

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. I

2021

N. 1

RIVISTA SEMESTRALE

INDICE

Silvana Dalla Bontà <i>Giustizia consensuale</i>	3
Paola Lucarelli <i>Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento</i>	15
Francesco P. Luiso <i>La «proposta» del mediatore</i>	31
Antonio Briguglio <i>Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell'arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi</i>	41
Neil Andrews <i>Procedure, Party Agreement, and Contract</i>	67
Margherita Ramajoli <i>Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche</i>	123
Teresa Arruda Alvim e Márcio Bellocchi <i>Mediazione. Il frutto di un buon esercizio del diritto</i>	143
Colin Rule <i>Reinventing Justice with Online Dispute Resolution</i>	169
Silvana Dalla Bontà <i>Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori</i>	191

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Silvana Dalla Bontà (*)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

MEDIAZIONE DEI CONFLITTI:
UNA *SPINTA* GENEROSA VERSO IL CAMBIAMENTO

Paola Lucarelli (*)

SOMMARIO: 1. Ripresa e resilienza: dalla politica dell'emergenza all'intervento sulla Giustizia. – 2. La riduzione della durata del processo civile fra percorsi di riflessione e soluzione. – 3. Processo perfetto e coesione sociale? L'insegnamento di Emile Durkheim. – 4. Resilienza: un nuovo obiettivo per il giurista? – 5. Il bilanciamento fra la giustizia processuale e la giustizia consensuale: una scelta illuminata, possibile, urgente.

1. *Ripresa e resilienza: dalla politica dell'emergenza all'intervento sulla Giustizia.* – Il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) è il programma di riforme e investimenti che l'Italia ha adottato quale risposta alla situazione di emergenza causata dalla pandemia da coronavirus. Una serie di interventi ad ampio spettro che, grazie alle risorse stanziare dall'Europa nell'ambito del progetto di sovvenzioni e prestiti denominato *Next Generation EU*, dovrebbero permettere al Paese di costruire le fondamenta di una società nuova e di un'economia forte e sostenibile ⁽¹⁾. Nell'evolversi del piano di iniziativa europea, sono stati assegnati ai singoli paesi obiettivi specifici in ragione dei problemi rilevati. Con particolare riferimento all'Italia, si è suggerito di adottare,

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 15-29. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Commerciale nell'Università di Firenze, membro della Commissione ministeriale per la Riforma del processo civile e degli strumenti alternativi nominata dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia.

⁽¹⁾ Il totale dei fondi previsti dal Piano ammonta a 222,1 miliardi. Come è noto il Piano si sviluppa su tre assi strategici: digitalizzazione e innovazione, transizione ecologica, inclusione sociale.

fra altri progetti di riforma, politiche finalizzate all'efficienza della pubblica amministrazione, considerato che *«an effective public administration is crucial to ensure that measures adopted to address the emergency and support the economic recovery are not slowed down in their implementation. The disbursement of social benefits, liquidity measures, and the front-loading of investments, etc. may not be effective if hampered by public sector bottlenecks. Weaknesses include lengthy procedures, including civil justice ones, the low level of digitalisation and weak administrative capacity. Procedures and checks need to be dealt with swiftly, in a context where public resources are being significantly increased to support economic activity. (...) Finally, an effective justice system is key for an attractive investment and business-friendly economy and will be crucial in the recovery process, also by enabling effective rescue and recovery frameworks»* ⁽²⁾.

Si raccomanda, dunque, al Governo italiano di agire al fine di *«improve the efficiency of the judicial system and the effectiveness of public administration»*.

Da qui le Linee programmatiche della Ministra Marta Cartabia sulla riorganizzazione amministrativa della giustizia, la valorizzazione dei percorsi stragiudiziali complementari alla giurisdizione, la revisione selettiva dei processi civile, penale e tributario ⁽³⁾.

⁽²⁾ *Council Recommendation on the 2020 National Reform Programme of Italy and delivering a Council opinion on the 2020 Stability Programme of Italy*, COM(2020) 512 final, del 20 maggio 2020, cons. 24.

⁽³⁾ Già il Rapporto del Comitato di Esperti in materia economica e sociale, Iniziative per il rilancio «Italia 2020-2022» del giugno 2020, aveva sottolineato che «La riforma della giustizia civile, con l'obiettivo di ridurre i tempi e aumentare la certezza della giustizia civile, è imprescindibile per un paese che intenda attrarre gli investimenti esteri e aumentare quelli domestici. La durata media dei procedimenti è riconosciuta unanimemente, in Italia e all'estero, come uno dei maggiori punti di debolezza strutturale del paese (a partire dalle classifiche della Banca mondiale che ci relegano in posizioni non confacenti a un paese del G7). La riforma della giustizia civile non deve limitarsi alle modifiche tecniche di natura procedurale, ma deve focalizzarsi principalmente su questioni strutturali. Senza ledere il principio sancito dall'art. 24 della Costituzione, che garantisce a tutti l'accesso alla giustizia, oc-

Ripresa e resilienza sono obiettivi inusuali con riferimento a un processo di riforma in materia di giustizia: il primo ha una portata prevalentemente economica, il secondo attiene alla dimensione sociale. Eppure è noto che dalla nascita del capitalismo fino ai nostri giorni, il legame fra economia e giustizia è ben presente a coloro che si sono occupati di sviluppo. Max Weber, ai primordi della sociologia economica, osservava che «l'impresa capitalistica moderna si fonda soprattutto sul calcolo. Essa richiede per la propria esistenza una giustizia e un'amministrazione il cui funzionamento possa almeno in linea di principio venire calcolato razionalmente in base a norme generali – nello stesso modo in cui si calcola la prestazione prevedibile di una macchina» ⁽⁴⁾.

Oggi, anche la politica sullo sviluppo locale contempla fra gli indicatori rilevanti la *performance* della giustizia ⁽⁵⁾.

corre (i) rafforzare ulteriormente gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, rendendoli effettivamente preferibili all'azione giudiziaria, (ii) creare adeguati meccanismi che disincentivino la promozione di cause di modesto valore e/o pretestuose, (iii) cercare di risolvere sul piano legislativo le cause seriali che rallentano i tribunali, (iv) digitalizzare i procedimenti, (v) rendere maggiormente efficaci i filtri per l'accesso al giudizio di Cassazione (vi) riorganizzare la macchina giudiziaria e amministrativa, e (vii) avviare le opportune verifiche sulle disfunzioni territoriali rispetto alla media nazionale di numero e durata dei procedimenti, ferme restando le competenze di CSM e Ministero della Giustizia».

⁽⁴⁾ M. WEBER, *Economia e Società*, volume curato postumo da M. Weber e J. Winckelmann, 1922, trad. it., Milano, 1961, 699. Sulla calcolabilità, cfr. R. SWEDBERG, *Economia e società*, in *Enc. Treccani*, 1993, § 4, reperibile presso <https://www.treccani.it/enciclopedia/economia-e-societa_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/> (10 maggio 2021): «la causa prima e più importante dell'esplosivo sviluppo dell'economia in Europa e negli Stati Uniti è un'altra, e cioè la calcolabilità. In Occidente il processo produttivo è completamente calcolabile: si può prevedere facilmente quanto rapidamente e con quanta precisione un operaio o una macchina possono produrre un determinato oggetto. Ed ugualmente calcolabile è l'ambiente in cui il sistema economico è inserito: si può infatti prevedere molto facilmente anche che cosa faranno i giudici e i politici in diverse circostanze».

⁽⁵⁾ Sugli indicatori Istat, cfr. <<https://www.istat.it/it/archivio/16777>> (10 maggio 2021). Da non trascurare, nonostante le svariate critiche a proposito della scelta dei criteri di valutazione, il *Doing Business* della Banca Mondiale che studia

La grave crisi pandemica ha reso ancora più urgenti interventi diretti ad affrontare alcuni problemi che affliggono il Paese. Primo fra tutti, la scarsa fiducia dei cittadini nei servizi offerti dalla pubblica amministrazione.

Non è una novità, la situazione si è aggravata con riferimento all'effettività dell'accesso alla giustizia, da intendersi come garanzia di tutela dei diritti, celerità del processo, contenimento dei costi per i cittadini e le imprese. Nonostante le molteplici istanze sollevate dalla crisi emergenziale, che riguardano in particolare l'attuale inadeguatezza del sistema a rispondere in maniera efficace ed efficiente alla domanda di giustizia di cittadini e imprese, il sistema di risoluzione delle controversie è ancora radicato saldamente alla visione tradizionale della giurisdizione intesa come unica strada percorribile per risolvere le liti. L'attività giurisdizionale tuttavia – già appesantita dall'arretrato pluriennale – è stata pesantemente coinvolta dall'emergenza sanitaria, dapprima attraverso il rinvio *ope legis* di tutte le udienze e di tutte le attività processuali e, successivamente, demandando ai capi degli uffici giudiziari il potere di decidere le azioni da intraprendere per l'organizzazione di uffici e personale, nonché per la gestione degli affari giudiziari. Le regole introdotte dai d.l. n. 11 e n. 18 del 2020 e l'assenza di regolamenti ministeriali validi su tutto il territorio nazionale hanno prodotto un sistema diversificato di procedure interne volte a gestire gli uffici e i processi, con conseguenti difficoltà per gli operatori del diritto ⁽⁶⁾.

190 economie e, con riferimento ai temi qui di interesse, rileva le *performance* delle modalità di risoluzione delle controversie commerciali. Sul rapporto fra efficienza della giustizia civile ed efficienza economica, v. l'analisi economica, ancora interessante sul piano metodologico, in *Ritardi della giustizia civile e ricadute sul sistema economico. Costi della giustizia civile rilevanti per il sistema delle attività produttive*, a cura del MIPA, Consorzio per lo sviluppo delle metodologie e delle innovazioni nelle pubbliche amministrazioni, 2006.

⁽⁶⁾ Con il primo d.l. 8 marzo 2020, n. 11, «Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19», si è disposto, fra l'altro, che venissero rinviate d'ufficio tutte le udienze (tranne alcune eccezioni) dei procedimenti civili comprese tra il 9 marzo e il 22 marzo 2020; con il secondo d.l. 17 marzo 2020, n. 18, «Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di

2. *La riduzione della durata del processo civile fra percorsi di riflessione e soluzione.* – Al quesito su come può la Giustizia, intesa come sistema, servizio, politica, diritto, contribuire a produrre ripresa e resilienza, si aprono scenari molteplici e diversi, ma al fondo si rinviene sempre una sfida che è nota, anche se non sempre convintamente praticata: la riduzione della durata dei processi. Da decenni, questa rappresenta una grave urgenza, ma non si è ancora palesato il rimedio definitivo. Pur nella certezza che negli anni sono state impiegate risorse umane di elevata qualità al fine di risolvere il problema, si fa sempre più radicata l'impressione che la soluzione non si trovi nella regola del processo ⁽⁷⁾.

Nel frattempo, gli anni di ricerca dedicati alla mediazione dei conflitti conducono all'idea che il buon processo, semplificato, fluente, la buona organizzazione, l'innovazione, il congruo numero di decidenti, certo aiutano, ma non risolvono interamente il problema; queste sono le componenti indispensabili di una giustizia

sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19», è stato previsto il rinvio delle udienze e la sospensione dei termini processuali dal 9 marzo al 15 aprile 2020 e la possibilità, dal 16 aprile al 30 giugno, di adottare misure organizzative – compreso l'ulteriore rinvio delle udienze – volte a evitare assembramenti di persone negli uffici giudiziari. I termini sono stati poi ulteriormente prorogati.

⁽⁷⁾ Per un'analisi delle ragioni per le quali pure nei decenni precedenti l'inizio del secolo, nonostante i numerosi ma sempre frammentari interventi per la riforma del processo civile, i numeri del contenzioso non diminuivano, anzi crescevano di anno in anno, si ricorda che è stata individuata «un'incidenza sugli obiettivi di effettività e celerità della tutela giudiziaria della ripartizione tra il giudice e le parti dei poteri nel governo del processo», ma non sembra che gli interventi sulla distribuzione di tali poteri siano stati influenti e sufficienti ai fini del raggiungimento degli obiettivi: v. C. GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, in *Quest. Giust.*, 2014, 109, e le analisi teoriche fra molti di O.G. CHASE, *Reflections on Civil Procedures Reforms in the United States: what has been learned? What has been accomplished?*; F. FERRAND, *The Respective Role of the Judge and of the Parties in the Preparation of the Case in France*, in N. TROCKER, V. VARANO (ed.), *The Reforms of Civil Procedure in a Comparative Perspective*, Torino, 2005, 30, 172-5. Cfr. anche il recente contributo di A. PROTO PISANI, *Problemi del processo civile rivisti da un ottantenne*, in ID., *Dieci studi sul processo in ricordo di Virgilio Andrioli*, Napoli, 2019, 13 ss.

che risponde alla domanda, le condizioni minime affinché i cittadini nutrano un sentimento di fiducia verso le istituzioni, ma non sono sufficienti, seppure ovvia sia la loro urgente necessità; sono le componenti del motore della macchina della giustizia, ma il funzionamento in perfezione dipende anche e necessariamente dai destinatari della giustizia, si chiamerebbe *utenza*, preferibile, invece, riferirsi alle *persone* che ne hanno bisogno.

Ci si arrovela sul *servizio*, trascurando l'importanza di occuparsi dei *beneficiari*.

Il passo che la dottrina più illuminata e i decisori politici potranno fare per creare le condizioni minime di funzionamento della macchina processuale è senza dubbio di importanza estrema, ma non sarà sufficiente – come non lo è mai stato nonostante i numerosi interventi succedutisi nel passato – fino a quando l'obiettivo non si sposterà e si soffermerà sui *fruitori* della giustizia.

Dunque, il compito non si ferma e si esaurisce sulla regola del processo, ma va ben oltre *se*, insieme al processo perfetto nelle sue forme, si vuole anche la sua completa utilità, cioè la risposta celere ai cittadini in attesa di giustizia.

Occorre, allora, fare un passo verso la relazione fra chi offre giustizia e chi la chiede e la riceve, una relazione che non risulta ancora adeguatamente studiata.

È probabile che a questa osservazione si replichi che la giustizia è pensata in funzione della sua domanda, eppure quella relazione non è ottimale, perché nell'obiettivo della politica della giustizia non è ancora entrato realmente, a pieno titolo, il secondo termine della relazione, la *persona* cui la giustizia è destinata.

L'impronta sociologica che può caratterizzare un nuovo intervento che si aggiungerebbe ai numerosi che lo precedono, non è un vezzo e tanto meno una distrazione rispetto al compito principale della riduzione della durata dei processi. Al contrario, potrebbe essere la risposta profonda e più appropriata nell'epoca che stiamo vivendo, quando ripresa e resilienza divengono gli obiettivi primi e urgenti della politica pubblica.

L'idea per il cambiamento non sta nella parte ovvia delle condizioni minime per il funzionamento della giustizia, perché questa funzionerà in perfezione solo quando tutte le persone (cittadini, imprenditori, amministratori, professionisti) astrattamente destinatarie della stessa faranno propri i requisiti fondamentali di una società resiliente e coesa, in grado di rispondere al bisogno di benessere che è innato in ogni individuo. La politica della giustizia avrà successo quando mirerà al progresso civile e non solo alle regole del rito (componente minima e perfino ovvia del cambiamento).

L'occasione viene offerta proprio dalla crisi gravissima a fronte della quale si radica e diffonde nella società il concetto di coesione come risposta all'esigenza di resistenza al dramma e al potenziale distruttivo della pandemia. Se fino a un tempo recente la politica della giustizia ha potuto disinteressarsi della seconda componente della relazione, cioè della società dei destinatari della giustizia, così facendo senza mai risolvere compiutamente il problema che affligge l'inefficienza del sistema, oggi questo non è più possibile, perché la ripresa e la resilienza del paese sono divenuti gli obiettivi a tutto campo del cambiamento.

3. Processo perfetto e coesione sociale? L'insegnamento di Emile Durkheim. – Il punto di vista dal quale non si può più prescindere è dunque quello dell'attenzione alla società, al suo progresso e, per quanto concerne la giustizia, al radicamento di un sentimento di partecipazione da parte dei beneficiari al buon funzionamento della stessa.

Costruire un processo perfetto nelle sue regole non basta a realizzare coesione sociale, serve in astratto a *concepire* ordine, sicurezza sociale, ma non genera di per sé senso di comunità, cioè di appartenenza alla società, di fiducia nelle capacità, di solidarietà attraverso il dialogo, di collaborazione, di responsabilità.

La coesione si genera dal basso, non ci sono dubbi, ma è possibile stimolare un sentimento consapevole di fiducia e di responsabilità

nelle persone che vivono le relazioni sociali, le inevitabili differenze, gli inevitabili conflitti ⁽⁸⁾. Occorre promuovere e sostenere le condizioni che favoriscono la partecipazione di tutti al progredire della società.

Si rivela ancora attuale a questo proposito l'insegnamento di Emile Durkheim sui quattro ordini di requisiti irrinunciabili per generare relazioni favorevoli tra gli individui di una comunità ⁽⁹⁾. Fra questi, spicca per nostro interesse quello relativo al rapporto fra i cittadini e le istituzioni e il coinvolgimento dei primi nella vita delle seconde, almeno sul piano del contributo che tutti possono portare affinché godano della gestione ottimale delle stesse, con l'effetto di procurare, tale partecipazione, un profondo senso di appartenenza alla comunità. È stato proprio Durkheim a coniare per primo il concetto di coesione sociale cui attribuì scientificamente il senso e la portata della relazione fra le persone di una comunità.

Se ripresa e resilienza sono obiettivi del nostro tempo, abbiamo molto da imparare da quella 'invenzione' secondo cui, come nella fisica i corpi godono della proprietà di resistere alla rottura, anche la comunità può giovare e progredire con la collaborazione, la solidarietà e le differenze fra gli individui che la compongono.

Così, in particolare, è anche per la giustizia oggi: l'efficienza può essere generata dal diritto del processo solo se *contemporaneamente* ci si dedica al senso di appartenenza e di partecipazione al suo funzionamento coltivati nella società, ad opera della – e grazie alla – collaborazione degli stessi beneficiari della giustizia. Le due dimensioni del diritto e dell'etica, del senso civico, si incrociano, così, fino a rendere tendenzialmente perfetto il rapporto fra domanda e offerta di giustizia, perché i cittadini, le imprese e i loro consulenti legali assumono la responsabilità tipica del buon funzionamento, discernono il campo dell'autonomia rispetto a quello della delega, si ado-

⁽⁸⁾ È interessante pensare alla coesione sociale come «abilità che la società rigenera continuamente», su cui v. P. FOGLIZZO, *Coesione sociale*, in *Aggiornamenti sociali*, 2012, 1, 75 ss.

