

Ar2



# Processo civile e soluzioni alternative delle liti

Verso un sistema di giustizia integrato

*a cura di*

**Pasquale Gianniti**

*Contributi di*

Vincenzo Ansanelli, Annalisa Atti, Cesare Bulgheroni  
Simona Caporusso, Claudio Carcereri De Prati, Federico Della Negra  
Gaetano Di Martino, Pasquale Gianniti, Davide Lo Presti  
Marcello Marinari, Elisabetta Mazzoli, Alfonso Micucci  
Federico Reggio, Davide Rossi, Andrea Sartori, Dario Schiraldi  
Ana Uzqueda, Beatrice Zuffi



Copyright © MMXVI  
Aracne editrice int.le S.r.l.

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

via Quarto Negroni, 15  
00040 Ariccia (RM)  
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-9527-0

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: luglio 2016

Poiché le guerre nascono nella mente degli uomini,  
è nella mente degli uomini che devono essere elevate le difese della pace

Dal *Preambolo* dell'*Atto Costitutivo* dell'UNESCO  
Londra, 16 novembre 1945



# Indice

- II Prefazione  
*Giorgio Santacroce*

## Parte I Riferimenti introduttivi

- 17 La composizione delle liti nella storia del diritto. Una lettura storica  
*Davide Rossi*
- 41 La composizione delle liti nella storia del diritto. Dal secolo XVIII ai nostri giorni  
*Claudio Carcereri de Prati*
- 63 La composizione delle liti nel diritto comparato  
*Marcello Marinari*
- 117 La composizione delle liti sotto il profilo metodologico  
*Federico Reggio*
- 169 La composizione delle liti e profili deontologici  
*Cesare Bulgheroni*

Parte II  
**Composizione di liti e controversie  
nel vigente quadro normativo**

- 235    Le liti tra privati  
*Ana Uzqueda*
- 257    Quando la lite diventa controversia  
*Vincenzo Ansanelli*
- 293    La composizione delle liti mediante l'attività dei difensori. La  
transazione  
*Gaetano Di Martino*
- 329    La composizione delle liti mediante l'attività dei difensori. La  
negoiazione assistita  
*Andrea Sartori*
- 349    La composizione delle liti mediante l'attività dei difensori.  
L'accertamento contrattuale  
*Pasquale Gianniti*
- 373    La composizione delle liti mediante l'intervento di un terzo.  
La mediazione preprocessuale  
*Cesare Bulgheroni*
- 425    La composizione delle liti mediante l'intervento di un terzo.  
Il ruolo del difensore in mediazione  
*Ana Uzqueda*



- 469 La composizione delle liti mediante l'intervento di un terzo.  
L'intervento del cd. "esperto" nella procedura in mediazione  
*Dario Schiraldi*
- 481 La composizione delle liti mediante l'intervento di un terzo.  
Arbitraggio e perizia contrattuale  
*Pasquale Gianniti*
- 507 La composizione delle liti mediante l'intervento di un terzo.  
Arbitrato rituale e irrituale  
*Beatrice Zuffi*
- 571 La risoluzione processuale extragiudiziale della controversia.  
La consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione  
della lite  
*Alfonso Micucci*
- 583 La risoluzione processuale extragiudiziale della controversia.  
La mediazione delegata dal giudice  
*Annalisa Atti*
- 613 La risoluzione processuale extragiudiziale della controversia.  
L'attività conciliativa svolta dal consulente tecnico d'ufficio  
*Alfonso Micucci*
- 625 La risoluzione processuale extragiudiziale della controversia.  
L'arbitrato in prosecuzione  
*Beatrice Zuffi*

- 649    La risoluzione giudiziale della controversia. Il tentativo di conciliazione e la proposta di conciliazione del giudice  
*Simona Caporusso*
- 671    La risoluzione giudiziale della controversia. La sentenza  
*Beatrice Zuffi*
- 707    La risoluzione giudiziale della controversia. Uso non appropriato dei percorsi alternativi obbligatori e ricadute processuali.  
*Beatrice Zuffi*

Parte III  
**Liti e controversie  
in specifici settori**

- 741    Gli strumenti di composizione in materia consumeristica  
*Federico Della Negra*
- 787    Gli strumenti di composizione in materia societaria e bancaria  
*Elisabetta Mazzoli*
- 835    Gli strumenti di composizione con la pubblica amministrazione  
*Davide Lo Presti*

