

FRANCESCO P. LUISO

GIUSTIZIA ALTERNATIVA O ALTERNATIVA ALLA GIUSTIZIA ?

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Gli strumenti giurisdizionali; 3. Gli strumenti contrattuali: loro effetti; 4. Segue: loro contenuto e loro validità; 5. Conclusioni.

§ 1. Gli strumenti contrattuali di risoluzione delle controversie sono divenuti, in questi ultimi tempi, oggetto non solo di accurate indagini dottrinali, ma anche dell'attenzione del legislatore comunitario¹ ed interno². L'interesse del legislatore e della dottrina si è concentrato essenzialmente sulle fattispecie di mediazione, cioè sulle ipotesi nelle quali l'accordo negoziale è favorito dall'intervento di un terzo, imparziale ed esperto nelle tecniche di negoziazione.

Così, la dottrina ha sottoposto ad approfondite indagini presupposti, svolgimento ed effetti del procedimento di mediazione³; il legislatore, dal canto suo, ha introdotto una disciplina speciale per le mediazioni svolte sotto l'egida degli organismi iscritti nel registro tenuto dal Ministero della giustizia, al fine di favorire il raggiungimento dell'accordo negoziale e di eliminare i disincentivi che, allo svolgimento della mediazione, possono derivare dall'essere essa lasciata alla disciplina del diritto comune.

Gli strumenti contrattuali di risoluzione delle controversie sono di solito definiti come strumenti <<alternativi>>. E ciò fa sorgere spontanee alcune domande: strumenti alternativi rispetto a cosa? e poi: in che senso essi sono alternativi? ed infine: questi strumenti realizzano una giustizia alternativa o sono piuttosto alternativi alla giustizia?

Tutte domande che impongono un riesame di problemi generali, non certo nuovi, anzi ben conosciuti da secoli se non da millenni: problemi che peraltro è bene richiamare e mettere a fuoco, proprio nell'ottica di assecondare e favorire la tendenza all'utilizzazione di tali strumenti.

¹ Il riferimento è alla direttiva 21 maggio 2008 n. 52.

² Il riferimento è al D.Lgs. 4 marzo 2010 n. 28.

³ Senza garanzia di completezza si v: CUOMO ULLOA, *La conciliazione*, Padova 2008; SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari 2008; GALLETTO, *Il modello italiano di conciliazione stragiudiziale in materia civile*, Milano 2010; PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti*, Padova 2007.

§ 2. Iniziando dalla prima questione, gli strumenti in esame sono senz'altro da definire alternativi alla giurisdizione dichiarativa: non è strutturalmente possibile che la tutela esecutiva possa essere fornita attraverso mezzi non autoritativi. Le caratteristiche fondamentali della tutela esecutiva sono costituite infatti dall'esistenza di tre diverse relazioni: una prima, di diritto sostanziale, che corre fra avente diritto ed obbligato, e che integra il diritto da tutelare (*vollstreckbares Anspruch*) mediante l'esecuzione forzata; una seconda, di diritto processuale, fra avente diritto e Stato, e che integra il diritto alla tutela esecutiva (*Vollstreckungsanspruch*); una terza, appunto di diritto pubblico – di solito, ma non necessariamente, giurisdizionale: basti pensare a certe fattispecie di esecuzione concorsuale, come la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza – che collega lo Stato all'obbligato.

Il risultato della tutela dichiarativa, sulla quale quindi dobbiamo concentrare l'attenzione, è scandito dall'art. 2909 c.c., cioè dalla cosa giudicata sostanziale: la produzione di un accertamento che fa stato ad ogni effetto fra le parti, gli eredi e gli aventi causa costituisce il fine ultimo della

(*) Relazione al convegno <<Mediazione e tutela dei diritti>>, tenutosi a Pavia il 13 maggio 2010.

tutela dichiarativa. Tale accertamento, sul quale dovremo ritornare per precisarne il significato, viene definito come <<la legge del caso concreto>> che <<si sostituisce in tutto e per tutto, rendendola irrilevante, alla fonte normativa del rapporto che essa regola⁴>>.

