

ALLE ORIGINI DEGLI ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION: IL CASO DEGLI STATI UNITI D'AMERICA

Maria Antonietta Foddai *

SOMMARIO: 1. Adr e giustizia: spunti di riflessione per l'Italia? – 2. La crisi della giustizia americana e l'ipertrofia giuridica – 3. Le critiche al fenomeno della *litigation explosion*: *Adr Movement* e *Adr System* – 4. La "Pound Conference" – 5. Brevi note sul caso italiano.

1. – La diffusione degli strumenti extragiurisdizionali di composizione dei conflitti, noti con l'acronimo Adr (Alternative Dispute Resolution), rappresenta uno dei fenomeni giuridici più rilevanti di questi ultimi decenni, che ha assunto una dimensione internazionale¹. Per Adr, infatti, si intende un insieme di pratiche e metodi che presentano caratteri comuni e non si differenziano in ragione delle loro appartenenze ai differenti sistemi giuridici nazionali. Per questo potremmo definirli, per usare un felice termine impiegato da Ferrarese, "transnazionali"², perché valicano i confini della territorialità per designare uno spazio giuridico di comunicazione e confronto globale, favorito dalla estensione del mercato e dalla erosione delle prerogative derivanti dalle sovranità statali.

La comparsa degli Adr, definiti, non casualmente da Frank Sander, come strumenti alternativi al processo³, è strettamente legata alla crisi dei sistemi

* Professore associato di Filosofia del diritto, Università degli studi di Sassari.

¹ Cfr. M. Cappelletti, Garth (eds.), *Access to Justice*, Giuffrè, Milano 1978.

² M. R. Ferrarese, *Il linguaggio transnazionale dei diritti*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2000, pp.74-108 (p. 74).

³ "A second way of reducing the judicial caseload is to explore alternative ways of resolving disputes outside the courts, and it is to this topic that I wish to devote my primary attention", così F. E. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in A. L. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1979, pp. 65-87 (p. 66).

giurisdizionali dell'Occidente e fornisce rilevanti argomenti per una riflessione sulla "giustizia della seconda modernità". L'espressione è di Jean Guy Belley che così nota: "Così come la società in generale, la giustizia civile è giunta allo stadio della modernità avanzata, o seconda modernità. Questa esige nuovi principi fondamentali che dovranno derivare da una teoria generale, volta a favorire un diritto sociale e riflessivo, in rottura con il diritto puramente statale e sovrano della prima modernità"⁴. Per poter contribuire a una riflessione sui nuovi modelli di giustizia, adeguati alle esigenze della società contemporanea, sembra opportuno soffermarsi sulle origini del fenomeno degli strumenti di giustizia informale e sulle esigenze di tecnica giuridica e di politica del diritto che hanno condotto alla loro affermazione.

Le polemiche e l'ampio dibattito scientifico che hanno accompagnato in questi ultimi venti anni l'affermarsi della mediazione civile nell'ordinamento giuridico italiano possono essere reinterpretati alla luce dell'esperienza degli Stati Uniti, patria d'origine dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al processo. Le contraddizioni che emergono dalla dottrina americana, divisa tra la riaffermazione degli equilibri giuridici preesistenti e le nuove spinte verso l'innovazione dell'offerta di giustizia, possono essere individuate anche all'interno del recente dibattito che ha visto forti contrapposizioni nel mondo delle professioni legali e della stessa scienza giuridica.

La mia tesi è che, nonostante il processo di assimilazione operato dal legislatore e dalla dottrina italiana, la mediazione sia veicolo di significati e principi che si pongono come incoerenti rispetto alla giurisdizione e che questa incoerenza sia un elemento di fecondità e una grande risorsa nel processo di ridefinizione degli strumenti giuridici di gestione dei conflitti.

2. – Il fertile terreno di nascita degli ADR sono gli Stati Uniti e le numerose contraddizioni che, a partire dalla fine degli anni Sessanta del secolo scorso, ne hanno segnato la storia giuridica e politica. I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie rappresentano infatti un fenomeno vasto e complesso, che deriva sia dai grandi movimenti culturali che in quel periodo

⁴J. G. Belley, *Une justice de la seconde modernité: propositions de principes généraux pour le prochain code de procédure civile*, in *McGill Law Journal*, 46, 2000-2001, 317 (trad.mia). Si veda sul punto R. MacDonald, *Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits : résultat, processus et symbolisme*, in C. Eberhard, G. Vernicos (eds.), *La Quête anthropologique du droit*, Paris, Les éditions Karthala, 2006.

hanno attraversato la società statunitense, sia dai profondi cambiamenti intervenuti nel sistema giuridico, che hanno posto in discussione il modello di gestione delle controversie fino ad allora dominante⁵. È su quest'ultimo aspetto che soffermeremo la nostra attenzione.