## Prefazione

GIORGIO SANTACROCE\*

Per molti anni la discussione sulle emergenze poste dalla giustizia penale hanno finito per oscurare, a livello politico-istituzionale, l'attenzione che merita l'altro ramo della giustizia ordinaria, la giustizia civile: che è sicuramente la più malconcia delle forme di giustizia, quella che soffre di più ed espone l'Italia alle critiche e alle condanne provenienti dall'Europa per l'incapacità di assicurare la durata dei processi in tempi ragionevoli. E pure la giustizia civile tocca la vita quotidiana, privata e familiare, di cittadini e imprenditori, il loro lavoro e le loro attività commerciali; e, per questo, è uno dei fattori decisivi di competitività del Paese e la sua efficienza non può che essere uno degli indici di attrattività più rilevanti degli investimenti dall'estero. Non è pensabile di poter stimolare investimenti stranieri o di incentivare quelli nazionali con una macchina giudiziaria che non è in grado di garantire una risposta di giustizia che aumenti la disponibilità del credito e ne riduca il costo, favorisca l'allargamento degli scambi, circoscriva l'incertezza delle transazioni e promuova la concorrenza e la crescita dimensionale delle imprese.

Lo snodo di collegamento tra giustizia ed economia passa, dunque, attraverso la manutenzione del processo civile. L'economia — si sa — ha i suoi tempi che non coincidono con quelli della nostra giustizia (ma forse sarebbe meglio dire: col nostro modo di fare giustizia). Il difetto di tempestività dell'intervento giudiziario sulle dinamiche delle vicende economiche rende poco appetibile investire capitali in un paese dove non esiste un sistema di regole certe, efficacemente presidiate per tutelare i diritti collettivi e individuali, e dove la giurisdizione continua a operare secondo moduli organizzativi superati dai tempi e dalla crescente internalizzazione dei mercati. In queste condizioni

\* Primo Presidente Emerito della Corte di Cassazione.

è fatale che la giustizia civile italiana sia circondata da scarsa fiducia tra gli operatori economici, perché una giustizia che non funziona non consente di formulare al meglio quelle previsioni che sono la base essenziale per la valutazione delle convenienze e il conseguente sviluppo delle attività da intraprendere.

Negli ultimi anni, però, è cresciuto l'interesse del nostro legislatore nei confronti di metodi alternativi di composizione delle controversie rispetto al processo di cognizione davanti al giudice statale, anche a seguito dell'esplicito impulso dato dalla direttiva comunitaria del 21 maggio 2008, relativa alla mediazione nelle controversie transfrontaliere, civili e commerciali, aprendo la strada a una serie di interventi che interessano il processo civile nel dichiarato intento di diminuire l'arretrato e di contrarre l'elevato tasso di litigiosità processuale.

Senza voler ripercorrere l'*iter* che ha portato nel nostro ordinamento all'introduzione degli strumenti di ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) — ad onta dei dubbi e delle perplessità che questa scelta aveva sollevato in origine da parte del ceto forense per l'assenza a monte di un coerente disegno riformatore — è impossibile non cogliere le opportunità e le utili potenzialità che essi presentano per gestire determinate materie, soddisfacendo bisogni, aspettative, interessi e attese delle parti che difficilmente possono essere realizzate in un giudizio ordinario. Si tratta di una grande sfida di innovazione e modernità che la giustizia civile deve essere pronta a cogliere, nell'interesse di un servizio-giustizia più moderno, efficiente e vicino alle esigenze dei suoi fruitori. Soprattutto dopo il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito dalla legge 10 novembre 2014, n. 162, che ha potenziato un ulteriore sviluppo delle ADR, introducendo il nuovo istituto della "negoziazione assistita" che si aggiunge ai procedimenti già esistenti con la finalità di incrementare le procedure di risoluzione delle controversie in via stragiudiziale, lasciando alla libera determinazione delle parti il potere di autoregolamentazione dei loro rapporti e attribuendo agli avvocati un ruolo centrale nella ricerca di un accordo. Ad onta dell'uso di un neologismo decisamente infelice che prevede la "degiurisdizionalizzazione" della tutela dei diritti, suggerito peraltro dagli stessi avvocati in risposta alla mediazione obbligatoria proposta dal d.lgs. n. 28 del 2010 e dichiarata incostituzionale dal giudice delle leggi (sent. n. 272/2012), il legislatore ha effettuato un cambio di strategia nei confronti degli avvocati, puntando sulla loro competenza negoziale nella gestione