Una volta che la sentenza di merito abbia acquisito efficacia (il che accade al momento del suo passaggio in giudicato formale), le condotte lecite e doverose delle parti, con riferimento a quel bene della vita, vanno dunque cercate nella sentenza e non nel diritto sostanziale. Si noti fin da ora, ma sul punto ritorneremo, che proprio questo risultato costituisce ciò che è necessario e sufficiente per risolvere la <<controversia>>: per superare, cioè, una situazione nella quale la norma sostanziale ha fallito la sua funzione, perché i suoi destinatari non concordano circa i comportamenti, che ciascuna di essere può e deve tenere con riferimento ad un certo bene della vita giuridicamente protetto.

Si pone così la questione successiva: come viene determinato il contenuto della sentenza? Quali regole di condotta concrete il giudice individua nella sentenza? Se, ad es., Tizio e Caio controbattono circa la possibilità di Tizio di costruire un certo edificio ad una certa distanza dal confine, la controversia sarà risolta stabilendo se è lecito o illecito il comportamento di Tizio di costruire a quella distanza. Ma quando nella sentenza si stabilirà che il comportamento di Tizio è lecito e quando invece si stabilirà che è illecito?

La risposta è incontrovertibile: il contenuto della decisione è parametrato alla realtà sostanziale esistente. Il giudice, per stabilire se prevedere nella sua sentenza una regola di condotta secondo la quale costruire quell'edificio a quella distanza è lecito o invece illecito, deve fare una ricognizione della realtà sostanziale esistente, ed utilizzare i risultati di tale ricognizione per dare un contenuto alla sua sentenza.

Ecco che dunque l'accertamento storico, descrittivo dell'essere (del *sein*) diventa parametro per l'accertamento rivolto al futuro, prescrittivo del dover essere (del *sollen*). Non vi è dubbio, infatti, che l'accertamento di cui parla l'art. 2909 c.c. non può consistere nell'accertamento di ciò che è stato, ma deve consistere nell'accertamento di ciò che dovrà essere: l'accertamento storico del passato non serve a risolvere la controversia; a tal fine necessita l'accertamento prescrittivo del futuro. Dunque, quando si usa il termine <<accertamento>> bisogna essere ben consapevoli dell'anfibologia che in esso è insita: perché talvolta per accertamento si intende l'operazione, altra volta si intende il risultato⁵.

⁴ Sono parole di MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Torino 1994, 268-269: ma nella sostanza si tratta di concetti pacifici.

⁵ FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002, 78 ss.

Una volta che l'accertamento (prescrittivo) si è prodotto con il passaggio in giudicato formale, resta irrilevante che il contenuto della sentenza sia o meno difforme dalla realtà preesistente. Non vi è dubbio che il sistema tende ad avere sentenze <<giuste>>, cioè il cui contenuto rispecchi effettivamente la realtà preesistente, tant'è che sono previsti mezzi di impugnazione volti a sindacare l'ingiustizia della sentenza, al fine di ottenerne una più giusta. Però è altrettanto vero che, una volta esauriti tali mezzi di impugnazione, l'efficacia della sentenza non può essere messa in discussione in ragione della sua (pretesa) ingiustizia: se ciò potesse accadere, a niente essa servirebbe⁶.

Naturalmente l'incontestabilità della efficacia della sentenza in ragione della sua ingiustizia non esclude in alcun modo che tale efficacia possa essere contestata in ragione della sua invalidità: una sentenza, infatti, in tanto è efficace in quanto sia valida, cioè in quanto sia stata prodotta rispettando le regole che ne disciplinano la formazione. E se, in linea generale, il giudicato formale costituisce il limite estremo, oltre il quale l'invalidità della sentenza non può più essere invocata come causa della sua inefficacia, ciò non deve trarre in inganno: infatti, per un verso ciò non ha niente a che vedere con il giudicato sostanziale, ma deriva dal c.d. onere dell'impugnazione, previsto dall'art. 161, comma primo, c.p.c. E, per altro verso, residuano pur sempre sia l'*actio nullitatis*, nelle ipotesi previste dall'art. 161, comma secondo c.p.c., sia la *querela nullitatis*, nelle ipotesi previste dall'art. 327, secondo comma, c.p.c.