Il segnale più forte che annunciava il cambiamento venne dalla crisi del sistema giurisdizionale: nel giro di un decennio le corti americane vennero sommerse da un numero impressionante di cause che ridussero drasticamente l'efficienza dell'amministrazione della giustizia nell'intero sistema federale. Come riportano De Palo e Guidi, dalla metà degli anni Sessanta ai primi anni Novanta, il numero delle cause civili intraprese di fronte alle corti federali distrettuali è aumentato del trecento per cento, mentre uno dei dati più rilevanti riguarda le richieste per risarcimento dei danni derivanti da illecito: dagli anni '30 agli anni '90 le *tort actions* risultano aumentate in una misura quattro volte superiore al tasso di crescita economica⁶. Oscar Chase segnala che fra il 1962 e il 1974 è raddoppiato anche il rapporto fra cause avviate e abitanti, passando da 260 a 500 per ogni milione di cittadini americani⁷.

A questo improvviso e inedito incremento del contenzioso civile, che suscitò un ampio dibattito ed ebbe grande risonanza nei media, fu dato il nome di "*Litigation Explosion*"⁸.

Tra le cause citate per spiegare questa repentina impennata della litigiosità, oltre a un incremento delle attività economiche, seguito alla fine della crisi petrolifera⁹, a nuove forme di rivendicazione dei diritti, sollecitate dalle classi più povere e discriminate, i giuristi hanno posto l'attenzione sui cambiamenti intervenuti nella seconda metà del Ventesimo secolo, nel sistema di produzione del diritto e nei relativi meccanismi processuali.

⁵ M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, Il Mulino, Bologna 2004; C. Menkel-Meadow, *Roots and Inspiration. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution*, in M.L. Moffitt and R. Bordone (eds.), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco 2005.

⁶ G. De Palo, G. Guidi, *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1999, p.10 ss.

⁷ O. Chase, *Gestire I conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Bari-Roma, Laterza, 2009, p. 123; K. Dayton, *The Myth of Alternative Dispute Resolution in the Federal Courts*, in *Iowa Law Review*, 1991, n.76, 889.

⁸ Cfr. S.S. Meinhold - D. W Neubauer, *Exploring Attitudes About the Litigation Explosion*, in *The Justice System Journal*, 2001, vol. 22, n. 2.

⁹ G. De Palo, G. Guidi, *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, cit., p. 12.

A partire dalla metà degli anni '40, il diritto statunitense assorbì quella che venne definita come filosofia del mercato¹⁰, assimilando tra i suoi principi operativi l'idea di efficienza e flessibilità. A una rigida concezione procedurale nell'applicazione del diritto venne sostituita, attraverso la promulgazione delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938, l'idea di un diritto flessibile, i cui meccanismi processuali si adattavano alle nuove ed incalzanti esigenze del mercato¹¹. La riforma del processo, che abbandonava il formalismo del *common law* in favore dell'*equity*¹², corrispondeva a un "modello operativo" più agile che abbandonava i limiti imposti dal rigore procedurale in favore di una maggiore discrezionalità delle corti¹³.

Il nuovo sistema giurisdizionale disegnato dalla riforma rispondeva alle esigenze espresse da Roscoe Pound nel suo celebre discorso, tenuto al convegno annuale dell'American Bar Association del 1906, su "Le cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia"¹⁴. In quel discorso, che gli scandalizzati membri dell'ABA si rifiutarono di far circolare fra gli iscritti all'associazione¹⁵, il giovane avvocato e professore del Nebraska lamentava l'inefficienza di un diritto processuale le cui regole non erano più adeguate a tradurre i diritti sostanziali in azioni concrete, arrivando a dire che "la maggiore causa di insoddisfazione verso il diritto di tutti i tempi è da cercare nel funzionamento necessariamente meccanico delle regole giuridiche"¹⁶.

Il comportamento delle corti aderì prontamente alla svolta impressa dalla riforma delle norme di procedura civile, che ampliava la discrezionalità dei giudici in favore dell'equità e di una maggiore adeguatezza del diritto ai rapi-

¹⁰ Harrington, C B., *Delegalization Reform Movements: A Historical Analysis*, pp. 35-74 in *The Politics of Informal Justice*, Volume 1: *The American Experience*, edited by R. L. Abel. N.Y, Academic Press, 1982, p. 39 s. M.J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, cit., p. 467 ss.

¹¹ S. N. Subrin, *How Equity Conquered Common Law: The Federal Rules of Civil Procedure in Historical Perspective*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1987, p. 909 (925).

¹² "The common law had swallowed equity", così Subrin, op. cit., p. 974.

¹³ O. Chase, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. Varano (a cura), *L'altra Giustizia*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 129 ss.

¹⁴ R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *American Bar Association Reports*, 1906, n.29, pp. 405-420.

¹⁵ R. E. Lee, *The Profession Looks at Itself. The Pound Conference of 1976*, in *Brigham Young University Law Review*, 1981, p. 737.

¹⁶ R. Pound, , *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., p. 412.

di cambiamenti sociali in atto. Le corti cominciarono a divenire dei punti di riferimento per il riconoscimento di nuovi diritti e nuove forme di tutela nei confronti delle categorie più deboli e discriminate, come le donne, i neri e i malati di mente¹⁷.