⁽⁹⁾ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893.

perano nella giustizia consensuale fino a quando diviene inevitabile quella giudiziale.

Fu proprio con Mauro Cappelletti che prese inizio quell'ap-proccio internazionale e interdisciplinare che sollecitava l'attenzione verso i problemi sociali e politici della giustizia e, dunque, anche verso strumenti e pratiche conciliative che avrebbero potuto contribuire al suo funzionamento e al coinvolgimento dei cittadini nella consapevolezza dei relativi problemi. Quanto oggi si sta realizzando in alcuni distretti italiani con riferimento alla partecipazione di professionisti, studiosi, rappresentanti delle comunità cittadine e organizzazioni di vario tipo, induce a riflettere sulla possibilità che la collaborazione al buon funzionamento della giustizia possa essere una risposta efficace per il superamento delle sue criticità⁽¹⁰⁾.

La promozione e il sostegno della pratica di mediazione dei conflitti creano autonomia e responsabilità, equilibrio, capacità di scelta delle persone, generano fiducia verso i consulenti, verso i decidenti, verso le istituzioni, favorendo, dunque, quel contributo di tutti al funzionamento delle istituzioni che realizza la coesione sociale, quindi la resilienza tanto auspicata.

È noto come gli Osservatori per la Giustizia civile abbiano favorito la diffusione di una cultura della soluzione con l'accordo delle controversie, favorendo la sperimentazione di progetti locali e promuovendo un percorso di riflessione sul rapporto fra processo e mediazione attraverso modelli partecipati: una pluralità di soggetti, pubblici e privati, interagiscono al fine di rendere efficiente la giustizia nei tribunali e nei percorsi complementari alla giurisdizione, una rete di istituzioni e organizzazioni impegnata nella produzione di valore per la società e di cultura professionale adeguata a una società complessa e alle sue trasformazioni.

⁽¹⁰⁾ Sia permesso il rinvio per l'approfondimento di tale spunto a P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, Torino, 2019.

4. *Resilienza: un nuovo obiettivo per il giurista?* – Tutte le azioni che sono in grado di nutrire e coltivare la fiducia delle persone e la loro auto-determinazione meritano di essere realizzate. Fra queste, un grande potenziale può essere riconosciuto alla mediazione dei conflitti.

Tutt'altro che alternativa, la mediazione riveste un ruolo che è piuttosto di complementarietà, coesistenza, rispetto alla giurisdizione: nulla toglie al libero accesso alla giustizia pubblica, molto è in grado di concedere alla libertà di determinare la sorte della lite attraverso il dialogo pacifico assistito da adeguate competenze ⁽¹¹⁾. Uscendo dalla logica dell'alternatività fra le due strade, contenziosa e consensuale, che sembra condurre a una rinuncia, si percepisce la pluralità e la ricchezza dei percorsi della giustizia: il diritto e le professioni forensi sono al servizio dello svolgimento ordinato delle relazioni sociali, realizzano la loro funzione non esclusivamente all'interno delle aule giudiziarie, soprattutto nella fase della prevenzione del contenzioso, nella precoce valutazione delle eventuali fragilità dei clienti, nella gestione dei conflitti in una modalità che precede e previene la delega giudiziale.

Intervenire sulla complementarietà e sulla coesistenza delle due strade, significa, dunque, ampliare la risposta del servizio giustizia a beneficio degli interessati e della società intera. L'enorme varietà del contenzioso, delle ragioni che conducono alla lite, degli interessi, delle interazioni fra le persone, non può che trarre giovamento da un rinnovato concetto di giustizia e da una più moderna concezione della professione legale, entrambi fino a ieri costretti invece nei binomi giustizia/processo e processo/sentenza.

⁽¹¹⁾ L'idea di una giustizia co-esistenziale è quella che ha informato la prima disciplina organica italiana in materia di mediazione dei conflitti: V.P. PORRECA, *La composizione stragiudiziale del conflitto come momento della giustizia coesistenziale*, in AA.VV., *La discrezionalità del giudice. Le esperienze in Italia e Germania. Spunti per una comparazione funzionale all'esercizio delle professioni giuridiche*, Atti del Convegno, Napoli, 15-16 ottobre 2010; il riferimento si trova già in M. CAPPELLETTI, *Accesso alla giustizia: conclusione di un progetto internazionale di ricerca giuridico-sociologica*, in *Foro it.*, 1979, V, 54 ss.

D'altra parte, il cittadino che riceve un'offerta di servizi molteplici per la tutela dei propri diritti e la soddisfazione dei propri interessi, potenzia il suo sentimento di fiducia nell'azione pubblica. Questo tema, di ovvia chiarezza, è stato oscurato nella sua importanza dalle modalità con le quali ci si è occupati fino ad oggi della *giustizia consensuale*: con una disciplina inefficiente, un sistema di accreditamento e controllo inadeguati, la totale mancanza di investimenti pubblici.

Una riforma che persegua invece obiettivi di efficacia ed efficienza della giustizia conduce lo *ius dicere* nella dimensione della scelta inevitabile in ragione dell'oggetto della controversia, della natura del rapporto, del contesto di riferimento. Si attiva la delega giudiziale solo dopo aver percorso la strada del confronto, del dialogo generativo di soluzioni, assistito dagli avvocati delle parti.

Considerando che l'autonomia non può essere solo promossa, ma deve essere incentivata con interventi adeguati, la riforma che contempra un sistema integrato di giustizia deve muovere passi decisi al fine, prima di tutto, di determinare una profonda innovazione culturale, dalla formazione universitaria a quella professionale, capace di accogliere e sostenere il cambiamento.

Non è un caso che l'attuale contesto di crisi imponga una riflessione profonda sugli insegnamenti giuridici, in particolare sulla gestione della conflittualità in condizioni di emergenza rimessa alla rinegoziazione di contratti inadempiti e alla prevenzione della crisi dell'impresa ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Nell'ultimo rapporto sulla legislazione tra Stato, regioni ed Unione Europea 2019-2020, si evidenzia uno scenario della legislazione di tutte le democrazie occidentali nascente dai processi di individualizzazione delle società, con l'emersione di poteri neutri e forme di regolazione dei rapporti affidati a sistemi di *soft law*. Nel rapporto si precisa, infatti, come «alle origini di questi fenomeni vi sia una positiva presa d'atto del pluralismo delle società, superando il precedente eccesso di monismo statale». È stato anche evidenziato come lo sviluppo di questa complessità si sia per una lunga fase storica accompagnato a un potenziamento degli spazi di autonomia individuale.

Il legislatore ha ora il dovere di condurre cittadini e imprese verso la consapevolezza, la responsabilità e l'autonomia nella gestione della crisi e del cambiamento, offrendo loro modelli di composizione del conflitto, complementari alla giustizia tradizionale, già pesantemente gravata dalla pandemia. In questo modo, non sarà soltanto garantita una risposta alla domanda di giustizia del singolo, ma più in generale saranno costruite le fondamenta della auspicata maturità nella scelta del modello di gestione della conflittualità⁽¹³⁾, nonché di quella proficua partecipazione alle istituzioni e alla gestione del bene comune che è la giustizia, sulla via consensuale accanto a quella giudiziale.

Si realizza, così, quell'effetto benefico di sollecitare l'autonomia e la coesione, la fiducia e la collaborazione da parte dei cittadini.

Rimane da chiedersi quale sia il vero motivo per il quale la cultura dell'autonomia nella prevenzione e gestione del conflitto faticchi a radicarsi insieme alla pratica e all'etica della mediazione dei conflitti. Come sia possibile che nelle aule universitarie si continui ad insegnare solo il processo; che ai laureati praticanti avvocati si insegni solo a difendere il cliente nel processo; che alcuni avvocati, sempre meno peraltro, e alcuni magistrati usino ancora parole di impoverimento della cultura della mediazione, mettendola in angolo, relegandola al livello inferiore, asserendo di «non credere nella mediazione», che «non può funzionare», che «va prevista solo per controversie di modico valore», che «per tali materie assolutamente no» e così via. La mediazione dei conflitti non è una religione, non è un credo, se non funziona è perché non si è fatto ciò che serve per farla funzionare. Se è legittimo, anche se criticabile, non volere determinare il radicamento completo della cultura della mediazione, se dunque non la si vuole far funzionare, allora occorre essere consapevoli che si mettono in angolo le persone, i cittadini, le attività produttive, gli investimenti.

⁽¹³⁾ L. OTIS, *La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec*, in *Revue de prévention et de règlement des différends*, 2003, 1, 2.

È un pensiero scientifico ormai di natura transdisciplinare quello che si sta sviluppando. Ci si attende un cambio di passo culturale, prima di tutto, da parte di coloro che sono in grado di realizzare quelle condizioni complementari e indispensabili al funzionamento delle regole processuali, quelle che attengono al nutrimento della capacità di scelta delle persone a proposito della via più adeguata alla soluzione del conflitto, la decisione giudiziale o il consenso.

5. *Il bilanciamento fra la giustizia processuale e la giustizia consensuale: una scelta illuminata, possibile, urgente.* – Rendere i cittadini protagonisti della scelta del percorso da intraprendere per affrontare la controversia significa promuovere l'educazione all'autodeterminazione e all'assunzione di responsabilità nella gestione dei conflitti, in modo pacifico e con l'aiuto di un facilitatore esperto. Alla luce di questo obiettivo, si giustifica la scelta del legislatore di rendere obbligatorio il tentativo di mediazione.

Le parti *devono* provarci: ecco cosa dice la norma. I cittadini *devono* fare esercizio della loro autonomia, cioè del potere di conoscere, valutare e decidere come affrontare la sorte dei propri problemi secondo i propri interessi. Non si tratta affatto di una contraddizione inaccettabile se solo si configuri come l'obbligo di tentare la strada della consapevolezza e della responsabilità. L'apparente paradosso fra l'obbligo di tentare la mediazione e la volontarietà, la consensualità che ne caratterizza l'esito, si scioglie completamente se si considera che alla porta della giurisdizione e dunque della delega al giudice per la decisione della controversia, si accede – l'accesso è garantito – passando dalla stanza dell'autonomia, assistita da chi protegge da possibili abusi e asimmetrie, facilitata dal professionista imparziale. Le parti del conflitto arrivano dinnanzi al giudice solo da questo ingresso, non laterale, non secondario, ma principale se si considera la giustizia come una risposta ai reali bisogni delle persone che nella sosta dell'autonomia diventano consapevoli del problema e responsabili della soluzione. Se assistite da pro-

fessionisti competenti, le persone in conflitto possono, secondo l'ordine logico e cronologico: percepire il senso e forse anche le difficoltà del confronto e cercare di comprenderne le ragioni; acquisire la consapevole visione del problema e degli interessi; collaborare nell'individuazione dell'accordo possibile e condividere la soluzione.

Occorre ancora formare il giurista che non è consapevole delle potenzialità e del valore della pratica della mediazione, ovvero di una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, una cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro. Occorre accompagnare il giurista verso un altro modo di assistere il suo cliente e di fare giustizia, affinché non rimanga concentrato solo sul ruolo di avversario e di decisore esclusivo della sorte delle controversie; perché il giurista non dimentichi che i conflitti appartengono prima di tutto alle persone, che a queste – in una società evoluta – occorre offrire strumenti validi ed efficaci di gestione e di prevenzione dei problemi relazionali, per lasciare poi alla giurisdizione la decisione della lite quando non ci sono possibilità di soluzione privata pacifica o non ci sono le condizioni perché le parti possano decidere liberamente.

Certo occorre anche educare le persone al conflitto già dall'infanzia e poi nel corso delle esperienze familiari e scolastiche, ma formare il nuovo giurista, cioè chi deve prendersi cura dei loro problemi, è già un primo passo molto importante e non più eludibile ⁽¹⁴⁾.

Come è stato più volte osservato, non sarà la migliore legge possibile del processo civile a risolvere i problemi della giustizia nel nostro come in altri paesi, ma solo la consapevolezza dei cittadini

⁽¹⁴⁾ La formazione sul conflitto e sulle modalità di gestione pacifica dello stesso fin dall'età scolastica non può prescindere dal volume di L. BREGGIA, *Il giudice alla rovescia*, Torino, 2015 e, per gli adulti, di M. MARTELLO, *La formazione del mediatore. Comprendere le ragioni dei conflitti per trovare le soluzioni*, Torino, 2013.

dell'importanza di scegliere e volere nella relazione con l'altro, di ascoltare, di comunicare in una sede dedicata al confronto aperto, costruttivo, con la sapiente preparazione degli avvocati e del mediatore.

La mediazione produce giustizia consensuale, il diritto della mediazione può realizzare la regia del bilanciamento fra giustizia processuale e giustizia consensuale per una società coesa e resiliente.

Abstract

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

From the Italian Recovery and Resilience Plan to the guidelines of the Italian Ministry of Justice, the urgency of a reform to strengthen out-of-court dispute resolution procedures clearly emerges. Recovery and resilience become fundamental objectives. Conflict mediation is the path chosen to achieve social cohesion and reconciliation. Promoting and strengthening this dispute resolution mechanism is important not only to reduce the judicial

backlog, but also to empower the parties to self-tailor the solution of their conflict with the assistance of their attorneys. By fostering responsibility, self-determination, awareness and trust, mediation makes citizens and professionals protagonists in the process of change that combines judicial and consensual justice.

LA «PROPOSTA» DEL MEDIATORE

Francesco P. Luiso (*)

SOMMARIO: 1. Il compito del mediatore. – 2. La «proposta» dal punto di vista del legislatore. – 3. L'obbligo di formulare la proposta. – 4. I poteri del giudice nei confronti del procedimento di mediazione. – 5. La mediazione e il processo parlano lingue diverse.

1. *Il compito del mediatore.* – Un recente provvedimento del Tribunale di Busto Arsizio ⁽¹⁾ costituisce un ottimo punto di partenza per riflettere sul significato e sulla portata della «proposta», di cui all'art. 11 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Ma prima di procedere in tale direzione, occorre chiarire che ruolo assume la proposta del mediatore nell'ambito del procedimento di mediazione.

Senza stare a dilungarsi su nozioni oramai ben sceverate, è sufficiente richiamare quelle che sono, in sé, la finalità e la struttura della mediazione, anche a prescindere da quanto prevede il legislatore.

Ebbene, la mediazione civile e commerciale ha senza alcun dubbio la finalità di favorire la stipulazione di un contratto, che abbia gli effetti di risolvere negozialmente la controversia insorta fra le parti. Il mediatore funge quindi da catalizzatore di un accordo, che le parti da sole non sono in grado di, o hanno difficoltà a raggiungere.

L'attività del mediatore, proprio perché egli è un catalizzatore, non altera gli effetti ed il regime giuridico dell'accordo eventual-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 31-39. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Già Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Pisa, Presidente della Commissione ministeriale per la Riforma del processo civile e degli strumenti alternativi nominata dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia.

⁽¹⁾ Trib. Busto Arsizio, 10 febbraio 2021.

mente raggiunto: questo resta comunque disciplinato dalle norme generali del codice civile, poiché – anche allorquando la mediazione è disciplinata da una normativa speciale – quest'ultima non contiene alcuna disposizione specifica che disciplini in modo diverso il contratto, stipulato con l'intervento del mediatore, rispetto ad un contratto stipulato dalle parti in solitario.

La struttura della mediazione è costituita quindi fondamentalmente da un dialogo, che il mediatore intrattiene con le parti, al fine di far emergere quale contenuto possa avere lo stipulando contratto, affinché possa essere valutato conveniente ed opportuno dalle parti, in quanto idoneo a soddisfare i loro bisogni ed i loro interessi. Perché anche il contratto finalizzato a risolvere una controversia, come ogni altro contratto, verrà stipulato solo se ciascuna delle parti lo valuterà per sé conveniente.

È indubbio che, se e quando il mediatore, attraverso gli incontri congiunti e quelli separati, intravede la possibilità di un accordo i cui contenuti possano essere valutati convenienti da tutte le parti, egli ne farà una «proposta» alle parti. È altresì evidente che questa «proposta» non ha niente a che vedere con quella di cui all'art. 1326 c.c.: in realtà, essa è un suggerimento, che quindi deve essere accettato da tutte le parti, per poter produrre effetti.

2. *La «proposta» dal punto di vista del legislatore.* – Il mediatore, dunque, fa sempre una proposta: non è pensabile che resti silente, a guisa di un invitato di pietra, dopo aver appreso dalle parti quali sono i loro interessi ed i loro bisogni. Se così non fosse, a niente servirebbe la mediazione ⁽²⁾.

⁽²⁾ Dunque ha apparentemente ragione il Tribunale di Busto Arsizio, quando afferma che «la formulazione di una proposta di conciliazione da parte del mediatore (...) costituisce un passaggio fondamentale della procedura di mediazione»: solo che la «proposta» di cui parliamo nel testo non è quella che intende il tribunale!

Quando l'art. 11 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 parla di proposta, intende quindi che quel suggerimento, che inevitabilmente il mediatore offre alla parti, acquisti una visibilità esterna: sia, cioè, formalizzato e rimanga agli atti, sicché poi possa essere valutato ove – ovviamente – la mediazione non abbia buon esito. Altrimenti la proposta diviene accordo, e il discorso si chiude lì.

L'idea del legislatore è quindi di poter utilizzare, ai danni della parte che ha rifiutato la proposta del mediatore, quanto previsto dall'art. 13 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 ⁽³⁾. E poco importa, in questa sede, che la disciplina sia manifestamente sbilanciata a favore del convenuto ⁽⁴⁾: ciò che conta è invece che vi sia una omogeneità di contenuto fra la proposta e la sentenza.

Tale omogeneità presuppone necessariamente che mediazione e giudizio utilizzino la stessa metodologia per giungere, l'una alla proposta, e l'altro alla decisione: altrimenti l'idea del legislatore non può funzionare. Sul punto torneremo in seguito.

3. *L'obbligo di formulare la proposta.* – Il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – come del resto l'abrogato art. 40, 2° comma, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sul processo societario – prevede che la proposta possa

⁽³⁾ In relazione alla quale norma, significativamente, non risulta giurisprudenza edita.

⁽⁴⁾ Ipotizziamo che l'attore chieda 1.000 e il convenuto neghi di dovere alcunché. La proposta è per 500. Se l'attore la rifiuta, e il giudice gli riconosce 500, egli – ai sensi dell'art. 13 – «esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa [in caso di mediazione antecedente all'inizio del giudizio, quindi, l'attore non si vedrà liquidate le spese], e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo [quindi, sempre in caso di mediazione antecedente all'inizio del giudizio, pagherà tutte le spese del convenuto], nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto» e pagherà pure le spese della mediazione. Se invece è il convenuto a rifiutare la proposta, e il giudice riconosce che egli deve 500, il convenuto si troverà nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se la proposta non fosse stata fatta.

essere formulata dal mediatore e che debba essere formulata se entrambe le parti lo chiedono.

