

PIERO SANDULLI

LE ALTERNATIVE DEL CAMPO DELLA TUTELA

L'attività della Unione Nazionale degli Avvocati per la mediazione si colloca nel segmento delle analisi tese a dar vita alla cosiddetta “cultura della conciliazione” che tende a realizzare, accanto al classico sistema della tutela delle situazioni giuridiche protette attraverso il processo, l'individuazione di soluzioni alternative al giudizio (mediazione) o del giudizio (arbitrato), ipotesi queste che sono in condizione di produrre indubbi vantaggi temporali ed, in alcune circostanze, anche economici nell'ambito della tutela.

Per incentivare la cultura dell'alternativa (ADR) è necessario creare l'ambiente degli addetti ai lavori recettivo ed in grado di comprendere che la pienezza della tutela non sempre ha necessità di un giudizio per essere perseguita, ma si può pervenire ad essa anche attraverso un percorso, di consapevolezza reciproca delle parti in lite, che giunga alla razionalizzazione della vertenza prima che questa venga portata all'attenzione di un giudice, con il vantaggio di tracciare, nel dialogo e nella piena consapevolezza delle parti, gli esatti limiti di fruizione del proprio diritto, che – come è noto - finisce là dove inizia il diritto dell'altro.

* * *

In attesa che anche i nostri corsi universitari collochino, accanto agli studi sul processo, quelli relativi alla negoziazione, nelle varie forme sostanziali e processuali, analisi come quella odierna, concorrono a costruire la consapevolezza, negli operatori del diritto, che la tutela dei diritti e delle altre situazioni giuridiche protette (art. 24

della Costituzione) può essere realizzata anche attraverso l'incontro della volontà delle parti, che se autorevolmente guidata, può portare al raggiungimento della pienezza della tutela.

L'inserimento nella nostra Carta costituzionale, nel 1999 con la modifica dell'art. 111, della ragionevole durata dei processi, ha imposto al legislatore, anche sulla spinta di ciò che contemporaneamente avveniva nell'ambito dell'Unione Europea (libro bianco sulla mediazione del 2001 e successivo libro verde del 2003) una ampia riflessione sulle ipotesi alternative al processo e del processo.

Partendo dal tema dell'arbitrato, che costituisce una ipotesi alternativa del processo, che consente alle parti di far decidere la loro controversia da giudici privati (gli arbitri), purchè essa verta su diritti disponibili ed in base a specifiche pattuizioni scritte (convenzione di arbitrato o clausola compromissoria), con la emanazione di un lodo equiparato alla sentenza (art. 824 bis c.p.c.). Ipotesi, che però, non evita alle parti la lite, la quale viene soltanto spostata in una sede privata diversa dall'aula di giustizia, ma comporta (anche se con tempi più brevi), comunque, la pronuncia di una decisione posta in essere da giudici terzi, dalla quale sarà, necessariamente, individuata una parte vittoriosa ed una soccombente.

E' facile intuire come tale tipologia di decisione, soprattutto in campo commerciale, può produrre il venir meno della intrapresa, in quanto la individuazione di un vinto ed un vincitore fa, spesso, venir meno la *affectio societatis* e compromette il futuro stesso dell'azienda.

Soluzioni, invece, alternative al giudizio sono costituite dalla mediazione e dalla negoziazione assistita, entrambe prodotte, nel nostro sistema di tutela, da normative ispirate dalla direttiva comunitaria n. 52 del 2008. La differenza tra i due istituti può essere individuata nelle differenti procedure che sono utilizzate per giungere alla soddisfazione delle parti, che hanno dato vita alla vertenza.

* * *

Esaminando specificamente i due differenti istituti, finalizzati alla soluzione delle vertenze insorte, evitando che le stesse diventino liti conclamate da far decidere ad un giudice terzo (sia esso un magistrato dello Stato o un arbitro privato), è necessario porre l'attenzione sulla figura dell'autorevole compositore che è possibile individuare esclusivamente nei procedimenti di mediazione (decreto legislativo n.28 del 2010).

Invero, la procedura di conciliazione era ben nota al nostro sistema processuale da tempo, tanto che il primo libro del codice di procedura civile per il Regno delle due Sicilie, voluto da Ferdinando I, nel 1819, si occupava esclusivamente dei conciliatori, assegnando ad essi, oltre che la funzione giudicante, anche prevalentemente quella della conciliazione e della razionalizzazione delle liti e realizzazione dei compromessi (art. 1, comma 6)¹.

Il termine mediazione scelto, invece, dal nostro legislatore, con il decreto legislativo n. 28 del 2010, appare, a mio avviso, riduttivo in quanto non enfatizza il *concilium* dell'autorevole compositore che consentiva alle parti la razionalizzazione della lite. Invero, ciò non traspare efficacemente dalla scelta operata in favore della mediazione

¹ Vedi, sul punto, N. Picardi, A. Giuliani, Codice per lo Regno delle due Sicilie, con introduzione di F. Cipriani, Milano 2004.

che, tra le altre cose, ingenera anche confusione con istituti di diritto sostanziale (art. 1754 c.c.) che hanno identica denominazione. Meglio sarebbe stato, anche per recuperare i precedenti storici nell'ambito del nostro sistema processuale, continuare ad utilizzare il termine antico di conciliazione.

Venendo all'analisi dei vantaggi che la mediazione / conciliazione consente, è necessario, per meglio comprenderli, far riferimento alle due successive fasi che caratterizzano tale procedura: quella della facilitazione dei rapporti, nella quale il soggetto preposto alla procedura deve riattivare le comunicazioni tra le parti in lite, che si sono interrotte o che hanno generato scarsa chiarezza tra loro. Nella fase successiva, definita valutativa, sarà poi compito del mediatore offrire alle parti una ipotesi che possa trovare l'incontro delle loro volontà dando vita ad una soluzione della vertenza, senza che ciò comporti la sussistenza di un vinto e di un vincitore, ma che consenta il conseguimento di una soluzione mediata della vertenza, in grado di preservare la prosecuzione dell'impresa commerciale (di qui il valore aggiunto della mediazione, ben sottolineato dalla autrice nel terzo capitolo del lavoro).

* * *

L'ultimo istituto sul quale fermare la nostra attenzione, recentemente entrato a far parte del sistema processuale, è quello della negoziazione assistita (legge n. 162 del 2014). Non si tratta, in buona sostanza, di qualcosa di nuovo ed in precedenza sconosciuto alla classe forense, ma il pregio della norma va ricercato nell'aver voluto recuperare, all'avvocatura, la valenza negoziale e transattiva che dovrebbe essere propria dell'attività di tutela esercitata dal legale.

In definitiva, pur in assenza di un terzo compositore, l'aver voluto risvegliare le doti diplomatiche e di buon senso degli avvocati ha dato vita ad un istituto che, se bene utilizzato, può dare buoni risultati nell'ambito della tutela delle situazioni giuridiche protette.

* * *

Invero, se bene utilizzati e correttamente metabolizzati dalla classe forense, gli istituti di alternativa al giudizio e di alternativa del giudizio potranno concorrere, lodevolmente, al perseguimento degli obiettivi che l'Esecutivo si è dato nella redazione del P.N.R.R.

E', dunque, opportuno che, anche sotto il profilo scientifico, si moltiplichino gli studi finalizzati a produrre la cultura della conciliazione con la conseguente proliferazione delle soluzioni di tutela, che non impegnino i giudici statali, ma che consentano, comunque, la soddisfazione e la piena fruizione dei diritti vantati dalle parti, senza che ciò comporti un eccessivo costo ed una esasperata tempistica.

Roma, 27 ottobre 2025