Alla crisi del sistema, che cominciava a registrare un'anarchica espansione delle domande giudiziali, contribuì l'atteggiamento degli avvocati che, sfruttando il meccanismo del *contingent fee*, incoraggiavano a proprio vantaggio la litigiosità sociale. Il "*contingent fee*", o "patto di quota lite", fino al 2006 espressamente vietato in Italia, condiziona il compenso dell'avvocato all'esito della causa: avvocato e cliente possono contrattare la parcella stabilendo che, in caso di vittoria, all'avvocato spetterà un compenso pari a una parte della somma ottenuta dal suo cliente in seguito alla vittoria della causa; in caso di sconfitta invece all'avvocato non spetterà alcun compenso¹⁸.

Se da alcuni il *contingent fee* venne prospettato come l'unica possibilità offerta ai cittadini americani meno abbienti di ricorrere in giudizio per far valere i propri diritti, da altri osservatori, ben più critici, venne visto come lo strumento che incoraggiava le cause temerarie e indirizzava un'intera categoria professionale verso la ricerca sfrenata del profitto, piuttosto che verso la corretta tutela degli interessi dei propri clienti¹⁹. "Poche occupazioni offrono alle persone disoneste una tale possibilità di diventare ricchissime. Un lavoro che offre enormi profitti alla mancanza di scrupoli, attrarrà persone prive di scrupoli e corromperà molte persone normali", scrive Olson nel suo celebre volume sulla *litigation explosion*, citando il distorto ruolo dei professionisti legali come una delle principali cause della degenerazione del sistema giurisdizionale²⁰.

Questa valanga di cause che intasavano i Tribunali con pretese di scarso valore economico generò nei giuristi una reazione che Chase definisce come "critica dell'ipertrofia giuridica". I critici dell'ipertrofia giuridica vedevano un sistema che rivolgeva al diritto domande improprie, chiedendogli di trovare

¹⁷ Si veda sul punto l'attenta analisi di I. Papolizio, *Una comunità all'ombra del diritto*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 31.

¹⁸ Cfr. sul punto, G. Così, *Invece di giudicare. Scritti sulla mediazione*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 36.

¹⁹ Cfr. J.S. Auerbach, *Justice without Law*, Oxford University Press, New York – Oxford, 1983, p. 9 s.

²⁰ W. K. Olson, *The Litigation Explosion. What Happened When America Unleashed the Lawsuits*, New York, Penguin Books, 1991, p. 38 (trad.mia).

una soluzione per i “molti problemi della società”, piuttosto che una risoluzione delle controversie. Questa eccessiva pressione sulle istituzioni giuridiche costituiva una minaccia per le stesse istituzioni dello stato, che perdevano di autorevolezza e di forza simbolica²¹.

La questione andava ben al di là di un problema di efficienza della giurisdizione, e investiva direttamente il nuovo ruolo politico assunto dalle corti nel disegnare gli equilibri sociali²².

Cominciò a diffondersi tra le più importanti istituzioni giuridiche, come gli organi legislativi e le corti, l'idea che una parte consistente, anche se non economicamente rilevante, delle controversie andasse allontanata dalle aule dei tribunali. I “*garbage cases*”, letteralmente le “cause-spazzatura”, bloccavano il lavoro delle corti, allungavano i tempi della giustizia e ne incrementavano i costi, distogliendo l'attenzione e le energie degli organi giudicanti da casi economicamente più consistenti e giuridicamente più stimolanti²³. Ciò che per alcuni critici appare singolare è che tra i *garbage cases* comparissero controversie di una certa rilevanza sociale, almeno per i comuni cittadini, come quelle legate ai diritti dei consumatori, a vari tipi di danneggiamenti e alla colpa medica²⁴. “Era chiaro, scrive Chase, che i sostenitori di questa tesi erano decisi a cacciare alcune doglianze ed alcuni diritti al di fuori delle aule di giustizia e, dunque, letteralmente al di fuori della *rule of law*”²⁵.

Il fulcro dell'attenzione si spostò dal diritto e dai suoi rigidi, (*too rigid* per Pound) e talvolta incerti, meccanismi di accertamento al mondo extragiuridico dei sistemi di risoluzione delle dispute. Vi fu un lento scivolamento, secondo Laura Nader, dal tema della giustizia a quello dell'armonizzazione so-

²¹ O. Chase, *Gestire I conflitti. Diritto, cultura, rituali*, cit., p. 126.

²² Sui differenti modelli giurisdizionali in relazione all'evoluzione della giustizia si veda il brillante saggio di F. Ost, “*Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles de juge*”, in *La force du Droit. Panorama des débats contemporains*, sous la direction de Pierre Bouretz, Paris, Esprit, 1991, pp. 241-272.

²³ L. Nader, *Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology*, in *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 9, 3 1993-1994, “*The rationalization for ADR was from the outset articulated as protecting the courts from the “garbage cases,” such as gender, environmental, and consumer cases, as well as protecting the courts from overload.*”, p. 3; cfr. Inoltre E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1999, pp. 321-337 (324).

²⁴ Così M. Galanter, *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System*, in *Arizona Law Review*, 1998, n.40, p. 717 ss.