non soltanto dell'arretrato ma anche delle sopravvenienze civili, restando la disponibilità manifestata dalla stessa avvocatura a scoraggiare il ricorso alla giurisdizione statale, sia attuando una sorta di *translatio* giudici-arbitri delle cause già pendenti, sia contribuendo a transigere le liti future in materia di diritti disponibili (con esclusione delle cause di lavoro e di previdenza) e perfino di alcuni diritti indisponibili nell'ambito dei conflitti scaturenti dalla disgregazione della famiglia.

Da questo angolo visuale, istituti come la mediazione delegata, la conciliazione, la negoziazione assistita, la consulenza tecnica preventiva, l'arbitrato — che costituiscono il “cuore” delle nuove riforme — hanno il sapore di un'autentica rivoluzione di qualità etica. Perché non vanno visti solo ed esclusivamente in un'ottica deflattiva, come strumenti di *commodus discessus* dalla giustizia civile statale, cioè come mezzi atti a decongestionare la dimensione smisurata del contenzioso civile e il gravoso carico degli organi giudiziari, ma rappresentano anche uno strumento di accesso alla giustizia, in quanto espressione tangibile di quel grande progetto di *access to justice* di matrice nordamericana, promosso alla fine degli anni settanta da un giurista del calibro di Mauro Cappelletti, che era solito attribuire alla mediazione il ruolo di una “giustizia coesenziale”, per sottolineare la sua capacità di adattarsi alle multiforme esigenze della giustizia. Finisce così per sgretolarsi definitivamente l'assioma della giurisdizione quale attributo esclusivo della sovranità e si riconferma che la tutela di tipo cognitivo non costituisce più un monopolio dello Stato, ma è sempre più frequente assistere oggi al suo esercizio anche da parte di giudici non statali.

Come è stato acutamente osservato, la flessibilità dei nuovi strumenti, favorendo la composizione delle controversie in modo semplice, rapido e informale, svolge non solo una funzione di rete di contenimento rispetto all'abuso del processo, ma opera anche di sponda per ampliare l'accesso a soluzioni del conflitto che dispongano di plurime vie d'uscita, non limitate all'innesco di procedimenti giudiziari, consentendo ad essi di dimensionarsi rispetto a contrasti che la logica del processo potrebbe non riuscire a mettere completamente a fuoco.

In questa prospettiva, ad onta del loro lento decollo e della opportunità di qualche ulteriore aggiustamento per agevolarne la concreta operatività, non si possono che salutare con favore lo studio e l'approfondimento di istituti che propugnano una limitazione del ricorso al giudice, perché si riduca il flusso delle controversie in entrata. Va

decisamente contrastata la convinzione, tutta italiana, che rivolgersi ai giudici professionali sia l'unico rimedio a disposizione del cittadino per ottenere il riconoscimento e l'affermazione dei propri diritti. All'estero funzionano da tempo istituti come l'arbitrato e la mediazione, che da noi hanno sempre rivestito invece un ruolo sussidiario e subalterno. È arrivato il momento che tutti si convincano che l'opzione per una risoluzione alternativa delle controversie resta una priorità fondamentale per attuare senza più indugi « la strada della liberalizzazione e della privatizzazione del servizio-giustizia », senza per questo sacrificare il valore della giurisdizione.

Il vasto quadro di riforme legislative che vengono passate in rassegna in questo volume dimostrano che il cammino è stato intrapreso e che è in atto un forte cambiamento di mentalità. L'esigenza di una "deregiorisdizionalizzazione", anziché esprimere una "fuga" dalla giurisdizione, mira a evidenziare le gravi difficoltà in cui si dibatte l'attuale processo civile e la necessità ormai non più rinviabile di integrarlo, dirottando una parte sostanziosa del contenzioso dalla sede giudiziale a quella stragiudiziale, facendo convivere — pur correndo su binari diversi — la mediazione con la negoziazione assistita e con altri istituti volti a prevedere ipotesi di conciliazione e/o di valutazione preventiva di soluzioni alternative alla lite, idonee a trovare la giusta e rapida definizione di una vertenza.