Poiché, peraltro, ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, «al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti», la stragrande maggioranza degli organismi di mediazione ha escluso la possibilità che il mediatore possa avanzare la proposta.

Questa opzione è stata contestata dal T.A.R. Abruzzo-Pescara con la decisione 13 marzo 2017, n. 98 ⁽⁵⁾, che ebbe ad annullare *in parte qua* il regolamento della Camera di Commercio di Pescara, il quale escludeva la possibilità del mediatore di formulare una proposta in caso di mancata adesione o partecipazione alla procedura di mediazione di una delle parti ⁽⁶⁾.

Tuttavia, la pronuncia è rimasta isolata ⁽⁷⁾ e di fatto gli organismi di mediazione escludono di solito che il mediatore formuli una proposta ⁽⁸⁾. Ecco quindi che il Tribunale di Busto Arsizio ha imposto alle parti di rivolgersi ad un organismo «il cui regolamento non contenga clausole limitative del potere, riconosciuto al mediatore dall'art. 11, 2° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, di formulare una proposta di conciliazione quando l'accordo amichevole tra le parti non è raggiunto, in particolare restringendo detta facoltà del mediatore al solo caso in cui tutte le parti gliene facciano concorde richiesta» ⁽⁹⁾.

4. I poteri del giudice nei confronti del procedimento di mediazione.

– La prima questione da affrontare riguarda il potere del giudice di

⁽⁵⁾ In *Diritto e Giustizia*, 16 marzo 2017.

⁽⁶⁾ Ciò che peraltro è consentito dall'art. 7 d.m. 18 ottobre 2010, n. 180.

⁽⁷⁾ Secondo la giurisprudenza edita, la proposta del mediatore è possibile solo se il regolamento dell'organismo lo consente: Trib. Roma, 14 dicembre 2015; Trib. Roma, 7 dicembre 2015; Trib. Roma, 9 aprile 2015.

⁽⁸⁾ E le ragioni di questa scelta ben si comprendono sulla base di quanto vedremo nel successivo par. 5.

⁽⁹⁾ Nello stesso senso, in precedenza, Trib. Vasto, 23 giugno 2015.

dare alle parti specifiche disposizioni circa le modalità di svolgimento del procedimento di mediazione.

Orbene, è sufficiente la semplice lettura dell'art. 5 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 per dare una risposta negativa. La legge processuale – alla quale il giudice è vincolato alla pari di ogni altro soggetto, cui la stessa legge si rivolge – prevede che il giudice assegni alle parti un termine «per la presentazione della domanda di mediazione» (1° *bis* comma), oppure disponga «l'esperimento del procedimento di mediazione» (2° comma).

La legge non consente al giudice di interferire in alcun modo sul procedimento di mediazione: né imponendo la scelta di un organismo anziché un altro; né stabilendo che la mediazione debba svolgersi con determinate modalità anziché con altre ⁽¹⁰⁾. Il mediatore non è un ausiliario del giudice, cui egli può dare direttive o specifiche disposizioni.

La condizione di procedibilità, dunque, è soddisfatta quando la mediazione si svolge presso un organismo abilitato secondo il procedimento dell'organismo stesso. Di più non è né può essere richiesto.

5. *La mediazione e il processo parlano lingue diverse.* – Ma, dobbiamo chiederci (seconda questione), ciò che vuole il Tribunale di Busto Arsizio è (solo) *contra legem* oppure è (anche) impossibile da ottenere?

Il provvedimento esplicita chiaramente le ragioni, per le quali il decidente vuole – o meglio vorrebbe – che vi sia una proposta del mediatore, ovviamente poi da riportare dinanzi a lui. Ciò al fine di dissuadere «comportamenti processuali ostinatamente protesi alla coltivazione della soluzione giudiziale della controversia, la cui individuazione – però – presuppone necessariamente la previa formulazione (o, comunque, la libera formulabilità) di una proposta con-

⁽¹⁰⁾ Di questa pretesa ha fatto ragione Cass., 27 marzo 2019, n. 8473.

ciliativa da parte del mediatore ed *il suo raffronto ex post con il provvedimento giudiziale di definizione della lite*» (corsivo nostro).

Il punto è proprio questo: per poter avere un raffronto fra la proposta del mediatore e la decisione del giudice occorre, come già accennato, una omogeneità di contenuto fra la proposta e la sentenza, ed a tal fine è necessario che mediazione e giudizio utilizzino la stessa metodologia per giungere, l'una alla proposta, e l'altro alla decisione.

Ora, quale sia la metodologia della risoluzione eteronoma delle controversie è noto ed indiscusso: l'art. 113 c.p.c. per il giudice e l'art. 822 c.p.c. per l'arbitro ci dicono che essi devono seguire le norme di diritto (sostanziale, ovviamente, che sono appunto per essi metro di giudizio). Rilevante è quindi stabilire chi abbia ragione e chi abbia torto: si tratta dunque di un meccanismo *aggiudicativo*.

Ma la mediazione – e qui sta l'errore del tribunale – non segue affatto una metodologia aggiudicativa. In sede di mediazione non si va alla ricerca delle fondatezza delle rispettive pretese, sibbene degli interessi e bisogni sottesi alla controversia, di ciò che le parti veramente vogliono sollevando le loro contestazioni, di quale risultato esse desiderano raggiungere.

Abbiamo già rammentato che i contratti (tutti i contratti) si stipulano se le parti valutano per loro conveniente il contenuto dell'accordo; la mediazione, che è volta a favorire la conclusione di un contratto idoneo a risolvere la controversia, non si discosta da questa impostazione e – anche perché il contratto ha contenuto atipico e può coinvolgere anche rapporti diversi da quello controverso (art. 1965, 2° comma, c.c.) – la proposta del mediatore non potrà mai essere omogenea e paragonabile al contenuto di una sentenza.

Mi sia consentito di ricorrere ad un esempio che ho già altre volte utilizzato ⁽¹⁾: ebbene, qualunque proposta del mediatore, fra

⁽¹⁾ Tizio è il concedente di un fondo agricolo, corredato di casa colonica, condotto in affitto da Caio. Tizio ritiene che il rapporto sia cessato al 31 dicembre 2021 e quindi chiede a Caio il rilascio dei beni. Caio ritiene, invece, che il rapporto

quelle indicate nell'esempio, non sarà mai paragonabile al contenuto della sentenza. L'unica proposta omogenea dovrebbe essere quella del rilascio dei beni immediatamente o dopo quindici anni. Il che, come ben si capisce, è impensabile. E, dunque, se anche la proposta del mediatore fosse esternata e portata all'attenzione del giudice, che se ne potrebbe mai fare quest'ultimo?

Ma vi è una ragione ulteriore che impedisce di utilizzare la proposta del mediatore per le finalità ipotizzate dal Tribunale di Busto Arsizio. Poiché la mediazione segue la logica facilitativa, e si disinteressa della fondatezza delle rispettive pretese, come potrebbe mai il mediatore fare una proposta che invece presuppone appunto di aver acquisito almeno un'infarinatura dei torti e delle ragioni?

La mediazione non è un giudizio sommario, un processo di serie B, in cui ciascuna delle parti cerca di convincere il mediatore che il

agrario si sia rinnovato per altri quindici anni perché non tempestivamente disdetto da Tizio (art. 4 l. 3 maggio 1982, n. 203).

Se la controversia è sottoposta alla decisione giurisdizionale, il giudice dovrà fare la ricognizione della realtà sostanziale preesistente, e dunque dovrà verificare se a quel rapporto agrario si applica la regola della rinnovazione tacita qualora non vi sia disdetta tempestiva; se la risposta è positiva, verificherà — ove ciò sia allegato da Tizio — se è stata tempestivamente ed efficacemente inviata la disdetta; e così via. All'esito della sua ricognizione, il giudice deciderà la controversia con una sentenza che potrà avere alternativamente due contenuti: o sarà dichiarato il diritto di Caio di avere il godimento dei beni fino al 31 dicembre 2036; oppure sarà dichiarato il diritto di Tizio di vedersi restituiti tutti i beni al 31 dicembre 2021. *Tertium non datur*.

Se invece la controversia è risolta negozialmente, le soluzioni possibili sono molte di più. Si può iniziare dalle più semplici: le parti si accordano nel senso che il rapporto cesserà al 30 giugno 2029, oppure nel senso che Caio rilascia immediatamente i beni dietro compenso di 10.000,00 euro.

Si possono poi avere soluzioni più articolate: Caio rilascia immediatamente i terreni e si tiene la casa fino al 2036; oppure, inversamente, Caio rilascia immediatamente la casa e si tiene i terreni fino al 2036. O ancora: Caio rilascia immediatamente tutti e beni e Tizio gli concede in comodato o in locazione vita natural durante un'altra abitazione.

Ci possono addirittura essere soluzioni che coinvolgono terzi: Caio rilascia immediatamente tutti i beni e Tizio assume il figlio di Caio come suo dipendente nell'azienda agraria, con un rapporto di durata quinquennale garantita.

diritto è dalla sua parte. Il mediatore non è in grado di fare una proposta raffrontabile «*ex post* con il provvedimento giudiziale di definizione della lite», perché mediazione e processo parlano lingue diverse.

Abstract

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

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

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

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

The Italian Legislative Decree No. 28 of 4 March 2010 – implementing the Directive 2008/52/EC – enables, in certain conditions, the mediator to submit a settlement offer to the conflicting parties. In the case that the mediation fails, the judge, in the subsequent court proceedings, might sanction

the non-accepting party when allocating procedural costs. Nonetheless, the aforementioned Legislative Decree does not compel the mediator to submit such a settlement offer. However, the mediation rules of some institutions oblige the mediator to make a settlement offer to the parties.

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

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

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

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

*Antonio Briguglio (**)*

SOMMARIO: 1. La confusione concettuale. Il suo facile scioglimento. I suoi equivoci più o meno nascosti. Aree di sovrapposizione ideale nella recente Convenzione di Singapore, nell'ABF, e altrove. – 2. La sovrapposizione psicologica: a volte utile, altre volte impropria. *Est modus in rebus*. – 3. Il tentativo di conciliazione nel procedimento arbitrale: il quadro normativo. – 4. Conciliazione ed arbitrato in sequenza: le clausole *multi-step*. – 5. Il lodo «*d'accord parties*» o «*award by consent*».

1. *La confusione concettuale. Il suo facile scioglimento. I suoi equivoci più o meno nascosti. Aree di sovrapposizione ideale nella recente Convenzione di Singapore, nell'ABF, e altrove.* – La confusione è ovviamente veniale ed agevolmente superabile. All'interno dell'ampia nozione di ADR, «conciliazione ed arbitrato» (o «arbitrato e conciliazione») sono spesso accoppiati frettolosamente, quasi si trattasse di un'endiadi, nelle trattazioni più schematiche ed elementari (ed il mondo informatizzato vive di trattazioni schematiche ed elementari), come pure e folkloristicamente nelle promesse stereotipe dei nostri ministri di giustizia, l'uno eguale all'altro e tutti alla rincorsa del superamento dell'arretrato giudiziale e del problema, a volte perfino a sproposito enfaticizzato, della durata dei nostri pro-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 41-65. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Questo scritto è destinato agli Studi in onore di Bruno Sassani.

(**) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Roma Tor Vergata.

cessi civili (mentre il numero dei giudici ed i mezzi a loro disposizione restano sempre gli stessi ed il numero delle cause aumenta, o diminuisce solo apparentemente grazie alle illusorie aree di parcheggio delle ADR obbligatorie: sarà ancora così in epoca di *recovery* o cambierà finalmente qualcosa? Vedremo, ma intanto l'endiadi «conciliazione e arbitrato» è sempre lì, immarcescibile e *bonne à tout faire*).

In realtà la differenza è ben chiara anche a qualunque principiante delle ADR: la conciliazione è ADR non aggiudicativa, la soluzione della controversia passando per il consenso delle parti sul contenuto solutorio, con il terzo in funzione di semplice facilitatore; l'arbitrato è invece ADR aggiudicativa, la soluzione della controversia passando per la decisione del terzo con attribuzione di torto e ragione mediante applicazione di *regulae iuris* (diritto stretto o equità) a fatti accertati in contraddittorio.

Sciolto nel modo più ovvio l'equivoco, la falsa endiadi cela tuttavia altri fraintendimenti di fondo.

Ad esempio: che si tratti in entrambi i casi di strumenti solutori alternativi alla giurisdizione statale non può far dimenticare il diverso senso e modo in cui si esplica tale alternatività. Il che non è altro che un'epifania della diversità sopra cennata fra conciliazione ed arbitrato. La prima è insuperabilmente alternativa, oltre che quanto a *status* del terzo, quanto a struttura e funzione. Il secondo lo è solo quanto a *status* del terzo.

Quanto agli effetti, essi sono un formante della complessiva funzione, sono influenzati secondo logica e buon senso dagli altri formanti della funzione nonché dalla struttura, pur dipendendo anche dalla contingente discrezionalità del legislatore. Così: dire che il lodo arbitrale ha effetti diversi e minori della sentenza del giudice perché è alternativo alla stessa è una tautologia inconcludente, e nel silenzio o nella dubbia oscurità dei dati normativi dovrebbero invece prevalere, nel senso della equipollenza, proprio la struttura e la complessiva ed equivalente funzione (applicazione di norme a fatti ad opera di terzo imparziale ai fini della risoluzione di controversia

fra parti in contraddittorio, mediante attribuzione di torto e ragione); mentre struttura e funzione della conciliazione confinano *naturaliter* i suoi effetti al piano negoziale. Ma nulla impedisce o ha impedito al legislatore, o alla giurisprudenza in sua vece, di attribuire in certi casi alla decisione arbitrale effetto puramente negoziale (lodo irrituale, lodo rituale subito dopo la novella del 1983 e prima di quella del 1994, allorché un difetto di coordinamento normativo rendeva inimpugnabile il lodo non ancora omologato e perciò non equiparabile a quella di sentenza la sua «efficacia vincolante») ⁽¹⁾, ovvero di attribuire alla composizione transattivo-conciliativa in certi casi alcuni effetti della sentenza (quelli di titolo esecutivo o addirittura di titolo esecutivo giudiziale); il tutto senza che risultassero snaturate le diverse struttura e funzione dell'uno e dell'altra, e senza ovviamente che risultasse contraddetta la loro 'alternatività' rispetto alla soluzione giudiziale delle liti.

Un campo di indagine nuovo – sicuramente sul piano sistematico e poi forse e quando sarà su quello pratico – è schiuso più di recente dalla «Convenzione ONU sulla circolazione degli accordi transattivi transnazionali risultanti da mediazione» (e cioè «*with the assistance of a third person lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute*»: art. 2.3), aperta a firma a Singapore il 7 agosto 2019. Prescindendo dal se e quanto vi fosse bisogno di una sorellina minore della Convenzione di New York del 1958, destinata a favorire la circolazione ed effettività transnazionale, invece di lodi arbitrali, di negozi transattivi, che il *pacta sunt servanda* rende in teoria riconoscibili *ab origine* nell'universo mondo, è indubbio che il teorico delle ADR avrà nuovi stimoli di fronte alla singolare commistione fra la conciliazione ed uno strumento 'delibatorio' modellato su quello in uso per l'arbitrato.

⁽¹⁾ Magistrale ricostruzione delle vicende normative, giurisprudenziali e sistematiche, allora convulse, oggi e dopo il nuovo art. 824 *bis* c.p.c. da riguardarsi con disincanto, è in B. SASSANI, *Divagazioni su arbitrato e giurisdizione*, in *Riv. Arb.*, 2020, 375 ss.

Ancora: la terzietà dell'arbitro e quella del conciliatore non possono essere intese allo stesso modo. L'una è imprescindibile e coesenziale alla legittimità della soluzione della lite, l'altra no per la semplice ragione che essa può ben essere 'assorbita' da quel consenso reciproco delle parti che rappresenta l'ultimo inevitabile segmento del percorso solutorio. La decisione dell'arbitro che si riveli frutto di parzialità è comunque e sempre invalidabile. La conciliazione raggiunta attraverso gli uffici di un terzo, pur smaccatamente dipendente o perfino parziale, sarà pur sempre voluta, quanto al suo finale contenuto, dalle parti, ed invalidabile solo a misura che il pregresso intervento del terzo conciliatore abbia effettivamente minato il consenso di una delle parti in modo rilevante secondo la legge applicabile.

Perciò, già a livello istituzionale e per così dire statico, è più che opportuno garantire l'indipendenza e la terzietà di un organismo di conciliazione o dei singoli conciliatori, ma solo finché possibili e fin dove cioè non si ritenga che competenza ed affidabilità di altro genere facciano premio sulla assoluta terzietà, e possano attirare fiducioso consenso nonostante un qualche *deficit* di quest'ultima. Ad esempio non si vede perché un ordine professionale non possa farsi promotore, ed attraverso membri propri o designati anche realizzatore, di tentativi di conciliazione di liti fra appartenenti all'ordine e clienti; mentre se si trattasse di arbitrato le sue funzioni sarebbero, e giustamente, ben limitate perfino a livello di mera designazione dell'arbitro (v. l'art. 832, 4° comma, c.p.c.).

E sul piano dinamico e concreto un eccesso di garanzie e rimedi preventivi o repressivi, in nome del dogma della terzietà ed equidistanza, è palesemente incongruo per l'attività del terzo conciliatore, la ingabbia e snatura privandola di una sua irrinunciabile elasticità (si pensi alla necessità di ascoltare separatamente le parti ed anche, e se opportuno, dieci volte una parte ed una sola volta l'altra).

Infine, se un elemento essenziale della 'alternatività' delle ADR risiede nel fondamento volontaristico, espressione di autonomia privata, in quanto contrapposto al fondamento statualistico e co-

gente per forza eteronoma, rispetto alla libertà dei privati, della giustizia ordinaria, vi è però che il centro gravitazionale della consensualità si colloca all'inizio del percorso nell'arbitrato, ed invece alla fine del percorso nella conciliazione, pur irradiando propaggini in avanti nel primo caso ed a ritroso nel secondo. E di ciò occorre tener conto a livello normativo e pratico. Così – per fare qualche scontato esempio – vietato l'arbitrato obbligatorio, la conciliazione obbligatoria (*rectius*: il tentativo obbligatorio di conciliazione) trova invece piena cittadinanza anche costituzionale (a patto, da noi, che si rispettino i noti e laschi criteri fissati a suo tempo dalla Consulta per la «giurisdizione condizionata»), e solo vi è da verificarne in concreto la (sempre dubbia) utilità. Per contro l'arbitrato 'da legge' – ovvero, come ho scritto molti anni fa, l'arbitrato «libero nell'*an* obbligatorio nel *quomodo*» – non è generalizzabile ma è all'occorrenza ben opportuno, e più in generale l'intervento del legislatore sulla procedura arbitrale, purché sobrio, è tutt'altro che disprezzabile; mentre aduggiare di regole procedurali la conciliazione mi è sempre sembrato come codificare il jazz.

