arbitration proceedings have commenced. It is also possible that settlement might occur even after the first-instance judgment has been obtained, for example, when appeal or enforcement proceedings are pending.

PER UNA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA
ALTERNATIVA CON PARTICOLARE
(ANCHE SE NON ESCLUSIVO)
RIGUARDO ALLE TRANSAZIONI PUBBLICISTICHE

Margherita Ramajoli

Abstract

Utilizzati in ambito pubblicistico gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie portano vantaggi sul piano sia sostanziale, sia processuale. Essi possono migliorare la qualità delle decisioni pubbliche, favorire l'adozione di soluzioni condivise, ristabilire il dialogo tra parti le cui relazioni sono destinate a durare nel tempo, concorrere alla moralizzazione rendendo palesi accordi altrimenti destinati a non emergere e, infine, rendere più efficiente il processo amministrativo, scaricando altrove la domanda di giustizia. Inoltre, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ben si adattano alle attuali trasformazioni del diritto amministrativo: esiste un profondo legame tra *droit souple* e *justice douce*, tra *soft law* e ADR, tra diritto sostanziale non tradizionale e giustizia amministrativa alternativa. Tuttavia, la giustizia alternativa è un fenomeno dalle potenzialità non ancora sufficientemente sviluppate in ambito pubblicistico, perché il suo utilizzo reca con sé alcuni problemi non trascurabili. In particolare, non è facile armonizzare lo scopo proprio delle ADR di mettere fine definitivamente a una controversia con la perennità della tutela degli interessi pubblici istituzionalmente demandati all'amministrazione, come testimoniato dall'uso della transazione da parte della pubblica amministrazione. Si ritiene che l'introduzione di una legge quadro sulle ADR pubblicistiche sia in grado di sciogliere alcuni dei nodi più drammatici di disciplina, beninteso sempre all'insegna dell'indispensabile elasticità.

ABSTARCTS

The use of alternative dispute resolution mechanisms in public interest litigation brings both substantial and procedural advantages. They may improve the quality of public decision-making, foster the adoption of shared solutions, re-establish dialogue between parties whose relations are bound to last over time, contribute to moralisation by making clear agreements otherwise not intended to emerge, and finally, make the administrative judicial review more efficient by directing the demand for justice elsewhere. In addition, alternative dispute resolution mechanisms are in tune with the current changes in administrative law; there is a deep link between droit souple and justice douce, between soft law and ADR, between non-traditional substantive law and alternative administrative judicial review. However, alternative justice is a phenomenon not yet sufficiently developed in public litigation, because of some debated issues in its use. Specifically, it is not easy to harmonise the very purpose of ADR to definitively settle a dispute with the perennial protection of public interest institutionally entrusted to administrative authorities, as demonstrated by how the latter use the settlement. The introduction of a framework law on ADR in public interest litigation could solve some of the most dramatic issues, naturally maintaining the indispensable flexibility.

MEDIAZIONE.
IL FRUTTO DI UN BUON ESERCIZIO DEL DIRITTO

Teresa Arruda Alvim e Márcio Bellocchi

Abstract

È emersa in modo sempre più deciso in tempi recenti, anche negli ordinamenti di *civil law*, una spinta alla promozione dei mezzi di risoluzione del conflitto diversi dal processo avanti al giudice statale. Le ragioni di questo progressivo interesse verso tali strumenti sono molteplici: tra queste, le principali sono, per un verso, la soddisfazione delle parti per il rinvenimento, esse stesse, della soluzione del loro conflitto, per l'altro, il beneficio guadagnato dalla macchina giudiziaria grazie alla diminuzione del contenzioso pendente.

Non mancano però ostacoli alla diffusione di una cultura incline alla soluzione del conflitto alternativa al processo. Il tradizionale approccio avversariale dell'avvocatura e l'insufficiente preparazione dei mediatori sono alcuni dei motivi per cui la cultura, in particolare della mediazione, trova difficoltà a diffondersi.

Gli a. esaminano in dettaglio ciascuno di questi profili dall'angolatura (anche) dell'ordinamento brasiliano, evidenziando, in profondità, le spinte al cambiamento nella gestione del conflitto, le sue ricadute pratiche e le prospettive future di una *multi-door justice*.