La trama che lega i vari contributi e il loro sicuro valore scientifico danno conto di una felice operazione che, attraverso l'indagine articolata e completa dei singoli istituti, mostra di sapersi inserire nella pratica quotidiana ed è in grado di ricevere una molteplicità crescente di applicazioni. Ad onta delle sterili diffidenze che l'inserimento dei nuovi istituti continua a suscitare in alcuni ambienti per le sue notevoli implicazioni sistematiche, il tentativo intrapreso dagli Autori dei contributi raccolti in questo volume (accademici, avvocati, magistrati ed esperti in mediazione) è soprattutto quello di cogliere i principali snodi interpretativi che gli operatori si trovano (e si troveranno) a dover fronteggiare nella prassi, non solo giudiziaria, mettendo a loro disposizione indicazioni, riflessioni e idee per la loro soluzione. A riprova che il maggior pregio di un testo che si occupa di istituti del diritto di nuovo conio va ricercato, oggi più che mai, nella loro attualità e nell'esigenza di offrire ai cultori del diritto la conoscenza di un sistema normativo nel suo attuale e concreto modo di essere e di funzionare.

PARTE I

## RIFERIMENTI INTRODUTTIVI





# La composizione delle liti nella storia del diritto

Una lettura storica

DAVIDE ROSSI\*

SOMMARIO: 1. Il difficile equilibrio tra autonomia privata e potere pubblico nella soluzione delle controversie. Una prospettiva metodologica, 17 – 2. Il giudice diplomatico, 27 – 3. Il secolo XVIII e il superamento dell'Antico Regime, 37.

## **1. Il difficile equilibrio tra autonomia privata e potere pubblico nella soluzione delle controversie. Una prospettiva metodologica**

Anche solo ipotizzare di trattare — dal punto di vista storico — il problema della composizione delle liti tra privati appare un compito alquanto arduo, se non impossibile.

Se già soltanto potrebbe spaventare l'orizzonte temporale da coprire — l'età antica con la cultura greca e romana, quella alto e basso medievale, l'umanesimo e la scoperta di nuovi mondi, il Settecento riformatore, la Rivoluzione francese e l'età contemporanea, nelle sue polisemantiche sfaccettature, fino ai giorni nostri<sup>1</sup>, così densi di caratteri internazionalistici e legati ad una società liquida e globale —, ancor più risulta difficile scegliere la prospettiva metodologica, con cui dover coniugare endiadi tra loro così complesse da percepire e storicizzare.

\* Davide Rossi, Avvocato del Foro di Verona. Professore aggregato di Storia e Tecnica delle Codificazioni e Costituzioni Europee presso l'Università degli Studi di Trieste.

1. Negli ultimi anni, anche nel nostro Paese, non senza difficoltà, sta prendendo corpo e vigore un percorso di implementazione e sviluppo di strumenti di soluzione delle liti, alternativi al modello giurisdizionale classico, che sono espressione di un nuovo e differente approccio culturale.

Il momento della conciliazione di una lite, infatti, diventa il punto di tensione più forte del rapporto tra la libertà del singolo e l'autorità che, attraverso la gestione della giustizia, cerca di assicurare il mantenimento della coesione sociale e il componimento di quel rapporto giuridico (ma, ancor più, quello — sotteso — di natura sociale) che si è rotto. La chiusura di una controversia — di qualsiasi natura sia, penale, civile o anche amministrativa — tende ad evitare il perdurare di un risentimento e il desiderio di vendetta, consentendo — *ex adverso* — il maggior grado di soddisfacimento delle legittime esigenze vantate.

Attraverso questa lettura, il problema della giustizia (e della giurisdizione) appare chiaramente essere il nodo attorno al quale dover impostare la questione.

Risulta, pertanto, superfluo chiedersi se si possa sviluppare uno studio sull'evoluzione dei riti alternativi alla giustizia pubblica — attività arida o, al più, meramente nozionistica — senza fotografare il quadro politico, sociale, culturale ed economico all'interno del quale istituti o strumenti giuridici si sono concretamente formati, hanno tratto origine e hanno operato. Unicamente in questo senso ha utilità affrontare le vicende del rapporto tra le diverse forme di giustizia e le loro capacità di adattarsi — in una prospettiva singola quanto collettiva — alle differenti morfologie che il progredire della Storia manifesta.