Alcuni elementi empirici – il *metus* che di diritto e di fatto la Banca d'Italia ispira all'operatore bancario e l'attendibilità che i 'decisori' ABF si sono conquistati sul campo, sì che difficilmente il giudice adito dal cliente insoddisfatto dalla loro decisione se ne discosterebbe – consentono poi la scoperta della pietra filosofale o, se si vuole, dell'uovo di Colombo; pietra e/o uovo replicabili opportunamente (e già replicati in un'occasione – l'ACF, Arbitro per le Controversie Finanziarie, istituito presso la CONSOB – non si sa ancora se con successo), le quante volte vi sia, in altro ambito, una 'autorità indipendente' o altro ente capace di suscitare in almeno una delle parti equivalente *metus* e/o di organizzare e scritturare 'decisori' di pari affidabilità. E l'uovo di Colombo o la pietra filosofale consistono in ciò: che nel modello ABF il profilo consensuale trascorre ed oscilla quantisticamente lungo tutto il percorso, essendovi all'inizio quel tanto di obbligatorietà, per il cliente normalmente attore e per la banca convenuta, quanto al deferimento della

controversia all'ABF, che si giustifica sol perché formalmente la finale decisione è giuridicamente vincolante esclusivamente su base consensuale; ed alla fine un vincolo *de facto* che trasforma appunto in sostanziale decisione ciò che sarebbe solo una proposta di conciliazione (discorrere di lodo irrituale – e perché poi – come alcuni ancora fanno, è francamente una castroneria). Cosicché l'ABF è una ADR dalla ibrida e mirabile natura: aggiudicativa, non aggiudicativa, di bel nuovo aggiudicativa, secondo che si guardi alla funzione ed attività del terzo ed al contenuto del prodotto finale, ai suoi effetti giuridici, ai suoi effetti fattuali.

Su di un piano diverso ma parallelamente interessante si colloca in proposito la *adjudication*, sulla quale vedi il recentissimo bel volume di Valentina Capasso ⁽²⁾. E sempre parallelo – in punto di commistione fra ADR aggiudicativa e non – interessante, per quanto da maneggiare con estrema cautela, appare ogni progetto *de iure condendo* che non si limiti ad assegnare al terzo conciliatore un ruolo esplicitamente ed invariabilmente propositivo, ma anche assegni alla proposta, anche ove non accettata da entrambe le parti, effetti vincolanti pur provvisori o rivedibili (questa è la prospettiva autorevolmente ed a più riprese caldeggiata in Italia da Andrea Proto Pisani).

È inutile osservare che di fronte a siffatti ibridi le esigenze di piena terzietà e sufficiente procedimentalizzazione riacquistano protagonismo come se vi fossero di mezzo il giudice o l'arbitro.

Vi è poi un ibrido classico, frutto di altro genere di ibridazione, ed è l'arbitraggio *ex art. 1349 c.c.* Qui l'elemento consensuale è imprescindibile – come nell'arbitrato – ad officiare il terzo, al quale è commessa (non una decisione di lite ma) una determinazione pur sempre 'decisoria' imposta alle parti quale integrazione del loro contratto; di guisa che quell'iniziale elemento consensuale si proietta, ora per allora, a far propria la determinazione del terzo, la quale è vincolante per le parti come lo è il resto del contratto, ma non

⁽²⁾ V. CAPASSO, *L'adjudication. Contributo allo studio di arbitrato e tutela cautelare*, Torino, 2019.

propriamente eteronoma come la decisione di un arbitro rituale o irrituale che sia. Segue da tutto ciò che la procedimentalizzazione, perfino con un embrione di contraddittorio, dell'attività del terzo arbitratore è ben possibile ma puramente opzionale; e che la 'terzietà' non è *conditio sine qua non*, essendo l'eventuale 'parzialità' solo limitatamente rilevante nei limiti consentiti dal ristretto motivo dell'iniquità del risultato dall'arbitraggio; 'iniquità' che sarà tale solo se il virus della parzialità abbia effettivamente contagiato il contenuto della determinazione.

2. *La sovrapposizione psicologica: a volte utile, altre volte impropria.* Est modus in rebus. – Vi è – in forma di domanda – un *topos* perfino troppo noto fra gli studiosi della conciliazione ed in particolare di quella c.d. giudiziale: è il giudicante il migliore dei conciliatori possibili? Ovvero il peggiore?

La risposta – vuoi che il giudicante sia il giudice statale vuoi che sia l'arbitro – dipende, al di là di pro e contro astrattamente elencabili, da chi sia in concreto la donna o l'uomo che incarna il ruolo: se in grado di esercitare la previa funzione conciliativa profittando gioevolmente e con equilibrio del timore reverenziale che la sua predestinata funzione decisoria ispira, e se in grado di riprendersi all'occorrenza questa seconda funzione senza farsi condizionare da ciò che ha conosciuto ed appreso prima, egli/ella sarà il migliore dei conciliatori possibili. Se non in grado di fare l'una cosa sarà un conciliatore come un altro; se non in grado di fare neppure l'altra cosa sarà il peggiore possibile, o meglio il suo ruolo di conciliatore andrà a detrimento della sua serenità di giudizio.

Scontato questo altissimo quoziente di relativismo e soggettività, la sociologia e la psicologia del giudice e quelle dell'arbitro presentano in Italia, ma non solo, il primo di regola come restio, l'altro di regola come ben disposto a tentare effettivamente la conciliazione o per lo meno a favorirla. E non perché vi sia, fra le parti di un giudizio ordinario e quelle di un arbitrato, terreno meno o più fertile per

lo sbocciare di un accordo. La vetusta espressione «pacifici» riferita a coloro che si contrappongono in arbitrato, sebbene possa avere un senso in ciò che comunque un patto vi è all'origine della vicenda arbitrale, risulta sempre più involontariamente ironica, perché in arbitrato le parti litigano eccome, tutt'altro che reciprocamente ben disposte ed anzi con decrescente *fair play*, ove le scorrettezze sono perfino favorite dalla minore autorità dell'arbitro rispetto al giudice togato.

Il fatto è, piuttosto, che quest'ultimo non ha l'*habitus* mentale del conciliatore, non è neanche in minima parte formato per quella incombenza, è ossessionato dal carico di ruolo e/o è aduso alla *routine* del burocrate e poco disposto a sobbarcarsi compiti aggiuntivi o che gli paiono tali. L'arbitro, invece, è tratto dal libero foro o comunque da un mondo di relazioni economiche complesse che più lo dispongono a farsi mediatore, ha più tempo e voglia a disposizione in considerazione dell'utilità che ricava dall'attività che presta; ed inoltre – a differenza di chi giudica, tendenzialmente indifferente alle ripercussioni fra le parti – l'arbitro, dovendo rientrare nel libero foro o comunque in quel mondo di intrecciate relazioni, è o può essere psicologicamente e personalmente più soddisfatto da un risultato compositivo che lo tolga dall'occasionale imbarazzo di dare torto e ragione.

Ancora vi è che, sebbene e spesso tutt'altro che «pacifici», le parti in arbitrato potrebbero essere incentivate all'accordo dal mero fatto del risparmio non indifferente in termini di onorari arbitrali a misura che il risultato compositivo giunga in anticipo sull'effettivo espletamento dell'attività arbitrale. E infine vi è che il dialogo fra le parti, anche al di là di qualsiasi funzione proattiva e propositiva del collegio o dell'arbitro unico, può risultare oggettivamente favorito dall'antiformalismo e dall'elasticità della procedura o dalla presenza, quando vi sono, degli arbitri 'di parte'.

In questo scenario, tre a mio avviso sono per gli arbitri le accortezze intese ad evitare che il profilo 'non aggiudicativo', ove non

approdi a risultato utile e perciò preclusivo del profilo ‘aggiudicativo’ e decisorio, rifluisca negativamente su questo:

a) Evitare lo *stalking* conciliativo. E non mi riferisco tanto alla insistenza propositiva dell’arbitro (che è comunque piuttosto rara), quanto all’attendismo ad oltranza (pur nei limiti dei termini cogenti, o sollecitandone rinvii) nella speranza che le parti trovino finalmente un accordo. In realtà, reimpossessarsi con prontezza ed al momento opportuno del decisionismo è per il giudice privato il miglior modo per indurre le parti a riavvicinare le posizioni.

b) Tenere presente che la sembianza di terzietà dell’arbitro è sempre molto più fragile di quella del giudice (cauta utilizzazione, dunque, non abuso degli arbitri ‘di parte’). Detto in altre e più brusche parole, e posto che scendere cautamente dal piedistallo è inevitabile se si vuol davvero tentare la conciliazione, occorre considerare che quel piedistallo (e la conseguente affidabilità come terzo imparziale) è, per il giudice, istituzionale e precostituito, per l’arbitro è invece da costruire volta per volta. Il che, da un lato, consente all’arbitro, entro certi limiti e perfino fuori udienza, condotte concrete ed utili che un giudice non adotterebbe mai (ad esempio telefonare al legale di una parte per verificare: «a che punto siete con quell’idea di riscadenamento dei lavori a finire, che è affiorata la settimana scorsa in udienza quale tassello di un possibile accordo?»); d’altro lato, lo espone a maggiori sospetti e maggiori rischi di perdere credibilità. In questo quadro, gli arbitri ‘di parte’, sempre entro i limiti della decenza, possono svolgere funzione assai proficua e giovevole anche affinché il presidente del collegio permanga il più possibile sul piedistallo; ciò di cui ovviamente nessun giudice potrebbe giovarsi.

c) Fallita la strada della conciliazione: che la decisione sia una decisione e non una pseudo-transazione! Qui il discorso si fa assai delicato e provo nondimeno a dire le cose con franchezza, scontato il relativismo del mio dire rispetto al ‘caso per caso’. Decidere è decidere, secondo diritto o secondo equità, ma decidere; senza cerchiobottismo buonista; senza cedere alla trasformazione surrettizia

della decisione in una possibile composizione fra le tante ipotizzabili o ipotizzate; senza timore di fare maggioranza con uno dei co-arbitri ed esporsi alla più o meno fatua *dissenting opinion* dell'altro; men che meno con il timore dell'impugnazione (il lodo arbitrale è già a sufficienza e quasi ovunque protetto dall'impugnazione di merito); ed ancor meno trasferendo in fase decisoria una sostanziale mediazione non più fra le parti ma fra i co-arbitri. E il rigore va a mio avviso esteso anche alla pronuncia accessoria, ma sovente tutt'altro che secondaria, sulle spese. Quante volte accade che il collegio, pur a fronte della soccombenza totale di una parte rispetto all'altra, compensi le spese per malinteso *fair play*, per tributare un contentino all'arbitro rimasto in minoranza, per non essere sgarbati nei confronti del collega difensore del soccombente ecc.; ma così accade non di rado che, visti anche i costi dell'arbitrato in comparazione con la variabile utilità economica effettiva del lodo per la parte vittoriosa, si sacrifichi e perfino sensibilmente la complessiva giustizia sostanziale dell'esito.

3. *Il tentativo di conciliazione nel procedimento arbitrale: il quadro normativo.* – Nulla di simile a ciò che espressamente dispone oggi l'art. 185 c.p.c. si trova nella disciplina dell'arbitrato prevista dal nostro codice di rito; ed è ardua impresa ritrovare qualcosa di simile nelle discipline arbitrali straniere.

Quando la conciliazione giudiziale era nominalmente obbligatoria (secondo il testo dell'art. 185 *d'antan*), imporre questa ipocrisia anche all'arbitro ed alle parti in arbitrato sarebbe stato davvero troppo. Ma sul piano ufficiale dell'ispirazione iperpubblicistica (o se si vuole 'abbastanza pubblicistica' del codice) la ragione della mancata estensione risiedeva forse, genericamente, nella volutamente marcata alterità e residualità (si rammenti l'emblematico spostamento dall'apertura alla conclusione del codice) del giudizio arbitrale rispetto a quello ordinario; e più specificamente risiedeva forse nell'essere l'obbligo del tentativo conciliatorio stabilito a filtro e

risparmio della attività giurisdizionale inutile, esigenza questa non percepibile rispetto alla privata attività arbitrale. E quanto alla conciliazione ‘giudiziale’ facoltativa, essa non ha davvero bisogno di essere prevista per gli arbitri, il cui *modus procedendi* è ispirato alla libertà da forme. Di certo le parti non vieteranno mai compromissoriamente l’esperienza del tentativo, ed anche ove non lo abbiano previsto l’art. 816 *bis* c.p.c. consentirà, com’è ovvio, agli arbitri di svolgerlo quando e come ritengano opportuno.

La prassi dell’arbitrato domestico (molto meno in ambito internazionale, ove l’abitudine di sondare ed anche di promuovere le opportunità di accordo è tutt’altro che infrequente, senza però che una prassi tralatizia si sia formata) è quella di destinare la prima ‘udienza’ o riunione fra parti ed arbitri (anche) all’‘esperienza del tentativo di conciliazione’. Dopo di che – se non proprio 99 – di sicuro 90 volte su cento il collegio, una volta che abbia più o meno brevemente ascoltato le parti se presenti o i legali, verbalizzerà ecumenicamente che «allo stato si constata l’insussistenza di spazi per un accordo bonario, pur dichiarandosi le parti/i legali delle parti disponibili a verificare nel prosieguo tale opportunità», e se si vuol essere molto eleganti si aggiungerà a verbale, o si dirà oralmente, che «il collegio si dichiara fin d’ora a disposizione delle parti per rinnovare il tentativo o prestare comunque ove richiesto il proprio ausilio per il raggiungimento di una bonaria composizione». Nulla di male o di strano in questo esito: la conciliazione *apud iudicem* – come scrissi quando ero ragazzino annegando la frase nel profluvio di pagine di una voce enciclopedica su tema che di lì a poco sarebbe tornato di gran moda – è ‘una porta stretta’ destinata per forza di cose a restare tale. Credo però che l’abitudine vada senz’altro conservata, con l’accortezza magari di fissare il tentativo dopo lo scambio delle prime memorie in cui la materia del contendere – tipicamente sfiorata solo in modo esplorativo nella domanda di arbitrato e nella risposta – si definisca in modo sufficientemente compiuto: dunque seconda riunione, o meglio ancora, e se si vuol far presto, prima riunione con le parti, fissata però a valle della formale costi-

tuzione del collegio con contestuale assegnazione dei termini per memorie illustrative alle parti (sistema quest'ultimo non coartato, ma indotto ad esempio dal regolamento della Camera Arbitrale di Milano). Così il tentativo è ovviamente più serio e vi è una qualche maggiore *chance* che quel poco o tanto di migliore disponibilità ed attitudine conciliativa dell'arbitro (specie se anziano, saggio e prestigioso) rispetto al giudice si espliciti utilmente ed ufficialmente di fronte alle parti convocate appositamente o ai loro legali più responsabilizzati da una fissazione del tentativo che sa di 'apposita' e 'pensata' piuttosto che routinaria.

Posto che nessuna nostra norma di legge lo prevede, vi sono norme che *ostacolano* il formale esperimento del tentativo? Detto in modo da aggirare una risposta negativa immediata ed ovvia: possono tuttavia gli arbitri riferirsi all'opportunità di espletare o reiterare il tentativo di conciliazione, magari con le parti presenti personalmente, ai fini del conseguimento della proroga del termine per emanare il lodo? Qui la mia risposta tendenziale è affermativa. È vero che in singoli casi il presidente del tribunale, nell'ambito della valutazione discrezionale attribuitagli dall'art. 820, 3° comma, c.p.c., potrebbe riscontrare il carattere fittizio ed elusivo della giustificazione; ma la cosa risulterebbe alquanto spiacevole visto che i giudici dello Stato (soprattutto le corti d'appello) hanno fatto non poche volte ricorso (molto meno oggi che in passato fortunatamente) proprio a quella giustificazione fittizia per eludere gli obblighi decisorii e rimettere la causa in istruttoria, ovvero si sono tinti e continuano a tingersi della pece del diniego di giustizia, abusando della facoltà (assai opportuna se invece utilizzata con parsimoniosa consapevolezza) di delegare la conciliazione.

Resta da rammentare che svariati regolamenti di arbitrato amministrato sono invece espliciti riguardo al tentativo di conciliazione in corso di arbitrato, dando così maggior supporto ad eventuale proroga del termine per l'emanazione del lodo ove essa si renda necessaria. Così ad esempio all'art. 11 della «Raccolta per l'unificazione ed il coordinamento delle disposizioni adottate dalla Came-

ra Arbitrale presso l'ANAC» (non un vero regolamento, ma di fatto quasi ⁽³⁾) prevede il tentativo alla «prima udienza successiva alla costituzione» del collegio, e reiterabile in ogni tempo, nonché la redazione in ogni caso di apposito verbale che consacrerà i termini dell'accordo in caso di esito positivo. L'art. 25 del regolamento della Camera Arbitrale di Milano è più generico, nel dire che «in qualunque momento il Tribunale Arbitrale può tentare di comporre la controversia fra le parti», e più specifico nel dire che può farlo «anche invitando le stesse a svolgere il procedimento di mediazione presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale».

Analogamente già l'*Appendix IV* («*Case Management Techniques*») delle *ICC Rules* dedica spazio, senza fissare alcuna regola procedimentale, alla media-conciliazione o negoziazione, favorita dagli arbitri anche mediante suggerimento del ricorso ai servizi di mediazione della stessa ICC ed alle relative *ICC Mediation Rules*.

L'art. 4.27 delle *Arbitration Rules* dell'*ADR Institute of Canada* sembra prevedere una vera e propria pausa conciliativa anche di fronte ad organismi terzi durante il corso dell'arbitrato, ma solo «*with the written agreement of the parties*» (Monsieur de Lapalisse...).

4. *Conciliazione ed arbitrato in sequenza: le clausole multi-step*. – È quasi inutile dire che nessuno può seriamente immaginare che il tentativo di conciliazione obbligatorio vanamente previsto oggi dal legislatore (spec. art. 5 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e successive modifiche) a pena di inammissibilità, *rectius* improcedibilità della azione proposta innanzi al giudice ordinario, condizioni anche la domanda di arbitrato e l'esercizio della giurisdizione arbitrale ⁽⁴⁾. E ciò – del

⁽³⁾ V. F. AULETTA, *Nuovi regolamenti della Camera arbitrale per i contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2020, 597 s.