²⁵ O. Chase, *Gestire I conflitti. Diritto, cultura, rituali*, cit., p. 126.

ciale, dal sistema giurisdizionale pubblico a un sistema di gestione dei conflitti affidato a meccanismi non giuridici, dal clamore dell'arena processuale al silenzio dei centri di mediazione ²⁶.

3. – Accanto alla posizione critica di Chase e Nader che non negano l'incremento delle richieste davanti alle corti, ma ne ridimensionano la portata, vi è quella più radicale di coloro che contestano l'esistenza stessa del fenomeno della *litigation explosion* o che pongono in dubbio un tasso così elevato di controversie da giustificare l'allarmismo dell'intero mondo giuridico.

Marc Galanter rappresenta una delle voci più critiche nei confronti della interpretazione dominante e 'istituzionale' del fenomeno. Egli sostiene che si tratti di una "legal legend", una ricostruzione falsata dello stato della giustizia civile nel periodo che va dagli anni '70 agli anni '80 ²⁷. La visione diffusa e acritica di un sistema giurisdizionale costoso, arbitrario, imprevedibile e ormai fuori controllo, scrive Galanter, è il risultato della interazione, o meglio dello "scontro" tra le due principali tendenze della vita giuridica americana del ventesimo secolo: il progressivo ampliamento della tutela giuridica offerta ai cittadini, che egli definisce come "l'espansione del rimedio" e il ruolo, meno visibile, ma altrettanto determinante, giocato dalle organizzazioni economiche e politiche nella manipolazione dell'opinione pubblica e della classe politica verso una riforma del sistema giurisdizionale ²⁸.

Se è opinione diffusa che gli americani siano uno dei popoli più litigiosi del pianeta, tanto da disporre di un avvocato ogni duecento abitanti, tuttavia le ragioni e l'entità stessa del fenomeno della *litigation explosion* rimangono tuttora discusse e controverse ²⁹.

Come mostrano le tesi di Galanter, da un lato si assiste ad una riformulazione e ridefinizione della nozione di diritto, che consente a nuovi danni di trovare riconoscimento e a fasce tradizionalmente escluse dalle aule dei tri-

²⁶ L. Nader, *The ADR Explosion – The implications of Rethoric in the Legal Reform*, in *Windsor Yearbook of Access to Justice*, 1988, n. 8, p. 269.

²⁷ M. Galanter, *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System*, cit., p. 721.

²⁸ *Ibidem*, 718.

²⁹ Cfr. O. Chase, *Gestire i conflitti*, cit., p. 61; R. E. Lee, *The Profession Looks at Itself. The Pound Conference of 1976*, cit., inoltre, sull'evoluzione e incremento della conflittualità statunitense l'analisi di W.L.F. Felstiner, R. L. Abel, A. Sarat, *The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming...*, in *Law and Society Review*, 1980/1981, 15, 3/4, p. 631.

bunali di accedervi, dall'altro emerge la reazione delle grandi società economiche e dei loro alleati politici che contribuiscono a creare un clima dell'emergenza e a ottenere una politica di riduzione dei costi giudiziari, legata alla rivendicazione dei diritti. Il risultato concreto determinato dalla conseguente riforma fu, secondo Galanter, una ridotta possibilità di accesso, per i singoli cittadini, alla giustizia ordinaria, e lo spostamento delle richieste legate al riconoscimento dei diritti verso centri privati di mediazione³⁰.

Meinhold e Neubauer sostengono che ancora oggi, nonostante accreditati studi scientifici abbiano "demolito il mito della litigation explosion", l'opinione pubblica americana abbia una profonda e radicata credenza nella crisi del sistema giurisdizionale. Per gli autori si tratta di una percezione distorta della realtà giuridica e sociale, che può rappresentare una seria minaccia alla legittimazione dell'intero sistema civile e rendere più semplice la via per facili riforme del sistema giuridico, volte a limitare l'accesso dei cittadini alla giustizia³¹.

In realtà, come vedremo nelle pagine successive, il ricorso a forme alternative di risoluzione dei conflitti venne giustificato da una parte dei suoi sostenitori proprio per migliorare e facilitare l'accesso alla giustizia di tutti i cittadini, riducendone i costi proibitivi, accorciandone i tempi e garantendo soluzioni soddisfacenti per le parti. Tuttavia non possiamo fare a meno di considerare che all'origine del fenomeno degli ADR troviamo due interpretazioni opposte: quella di chi voleva disegnare una nuova società, più giusta e aperta ai meccanismi decisionali, come i sostenitori dell'ADR Movement, e quella di chi voleva riformarne solo alcuni aspetti tecnici per non mutare quelli sostanziali, come i giuristi della Pound Conference, inventori dell'ADR Methods³².

Furono infatti almeno due le grandi forze che congiurarono per la nascita di sistemi e pratiche di risoluzione dei conflitti alternative al processo e al diritto. L'una, esterna al sistema giuridico e politico istituzionale, presentava un progetto culturale radicalmente nuovo della società e dei suoi equilibri, proponendo la sperimentazione di nuove forme di giustizia, il ricorso a forme consensuali e non autoritative di composizione dei conflitti e di riconoscimento delle pretese individuali.