All'interno di questa logica, punto di riferimento può essere certamente la classificazione operata a metà degli anni Ottanta del Novecento da Mirjan Damaska, nel suo celebre e tradottissimo *I due volti della giustizia e del potere*<sup>2</sup>, che scardina le solite divisioni tra sistemi a diritto codificato e quelli a diritto giurisprudenziale, come quelle legate al processo su stampo accusatorio o inquisitorio, riconoscendo, invece, come l'amministrazione della giustizia sia direttamente connessa all'organizzazione, alle forme e agli scopi dell'Ordinamento politico. Questo approccio, inevitabilmente, sposta l'asse sull'intersezione e l'interdipendenza tra la disciplina del processo e il concetto di potere (inteso nella sua accezione più lata e priva di connotazioni definitorie o scientifiche). Il nucleo problematico che sottende all'impostazione di Damaska ruota, pertanto, attorno al quesito se sia « necessario, come talvolta si ritiene, che il procedimento giurisdizionale preveda

2. M.R. DAMASKA, *I due volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, con *Introduzione* all'edizione italiana di M. TARUFFO, Bologna, 1991.

l'interazione di tre soggetti distinti — l'attore, il convenuto e il giudice — o esso può configurarsi come un *affaire à deux* tra un individuo e un pubblico ufficiale? »<sup>3</sup> (e — almeno per quanto interessa in questa sede — apoditticamente si potrebbe aggiungere “tra un individuo e un altro individuo”). Lo schema di Damaska associa la struttura del processo al grado di autoritarismo o di libertà in capo all'Ordinamento: più questo risulta essere “assolutista”, maggiore è il livello di pubblicizzazione della giustizia, dalla scelta dell'organo giudicante a quello requirente, alle fasi processuali inflessibilmente disciplinate per le attività difensive, così come ogni regola rigidamente e inderogabilmente stabilita. Addirittura, ogni eventualità che possa essere in contrasto con questa costruzione — si pensi, banalmente, anche soltanto alla figura dell'arbitrato<sup>4</sup> — è considerata in contrasto con lo *status quo*. Di contro, si conoscono ordinamenti con un maggior stadio di libertà, tanto da apprezzare l'autonomia dei privati, lasciando ampia facoltà di ricorrere a strumenti alternativi a quelli precostituiti, per giungere a modelli in cui, perfino, si favoriscono queste forme di composizione *extra* statuali.

Se è lapalissiano come queste valutazioni non combacino perfettamente con la realtà — caratterizzata sovente da una ibrida commistione dei vari elementi appena descritti, in cui il ricorso alla composizione tra privati è legittimato, ma pur sempre regolamentato e limitato —, è altrettanto vero che queste ricostruzioni hanno una funzione didattica, esemplificativa e funzionale a ricomporre in categorie la poliformità della esperienze.

Queste categorizzazioni, però, hanno anche il notevole difetto di peccare quando le si estende ad una lettura di lungo periodo: esse, infatti, si attagliano ad un contesto che è quello della contemporaneità, ammantato da quella costruzione istituzionale così discussa, sempre in crisi e alla ricerca di una precisa identità<sup>5</sup>, ma pur sempre punto di

3. *Ibidem*, p. 27.

4. V. PIERGIOVANNI, *L'arbitrato Profili storici dal diritto romano al diritto medievale e moderno*, in *L'arbitrato. Profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, Milano, 1999, p. 13. La bibliografia in materia di arbitrato è vastissima: per i riferimenti, si cfr. B. ZUFFI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in questo volume, Parte II. In questa sede vale la pena ricordare un testo certamente datato, ma ricco di spunti e di suggestioni, resta sempre quello di S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), Milano, 1969.

5. Il tema gode di una complessità concettuale e metodologica che esonda questa

riferimento insostituibile, qual è lo Stato. E accanto a questo polisemico lemma, il riferimento è inscindibilmente legato e inclusivo di tutti quei grandi principi politici e giuridici che sono il portato della modernità, prima tra tutte la vocazione normativistica, la separazione dei poteri, la garanzia costituzionale e una vocazione anti-cognitivistica.