⁽⁴⁾ Laconica ma condivisibile in tal senso la recente motivazione della Corte d'appello di Brescia, Sez. I, 19 novembre 2020, investita dall'impugnativa di un lodo: vedila in <pluris-cedam.utetgiuridica.it>.

tutto prescindendo da ogni equipollenza effettuale fra lodo e sentenza – per la semplice ragione che la conciliazione obbligatoria, entro i limiti imposti al ‘condizionamento’ momentaneo del diritto d’azione dalla nota giurisprudenza della Corte costituzionale, vale funzionalmente, e non può che valere nella *mens legis* (ed in assenza di espresse estensioni all’arbitrato che non vi sono e se vi fossero sarebbero demenziali), al precipuo scopo additato proprio da quella giurisprudenza costituzionale: proteggere la giurisdizione statale ed il suo esercizio dal dispendio di energie e deflazionare i carichi di ruolo. Nessuna funzione, invece, di ausilio alla tutela dei diritti soggettivi, o in generale di superamento della crisi da lite che attanaglia la singola parte, può avere l’obbligatorietà del tentativo: se i litiganti vogliono utilizzare il mezzo conciliativo per superare la crisi e trovare reciproca soddisfazione delle situazioni soggettive sono liberi di provarci senza che nessuno debba obbligarli a provarci. Perciò non ha alcun senso immaginare, da parte del legislatore, un tentativo obbligatorio per deflazionare la giustizia privata, che non ha alcun bisogno di essere deflazionata, che è voluta dalle parti e ben gradita agli arbitri, i quali non hanno un ruolo da cui liberarsi, e che soprattutto ha essa stessa funzione deflattiva della giustizia ordinaria parallela a quella della conciliazione.

Altro discorso è naturalmente che conciliazione ed arbitrato rappresentino, come ricordato in apertura ed al di là di quella pressoché equivalente portata deflattiva, metodi di ADR anche funzionalmente distinti, uno compositivo, l’altro aggiudicativo; e che perciò la volontà concorde delle parti possa immaginarli, e ad essi vincolarsi, in sequenza: prima il tentativo di conciliazione poi, in caso di fallimento, il giudizio arbitrale, con originaria e perdurante esclusione dell’intervento del giudice dello Stato. Si tratta di un programma negoziale – accessorio ad un contratto e relativo alle future controversie ad esso inerenti, ovvero stipulato *una tantum* in relazione a lite già insorta – che si usa denominare, con espressione *à la page* e vagamente evocativa di un qualche ballo da crociera anni ’50, «clausola *multi-step*», e che può prevedere procedimenti separati e

distinti ovvero un unico procedimento articolato in due fasi, così come può prevedere il coinvolgimento di soggetti terzi diversi ovvero degli stessi soggetti che fungano prima da conciliatori poi da arbitri.

La definizione «clausola *multi-step*» andrebbe propriamente riservata all'accordo che in qualche misura procedimentalizzi anche la fase conciliativa ⁽⁵⁾.

Ma la sequenza 'obbligatoria' si aveva e si ha anche le quante volte una convenzione arbitrale di impianto più tradizionale prevedesse genericamente, e però con sicura vincolatività, un previo esperimento, rispetto all'avvio del procedimento arbitrale, di un tentativo di conciliazione o di raggiungimento di accordo bonario anche senza l'intervento di un terzo. La differenza pratica è che in questo secondo caso dal vincolo, anche se effettivo, ci si libera di regola ben più agevolmente che nel primo, semplicemente interpellando in via formale la controparte e formulandole una proposta o fissandole un termine per accedere alla designazione di un terzo conciliatore; il silenzio o il rifiuto schiude subito la via all'arbitrato. Nel primo caso invece (la vera clausola *multi-step*) la procedimentalizzazione vincola più strettamente al tentativo di conciliazione ed approntando di regola rimedi suppletivi analoghi a quelli tipici dell'arbitrato

⁽⁵⁾ Si veda ad esempio la clausola modello «*multi-step* – Conciliazione e Arbitrato» della Camera Arbitrale di Milano e quelle analoghe di altre istituzioni di arbitrato amministrato, che tutte affidano la fase conciliativa agli organismi e regolamenti appositi precostituiti all'interno della medesima istituzione; si consideri anche l'art. 20 delle «*FIDIC Conditions*» in materia di contratti internazionali di costruzione, a cui sovente le parti di tali contratti operano *relatio*, e nel quale si prevede, in caso di controversia, la possibilità per una parte di attivare il procedimento conciliativo presso il *Dispute Adjudication Board-DAB*, ed in tal caso la possibilità di instaurare l'arbitrato solo dopo l'intervento del *DAB* e solo in caso in cui una delle parti sia «*dissatisfied*» rispetto alla decisione-proposta del *DAB*; su tutt'altro versante si considerino anche le funzioni del Collegio di conciliazione ed arbitrato dell'Ufficio del Lavoro vaticano, analizzate ed inquadrate da N. PICARDI, *Il Collegio di conciliazione ed arbitrato dell'Ufficio del Lavoro della Sede Apostolica*, in *Riv. arb.*, 2011, 1 ss.

per l'ipotesi di mancata cooperazione della controparte alla designazione del terzo.

Moda a parte, la clausola *multi-step*, nelle sue varie versioni più o meno tipiche, cela ovviamente un'insidia: fuori dai casi in cui alla domanda di conciliazione, ed in particolare anche ad una domanda di conciliazione redatta in ossequio alla clausola in questione, la *lex causae* attribuisca particolari effetti sostanziali (anzitutto l'interruzione della prescrizione o perfino l'impedimento delle decadenze, o il decorso di determinati interessi) quali quelli che sono di regola ricondotti dal nostro come da altri ordinamenti alla domanda di arbitrato, potrà cadersi nella trappola di ossequiare la sequenza cronologica – tentativo di conciliazione-promovimento del giudizio arbitrale – ma perdere irrimediabilmente uno o più degli effetti sostanziali.

Occorrerà dunque ovviare, se possibile, in via stragiudiziale con apposita messa in mora *a latere*, ovvero contenuta nella stessa domanda di conciliazione da indirizzarsi direttamente anche alla controparte. Altrimenti, e se del caso, non resterà che proporre comunque la domanda di arbitrato affrontando le conseguenze del mancato previo esperimento del tentativo.

In generale, riguardo a tali conseguenze, vi è da dire che si tratta senz'altro di una questione dipendente dalla *lex fori*, o meglio da quella particolare *lex fori* che è la *lex arbitri* o *lex loci arbitri*. La quale di regola imporrà di tenere nel debito conto la volontà concordata delle parti al momento in cui – e se davvero – configurando quel previo esperimento si sono vincolate ad un patto *de non petendo* con riguardo ad ogni e qualsiasi promovimento di giudizio. Elementari principi di effettività della tutela dei diritti, validi pressoché ovunque, dovrebbero condurre in proposito ai seguenti criteri:

a) le parti possono certo vincolarsi al previo esperimento (né la cosa può essere presa *ioci causae* dagli arbitri), ma devono farlo espressamente e chiaramente: semplici espressioni come «le parti esprimeranno un tentativo» o «le controversie che non sia stato pos-

sibile comporre in via bonaria saranno devolute...» non dovrebbero essere sufficienti; e perfino il riferimento alla modalità del ‘dovere’, senza previsione esplicita di sanzione riguardo alla domanda di arbitrato intempestiva, dovrebbe dar luogo solo ad improbabili conseguenze risarcitorie e non a conseguenze di rito sull’arbitrato comunque instaurato.

b) Quanto a queste ultime, esse andranno finché possibile, e cioè fin dove non si configga con l’esplicita e ben rara volontà contraria dell’accordo, confinate alla semplice improcedibilità, e non radicale inammissibilità, della domanda e dell’arbitrato (con giustificata sospensione del medesimo in attesa dell’esperimento del tentativo conciliativo altrove, e conservazione degli effetti della domanda di arbitrato ⁽⁶⁾).

c) Ove pure sia verificata un’effettiva ‘obbligatorietà’ del tentativo di conciliazione ed una sanzione in rito rispetto alla domanda di arbitrato in ipotesi intempestiva, l’intempestività in concreto, come pure e se del caso la sanzione della momentanea improcedibilità, dovranno essere ancorate ad una determinata durata del tentativo di conciliazione, trascorsa la quale il diritto di azione innanzi agli arbitri si riespanda; ed una tale durata, ove non definita dall’accordo *inter partes*, non potrà che essere rimessa alla ragionevole discrezionalità arbitrale (l’approdo è insomma un approdo di plausibile ermeneutica negoziale: saranno state le parti, nel non definire la durata del previo obbligatorio tentativo di conciliazione, a consegnarne la determinazione al prudente apprezzamento degli arbitri, ai quali comunque hanno devoluto in ultima analisi le loro liti, non essendo evidentemente immaginabile che esse abbiano inteso precludersi *sine die* tale devoluzione).

d) Scontato tutto ciò, ed insomma un atteggiamento non feticista (o meno feticista di quello di un giudice dello Stato) da parte degli

⁽⁶⁾ È questa l’equilibrata soluzione adottata dal Tribunale Federale Svizzero nella nota sentenza del 16 marzo 2016, quale alternativa alla sanzione risarcitoria o a quella della radicale inammissibilità della domanda arbitrale: vedila in *Riv. arb.* 2017, 613 ss.

arbitri riguardo al previo 'obbligatorio' esperimento del tentativo di conciliazione, credo sia difficile negare che quella 'obbligatorietà', ove davvero si riveli tale e violata da un lodo arbitrale di merito, debba considerarsi intrinsecamente riconducibile (qualunque sia la sua collocazione topografica e cioè dentro o fuori da un'autentica clausola *multi-step*) alla complessiva volontà compromissoria e cioè alla convenzione di devoluzione all'arbitrato; con tutte le conseguenze – in sede impugnatoria come pure di circolazione del lodo all'estero – di un simile conflitto fra lodo e volontà compromissoria.

5. *Il lodo «d'accord parties» o «award by consent»*. – Raggiunta la conciliazione in corso di giudizio arbitrale, vuoi se innanzi agli arbitri e con il loro ausilio vuoi se *à côté*, l'esito sarà di norma il semplice abbandono concorde dell'arbitrato ed il conseguente provvedimento in rito (non lodo, *ché non ve ne sarebbe ragione*, bensì semplice ordinanza), sollecitato d'intesa fra le parti, di non luogo a provvedere o di estinzione da parte degli arbitri. Che questi ultimi, se di diritto italiano, siano richiesti di quella singolare pronuncia 'di merito' che è la «dichiarazione di cessazione della materia del contendere» (previo apprezzamento nel merito della sussistenza di transazione che la faccia effettivamente cessare) è sommamente improbabile: essa esporrebbe le parti a possibili svantaggi fiscali, senza neppure attribuire all'accordo negoziale raggiunto ed enunciato nel lodo alcuna efficacia maggiore di quella che esso già ha e può avere. Come pure, almeno nel nostro sistema, non è riscontrabile in arbitrato nulla di simile al verbale di conciliazione giudiziale, al quale le parti notoriamente ricorrono raramente per ragioni fiscali, ma che è rivestito di efficacia di titolo esecutivo sostanzialmente giudiziale.

Semmai nel mondo dell'arbitrato internazionale esiste, non da ieri ed a volte preso a modello da regolamenti destinati anche solo all'arbitrato domestico, qualcosa in più. Si tratta della «*sentence arbitrale d'accord parties*» o «*award by consent*» (cosa diversa e meno

problematica – è bene dirlo – mi pare l'«award» eventualmente reso da due *arbitrators* inglesi prima della nomina dell'*umpire* e recettivo di accordo da essi raggiunto quali mandatari delle parti).

Modello classico è il regolamento ICC, ove, all'attuale art. 33 (ma il *wording* è rimasto, se non proprio dalla primissima versione, per molto tempo invariato), si dice che «*If the parties reach a settlement after the file has been transmitted to the arbitral tribunal (...), the settlement shall be recorded in the form of an award made by consent of the parties, if so requested by the parties and if the Arbitral Tribunal agrees to do so*».

Più dettagliato l'art. 26.9 delle *Rules* della *London Court of Commercial Arbitration*, ove nell'attuale versione, ferma la necessità del consenso degli arbitri oltre che di quello delle parti, si precisa ulteriormente: «*provided always that such Consent Award shall contain an express statement on its face that it is an award made at the parties' joint request and with their consent. A Consent Award need not contain reasons or a determination in relation to the Arbitration Costs or Legal Costs*».

Analogamente dispone l'art. 37.2 delle *Administred Arbitration Rules* dell'*Hong Kong International Arbitration Center*. Più laconiche le previsioni dell'art. 29.1 delle *Rules* dell'*American Arbitration Association*, dell'art. 32.5 del regolamento della *Stockholm Chamber*, dell'art. 32.10 delle *Rules of Arbitration* del *Singapore International Arbitration Center*, e anch'esse con riferimento – a volte questionato ma a mio avviso estremamente opportuno – ad un 'potere' discrezionale degli arbitri (i quali, insomma, avranno pur sempre la possibilità di verificare quali contenuti e quali accordi più o meno leciti sia loro richiesto di recepire nel lodo, e così pure, sebbene con minore incisività, potrà fare l'organismo di amministrazione dell'arbitrato ove autorizzato, com'è la ICC, a scrutinare formalmente anche tale particolare 'lodo'). Mentre l'altrettanto laconica previsione delle *Arbitration Rules* dell'*ADR Institute of Canada* discorre di un dovere («*if requested by the parties, the Tribunal must record the settlement in form of an award*»); e così è anche se-

condo il regolamento UNCITRAL (art. 34) nonché secondo le *WIPO Arbitration Rules*.

A detta di tutti coloro che si sono, muovendo da diverse culture giuridiche, occupati dell'«*award by consent*» (compreso il sottoscritto quando scriveva di arbitrato estero, Convenzione di New York, ecc.), esso è stato ovviamente ideato per consentire alle parti – le quali abbiano lodevolmente raggiunto una composizione della lite dopo aver investito tempo e denari (molti o pochi che essi siano a seconda del lavoro *medio tempore* svolto dagli arbitri) nella vicenda arbitrale – di attribuire, attraverso la veste formale del lodo, efficacia di equivalente giurisdizionale a quella composizione.

Che ciò possa prestarsi al raggiungimento di finalità non commendevoli ed eventualmente intese anche a ledere diritti di terzi non è ragione sufficiente ad inficiare la teorica bontà dell'idea, ma semmai solo ad aguzzare all'occorrenza l'ingegno per escogitare i rimedi, nonché appunto a giustificare, in via di rimedio preventivo, che per gli arbitri l'assenso alla richiesta delle parti sia una semplice facoltà (il che, in casi limite e per via del generale potere di giustificata dismissione dell'incarico arbitrale, dovrebbe potersi dire anche ove il regolamento arbitrale richiamato dalla volontà compromissoria ed a suo tempo accettato dagli arbitri preveda nominalmente il loro obbligo).

Che il lodo come generico 'equivalente giurisdizionale' sia valso o valga sostanzialmente, a seconda dei vari ordinamenti nazionali, in misura più o meno inferiore ovvero, come invece è oggi a dirsi salve rarissime eccezioni, in misura paritetica rispetto alla sentenza del giudice dello Stato, non ha rappresentato evidentemente ragione tale da sminuire quella idea. In primo luogo perché, a livello di ordinamento interno, un lodo arbitrale è stato sempre e pressoché ovunque qualcosa in più e di diverso da un semplice contratto transattivo. In secondo luogo, e specialmente, perché quell'idea è maturata negli ambienti del commercio internazionale e perciò ponendo mente non tanto all'efficacia interna del prodotto quanto alla sua agevole circolazione all'estero attraverso lo strumento universale

della Convenzione di New York (è vero che i contratti, a differenza dei prodotti 'giurisdizionali' pubblici o privati, non avrebbero neppure bisogno di uno strumento convenzionale né di un qualche meccanismo deliberatorio per la loro 'circolazione', ma quest'ultima – la quale è per così dire 'naturale' per i contratti – sconta pur sempre, di paese in paese e di giurisdizione in giurisdizione, le incognite dell'esame nel merito quanto a validità ed efficacia e della possibile diversità di legge sostanziale applicabile a seconda delle regole di conflitto del foro).

Vi è comunque da dire che l'idea, pur trasmigrata da regolamento a regolamento ed attraverso le loro varie versioni, fino ad oggi ha avuto un riscontro pratico davvero limitato anche se non certo del tutto trascurabile ⁽⁷⁾. Il che rende non inutile ma tutto sommato secondario risolvere i dubbi, più volte affacciatisi in dottrina alle più varie latitudini: a) che quello «*by consent*» sia davvero un lodo secondo questa o quella legge nazionale; b) che esso regga o meno all'eventuale sindacato di validità (ad esempio per carenza di motivazione) secondo questa o quella legge nazionale; c) che ad esso possa davvero applicarsi la Convenzione di New York quale veicolo di circolazione all'estero.

Alla domanda di cui *sub a*), alcuni ordinamenti rispondono in modo esplicitamente affermativo – superando dunque implicitamente anche la domanda di cui *sub b*) – poiché espressamente prevedono il lodo arbitrale consistente in una semplice registrazione dell'accordo fra le parti ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ V., quanto alla esperienza dell'ICC, A. CARLEVARIS, in A. BRIGUGLIO, L. SALVANESCHI (a cura di), *Regolamento di arbitrato della CCI - Commentario*, Milano, 2002, 476 ss., con ulteriori intelligenti considerazioni sul dibattito teorico relativo all'istituto.

⁽⁸⁾ V. ad esempio l'art. 1069 del codice di procedura civile olandese o l'art. 1715 del *Code judiciaire* belga, ed ora la Sect. 27.2 della nuova Legge svedese sull'arbitrato, e vedi anche l'art. 30 della Legge modello UNCITRAL: «*Arbitral award on agreed terms*» e perciò le legislazioni nazionali che l'hanno adottata, nonché – sempre a livello sovranazionale – l'art. 43 del regolamento ICSID, da considerarsi allo stesso livello gerarchico di una legislazione nazionale vista la retrostante Convenzione di Washington.