In the last few decades, even civil law jurisdictions have witnessed an increase in the promotion of alternative dispute resolution. Among various reasons for its adoption, ADR affords the parties the possibility to self-tailor a solution to their conflict while significantly diminishing the case overload of the judiciary.

ABSTARCTS

Nevertheless, just as varied are the obstacles to the diffusion of ADR, ranging from the lack of preparation of mediators to the traditional adversarial approach of attorneys.

The authors examine each of these profiles in the perspective of the Brazilian legal system, analysing the reasons behind the promotion of ADR, its practical implications, and the future outlook on a multi-door justice.

REINVENTING JUSTICE
WITH ONLINE DISPUTE RESOLUTION

Colin Rule

Abstract

Online Dispute Resolution (ODR) is the study of how to use technology to help parties resolve their disputes. Originally created to help e-Commerce companies build trust with their users, ODR is now being integrated into the courts to expand access to justice and reduce costs. With the expansion of artificial intelligence and machine learning, ODR has the potential to play a major role in the justice systems of the future, but there are many questions that still need to be answered. This article outlines the need for ODR, provides a short history of its development, and describes some of the challenges that could accompany its expansion.

ABSTARCTS

UNA GIUSTIZIA «CO-ESISTENZIALE» *ONLINE*
NELLO SPAZIO GIURIDICO EUROPEO?

SPUNTI CRITICI SUL PACCHETTO ADR-ODR
PER I CONSUMATORI

Silvana Dalla Bontà

Abstract

Dagli anni Novanta del secolo scorso la Comunità europea, oggi Unione europea, ha mostrato progressiva attenzione al tema della soluzione stragiudiziale delle liti civili e commerciali. Ha visto infatti nei meccanismi alternativi al processo di soluzione delle controversie un modo efficace per rispondere al contenzioso transfrontaliero e così per agevolare la costruzione del Mercato Unico. La prima attenzione della Comunità europea si è diretta al contenzioso consumeristico (raccomandazioni 98/257/CE e 2001/310/CE), si è poi estesa a tutto il contenzioso civile e commerciale (così la direttiva 2008/52/CE), per tornare di recente al contenzioso consumeristico, con l'adozione della c.d. Direttiva ADR per i consumatori e del c.d. Regolamento ODR per i consumatori adottate nel 2013.

L'articolo esamina in profondità scopo, contenuto ed applicazione di questi due atti normativi che formano il c.d pacchetto ADR-ODR per i consumatori, mettendone in evidenza punti di forza e di debolezza. In particolare, analizza la c.d. Piattaforma ODR per la soluzione dei conflitti tra consumatore e professionista, lanciata dall'Unione europea nel 2016.

Nell'indagare come essa operi e i rilievi statistici raccolti dall'Unione europea sul suo impiego, l'a. si chiede se la Piattaforma ODR costituisca davvero un modo per realizzare una «giustizia co-esistenziale» nello spazio giuridico europeo o se non sia necessario, invece, accompagnare tale strumento con altri complementari, capaci di garantire un'alta

protezione dei consumatori, come i Trattati dell'Unione europea impongono.

Since the 1990s the European Community, now the European Union, has shown particular regard to the matter of extra-judicial settlement of civil and commercial disputes. The European Union recognized the added value brought by alternative dispute resolution mechanisms in answering the problems posed by cross-border litigation and thus facilitating the creation of the Single Market. First, the Community's attention focused on consumer disputes (Recommendations 98/257/EC and 2001/310/EC), and later extended its reach to all civil and commercial disputes (Directive 2008/52/EC), it then turned its focus back to consumer disputes with the Directive on consumer Alternative Dispute Resolution (ADR) and the Regulation on consumer Online Dispute Resolution (ODR) both adopted in 2013.

This article proposes an in-depth analysis of the objectives, the scope, and the application of the two above-mentioned legal acts composing the so-called ADR/ODR package for consumers, highlighting its strengths and weaknesses. In particular, the discussion focuses on the ODR Platform for the resolution of consumer-to-business disputes launched by the European Union in 2016. In reviewing its functioning through the statistical data collected by the European Union, the author inquires whether the ODR Platform provides for the creation of a 'co-existential justice' in the European legal area or whether other complementary instruments should be implemented to grant a high standard of protection for consumers as the European Treaties impose.