Seguendo questa chiave interpretativa, di conseguenza, viene esclusa la possibilità di adottare i criteri damaskiani anche in funzione diacronica, in contesti temporali, cioè, lontani da una costruzione del diritto basata su una supposta forza o debolezza statale. Esperienze giuridiche precedenti, infatti, si sono strutturate secondo contesti istituzionali, rapporti sociali, economici e culturali incredibilmente lontani ed estremamente differenti da quelli attuali e tali che i parametri metodologici che oggi risultano validi ed efficaci sarebbero inservibili.

Si pensi, ad esempio, al pensiero di uno dei maggiori processual-civilisti italiani di inizio Novecento, quel Ludovico Mortara che nel suo *Manuale della procedura civile* sentenza senza appello come « provvedere alla amministrazione della giustizia è naturale attributo dello Stato », quale ente supremo cui ogni potere deve riferirsi e che doverosamente avoca a sé il compito di gestire le controversie. La funzione giurisdizionale ha una essenza prettamente pubblicistica ed è attributo “naturale” dello Stato, con un *favor* pressoché assoluto « verso le autorità giudiziarie istituite nell’interesse generale della società »<sup>6</sup>. Ancor più densa appare la sua opera, apparsa nel 1885 e dal non casuale titolo, *Lo Stato moderno e la Giustizia*<sup>7</sup>: una monografia ricca di considerazioni costituzionalistiche — più che processualistiche —, in cui viene scandagliato il ruolo del potere giudiziario all’interno dello Stato di diritto. Appare assodato come il contesto culturale in cui si muove il celebre Autore sia figlio della dottrina giuspubblicistica tedesca dell’epoca (che nell’immaginario italiano di fine Ottocento ormai aveva soppiantato il riferimento francese) e di quell’onniscienza dello Stato teorizzata —

sede; basta quindi il rinvio ai saggi contenuti in *Alla ricerca della statualità. Un confronto storico-politico su Stato, federalismo e democrazia in Italia e in Europa*, a cura di L. Tedoldi, Verona, 2012.

6. Entrambe le citazioni in L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino, 1913 (settima edizione), in special modo pp. 580–610.

7. Id., *Lo Stato moderno e la Giustizia*, (1885), con *Prefazione* a cura di A. Pizzorusso, Napoli, 1992.

tra gli altri e con sfumature in ogni caso diverse — da Carl von Gerber, Otto Mayer e Georg Jellinek, in cui il rapporto tra politica e Stato è speculare a quello tra natura e volontà, ossia ove lo Stato politicamente si rappresenta come una collettività nazionale unitaria, mentre sotto il profilo giuridico esso non può essere altro che un'unità di volontà<sup>8</sup>.

È questo il tipo di approccio che ha segnato — certamente (ma non solo) con contorni non così netti e definiti come quelli appena espressi — le teorie politiche e giuridiche del Novecento positivista e che, comunque, rimane nell'orizzonte culturale all'interno del quale si è mosso Damaska: tale parametro, però, poco può vestirsi ad una realtà quale quella di Antico Regime (il cui nome — non lo si deve dimenticare — deriva dalla fortunata opera di Alexis de Toqueville *L'Ancien régime et la révolution*, con la palese ambizione di separare nettamente il nuovo mondo illuministico da quello precedente, antico per l'appunto, e di conseguenza oscuro e vetusto) fondata su un policentrismo decisorio, sulla centralità dell'appartenenza a categorie e corporazioni, su contesti economici rurali e dalla logica autoreferenziale.

Il patrimonio giuridico dell'epoca classica, l'esperienza dell'incontro tra la cultura romana e quella barbarica, la complessità sociale dell'età medievale, le tensioni di un secolo quale quello diciottesimo ricco di idee riformiste e di scenari rivoluzionari, sono rappresentazioni che si fondano su articolazioni assolutamente lontane e incomparabili da quelle odierne. Da qui, le riflessioni di Damaska rischiano di semplificare una realtà storica che appare, se esaminata in maniera approfondita, comprensibile soltanto attraverso una precipua modalità di organizzare il potere e di gestire i rapporti di forza, le cui radici sono basate su presupposti totalmente differenti. Siamo all'interno, appunto, di quel concetto — coniato da Giuseppe Capograssi e successivamente ben definito da Riccardo Orestano<sup>9</sup> — di “esperienza giuridica”, per il quale un istituto giuridico deve essere affrontato nel suo aspetto pluralistico e mutevole e mai ricondotto ad un ordinamento stabile, in quanto appare come un insieme di vicende giuridiche che si possono comprendere solamente ripercorrendo i contesti di cui

8. Una completa inquadratura della cultura giuridica nell'area a lingua germanica di fine XIX secolo in M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979.