Quanto alla questione *sub c)*, in sede di interpretazione autonoma della Convenzione di New York – e nonostante la sua finale neutralità rispetto a quanto affiorò nei lavori preparatori ⁽⁹⁾ – non dovrebbero esservi troppi dubbi sull'applicabilità della medesima e dei suoi vantaggi 'circolatori' all'«*award by consent*», sia in considerazione della diffusione internazionale di tale *escamotage*, sia in nome del *favor* per l'autonomia privata e della rilevanza dell'elemento consensualistico immanenti alla Convenzione (sono pur sempre le parti, nel loro accordo compromissorio e mediante *relatio* al regolamento arbitrale, a prevedere il medesimo *escamotage*, la cui attuazione passa poi in concreto e nuovamente per il loro accordo). D'altro canto, resta com'è ben noto indifferente di per sé, riguardo alla applicazione della Convenzione, sia che quel particolare 'lodo arbitrale' sia più o meno motivato, sia che esso non risulti come 'decisione' di controversia essendo esso però certamente «*bindig*» ai sensi dell'art. V Conv.

Il medesimo *favor* per l'autonomia privata dovrebbe orientare anche l'interprete del sistema interno – quello italiano anzitutto – che pure non contenga previsioni normative esplicite, ed indurlo a dire che quello è un lodo, così voluto dalle parti; e che è anche un lodo sufficientemente motivato (attraverso la 'spiegazione' di ciò che gli arbitri fanno nel recepire l'accordo bonario dei litiganti) in misura per lo meno consona alla particolare situazione; ed ancora che ciò non è men vero perfino quando l'accordo sostanziale fra le parti comprenda, per convenienza conciliativa, la disciplina di rapporti (purché compromettibili) estranei all'originaria convenzione arbitrale, la quale dovrà considerarsi, senza rischi, novata in corso d'opera, mediante l'assenso scritto delle parti riconducibile alla combinazione fra la richiesta dell'«*award by consent*» e l'assetto conciliativo sostanziale raggiunto.

Naturalmente non si può affatto escludere che qualcuno, con riguardo ad un determinato ordinamento nazionale silente o anche non silente, ragioni diversamente, e che perciò l'«*award by consent*»

⁽⁹⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *L'arbitrato estero*, Padova, 1999, 89 ss.

sia considerato nell'ordinamento di origine uno pseudo-lodo (dubbi hanno riguardato anche la *Schiedsvergleich* tedesca, proprio perché apposito atto espressamente previsto ma distinto rispetto allo *Schiedsspruch*); ovvero sia considerato un lodo destinato comunque e di regola alla caducazione impugnatoria per carenza di motivazione (o salvabile semmai solo a prezzo di circonvoluzioni verbali su reciproco riconoscimento di fatti e di diritti, poco digeribili per la prassi internazionale, che si accontenta della esplicita o implicita esenzione da una parte motiva diversa dalla trascrizione dell'accordo e dal richiamo della disposizione regolamentare che prevede questo tipo di 'award' in una con il richiamo della concorde volontà di entrambe le parti rispetto alla sua emanazione ⁽¹⁰⁾); ovvero, e nei congrui casi, per esorbitanza dall'accordo compromissorio; ovvero ancora caducabile in ogni caso anche per le comuni ragioni di invalidità del negozio transattivo. Il tutto con ovvie ripercussioni sulla sua riconoscibilità all'estero, non essendo a quel punto bastevole l'interpretazione autonoma della Convenzione ⁽¹¹⁾, almeno per chi seguiti a ritenere rifluenti sull'applicazione della Convenzione la qualificazione e le vicende del prodotto arbitrale nell'ordinamento di origine.

La vita futura e la futura concreta effettività della già menzionata Convenzione di Singapore sul riconoscimento transnazionale degli accordi conciliativi ci dirà se la *fictio iuris* dell'«award by consent» sia destinata a sopravvivere ovvero a tramontare.

* * *

E con ciò – con la Convenzione di Singapore e la sua particolarissima prospettiva di sovrapposizione effettuale fra conciliazione

⁽¹⁰⁾ Significativa ed utile in proposito la formulazione dell'art. 26.9 delle *LCIA Rules* cit.

⁽¹¹⁾ Cfr. A.J. VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, The Hague, 1981, 50, ma vedi invece *Fouchard, Gaillard, Goldmanon International Commercial Arbitration*, The Hague-Boston-London, 1999, 745.

quale ADR non aggiudicativa e arbitrato quale ADR aggiudicativa – si chiude questo saggio, non prima di aver reso augurio di proficua prosecuzione del cammino alla neonata e più che meritevole *Rivista* che lo ospita.

Abstract

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

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

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

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

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

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

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

Subsequently, the attention is focused on the attempt of conciliation in the course of the arbitral proceedings; on the so-called multi-step clauses that provide for a mandatory attempt of conciliation before the commencement of arbitration; and on the 'award by consent' in the practice of international arbitration.

PROCEDURE, PARTY AGREEMENT, AND CONTRACT

Neil Andrews (*)

TABLE OF CONTENTS: Introduction. – PART I. Party Agreement and the Choice of Procedure. – PART II. Party Agreement and the Conduct of Formal Proceedings. – PART III. Settlement. – PART IV. Contract Law and Evidence. – PART V. Contract Law and Procedure. – PART VI. Concluding Remarks.

Introduction

The invitation to contribute to this volume was framed broadly to include any facet of the relationship between procedure and consensus. ⁽¹⁾ The topics to be explored in this short paper are the con-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 67-122. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Professor of Civil Justice and Private Law at the University of Cambridge.

(1) References to the following works, cited often in these notes, will be abbreviated as follows:

N. ANDREWS (2021): N. ANDREWS, *Contract Law in Practice* (2021); *Andrews on Civil Processes* (2019): N. ANDREWS, *Andrews on Civil Processes* (2nd edn, Intersentia Publishing, Cambridge, 2019); G. BORN (2021): G. BORN (gen ed), *International Commercial Arbitration* (3rd edn, Kulwer, 2021) (3 volumes); J. CARTWRIGHT: *Formation* (2018): J. CARTWRIGHT, *Formation and Variation of Contracts* (2nd edn, Sweet and Maxwell, London, 2018); CHITTY (2018): *Chitty on Contracts* (H.G. BEALE gen ed, 33rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2018) (2 volumes: *General Principles* and *Specific Contracts*); K. LEWISON: *Interpretation* (2020): K. LEWISON, *Interpretation of Contracts* (7th edn, Sweet and Maxwell, London, 2020); G. MCMEEL: *Construction* (2017): G. MCMEEL, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (3rd edn, OUP, 2017); PHIPSON (2017): *Phipson on Evidence* (H.M. MALEK, gen ed) (19th edn, Sweet and Maxwell, London, 2017); *Snell's Equity* (2019): *Snell's Equity* (J. MCGHEE gen ed, 34th edn, Sweet and Maxwell, London, 2019); G. TREITEL (2020): G. TREITEL, *The Law of Contract* (E. PEEL ed, 15th edn, Sweet and Maxwell, London, 2020).

nections between Procedure ⁽²⁾ and Party Agreement, and between Contract and Procedure. ⁽³⁾

The following tripartite analysis will emerge. First, we will examine Party Agreement and Procedure (in sections I and II of this paper). That discussion concerns the following manifestations of agreement within the field of Procedure:

- (i) *extra-curial procedure*: the parties to the main contract might elect by agreement not to proceed by the default mechanism of court proceedings, and instead they might agree to proceed by arbitration (arbitration clauses);
- (ii) *mediation*: the parties might agree to adopt mediation (mediation agreements), as a supplement to arbitral or court proceedings, whether such proceedings are pending or not;
- (iii) *formal proceedings modified*: certain procedural modalities, whether within court proceedings or arbitration, might be added, removed, or modified by party agreement.

It should be noted that under English law arbitration clauses, mediation clauses, and jurisdiction clauses (that is, agreement to select a forum) are regarded as species of ordinary agreement subject to general principles of English contract law. ⁽⁴⁾ Admittedly, the Rome I Regulation (2008) on the Law Applicable to Contractual Obligations ⁽⁵⁾ does not ⁽⁶⁾ include within its scope arbitration

⁽²⁾ 'Procedure' covers court litigation, arbitration, mediation, and issues of evidence. In England, 'evidence' is part of adjectival law; eg, there are courses on 'criminal evidence and procedure'.

⁽³⁾ 'Contract' concerns any type of agreement which is legally binding; 'contract' includes 'agreement' in general and matters of 'consensus'. Neither 'agreement' nor 'consensus' is confined to legally binding contracts; eg, some types of trust or proprietary estoppel arise by virtue of agreement or consensus.

⁽⁴⁾ For observations in the context of arbitration clauses, N. ANDREWS, *Arbitration and Contract* (Springer Publishing, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2016), 2.67 to 2.72.

⁽⁵⁾ Regulation (EC) 593/2008 (UK Retained EU Legislation); [2008] OJ L177/6.

⁽⁶⁾ Art 1(2)(e).

agreements and agreements on the choice of court. But, as a long-standing feature of English practice, such agreements have not been severed from the mainstream of contractual matters. Secondly, in section III, we will consider settlement, which is an independent species of contract, but also a mode of terminating or at least narrowing disputes.

Finally, in sections IV and V we will examine points of overlap between matters of substance and evidence or procedure, namely: (a) contractual rules which embody *evidential* issues; (b) *procedural* matters which are closely intertwined with substantive contractual rules. Matters falling within (a) and (b) have become embedded as intrinsic to the exposition of contract law. To consider pure substantive doctrine divorced from these procedural elements would be to present ‘Hamlet’ without the Prince (hence Maine’s (7) famous *dictum* that substantive law ‘has the look of being gradually secreted in the interstices of procedure’). For reasons of space, contract law has been singled out. It would require an entire encyclopaedia to go beyond that single subject area. (8) (Again it is interesting to compare the Rome I Regulation (2008) on the Law Applica-

(7) ‘So great is the ascendancy of the Law of Actions in the infancy of Courts of Justice, that substantive law has at first the look of being gradually secreted in the interstices of procedure; and the early lawyer can only see the law through the envelope of its technical *forms*.’ H. MAINE, *Dissertations on Early Law and Custom* (John Murray, London, 1883), chapter 11.

(8) The author is unaware of any encyclopaedia which eschews the substance/procedure dichotomy. Indeed the most recent ‘systematic’ English encyclopaedia extols the Gaian (GAIUS, *Institutes*) system of persons, things (‘res’, viz, obligations and property), and actions (procedure). Peter Birks’ adoption in 2000 of a civilian template is summarised by the current editor, A.S. BURROWS, in A.S. BURROWS (ed), *English Private Law* (3rd edn, Oxford University Press, 2013), pp ix to xi (in the first edition in 2000, pp xxv to li, Birks had expanded on his reasons for adopting this taxonomy). *Halsbury’s Law of England*, the largest English legal encyclopaedia, adopts an alphabetical sequence (from ‘Agency’ to ‘Wills and Intestacy’, and at least 14 of its c 150 subject areas are concerned with procedural topics).

ble to Contractual Obligations which excludes ⁽⁹⁾ matters of evidence and procedure from the scope of the Regulation.)

PART I

Party Agreement and the Choice of Procedure

The so-called multi-tier ⁽¹⁰⁾ dispute-resolution clause normally has a wedding-cake structure: negotiation, mediation, and arbitration or court proceedings (more commonly, arbitration is the final tier). Here the permutations are: (i) a jurisdiction agreement (such an agreement is unnecessary if the relevant forum would be applicable by default); (ii) a mediation clause (on the definition of this term and for related agreements, see this note); ⁽¹¹⁾ (iii) an arbitration

⁽⁹⁾ Art 1(3): ‘This Regulation shall not apply to evidence and procedure, without prejudice to Article 18.’ Article 18 concerns burden of proof, and mode of proof.

⁽¹⁰⁾ E. KAJKOWSKA, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses* (Hart and Bloomsbury Publishing, Oxford, 2017).

⁽¹¹⁾ As for terminology: (a) a ‘mediation clause’ here refers to an *ex ante* agreement to mediate; and it (b) is distinct from a mediation procedure agreement, that is, the written agreement regulating the conduct of a mediation to which parties to a mediation will invariably assent when mediation proceedings are imminent; and (c) also distinct from any settlement which emerges from a successful mediation (agreement (b) will always provide that the settlement must be in writing and signed by the parties, as prescribed by agreement (b)). It is possible that the mediation clause (see (a) above) will be so detailed that it embodies within it the contents of the mediation procedure agreement mentioned at (b). It is common for the mediation clause (agreement (a)) to incorporate by reference a mediation procedure prescribed by a leading mediation provider. As a result, the parties will find themselves subject to the mediation provider’s mediation procedure. By joint signature, the parties might formally assent to a mediation procedure agreement (b) even in these circumstances, but that further agreement would appear to be strictly otiose because agreement (a) has already committed the parties to this mediation procedure. But *ex abundanti cautela*, and in particular to impress on the parties the fact that the mediation will be confidential, a further agreement of type (b) will be endorsed.

clause. Sometimes the agreement will combine (ii) and (iii). It is also possible that the relevant dispute-resolution clause will require (iv) a fixed-term ‘friendly’ negotiation as the precursor to (ii) or (iii) (or even to (i), but in the context of court proceedings the status of the negotiation clause has yet to be clarified, and see text at fn 22 to 25 below).⁽¹²⁾

A (written)⁽¹³⁾ arbitration clause, if England and Wales is ‘the seat’ of the arbitration, will be subject to the Arbitration Act 1996 (England, Wales, and Northern Ireland).⁽¹⁴⁾ Of course, such an agreement presupposes consent on the part of each party. However, the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999⁽¹⁵⁾ enables third parties in various circumstances to acquire the capacity to engage in arbitration even though they are not parties to the main transaction.

Proof of the existence of an arbitration clause will enable a party to obtain a stay of English civil proceedings,⁽¹⁶⁾ or of foreign proceedings.⁽¹⁷⁾ And an anti-suit injunction can be granted to prevent a party acting inconsistently with an arbitration clause which, unless otherwise provided, creates a mutual exclusive commitment to

⁽¹²⁾ The general position is that an agreement to negotiate reasonably, or in good faith, or in a friendly manner, is void for legal uncertainty: *Walford v Miles* [1992] 2 AC 128, HL; N. ANDREWS (2021), 4.31 to 4.54. However, *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 WLR 1145 (Teare J) creates an exception with respect to the arbitration context. It is not at all clear whether the *Emirates* exception could be extended to the context of court proceedings. And it is a large issue whether the courts will regard as legally binding an agreement, subsidiary to the main mediation clause, whereby each party undertakes to participate in a mediation in good faith or reasonably.

⁽¹³⁾ Writing is required, for the purpose of the Act, by s 5, Arbitration Act 1996; *Andrews on Civil Processes* (2019), 32.24 to 32.38, also noting the position under the Uncitral Model Law and the New York Convention (1958).

⁽¹⁴⁾ The Scottish statute is the Arbitration (Scotland) Act 2010.

⁽¹⁵⁾ ss 8(1) and 8(2), Arbitration Act 1996; on which, citing extensive literature, *Andrews on Civil Processes* (2019), 34.08 to 34.16.

⁽¹⁶⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 32.86 to 32.90.

⁽¹⁷⁾ G. BORN (2021), at § 8.03 [C][1] to [4].

arbitration and thus precludes proceedings inconsistent with that exclusive commitment.

The Supreme Court of the United Kingdom in *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant* (2013) ⁽¹⁸⁾ noted that the injunction gives effect to an implicit negative undertaking in any arbitration agreement that both parties will exclusively pursue arbitration, forsaking all other modes. Thus the injunction operates to uphold that commitment. ⁽¹⁹⁾ The Supreme Court explained that the limitations upon judicial injunctions for support of pending and imminent arbitration contained in section 44(3)(4) of the Arbitration Act 1996 Act (the need for urgency, failing which, the arbitral tribunal's request or the agreement of both parties) are irrelevant to an application of an anti-suit injunction, Lord Mance commenting on this last point: ⁽²⁰⁾

‘Where an injunction is sought to restrain foreign proceedings in breach of an arbitration agreement...the source of the power...is to be found not in section 44 of the 1996 Act, but in section 37 of the 1981 Act. Such an injunction is not “for the purposes of and in relation to arbitral proceedings”, but for the purposes of and in relation to the negative promise contained in the arbitration agreement not to bring foreign proceedings, which applies and is enforceable regardless of whether or not arbitral proceedings are on foot or proposed.’

In the *Fiona Trust* case (2007) ⁽²¹⁾ the House of Lords held that, in the absence of forgery ⁽²²⁾ or total lack of au-

⁽¹⁸⁾ [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889; *Andrews on Civil Processes* (2019), 34.17 to 34.45.

⁽¹⁹⁾ Arbitration clauses or exclusive jurisdiction clauses create a reciprocal duty to use only the nominated seat/forum and a reciprocal duty not to arbitrate/litigate elsewhere: *AMT Futures Ltd v Marzillier* [2014] EWHC 1085 (Comm), at [36] (Poplewell J) (reversed on a different point; [2017] UKSC 13; [2018] AC 439).

⁽²⁰⁾ *AES* case [2013] UKSC 35; [2013] 1 WLR 1889, at [48].

⁽²¹⁾ *Fiona Trust and Holding Corporation v Privalov* [2007] UKHL 40; [2007] 4 All ER 951.

⁽²²⁾ *Ibid*, at [17]; eg, *Albon (t/a NA Carriage Co) v Naza Motor Trading*

thority, ⁽²³⁾ the presence of an arbitration clause in the main transaction enables the arbitral tribunal to adjudicate on the status of the allegedly binding main transaction: this is the doctrine of ‘separability’, which is internationally recognised. ⁽²⁴⁾ The doctrine of competence-competence ⁽²⁵⁾ enables the arbitral tribunal to make a provisional decision regarding its own competence to hear the relevant dispute. In other words, the arbitral tribunal can pull itself up by its own bootstraps, declaring that it has jurisdiction under the contested arbitration clause.

Law Governing the Arbitration Agreement. – The Supreme Court in the *Enka* case (2020) decided the following two points:

- (1) *main transaction: express or implied choice of law:* it confirmed that where the law governing the main transaction has been expressly or impliedly chosen, that will generally also govern the arbitration agreement, ⁽²⁶⁾ even though a foreign seat (different from the national proper law of the transaction) has been chosen, ⁽²⁷⁾ unless that will result in the arbitration agreement being ineffective; ⁽²⁸⁾

SdnBhd [2007] EWCA Civ 1124; [2008] 1 All ER (Comm) 351 (High Court justified in determining issue of forged signature; rather than permitting arbitrators to decide this issue).

⁽²³⁾ *Fiona Trust* case [2007] UKHL 40; [2007] 4 All ER 951, at [18]; see also *UR Power GmbH v Kuok Oils and Grains Pte Ltd* [2009] EWHC 1940 (Comm); [2009] 2 Lloyd’s Rep 495; [2009] 2 CLC 386, at [33] to [40] (Gross J).