Infine, la fonte dell'efficacia della sentenza verso i suoi destinatari è costituita dal potere autoritativo, pubblicistico che il giudice esercita: sicché possiamo dire che la sentenza è fondata (non già che è fornita!) sull'*imperium*, ove con tale espressione si intenda appunto il potere autoritativo dello Stato, che consente la produzione di effetti anche senza o contro il consenso dei destinatari degli stessi.

In conclusione: attraverso la giurisdizione si arriva alla formazione di un atto vincolante (perché espressione del potere autoritativo dello Stato), la cui validità è subordinata al rispetto delle regole che ne disciplinano la formazione, il cui contenuto consiste nella determinazione (accertamento prescrittivo) di regole concrete di condotta che si sostituiscono alla norma generale e astratta, ed è ricavato dalla ricognizione (accertamento descrittivo) della realtà sostanziale preesistente.

§ 2. Mettiamo ora a paragone lo strumento negoziale con quello giurisdizionale, ed iniziamo a chiederci se il contratto è idoneo a produrre effetti vincolanti. La risposta è chiaramente positiva, e

⁶ Ancora FORNACIARI, op. cit., 87 ss.

si fonda sull'art. 1372 c.c., in base al quale <<il contratto ha forza di legge fra le parti>>, e quindi un'efficacia che non può essere inferiore a quella della sentenza. Infatti, per poter affermare che la sentenza ha effetti maggiori, nel senso di più vincolanti, di quelli del contratto, occorrerebbe poter sostenere che la sentenza ha forza maggiore della legge: il che è ovviamente insostenibile.

Ma il punto più rilevante è un altro, e cioè se il contratto produce effetti qualitativamente assimilabili a quelli della sentenza. Non basta constatare che, in generale, il contratto ha efficacia uguale a quella della sentenza: la sentenza è frutto del potere autoritativo dello Stato come tutti gli atti che si fondano sull'*imperium*, però gli effetti che essa produce sono diversi da quelli degli altri atti autoritativi. Occorre quindi rivolgere l'attenzione al contenuto ed allo scopo (o alla causa) del contratto che risolve una controversia: a tal fine è opportuno focalizzare l'attenzione sulla transazione, intesa come *species* (normativamente disciplinata, e caratterizzata dalle reciproche concessioni, cioè dall'*aliquid datum aliquid retentum*) del *genus* contratto che è finalizzato alla risoluzione della controversie.

Ora, abbiamo appena visto che l'effetto tipico della sentenza è quello di creare <<la legge del caso concreto>> che <<si sostituisce in tutto e per tutto, rendendola irrilevante, alla fonte normativa del rapporto che essa regola>>. Questo speciale effetto prodotto dalla sentenza determina la insensibilità della stessa allo *ius superveniens* retroattivo: il mutamento della fonte normativa che regola il rapporto non può incidere sulla disciplina del rapporto stesso, in quanto appunto questo non è più assoggettato alla norma generale ed astratta, sibbene alla regola concreta contenuta nella sentenza.

Orbene, è pacifico, fin dal diritto romano⁷, che lo stesso, identico risultato si produce anche quando la controversia è risolta in via negoziale. Il contratto, che risolve la controversia, è insensibile allo *ius superveniens* retroattivo nella stessa, identica misura della sentenza⁸.

Se, dunque, il modo di operare della sentenza produce un risultato che determina conseguenze che sono sconosciute agli altri atti autoritativi dello Stato aventi una diversa funzione, e queste stesse conseguenze sono proprie dei contratti che hanno come scopo la risoluzione della controversia, ne possiamo concludere che anche questi contratti producono lo stesso risultato, e cioè operano recidendo il <<nesso di condizionalità fra fattispecie concreta ed effetto giuridico previsto

⁷ Nov. 19, pr, secondo il quale la legge retroattiva opera su tutti i rapporti giuridici, *exceptis illis causis, quas aut iudicialis sententia aut transactio terminavit*. In dottrina SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VII, Torino 1896, 516-520; CAMMEO, *L'interpretazione autentica*, in *Giur. it.* 1907, IV, 348-349; GIANTURCO, *Sistema di diritto civile italiano*, I, Napoli 1909, 115; BUTERA, *Transazione*, in *Dig. It.* XXIII, 1, Torino 1916, 1750; ID., *Delle transazioni*, Torino 1933, 319-320.