9. R. ORESTANO, *Azione in generale (ad vocem)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Tomo IV, Milano, 1959, pp. 785–822.

è partecipe. Lettura, questa, per cui le vicende del diritto non sono granitici dogmi, ma cambiano significato in relazione e con il mutare delle vicende storiche. Il “dover essere” che le norme enunciano appare, in queste pagine, come il prodotto di un’opera di astrazione e generalizzazione che l’approccio storico deve squarciare, ripercorrendone l’itinerario formativo: andare oltre gli “istituti” (coi quali si concettualizza il dato–norma) significa mettere a fuoco le “istituzioni”, che comprendono in sé valori, situazioni empiriche, vita concreta.

A prescindere, quindi, dal grado di densità autoritativa presente in un Ordinamento, è chiaro come il ricorso ad una composizione delle controversie tra privati prenda una piega affatto rarefatta, poliforme, che si declina in relazione alla concezione panstatualistica dello Stato moderno uscito dalla Rivoluzione francese; una rappresentazione secondo la quale è lo Stato che concede i diritti ed è pertanto unicamente lo Stato che deve provvedere alla loro tutela. Tale ottica impone di spostare il baricentro del discorso e di misurarsi con un’altra, spinosissima, definizione, quella — per l’appunto — di “Stato moderno”, lemma complesso e dai canoni di classificazione estremamente incerti. Il significato, infatti, muta drasticamente in relazione all’aggettivo qualificante con il quale il termine “Stato” si accompagna (di diritto, democratico, costituzionale, pluriclasse, fino a totalitario o dittatoriale). Fare i conti con lo “Stato moderno” impone, conseguentemente, di mettere in discussione categorie che si assumono apoditticamente per assodate, per non cadere nell’errore di astrarle temporalmente, proiettandole — speculari — in lontane epoche passate.

Il dogma di “Stato moderno”, quale processo di organizzazione del potere che scaturisce dalla sovranità esclusiva, e che consiste nell’insieme di « strumenti utilizzati dal Principe per esercitare il suo potere su uomini determinati, in funzione di un territorio e di una pace interna ad esso »<sup>10</sup>, appare, per l’appunto, affetto da una endemica relatività<sup>11</sup>. Lo Stato ambisce ad essere garante unico del bene comune, ad esso

10. P. SCHIERA, *Il problema dello « stato » e della sua « modernità »*. Gianfranco Miglio dalla storia alla scienza della politica, in *Genesis e trasformazioni del termine–concetto « Stato »*, a cura di G.F. Miglio, Brescia, 2007, pp. 6–7.

11. Densa e completa è la rassegna di L. BLANCO, *Note sulla più recente storiografia in tema di “Stato moderno”*, in *Storia Amministrazione Costituzione. Annale dell’Istituto per la Scienza dell’Amministrazione Pubblica*, 1994, vol. II, pp. 259–297. Oltre al volume curato da Leonida Tedoldi testé citato, per le prospettive qui trattate si veda L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma Bari, 1997 e M. FIORAVANTI,

l'individuo delega la soddisfazione dei propri interessi e la garanzia della propria sicurezza (ma pure della propria felicità, come recitano sia la Costituzione americana che quella francese del 1793<sup>12</sup>).

La statalizzazione si dipana in un processo storico che si struttura attorno alla monopolizzazione della forza, in quanto legittimata in termini giuridici: un *iter* di ratifica dell'istituzione che già Max Weber<sup>13</sup> aveva disegnato agli inizi del secolo scorso. La statualità moderna appare, pertanto, quale punto di arrivo di un percorso di disciplinamento sociale e di un agire politico che rivendica l'uso esclusivo della giustizia, in base alla condivisa fiducia nel sistema normativo da essa espresso<sup>14</sup>. E inevitabilmente la prerogativa della gestione del potere giurisdizionale diventa elemento cardine e imprescindibile di questa costruzione dogmatica.