³⁰ M. Galanter, *An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends About the Civil Justice System*, cit., p. 720.

³¹ S.S. Meinhold - D. W Neubauer, *Exploring Attitudes About the Litigation Explosion*, cit., p. 8

³² L. Nader, *Le forze vive del diritto*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 110 ss.

L'altra, nata all'interno delle istituzioni giuridiche più importanti, come le corti giudiziarie, gli organi accademici e legislativi, voleva conservare l'efficienza del sistema giuridico, la sua adeguatezza ai nuovi equilibri sociali e alle pretese del mercato economico, migliorando, snellendo e riformando la giurisdizione.

Mentre la prima voleva modificare il sistema di gestione della conflittualità sociale, rifiutandone i meccanismi tradizionali e i valori di fondo, espressi attraverso i riti del processo, la seconda voleva modificare il sistema per conservarne la struttura portante e per riaffermarne i valori giuridici dominanti³³.

Se è vero che si trattava di un problema di *access to justice*, il mondo giuridico intendeva controllarne l'ingresso, aprendo e chiudendo nuove porte, come mostreranno le creative proposte di Frank Sander alla Pound Conference³⁴.

4. – Negli Stati Uniti, la crisi della giustizia venne 'consacrata' a St. Paul, nel Minnesota, il 6 aprile 1976, nella "*National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*", alla quale parteciparono le più importanti e rappresentative organizzazioni giuridiche, nonché i più famosi avvocati, giudici e studiosi di diritto del paese³⁵.

La conferenza venne ribattezzata "*Pound Conference*", in riferimento al celebre discorso del 1906, del quale portava il titolo, in cui Roscoe Pound fece l'elenco dei mali della giustizia americana, suscitando le reazioni sdegnate di alcuni influenti membri del Bar, che dissero che Pound "aveva tentato di distruggere quello che la saggezza di secoli aveva costruito"³⁶.

Sebbene Pound aprisse il suo discorso dicendo che "l'insoddisfazione verso l'amministrazione della giustizia è antica quanto il diritto" e rappresenta un sentimento universale, continuava dicendo che questo non era un buon motivo per sottovalutare il grave e reale malcontento verso le corti e la mancanza di rispetto verso il diritto che regnava negli Stati Uniti all'epoca

³³ S. Roberts § M. Palmer, *Dispute Processes, ADR and the Primary Forms of Decision Making*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 66-67.

³⁴ Cfr. E. Silvestri, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, cit., p. 324; I. Pupolizio, *Una comunità all'ombra del diritto*, cit., p. 20 ss.

³⁵ Cfr. A. L. Levin and R. Wheeler (Eds.) *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, West Publishing Co., St. Paul, Minnesota 1979.

³⁶ R. E. Lee, *The Profession Looks at Itself. The Pound Conference of 1976*, cit., p. 738.

Proponendosi una “diagnosi” dei mali della giustizia civile, egli enunciava quattro principali cause di insoddisfazione. Le prime erano quelle che si ritrovano in ogni sistema giuridico: per Pound si riassumono nel formalismo, nel funzionamento eccessivamente meccanico che contraddistingue ogni norma giuridica e che rende difficile il suo adeguamento alla realtà sociale in rapido mutamento.

Vi sono poi quelle che risiedono nelle peculiarità del sistema giuridico anglo-americano, quelle che derivano dall'organizzazione giudiziaria e dalla procedura americana e quelle, infine, che nascono dall'ambiente che circonda il sistema giudiziario. Tra le maggiori cause di malcontento derivanti dalle particolarità del sistema processuale, il grande giurista enunciò la celebre “*sporting theory of justice*”³⁷.

Come in una competizione sportiva, notava Pound, nel sistema giudiziario statunitense il giudice ha il ruolo dell'arbitro che non può interferire in alcun modo nel gioco e nella lotta condotta dagli avvocati delle parti. Ogni sua interferenza verrebbe considerata come indebita, anche se fatta nell'interesse della giustizia. Questa teoria, così radicata da essere considerata nella professione legale un fondamentale dogma giuridico, “porta gli avvocati a dimenticare di essere ufficiali della corte e a trattare le norme del diritto e della procedura esattamente come un allenatore professionista di football tratterebbe le regole sportive”³⁸.

In questo quadro il ruolo del giudice sembra quello di chi assegna una vittoria o una sconfitta, piuttosto di chi ricerca la verità e la giustizia. L'effetto di questa esasperata procedura non è solo quello di irritare le parti, i testimoni e i giurati, continuava Pound, ma va oltre i casi particolari e si estende all'intera società, comunicando una nozione falsa degli scopi e dei fini del diritto. “Se il diritto è solo un gioco, non si può pretendere che i giocatori che vi prendono parte, né il pubblico che vi assiste, possano capirne lo spirito, quando i loro interessi vengono serviti evadendolo”³⁹. Settant'anni dopo quel discorso, considerato come uno dei più influenti e decisivi mai scritti da un giurista americano⁴⁰, circa 270 tra le più brillanti menti giuridiche d'Ame-

³⁷ R. Pound, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., p. 410.