⁸ Cass. 17 gennaio 2001 n. 576; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993 n. 728; Cass. 4 luglio 1992 n. 8174; Cass. 23 marzo 1991 n. 3270, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 1139; Cass. 10 giugno 1988 n. 3956, in *Arch. Loc.* 1989, 78.

dalla norma astratta di legge>>⁹ sostituendo conseguentemente quest'ultimo con il precetto dell'autonomia privata.

Con ciò si conferma che rilevante non è la ragione per cui l'atto è vincolante (la <<forza>> dell'atto), sibbene il contenuto dello stesso, in vista della funzione che esso svolge: che è appunto di risolvere una controversia, individuando in modo vincolante i comportamenti leciti e doverosi delle parti, in relazione a quel bene della vita.

§ 3. Una volta stabilito che il contratto – s'intenda bene: non ogni contratto, ma solo quello che ha come scopo la risoluzione della controversia – produce lo stesso risultato della sentenza¹⁰, resta da stabilire come si determina il contenuto dello stesso. Ma il problema non è di ardua soluzione: come ogni contratto, anche quello, che ha per scopo la risoluzione della controversia, ha il contenuto che le parti stabiliscono sulla base di una valutazione di convenienza.

Le parti, infatti, hanno accesso ai bisogni ed agli interessi sottostanti alla pretesa giuridica: livello, questo, che è inaccessibile ad un terzo. Esse, e solo esse, possono stabilire come utilizzare il bene della vita, che il sistema garantisce loro elevandolo a dignità di situazione sostanziale protetta. La valutazione positiva della convenienza dell'assetto contenuto nel contratto consente alle parti di darsi regole di condotta per il futuro che prescindono da una verifica della realtà sostanziale preesistente: non nel senso che questa verifica sia estranea alla valutazione di convenienza, ma nel senso che essa è assorbita e superata da tale valutazione.

Con il contratto destinato a risolvere la controversia, quindi, le parti possono realizzare un accertamento prescrittivo del futuro (del dover essere, del *sollen*) che prescinde da un accertamento descrittivo del passato (dell'essere, del *sein*).

Sta qui l'equivoco di quella parte della dottrina che ha negato la possibilità di un accertamento negoziale, affermando che il contratto ha sempre portata dispositiva¹¹: perché questa dottrina ha inteso l'accertamento non come risultato, ma come giudizio, come ricognizione dell'esistente, in ultima analisi come operazione. Questo tipo di accertamento descrittivo sicuramente è estraneo al contratto: perché di esso in realtà le parti non hanno bisogno, ben potendo determinare il contenuto dell'accertamento prescrittivo prescindendo da un accertamento descrittivo.

⁹ CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 188.

¹⁰ Sicché correttamente l'art. 2052 del *code Napoléon* afferma che *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*; e l'art. 1772 del nostro *previgente c.c.* affermava che *le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile*. Anche L. 20 C. *de transact.* 2.4 afferma che *non minorem auctoritatem transactionum quam rerum iudicatarum esse recta ratione placuit*.

¹¹ FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Milano 1993, 34 ss.; SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli 1975, 26 ss.

Cosa che invece non è possibile al terzo, il quale non ha altro metro per dare un contenuto al proprio accertamento prescrittivo che una ricognizione della realtà esistente. In sostanza, come abbiamo già accennato, l'atto del terzo è improntato necessariamente alla ricerca della giustizia, mentre quello delle parti è improntato alla ricerca della convenienza.