⁽²⁴⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 30.37 to 30.40; 32.64 to 32.76; G. BORN (2021), chapter 3; Uncitral Model Law, Article 16(1); S.M. SCHWEBEL, *International Arbitration: Three Salient Problems* (Grotius Publications, Cambridge, 1987), Part 1, ‘The Severability of the Arbitration Agreement’, 1 to 60.

⁽²⁵⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 30.41 to 30.42; G. BORN (2021), chapter 7.

⁽²⁶⁾ *Enka Insaatve Sanayi AS v 000 Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38; [2020] 1 WLR 4117 at [170], proposition (iv).

⁽²⁷⁾ *Ibid*, at [170], proposition (v).

⁽²⁸⁾ *Ibid*, at [170], proposition (vii)(b). [2020] UKSC 38; [2020] 1 WLR 4117.

- (2) *parties silent concerning main transaction: default rule*: by contrast, if the parties have neither expressly nor impliedly nominated a particular national law to govern the main transaction, the Supreme Court in the *Enka* case (2020) held that the default rule is that the arbitration agreement will be subject to the law of the seat. ⁽²⁹⁾ The majority took the view that this default rule results from determining the law with which the arbitration agreement has the closest and most real connection (in the absence of express or implied choice).

As Lord Sales suggested in his dissent, ⁽³⁰⁾ the problem with this analysis is that the majority presented ⁽³¹⁾ five ⁽³²⁾ arguments to support proposition (1). Four ⁽³³⁾ of those arguments are relevant concerning proposition (2), and yet that second proposition involves a mismatch between the law governing the main transaction and the arbitration agreements. For the majority in the *Enka* case, the most telling point supporting proposition (2) seems to have been the fact that this analysis would mirror that adopted under the New York Convention (1958), Article V(1)(a) of which states that

⁽²⁹⁾ *Enka Insaatve Sanayi AS v 000 Insurance Company Chubb* at [170], proposition (viii); the same analysis had been adopted in *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* [2012] EWCA Civ 638; [2012] 1 Lloyd's Rep 671; applied in *Arsanovia Ltd v Cruz City 1 Mauritius Holdings* [2012] EWHC 3702 (Comm); [2013] 2 All ER (Comm) 1; [2013] 1 Lloyd's Rep 235 (Andrew Smith J).

⁽³⁰⁾ [2020] UKSC 38; [2020] 1 WLR 4117, at [286], [290], and [292].

⁽³¹⁾ *Ibid*, at [53].

⁽³²⁾ For arguments (ii) to (v) see next fn; as for argument (i), this is simply that a choice of law to govern the main contract impliedly extends to the arbitration agreement.

⁽³³⁾ *Ibid*; arguments (ii) to (v): which can be summarised as follows: (ii) convenient and desirable that same law governs both; (iii) avoids the problem of one law governing the arbitration clause, but a different law governing the negotiation, mediation, expert determination components of a multi-tier dispute resolution clause; (iv) the separability principle, although pragmatically rooted, is in truth a source of artificiality; (v) choice of law and choice of court clauses are treated as governed by the law applicable to the main contract.

the enforcing court must consider whether the foreign arbitral award is valid under the law chosen by the parties to govern the arbitration agreement or, failing such a choice, ‘under the law of the country where the award was made.’ However, in his dissent, Lord Sales contended ⁽³⁴⁾ that Article V(1)(a) should not be transposed from the context of a ‘simple test’ applicable to recognition and enforcement of arbitral awards to the more nuanced context of determining, at the outset of proposed arbitral proceedings, by which law the arbitration agreement will be governed.

The outcome in the *Enka* case (2020) was that the main contract was governed by Russian law, although there had been no express or implied choice, and instead this was governed by the default rule concerning the law with which the transaction has the closest and most real connection. The law governing the arbitration agreement was English law, this being the chosen seat, and in the absence of an express or implied designation of the law governing the main transaction. It was appropriate to grant anti-suit injunction to restrain proceedings in Russia which were inconsistent with the selection of England as the seat. ⁽³⁵⁾

Lords Burrows and Sales *dissented* and (1) instead considered ⁽³⁶⁾ that the arbitration agreement should match the main contract even if the main contract’s governing law was determined by virtue of the default rule (the closest and most real connection criterion); (2) Lords Burrows ⁽³⁷⁾ and Sales ⁽³⁸⁾ also differed from the majority in regarding the present case as one where Russian law had been impliedly chosen to govern the main contract.

An arbitration agreement might incorporate an institutional set of rules. Or it can be *ad hoc*, that is, a self-contained arbitration agreement which is not dependent on an outside set of institutional

⁽³⁴⁾ *Ibid*, at [291].

⁽³⁵⁾ *Ibid*, at [184] to [186].

⁽³⁶⁾ *Ibid*, at [260] (Lord Burrows); [283], [286] (Lord Sales).

⁽³⁷⁾ *Ibid*, at [255].

⁽³⁸⁾ *Ibid*, at [268] and [280].

rules. The *ad hoc* clause might supply a detailed procedural regime, which is not institutional in origin. More likely, the clause will merely have the effect of enabling the national arbitral statute to apply, perhaps subject to a few modifications contained in that same clause. Where the seat of the arbitration is England and Wales, the law governing both the conduct of the arbitration and challenges to the award is provided by the Arbitration Act 1996.⁽³⁹⁾

In the *Emirates* case (2014) Teare J held⁽⁴⁰⁾ that a negotiation clause which is prescribed as a mandatory aspect of a wider arbitration agreement will be legally enforceable. In the case itself, the negotiation clause required the parties to engage in ‘friendly’ negotiations before commencing arbitration. But Teare J held that there had been no breach of that clause. The clause also stipulated that, following such negotiations, both parties should respect a four-week pause before either party could commence arbitration. In deciding that this negotiation clause in this context had legal effect, Teare J purported to distinguish⁽⁴¹⁾ *Walford v Miles* (1992)⁽⁴²⁾ in which the House of Lords held that, in general, an agreement to negotiate in good faith or reasonably is void for uncertainty. The *Walford* case concerned a negotiation commitment within the principal agreement which was ‘subject to contract’ and not yet established. By contrast, Teare J in the *Emirates* case noted that the negotiation agreement was contained within a dispute-resolution clause ancillary to a valid primary agreement (and the point can be

⁽³⁹⁾ ss 2, 3, Arbitration Act 1996; for an overview of the English statute, *Andrews on Civil Processes* (2019), chapter 31.

⁽⁴⁰⁾ *Emirates Trading Agency LLC v Prime Mineral Exports Private Ltd* [2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 WLR 1145 (Teare J); although not criticised in *Emirates Trading Agency LLC v Sociedade de Fomento Industrial Private Ltd* [2015] EWHC 1452 (Comm); [2016] 1 All ER (Comm) 517 at [59] to [63] (Popplewell J), Teare J’s decision was received more agnostically in *DS Rendite Fonds Nr v Titan Maritime SA Panama* [2015] EWHC 2488 (Comm), at [15] (Males J).

⁽⁴¹⁾ [2014] EWHC 2104 (Comm); [2015] 1 WLR 1145, at [29] and [59].

⁽⁴²⁾ [1992] 2 AC 128 (HL); on which N. ANDREWS (2021), 4.31 to 4.54; N. ANDREWS, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015), 2.07 ff; N. ANDREWS, *Contract Rules* (Intersentia Publishing, Cambridge, 2016), Article 6.

extended: the negotiation clause was supportive of the arbitration agreement, in that negotiation was a mandatory prelude to arbitration). But the *Emirates* decision has received powerful criticism.⁽⁴³⁾

Turning to mediation clauses,⁽⁴⁴⁾ the Court of Appeal confirmed in *Sulamerica Cia Nacional de Seguros SA v Enesa Engenharia SA* (2012)⁽⁴⁵⁾ that such a clause is valid if each of the following three conditions is satisfied: (1) it discloses a commitment to creating legal obligations, and (2) both the identity of the mediator and (3) of the applicable mediation procedure are explicitly clarified or a mediation provider's machinery for appointment and procedure have been incorporated by reference. The court will grant, in its discretion, a stay of civil proceedings if, in breach of the mediation clause, those proceedings were commenced before the mediation procedure had been exhausted.⁽⁴⁶⁾ The mediation clause in the *Sulamerica* case itself was triply deficient, because each of the three elements listed as (1) to (3) was missing. The relevant clause stated: 'the parties undertake that, prior to a reference to arbitration, they will seek to have the Dispute resolved amicably by mediation'.

Sometimes statute invalidates clauses which purport to exclude formal recourse to state-administered courts or tribunals. Thus in

⁽⁴³⁾ D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (3rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2015), 18.07, also noting, at 648 footnote 31, criticism by other commentators.

⁽⁴⁴⁾ On the general topic of mediation agreements, T. ALLEN, *Mediation Law and Civil Practice* (2nd edn, Bloomsbury Publishing, 2019), chapter 8; *Andrews on Civil Processes* (2019), chapters 28 and 29, notably, 28.19 to 28.26 (and see the Bibliography, Section IX, therein, at 1161-2); N. ANDREWS, 'Mediation Agreements: Time for a More Creative Approach by the English Courts' (2013) 18 *Revue de droit uniforme* 6 (also known as the Uniform Law Review); D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (3rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2015) chapter 18; E. KAJKOWSKA, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses* (Hart and Bloomsbury Publishing, Oxford, 2017); D. SPENCER and M. BROGAN, *Mediation: Law and Practice* (Cambridge University Press, 2006) chapter 12 for Australian material.

⁽⁴⁵⁾ [2012] EWCA Civ 638; [2013] 1 WLR 102.

⁽⁴⁶⁾ *Cable & Wireless v IBM United Kingdom Ltd* [2002] EWHC 2059 (Comm); [2002] 2 All ER (Comm) 1041 (Colman J).

Clyde & Co v Bates van Winkelhof (2011) ⁽⁴⁷⁾ the (English) High Court refused to uphold a clause requiring a solicitor in a law firm to refer employment disputes to mediation and then to arbitration rather than to the public system of Employment Tribunals. Despite this clause, the relevant lawyer had brought a legal complaint to an Employment Tribunal. She alleged various statutory breaches by her law firm of equality law. The High Court held that her Employment Tribunal complaint had been properly lodged. In short, in this context, statute ⁽⁴⁸⁾ precludes an employee from ‘contracting out’ from the public system of adjudication.

PART II

Party Agreement and the Conduct of Formal Proceedings

On the assumption that the parties have not excluded court proceedings in favour of arbitration, or that they have not postponed court proceedings in accordance with a mediation clause (arbitration and mediation clauses were noted in section I of this paper), the issue examined in the present section is whether the parties can modify by agreement the operation of the system of court litigation. Of course, the parties have no general consensual control of the conduct of court proceedings. Such a general power would be inconsistent with the mandatory nature of much of the judicial process. It remains the starting point that an agreement to oust the court’s jurisdiction is *prima facie* contrary to public policy and hence not legally binding. ⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁷⁾ [2011] EWHC 668 (QB) (Slade J).

⁽⁴⁸⁾ s 120, Equality Act 2010; s 203, Equality Rights Act 1996.

⁽⁴⁹⁾ CHITTY (2018), 16-72 to 16-75.

Restrictions on Freedom of Contract. – The following restrictions constrain the principle of freedom of contract in this procedural context:

- (i) *no party selection of judge or court*: the parties cannot nominate a particular judge; nor, it seems, can the parties agree, or collusively arrange, that a particular court will hear the case (for example, the County Court, as distinct from the High Court, or vice versa, or the Commercial Court rather than the ordinary Queen’s Bench Division court);
- (ii) *court will be actively responsive* (*‘proprio motu’*) *to the presence of illegality*: the court cannot be bound to accept issues if that will entail countenancing a claim based on illegality or which is contrary to public policy; the court is entitled to act *proprio motu* in identifying a matter as one founded upon illegality or as contrary to public policy; here the clearest statement is by Scrutton LJ in *Re Mahmoud and Ispahani* (1921), who said: ⁽⁵⁰⁾ ‘the court is bound, once it knows that the contract is illegal, to take the objection and to refuse to enforce the contract, whether its knowledge comes from the statement of the party who was guilty of the illegality, or whether its knowledge comes from outside sources’;
- (iii) *coercive remedies*: the parties cannot tie the court’s hands to grant specific performance or an injunction if the relevant claim is substantiated; ⁽⁵¹⁾

⁽⁵⁰⁾ [1921] 2 KB 716, 729 (CA); approved in *Birkett v Acorn Business Machines Ltd* [1999] 2 All ER 429, 433 (CA: Colman J, sitting with Sedley LJ); latter case applied in *Pickering v Deacon* [2003] EWCA Civ 554; *The Times*, 19 April 2003. Similarly, in *Skilton v Sullivan*, *The Times*, 25 March 1994, the Court of Appeal said that, if the VAT authorities had not already been informed, the court would have been obliged to report to those authorities the fact that one of the parties had dishonestly violated the VAT rules (see the end of Beldam LJ’s judgment).

⁽⁵¹⁾ This is clear law: N. ANDREWS, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015), 18.33 at fn 319, citing *Quadrant Visual Communications*

- (iv) *protective relief*: in principle, it appears that the parties cannot validly agree *ex ante* to exclude a party's capacity to invoke the court's jurisdiction for the purpose of obtaining protective relief, notably a freezing injunction or a search order; ⁽⁵²⁾ it is submitted that the court would regard this aspect of its coercive jurisdiction as special because it enables a potential claimant to keep live the prospect of being able to bring proceedings which will effectively vindicate the applicant's rights;
- (v) *bound by result of interim application*: Peter Prescott QC noted that when ⁽⁵³⁾ adjudication of applications for inter-

Ltd v Hutchison Telephone (UK) Ltd [1993] BCLC 442, 451 (CA) (cf *Warner Bros v Nelson* [1937] 1 KB 209, 220-1, Branson J); for a contrary suggestion, which is not English law, S. ROWAN, 'For the Recognition of Remedial Terms Agreed *Inter Partes*' (2010) 126 LQR 448, 449-55, 470-5.

⁽⁵²⁾ On protective relief, *Andrews on Civil Processes* (2019), chapter 21.

⁽⁵³⁾ Under the pre-*Cyanamid* practice (see next note), courts would consider the substantive merits, in order to determine whether an interim injunction should be granted; although other factors were also considered (older editions consider the pre-*Cyanamid* position, eg, RH Maudsley, *Hanbury and Maudsley Modern Equity* (10th edn, Stevens, 1976), 81 ff, noting *Hubbard v Vosper* [1972] 2 QB 84, 96-7, 97-8 (CA) (Lord Denning MR, Megaw LJ) (merits to be assessed, but other factors also relevant); see also *JT Stratford & Son Ltd v Lindley* [1965] AC 269, 338-9 (HL), where Lord Upjohn said: 'An appellant seeking an interlocutory injunction must establish a prima facie case of some breach of duty by the respondent to him... He must further establish that the respondents are... intending to repeat that breach of duty... This being so, an injunction may be granted if it is just and convenient so to do, the remedy being purely discretionary. The balance of convenience in these cases is always of great importance and here everything points one way. If the status quo, that is the situation as it was before the issue of the [Trade Union's] instruction, is preserved, the respondents [Trade Union] suffer no immediate loss at all and if they ultimately win they gain their point and can reimpose the embargo. On the other hand, while the embargo was operating the appellant company, on the evidence, suffered a heavy loss of £1,000 a week which they will never recover from the respondents. Plainly it is just and convenient to order an interlocutory injunction to preserve the status quo until judgment in the action so as to prevent further interference by the respondents with the contracts now made by the appellant company with their customers or which they may make with their customers in the future before judgment in the action.'

im injunction was based (predominantly) on the substantive merits of the parties' cases it was not uncommon for parties in the 1960s and early 1970s to agree 'to abide by the result' of the interlocutory application, because in reaching its interim decision the court would have considered the merits;⁽⁵⁴⁾ but it is unlikely that such an agreement would be legally binding; this is because the court's jurisdiction to hear a case on its merits at trial, with access to all factual evidence, and with extensive examination of legal submissions, is quintessentially a matter which cannot be excluded by agreement, unless the parties agree to settle the case; that is to say, an agreement confined to exclusion of trial would be repugnant; but a complete settlement of a dispute is entirely acceptable and legally valid;

- (vi) *penalty rule*: an agreed damages clause (a liquidated damages clause) will be void if it is a penalty;⁽⁵⁵⁾
- (vii) *statutory jurisdiction to provide relief against forfeiture of a deposit*: section 49(2) of the Law of Property Act 1925 gives the court discretion to relieve against forfeiture of a deposit with respect to an agreement for the sale of land; it has been held⁽⁵⁶⁾ that the parties cannot validly by agreement exclude recourse to this jurisdiction (in the second phase of this litigation, at the hearing of the applica-

⁽⁵⁴⁾ P. PRESCOTT (1975) 91 LQR 168-71 (case note on *American Cyanamid Ltd v Ethicon Ltd* [1975] AC 396 (HL), on which *Andrews on Civil Processes* (2019), 10.30 to 10.44; the *American Cyanamid* case states that the courts should be disinclined to get bogged down in a meticulous examination of the merits, pre-trial, and should instead weigh the parties' respective procedural advantages and disadvantages if the interim award of an injunction is made or withheld).

⁽⁵⁵⁾ *Cavendish Square Holdings BV v Makdessi* [2015] UKSC 67; [2016] AC 1172; N. ANDREWS (2021), 27.69 ff (and Bibliography, Part II, section (35), subsection C).

⁽⁵⁶⁾ *Aribisala v St James Homes (Grosvenor Dock) Ltd (No 1)* [2007] EWHC 1694 (Ch); [2007] 3 EGLR 39 at [32] to [43] (Alan Steinfeld QC).

- tion for relief, a different judge ⁽⁵⁷⁾ held that there was no reason to provide relief);
- (viii) *corrupting the judicial process*: an agreement to procure false testimony, ⁽⁵⁸⁾ suppress evidence, ⁽⁵⁹⁾ or to drop a charge, ⁽⁶⁰⁾ or to influence a juror or adjudicator, ⁽⁶¹⁾ will offend the public policy against agreements which tend to pervert the course of justice; this Common Law policy might overlap in some contexts with the 2010 statute against bribery; ⁽⁶²⁾ and so the parties cannot connive at the presentation of false evidence so as to concoct a judgment which is inconsistent with the true merits of the dispute; the parties cannot validly agree on a consent judgment which is contrary to the known facts or which involves concealment of a known illegality or which violates public policy; ⁽⁶³⁾
- (ix) *inadmissible evidence*: the parties cannot by agreement render admissible evidence which is inadmissible under legal doctrine (for example, evidence of pre-formation negotiations, or of subjective opinion, relating to written contracts); ⁽⁶⁴⁾

⁽⁵⁷⁾ *Aribisala v St James Homes (Grosvenor Dock) Ltd (No 2)* [2008] EWHC 456 (Ch); [2009] 1 WLR 1089 (Floyd J).