³⁸ *Ibidem*, p. 413.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cfr. B. Friedman, *Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: a Retrospective (and a Look Ahead)*, in *Indiana Law Journal*, 2007, vol. 82 n.5, p. 1193.

rica si riunirono per tre giorni nella stessa sala dove Pound aveva parlato, per analizzare i problemi dell'amministrazione della giustizia e individuare una serie di soluzioni entro la fine del secolo ⁴¹.

A molti dei problemi denunciati da Pound, che conservavano tutta la loro attualità, durante la conferenza si affiancò la pressante esigenza di ridurre l'elevato tasso di conflittualità, di fronte a un sistema giudiziario ormai prossimo al collasso.

Sotto l'influente guida dell'allora presidente della Corte Suprema Warren Burger, che aprì i lavori della conferenza, emerse un orientamento comune, volto a dirottare fuori dalle aule giudiziarie tutte quelle controversie di minima entità che potevano meglio essere risolte con metodi alternativi, come l'arbitrato e la mediazione ⁴².

Come nota Papolizio, sebbene lo stesso Burger rilevasse la difficoltà di reperire un criterio discriminante tra dispute 'minori', destinate a un sistema alternativo, e 'maggiori', meritevoli di essere trattate davanti a un giudice, la questione venne rapidamente superata sotto la pressante esigenza di garantire il maggior accesso possibile alla giustizia per tutti ⁴³.

Come la maggior parte degli studiosi e commentatori notarono, accanto all'obiettivo strategico di snellire il lavoro delle corti, emerse, sia pure in modo meno esplicito, un altro obiettivo: quello di ridimensionare il ruolo politico che la magistratura aveva assunto in quegli anni, divenendo il punto di riferimento per il riconoscimento di nuovi diritti e la rivendicazione di nuove forme di tutela. Si trattava, in sostanza, di ridefinire il ruolo delle corti, che con le loro decisioni sembravano svolgere compiti di *public policy*, piuttosto che di *dispute-resolvers*. "Il problema, sottolinea Chase, era che esso finiva per somigliare più alla politica che al diritto, e quindi minaccioso per quella essenziale pretesa di legittimazione del diritto, che si basa sulla sua autonomia." ⁴⁴.

⁴¹ R. E. Lee, *The Profession Looks at Itself. The Pound Conference of 1976*, cit., 738.

⁴² "There is nothing incompatible between efficiency and justice", così W. E. Burger, *Agenda for 2000 A.D. – A Need for Systematic Anticipation*, in A. L. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, p. 32.

⁴³ *Ibidem*; si veda sull'argomento I. Papolizio, *Una comunità all'ombra del diritto*, cit., p. 30.

⁴⁴ O. Chase, *Gestire I conflitti*, cit., p. 104.

Tra le misure da adottare si considerarono sia quelle volte a snellire la procedura, ad esempio eliminando la giuria nelle cause civili, sia quelle dirette a incrementare l'uso di sistemi alternativi. Fu Frank Sander, professore di diritto a Harvard, a presentare una delle proposte più innovative ed efficaci: la teoria del "Multidoors Courthouse System"⁴⁵.

La tesi di Sander intendeva conciliare l'esigenza, che abbiamo più volte illustrato, di limitare il numero di cause che giungevano alle corti con l'obiettivo di trovare delle soluzioni adeguate per ciascuna. Non si trattava dunque di negare l'accesso alla giustizia per alcuni tipi di dispute, riservandolo ad altre, ma di garantire per ciascuna una soluzione appropriata. Il sistema del tribunale "multi-porte" prevedeva la costituzione di un "alternative dispute resolution center", all'interno del quale le parti in conflitto potessero scegliere tra più sistemi per risolvere la controversia. In realtà Sander proponeva che la scelta del metodo venisse affidata a un funzionario, debitamente formato, che indirizzasse le parti verso l'alternativa più idonea. Il principio cardine era quello della flessibilità, dell'adattabilità dei metodi alle dispute e non viceversa.

L'idea della non esclusività del metodo giudiziale era stata già autorevolmente sostenuta da Lon Fuller, secondo il quale ogni metodo di gestione delle dispute ha la sua particolare forma e funzione, che non deve essere confusa o sovrapposta a quella degli altri metodi. La "mediation" o "conciliation" si rivela lo strumento più adatto a gestire i conflitti tra persone che hanno relazioni continuative, come nel caso di conflitti familiari o di lavoro. Oltre alla validità ed efficacia, Fuller ne sottolineava la "dignità morale", offrendo validi fondamenti teorici all'impiego di *alternative forms* al processo ordinario⁴⁶. Nella sua relazione, Sander fece ampio riferimento alla tesi di Fuller, proponendo una serie di "alternative dispute resolution mechanism"⁴⁷.

Fu proprio allora che si creò l'ambiguità, che ancora oggi, non casualmente, ritroviamo, nel termine "alternative", riferito alle procedure che si svolgono al di fuori del giudizio: in realtà si trattava, nella proposta e nella

⁴⁵ F. E. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in A. L. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), *The Pound Conference*, cit., p. 65.