Ecco dunque la relatività intrinseca del concetto di "Stato", e più ancora di "Stato moderno di diritto", legato ad alcuni peculiari caratteri — *in primis* al dato "giuridico" — quale portato dell'esperienza *post-rivoluzionaria* francese e dell'idea di Stato-Nazione ottocentesco. Esso poggia su irripetibili caratteristiche di separazione e gestione dei poteri e precise modalità di composizione dei conflitti. I giuristi disegnano abilmente i tratti caratterizzanti dello Stato, lo "immaginano" ipostatizzando esperienze e realtà che, invece, non sono immanenti, bensì peculiari di quella precisa vicenda statualistica<sup>15</sup>. Lo "Stato" non è, quindi, una forma organizzativa statica, come tra l'altro ben dimostra la nostra contemporaneità, schiacciata da entità sovranazionali e da regionalismi etnici che ne erodono gli elementi costitutivi e che lo trasformano in qualcosa di "altro"<sup>16</sup>.

Se, quindi, lo "Stato" rappresenta un modello di gestione della collettività contingente al divenire storico, ne consegue — tornando

*Stato e Costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993.

12. Lo spiega brillantemente A. TRAMPUS, *Il diritto alla felicità. Storia di un'idea*, Roma Bari, 2008.

13. M. WEBER, *Economia e società. Vol. I. Teoria delle categorie sociologiche*, (1922), Torino, 1999.

14. M. RICCIARDI, *Storia e sistema della costituzione dello Stato e della Società*, in *Amministrare. Rivista quadrimestrale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica*, Primo supplemento 2007–2008, pp. 250 e ss.

15. Così si esprime P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Milano, 1986, pp. 120 e ss.

16. H.P. GLEEN, *Ripensando il pensiero giuridico. Lo Stato e le nuove logiche*, Napoli, 2015.

al nostro caso specifico — l'impossibilità di parlare di "preistoria" del concetto di composizione delle liti tra privati, in quanto esso è inscindibilmente legato a quello di "Stato moderno di diritto" e ne condivide le vicende e l'imprescindibile legame tra potere e diritto.

La storiografia<sup>17</sup> degli ultimi decenni è concorde nel dimostrare come i caratteri della statualità odierna siano totalmente estranei alle realtà delle istituzioni delle periodizzazioni precedenti (tardo antiche o medievali che siano), nell'impossibilità di applicare ai sistemi di potere passati, se non in misura circoscritta, i tratti che la caratterizzano. Tali sistemi presentano, infatti, logiche così lontane e modi di ordinare la società talmente diversi da non poter essere oggetto di una comparazione scientificamente corretta.

In assenza di una definizione puntuale e circoscritta, l'esercizio di una sorta di "giustizia tra privati" appare un concetto storicamente poliforme e la sua struttura varia da ordinamento a ordinamento, nelle diverse fasi storiche e tra i diversi settori della normazione. Lo Stato, presente e al centro del discorso istituzionale, si gerarchizza e si struttura per realizzare gli interessi della persona giuridica pubblica, facendo prevalere — nel rispetto dei limiti posti dalla legge — l'interesse pubblico sopra ad ogni altra istanza privata. È sempre lo Stato che lentamente si organizza e giuridicizza il proprio lessico, tanto da dotarsi di un apparato, di strumenti tipici e di capacità assolutamente esclusive, legando la propria evoluzione alla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato e alla specialità del giudice amministrativo.

Ed è, appunto, soltanto all'interno del contesto tipico della statualità contemporanea che si può riconoscere la funzione di una giustizia pubblicizzata nel suo rapporto con le forme alternative che possono (eventualmente) strutturarsi, considerando le vestigia offerte nelle precedenti età della storia delle istituzioni lontane e sostanzialmente incomparabili.

17. In verità, ampliando — però — la prospettiva oltre l'aspetto prettamente istituzionale e in una logica più storico-giuridica, la dottrina non è affatto appiattita, tra chi rimane insofferente a tesi continuistiche (su tutti Paolo Grossi, che ha espresso la sua interpretazione in molti scritti, qui meglio rappresentati in *Id.*, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007 e *Id.*, *L'Europa del diritto*, Roma Bari, 2009) e chi predilige una lettura neo pandettistica, come R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechtsund Verfassungsgeschichte, Ergebnisse und Perspektive der Forschung*, a cura di R. Schulze, Berlino, 1991, pp. 61 e ss.