Se passiamo ora ad analizzare i requisiti di validità del contratto che ha come scopo la risoluzione di una controversia, constatiamo che in linea di principio essi coincidono con quelli del contratto in generale: non vi è dubbio che le disposizioni degli artt. 1321 ss. si applicano anche al contratto che ha come scopo la risoluzione della controversia¹².

Nessuna norma dà invece rilevanza – al contrario di quanto accade per la sentenza – al modo in cui si è formato il testo contrattuale, che è divenuto oggetto di accordo. Ed è ovvio che sia così, poiché le parti conoscono il testo contrattuale prima di esprimere quella volontà, che renderà il contenuto del contratto per esse vincolante: e dunque possono valutare la convenienza di quanto espresso in tale testo, rimanendo invece irrilevanti le modalità con cui tale testo sia stato predisposto.

Vi è piuttosto da rilevare come talune ipotesi speciali di annullabilità della transazione, previste dagli artt. 1973, 1974 e 1975 c.c., proprie dei contratti che hanno come scopo la risoluzione della controversie e chiaramente inapplicabili ai contratti che non hanno tale scopo, fanno eccezione alla disciplina generale dei vizi del contratto prevista dall'art. 1429 c.c. (poiché non si tratta di errore essenziale¹³) e coincidono singolarmente con i motivi di revocazione della sentenza¹⁴.

Come, dunque, una volta che la sentenza si sia formata (il che accade con il passaggio in giudicato formale della stessa) vi sono eccezioni alla regola della irrilevanza della conformità del contenuto della stessa alla realtà preesistente, così per la transazione ai motivi di annullabilità tipici dei contratti si aggiungono delle ipotesi speciali di annullabilità che rendono rilevante la realtà sostanziale preesistente¹⁵.

In conclusione: attraverso il contratto si arriva alla formazione di un atto vincolante (perché espressione del potere negoziale delle parti), la cui validità non è subordinata al rispetto di regole che ne disciplinino la formazione, il cui contenuto consiste nella determinazione (accertamento prescrittivo) di regole concrete di condotta che si sostituiscono alla norma generale e astratta, ed è ricavato da una valutazione di convenienza di queste regole di condotta.

¹² GITTI, *La transazione*, in *I contratti di composizione delle liti*, Torino 2005, 77 ss.

¹³ SANTORO PASSARELLI, op. cit., 147 ss.

¹⁴ V. infatti il parallelo fra l'art. 1973 c.c. e l'art. 395 n. 2 c.p.c.; fra l'art. 1974 c.c. e l'art. 395 n. 5 c.p.c.; fra l'art. 1975 c.c. e l'art. 395 n. 3 c.p.c.

¹⁵ I motivi di revocazione, infatti, costituiscono sintomi dell'ingiustizia della sentenza: ATTARDI, *La revocazione*, Padova 1959, 47 ss.

§ 4. Possiamo così dare una risposta alla domanda che ci eravamo posti. Gli strumenti contrattuali di risoluzione delle controversie sono veramente alternativi a quelli giurisdizionali dichiarativi, perché producono gli stessi effetti. Essi costituiscono un'alternativa alla giustizia, e non una giustizia alternativa perché il loro contenuto si fonda su una valutazione di opportunità, che le parti del contratto compiono, invece che sulla verifica della realtà sostanziale preesistente, che è propria della giurisdizione.

L'arbitrato è anch'esso strumento alternativo alla giurisdizione, ma costituisce al contrario una giustizia alternativa¹⁶, perché l'arbitro, come il giudice, è terzo e quindi deve parametrare il contenuto del lodo alla realtà sostanziale preesistente, non avendo – al pari del giudice – accesso a valutazioni di convenienza. La validità del lodo – come quella della sentenza ed al contrario di quanto accade per il contratto – è subordinata al rispetto delle regole che ne disciplinano la formazione (art. 829, comma primo, c.p.c.). Al contrario della sentenza, il lodo non costituisce esercizio di potere autoritativo, perché è costituzionalmente necessaria la volontà delle parti di sottoporre all'arbitro la decisione della controversia.

¹⁶ BOVE, *La giustizia privata*, Padova 2009.