⁴⁶ L. Fuller and Kenneth I. Winston, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, Vol. 92, No. 2 (Dec., 1978), pp. 353-409; cfr. Inoltre C. Menkel-Meadow, *Roots and Inspiration. A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution*, in M.L. Moffitt and R. Bordone (eds.), *The Handbook of Dispute Resolution*, Jossey-Bass, San Francisco 2005, p. 17..

⁴⁷ *Ivi*, p. 73.

sua ampia e successiva realizzazione, di procedure che s'instaurano all'interno delle corti (*court-annexed*), da esse regolate, la cui principale caratteristica è l'adeguatezza più che l'alternatività della soluzione.

È da allora che l'acronimo ADR comincia a designare un insieme di metodi che, più che svilupparsi come una reale alternativa al diritto giurisdizionale, nasce e cresce, per citare il titolo di un celebre lavoro di Mnookin e Kornhauser 'all'ombra del diritto'⁴⁸, acquistando la sua legittimità e forza dalla criticità e debolezza del sistema formale.

Negli anni immediatamente successivi alla Pound Conference, si assistette allo sviluppo rapido e imponente in tutti gli Stati Uniti di programmi di *Alternative Dispute Resolution* sia in ambito civile e commerciale, dove prevalsero le sperimentazioni endoprocessuali o *court-annexed*, sia in ambito sociale, familiare e scolastico, dove si sperimentarono i *Community Centers* e i *Neighborhood Justice Centers*, per citare le esperienze più note⁴⁹.

Nel giro di venti anni si verificò, come aveva ipotizzato Abel, la più importante trasformazione del sistema giuridico statunitense⁵⁰. In questo radicale cambiamento del sistema non bisogna dimenticare la 'spinta gentile' del legislatore che dal 1980 fino al 1998, anno in cui venne promulgato l'*Alternative Dispute Resolution Act*, gradualmente introdusse la riforma della procedura civile fino a dare alla materia una sistemazione organica⁵¹.

L'ADRA prevede che ciascuna corte distrettuale federale degli Stati Uniti debba offrire almeno una procedura di risoluzione alternativa al processo ordinario, e che possa imporre alle parti il ricorso preventivo ad un metodo ADR prima di un eventuale procedimento giudiziario. Nella sezione 2 della legge il Congresso dichiarava le ragioni della decisione, affermando che l'ADR può fornire numerosi vantaggi: una maggiore soddisfazione delle parti, la possibilità di sperimentare nuovi metodi di risoluzione delle controversie, una maggiore efficienza nel raggiungimento degli accordi e la riduzione-

⁴⁸ R. Mnookin, L. Kornhauser, *Bargaining at the Shadow of the Law. The Case of Divorce*, in *Yale Law Journal*, vol. 88, n. 5 apr. 1979, p. 950.

⁴⁹ G. De Palo, G. Guidi, *Risoluzione delle controversie. ADR nelle corti federali degli Stati Uniti*, cit., Cfr. inoltre American Bar Association, *Report of Pound Conference Follow-Up Task Force*, August 1976, in A. L. Levin and R. R. Wheeler (Eds.), *The Pound Conference. Appendix A*, p. 295 ss.

⁵⁰ R. Abel (Ed.), *The Politics of Informal Justice*, vol. I, *The American Experience*, Academic Press, New York 1982, p. 1.

⁵¹ Sull'evoluzione legislativa in materia cfr. O. Chase, *Gestire i conflitti*, cit., p. 122 ss.

ne del numero dei casi pendenti davanti alle corti ⁵². Gli auspici della Pound Conference si erano in gran parte realizzati ⁵³.

Ma non tutti i partecipanti alla Conferenza manifestarono il medesimo entusiasmo di fronte al nuovo rimedio o a quella che venne definita come una nuova “wonderful drug”. Come osserva Laura Nader, una delle voci critiche nei confronti della Pound Conference, dalla litigation explosion si passò all’ADR explosion. Attraverso i metodi extragiudiziali informali di risoluzione delle controversie si diffuse quella che Nader definisce “ideologia dell’armonia”, che equivale a un sistema di controllo culturale e che esclude l’accesso da parte dei cittadini al riconoscimento e al godimento dei diritti ⁵⁴. Risolvere le controversie non realizza la funzione propria della giurisdizione, che risiede nell’affermazione dei principi giuridici della convivenza, oltre che nella pacificazione sociale. Secondo i critici dei metodi alternativi, il dibattito sulla legalità e la ridefinizione giuridica delle pretese è stato ‘oscurato’, affievolito e significativamente ridotto dietro la credenza nelle funzioni ‘terapeutiche’ dei metodi di pacificazione sociale come la mediazione ⁵⁵.

È proprio nel 1976, anno della *Pound Conference*, che per una non casuale coincidenza, nota Pupolizio, sorge a san Francisco il *Community Boards Program*, che rappresenta ancora oggi uno dei più importanti centri di mediazione sociale negli Stati Uniti, e che si è affermato a livello internazionale come un modello di riferimento ⁵⁶.

Le numerose iniziative di pratica della mediazione che seguirono nel volgere di pochissimi anni rivelarono due opposte tendenze: la prima, manifestata in particolare nella Pound Conference, tendente a considerare i sistemi

⁵² Ivi, p. 118-119.

⁵³ Cfr. J. R. Sternlight, *Is Alternative Dispute Resolution Consistent with the Rule of Law? Lessons from Abroad*, in *De Paul Law Review*, 2006, n. 56, p. 569

⁵⁴ L. Nader, *The ADR Explosion – The implications of Rhetoric in the Legal Reform*, cit., “These alternatives, you may have noticed, are cloaked in a desire for harmony, efficiency, and access to mechanisms that are cheap and that operate without undue delay. Lawyers and judges in the United States and elsewhere (although not unanimously) have embraced the harmony legal tradition as an answer to modern concerns of how to deliver law to the masses, and I believe they have done so without critical evaluation of what it means to adopt ADR as legal policy.” p. 270.

⁵⁵ Cfr. O. Chase, *Gestire I conflitti*, 126 s.; si veda anche O. Fiss, *Against Settlement*. In *Yale Law Journal* 1984, n. 93, p. 1073. Cfr. Inoltre C. Menkel-Meadow, *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Cases)*, in *Georgetown Law Journal*, 1994-1995, 83, p. 2663.

⁵⁶ I. Pupolizio, *Una comunità all’ombra del diritto*, cit., p. 21 ss.

Adr, e tra questi la mediazione, come un rimedio ai problemi della giurisdizione, da impiegare come uno strumento al servizio dell'immutata ideologia giuridica; la seconda, che considerava i sistemi di giustizia informale come un processo spontaneo nascente dal basso, espressione di un disagio sociale e dell'esigenza di gestione di spazi di libertà al di fuori del controllo statale.

5. – Nelle analisi e commenti che hanno accompagnato l'introduzione della mediazione nell'ordinamento giuridico italiano⁵⁷, possiamo cogliere l'eco di queste differenti interpretazioni che, se da un lato mostrano la mediazione come uno strumento deflativo, nato per 'soccorrere' un sistema giurisdizionale al collasso, dall'altro rivelano un modello di gestione delle dispute basato sulla volontarietà e riservatezza che mal si adatta al sistema sanzionatorio, formale e burocratizzato introdotto dal legislatore. Non appare casuale, dunque, la pronuncia della Corte Costituzionale che ha cassato per eccesso di delega l'art.5 del decreto legislativo 28/2010 nella parte che impone un tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda per alcune rilevanti materie. Sebbene non sia questo il luogo per un'analisi della recentissima decisione della Corte, di cui ancora non si conosce la motivazione⁵⁸, rispecchia le contraddizioni iniziali dell'istituto.

Come dice Taruffo, "(...) appare evidente che alla base dell'alternativa tra l'ADR e il processo giudiziario vi sono più profonde e complesse implicazioni culturali, che vanno ben oltre il puro e semplice problema pratico della scelta dello strumento più rapido e meno costoso per risolvere una controversia"⁵⁹. La relazione tra i sistemi di risoluzione dei conflitti e il sistema culturale entro il quale si sviluppano, a cui allude Taruffo, non è certo una recente scoperta dell'antropologia, tuttavia, offre spunti molto fecondi per una teoria della mediazione. Ogni modo di risoluzione dei conflitti, se da un lato

⁵⁷ G. Canale, *Luci ed ombre ad una prima lettura dello schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione* in Auletta F., Califano G., Della Pietra G., Rascio N. (a cura di), *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde, Jovene, Napoli 2010*, pp. 109-121; Cicero C., *Osservazioni alla nuova mediazione civile e commerciale (D.Lgs 4 marzo 2010 n.28)* in *Rivista giuridica sarda*, n. , pp. 265-277; Russo T.V., *Alcuni aspetti controversi nella disciplina della mediazione per la conciliazione delle controversie civili* in *Mediaries*, n. 15/16 2010 pp. 281-291.

⁵⁸ Comunicato stampa della Corte Costituzionale del 24 ottobre: La Corte costituzionale ha dichiarato la illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. 4 marzo 2010, n.28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.

⁵⁹ M. Taruffo, *Sui confini*, cit., p. 31.

è espressione di significati ed equilibri sociali, dall'altro a sua volta li determina e modella secondo nuove modalità. Nell'avvento della mediazione nel nostro ordinamento possiamo cogliere, accanto alla spiccata esigenza deflativa, altri segni di un rilevante cambiamento: l'indebolimento del ruolo dello Stato, la ridefinizione del ruolo della giurisdizione attraverso la comparsa di organismi privati di gestione delle controversie, a cui lo Stato riconosce una funzione pubblica, la ricerca di un ordine sociale negoziato, che si affianca, non si contrappone a un ordine imposto; l'avvento, per citare Friedman, di un modello orizzontale, che inaugura nuovi (e non necessariamente migliori) equilibri sociali ⁶⁰.

⁶⁰L.M. Friedman, *La società orizzontale*, Il Mulino, Bologna 1999.