⁽⁵⁸⁾ *R v Andrews* [1973] QB 422, 426 (CA): ‘to produce false evidence with a view to misleading the court and perverting the course of public justice is a substantive offence; an attempt so to act can be charged as such, and...an incitement so to act is also a charge known to the law.’

⁽⁵⁹⁾ *R v Ali* [1993] Crim LR 396 (CA) (offence extends to an agreement that a potential witness should not give evidence); and see next fn.

⁽⁶⁰⁾ *R v Panayiotou* [1973] 1 WLR 1032 (CA) (attempt to procure a potential criminal witness not to give evidence).

⁽⁶¹⁾ This covers any agreement intended to, or tending to, expose to unacceptable influence, in particular, a juror, court, tribunal, judge, court official, enforcement officer, arbitrator, public decision-maker, or (arguably) mediator.

⁽⁶²⁾ Bribery Act 2010; N. ANDREWS (2021), 16.18; N. ANDREWS, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015), 20.17.

⁽⁶³⁾ CHITTY (2018), 16-063 to 16-065, 16-071 (last sentence).

⁽⁶⁴⁾ N. ANDREWS (2021), 20.25 ff.

- (x) *evidential privileges*: it is established ⁽⁶⁵⁾ that an *agreement to waive legal advice privilege is revocable* until it is too late to try to revoke because the information has been disclosed and waiver has occurred ('the cat has then been let out of the bag'); whether an *ex ante* agreement can exclude the privilege against self-incrimination is unclear; ⁽⁶⁶⁾ an evidential privilege ⁽⁶⁷⁾ which protects party X can be waived by party X, notably, legal advice privilege, litigation privilege, and the privilege against self-incrimination; a privilege protecting both parties, namely, 'without prejudice' communications, cannot be waived unilaterally, but only by agreement; public interest immunity can be waived only if consistent with the relevant public interest;
- (xi) *evidence in general*: the parties cannot validly agree *ex ante* that evidence will be excluded, for example, that a person or the representatives of a company will not be called to give evidence, or that categories of potential evidence will be excluded, such as information held on com-

⁽⁶⁵⁾ *Goldman v Hesper* [1988] 1 WLR 1238, 1240 (CA) (Taylor LJ): '[it was unsuccessfully submitted that] once a [promised] waiver of privilege had been made by the defendant she could not go back on it. [Counsel] did not advance any authority for that proposition and did not develop it more than simply to state it. He was wise in my judgment to make no more of it than that because it has little merit. In my judgment it cannot succeed. In this instance no action had been taken on the letter of [proposed] waiver, and the situation is not the same as might have been if there had been some documents already dispatched to be inspected by the plaintiff. Here nothing had been done and nothing was spoiled. The pass had not been sold, and in my judgment the defendant was perfectly entitled, on taking advice, to withdraw the waiver and her withdrawal was effective.' The proposition is accepted by B. THANKI (ed), *The Law of Privilege* (3rd edn, Oxford University Press, 2018), 5.33.

⁽⁶⁶⁾ K. GREVLING, 'Contracting Out of the Privilege Against Self-incrimination'. In F. ROSE (ed), *Consensus ad Idem: Essays on the Law of Contract in Honour of Guenther Treitel* (Sweet and Maxwell, 1996), chapter 2.

⁽⁶⁷⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), chapter 12; and Bibliography, section III.E therein at p 1146.

puter discs or other data banks, or evidence located in particular locations, or evidence controlled by specified persons;

- (xii) *restrictions upon the assignment of causes of action*: within the law of assignment, ⁽⁶⁸⁾ it is established that the transfer of certain causes of action is contrary to public policy; ⁽⁶⁹⁾ in particular, the right to sue for personal injury or a fatal accident cannot be validly assigned; thus in *Simpson v Norfolk and Norwich University Hospital NHS Trust* (2011) ⁽⁷⁰⁾ the Court of Appeal held that a personal injury claim exercisable by the true victim X cannot be validly assigned to Y so as to enable Y to sue the defendant for damages in the tort of negligence; the doctrine of champerty (see text immediately below) invalidates such attempted assignments; accordingly, in this context, the defendant can obtain a court order for the striking out of the assignee's claim;
- (xiii) *the public policy doctrines of 'maintenance' and 'champerty'*: the doctrine of 'maintenance' ⁽⁷¹⁾ invalidates agreements which involve the promotion of civil claims by non-parties, including lawyers; and the doctrine of 'champerty' invalidates an agreement providing for a non-party, including a lawyer, to gain some or all of the success gained in a civil suit; but conditional fee

⁽⁶⁸⁾ N. ANDREWS (2021), chapter 10. Specialist literature: CHITTY (2018), chapter 19 (by A.S. BURROWS); *Guest on the Law of Assignment* (A.G. GUEST and Y.K. LIEW, eds) (3rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2018); M. SMITH and N. LESLIE, *The Law of Assignment* (3rd edn, Oxford University Press, 2018); *Snell's Equity* (2019), chapter 3 (David Fox); G. TOLHURST, *The Assignment of Contractual Rights* (2nd edn, Hart Publishing, Oxford, 2016).

⁽⁶⁹⁾ N. ANDREWS (2021), 10.19.

⁽⁷⁰⁾ [2011] EWCA Civ 1149; [2012] 1 All ER 1423; G. TREITEL (2020), 15-062, discerns here a more discriminating approach, noting Moore-Bick LJ at [7].

⁽⁷¹⁾ On this topic, including the statutory exceptions introduced to make available certain 'no-win-no-fee' agreements, N. ANDREWS (2021), 16.56 to 16.59; CHITTY (2018), 16-76 to 16-97.

agreements (which statute provides can be validly created with respect to either court proceedings or arbitration) and damages-based agreements are statutory exceptions to these Common Law doctrines; in *Sibthorpe v Southwark LBC* (2011) ⁽⁷²⁾ the Court of Appeal held that the doctrine of champerty does not invalidate an agreement where the claimant's solicitor has promised his client that, if the case is lost, the solicitor will be financially responsible for that client's potential costs liability towards the opponent; this case reflects the modern tendency not to expand the champerty doctrine; the same decision also attractively promotes access to justice; ⁽⁷³⁾ the result was that the conditional fee agreement between that client and his lawyer was valid;

- (xiv) *settlements; persons not sui iuris*: settlement of pending civil proceedings must be ratified by the court if the settlement concerns a minor (someone under 18 years of age) or a person (whether an adult or a minor) who has a mental disability; ⁽⁷⁴⁾
- (xv) *enforcement*: an *ex ante* agreement that certain modes of enforcement will be excluded would appear to offend the doctrine that the court's jurisdiction cannot be ousted; ⁽⁷⁵⁾

⁽⁷²⁾ [2011] EWCA Civ 25; [2011] 1 WLR 2111 (also known as *Morris v Southwark LBC*); notably at [42] to [44], [47] to [49], [51] to [53], [55]; noted, A. SEDGWICK (2011) 30 CJK 261; Lord Neuberger MR noted that champerty concerns arrangements where the non-litigant funder (here, the client's lawyer) agrees to gain positively from the relevant litigation; by contrast, here the lawyer would suffer a loss if the case were lost, because he would have to indemnify his client; on the other hand (the following point was not considered in this case) the lawyer stands to make an overall gain in the sense that the case would not have been attracted if the lawyer had not been able to offer the present contingent costs indemnity.

⁽⁷³⁾ *Ibid*, at [49].

⁽⁷⁴⁾ CPR 21.10; *Andrews on Civil Processes* (2019), 14.93 to 14.98.

⁽⁷⁵⁾ CHITTY (2018), 16-72 to 16-75, on the general proposition that an agreement cannot oust the court's jurisdiction.

for example, a loan agreement which stipulated that no enforcement proceedings could be brought would appear to be self-contradictory and contrary to public policy; ⁽⁷⁶⁾

(xvi) *ius cogens and arbitration procedure*: the Arbitration Act 1996 acknowledges ⁽⁷⁷⁾ the parties' joint capacity to agree upon how the reference is to be conducted; but the statute identifies ⁽⁷⁸⁾ a large raft of matters which are *ius cogens*

⁽⁷⁶⁾ Cf the general remark of Jacob: 'A right or claim without a remedy is empty of legal content; it may have some other social basis but is void of any legal basis', J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice* (Stevens, London, 1987), 170. A *tertium quid* would be a loan agreement which stipulated that legal proceedings were confined to declaratory relief; such relief might establish a set-off right in favour of the lender; but otherwise the effect of such an agreed exclusion would be to render the loan 'uncollectable' by the lender and hence commercially nugatory, subject to extra-legal 'naming and shaming', 'black-listing', and to other informal sanctions which might prove to be highly unsavoury. Another permutation is a legally binding loan, but without interest: *Al Jaber v Al Ibrahim* [2019] EWCA Civ 230; [2019] 1 WLR 3433 (appeal pending), where the court refused to insert an implied term to make interest payable.

⁽⁷⁷⁾ s 1, Arbitration Act 1996: 'the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as are necessary in the public interest'. This is principle (b), one of three articulated at section 1.

⁽⁷⁸⁾ s 4, and sch 1, Arbitration Act 1996 (these provisions receive brief, and selective, mention *Enka Insaatve Sanayi AS v 000 Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38; [2020] 1 WLR 4117 at [81] (Lords Hamblen and Leggatt); the list of non-excludable, mandatory matters is as follows (those of particular importance have been underlined by the author:

'sections 9 to 11 (stay of legal proceedings); section 12 (power of court to extend agreed time limits); section 13 (application of Limitation Acts); section 24 (power of court to remove arbitrator); section 26(1) (effect of death of arbitrator); section 28 (liability of parties for fees and expenses of arbitrators); section 29 (immunity of arbitrator); section 31 (objection to substantive jurisdiction of tribunal); section 32 (determination of preliminary point of jurisdiction); section 33 (general duty of tribunal); section 37(2) (items to be treated as expenses of arbitrators); section 40 (general duty of parties); section 43 (securing the attendance of witnesses); section 56 (power to withhold award in case of non-payment); section 60 (effectiveness of agreement for payment of costs in any event); section 66 (enforcement of award); sections 67 and 68 (challenging the award: substantive jurisdiction and serious irregularity), and sections 70 and 71 (supplementary provisions; effect of order of court) so far as relating to those sections; section 72

and hence incapable of being excluded by party agreement; examples are the right to challenge an award on the basis that the tribunal lacked jurisdiction (or exceeded the scope of that jurisdiction), ⁽⁷⁹⁾ or that there has been a serious procedural irregularity ⁽⁸⁰⁾ in the conduct of the arbitration.

But parties can modify or control the court process to the following limited extent:

- (1) *prescription rules (1): extension*: a limitation defence can be waived by a defendant ⁽⁸¹⁾ (this is the defence that a claim is barred under the Limitation Act 1980; that defence is applicable both to court proceedings and arbitration references); furthermore, it appears that the same statutory regime can also be modified by *ex ante* agreement so as to give ‘more time’ within which the relevant claim can be formally commenced;
- (2) *prescription rules (2): shortening*: conversely, the parties can, and often do, make express provision that claims will

(saving for rights of person who takes no part in proceedings); section 73 (loss of right to object); section 74 (immunity of arbitral institutions, &c.); section 75 (charge to secure payment of solicitors’ costs).’

⁽⁷⁹⁾ s 67, Arbitration Act 1996.

⁽⁸⁰⁾ s 68, Arbitration Act 1996.

⁽⁸¹⁾ The defence mostly provided by the Limitation Act 1980 operates under English law not to extinguish the underlying right (except in very rare situations) but rather to place a procedural bar on the claim, that bar being exercisable by the defendant, if it decides to raise this defence; on this jungle of rules and judicial glosses: *Andrews on Civil Processes* (2019), chapter 8; F. BURTON and A. ROY, *Personal Injury Limitation Law* (3rd edn, Bloomsbury Publishing, London, 2013); M. CANNY, *Limitation of Actions in England and Wales* (Bloomsbury Publishing, London, 2013); CHITTY (2018), chapter 28 (A.S. BURROWS); A. MCGEE, *Limitation Periods* (8th edn, Sweet & Maxwell, London, 2018); on abortive recommendations for change: ‘Limitation of Actions’ (L Com No 270, 2001), on which N. ANDREWS [1998] CLJ 588; R. JAMES (2003) 22 CJQ 41; comparative discussion: *Unidroit’s Principles of International Commercial Contracts* (3rd edn, Rome, 2010), chapter 10; R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription* (Cambridge University Press, 2002).

- be subject to a shorter limitation period; ⁽⁸²⁾ in the case of arbitration, the court can offer relief in respect of an unreasonably short agreed period of limitation; ⁽⁸³⁾
- (3) *issues narrowed by agreement*: by the process of settlement, or by the claimant's waiver ⁽⁸⁴⁾ of potential points of claim, or the defendant's waiver of potential defences, the parties can agree upon the scope of their dispute; similarly, issues of fact might be agreed, or become the subject of a 'concession'; the result is that the relevant matter is removed from potential adjudication;
 - (4) *choice of law*: by a choice of law clause, the substantive law applicable to the dispute can be agreed (for example, a foreign system of substantive law might be agreed to apply to the dispute); ⁽⁸⁵⁾ similarly, it can be conceded that a point of law applies in a particular manner; if so, the court adopts this agreed version of the substantive law (unless that would involve a conflict with mandatory statutory law or public policy);
 - (5) *service of process*: the parties can agree on where the claim form will be served; ⁽⁸⁶⁾
 - (6) *disclosure (discovery) rules*: the parties, by an *ex ante* written agreement, can exclude or limit 'standard disclosure', that is, a party's capacity to invoke the disclosure ('discovery') powers contained in the CPR, the civil procedural rules, or applied and controlled by the court; ⁽⁸⁷⁾

⁽⁸²⁾ Eg a 12-month period, on the facts of *New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd* ('*The Eurymedon*') [1975] AC 154 (PC).

⁽⁸³⁾ s 12, Arbitration Act 1996.

⁽⁸⁴⁾ S. WILKEN and K. GHALYS, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (3rd edn, Oxford University Press, 2012).

⁽⁸⁵⁾ *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws* (15th edn, Sweet and Maxwell, London), Rule 222.

⁽⁸⁶⁾ CPR 6.11.

⁽⁸⁷⁾ CPR 31.5(1)(c); P. MATTHEWS and H. MALEK, *Disclosure* (5th edn, Sweet and Maxwell, London, 2017), 8.08, note that this rule is a derogation from a

disclosure is the pre-trial process of revealing for inspection documentation; the parties have a provisional joint power to exclude ‘Initial Disclosure’ under the (current) ‘Disclosure Pilot for the Business and Property Courts’;⁽⁸⁸⁾

- (7) *exclusion of compensation and/or specific performance or injunction with respect to breach*: subject to statutory and Common Law rules concerning the operation of exclusion clauses,⁽⁸⁹⁾ the parties can agree that damages will be capped or even excluded;⁽⁹⁰⁾ it is unclear whether the parties can agree that specific performance or an injunction will not be granted; for example, a vendor might purport to agree that if the buyer fails to buy a piece of land the vendor’s only recourse will be to forfeit the buyer’s deposit and to pay damages (if any) beyond that forfeited sum, but the buyer assents to exclusion of specific performance (a mandatory injunction available as the primary remedy in the context of agreements to sell land); if there has been no misrepresentation, duress, or undue in-

general principle that the discovery rules cannot be excluded; and they state that this is based on the general principle that the court’s jurisdiction cannot be ousted; on a different point, the parties’ agreement might give rise to the privilege of ‘without prejudice communications’, and this will impinge on the disclosure process, as in *Rabin v Mendoza & Co* [1954] 1 WLR 271 (CA) (discussions or material which were thus privileged as between the parties cannot be the subject of a discovery order or obligation; more precisely, the information can be disclosed, but production withheld on the ground of privilege).

⁽⁸⁸⁾ PD 51U, paras 5.3(1), 5.8; in the latter it is stated: ‘The court may set aside such an agreement if it considers that Initial Disclosure is likely to provide significant benefits and the costs of providing Initial Disclosure are unlikely to be disproportionate to such benefits.’ This system of disclosure rules took effect on 1 January 2019; and it is likely to be continued.

⁽⁸⁹⁾ On that complicated body of law, N. ANDREWS (2021), chapter 22.

⁽⁹⁰⁾ The present author does not support Rowan’s converse suggestion, that party consent can tie the hands of the courts in general, S. ROWAN, ‘For the Recognition of Remedial Terms Agreed *Inter Partes*’ (2010) 126 LQR 448.

fluence, there does not seem to be any Common Law or statutory objection to such a clause;

- (8) *interest payable upon a judgment debt*: the House of Lords in *Director General of Fair Trading v First National Bank plc* (2001) ⁽⁹¹⁾ made clear that a contractual rate of interest can continue to apply post-judgment until the loan is repaid even though the contractual rate exceeds the statutory judgment rate (such a term is not unfair under the unfair consumer terms legislation); the contractual stipulation had validly excluded the statutory level of interest, even where judgment had been granted; this meant that the doctrine of merger (underlying cause of action absorbed into the judgment) had been expressly dis-applied; ⁽⁹²⁾
- (9) *post-judgment agreed exclusion of appeal*: there is no longer a right to a civil appeal; instead the prospective appellant must obtain permission from the court for appeal; ⁽⁹³⁾ it is submitted that once a judgment has been given, whether before or after an application for permission to appeal is made to the court, the parties can agree that no appeal will take place, or that the appeal will be restricted to specified matters; this is no more than a waiver, or partial waiver of appeal by a prospective appellant; but it is not clear that the parties can validly agree *ex ante* to exclude appeal. The rules ⁽⁹⁴⁾ make clear that the parties cannot agree to extend the period within which a notice of appeal must be filed.

⁽⁹¹⁾ [2001] UKHL 52, [2002] 1 AC 481.

⁽⁹²⁾ *Ibid*, at [3]; generally on the merger doctrine N. ANDREWS (2021), 27.27.

⁽⁹³⁾ CPR 52.3 to 53.7; *Andrews on Civil Processes* (2019), 15.14 to 15.24.

⁽⁹⁴⁾ CPR 52.15.

PART III

Settlement

Attractions of Settlement. – Sharp LJ in *Mionis v Democratic Press SA* (2017) ⁽⁹⁵⁾ summarised the attraction of settlement as follows:

‘There were obvious advantages to both sides to this litigation, in reaching a settlement, as there are for litigants more generally. As Lord Bingham ⁽⁹⁶⁾ put it: ‘The law loves a compromise. It has good reason to do so, since a settlement agreement freely made between both parties to a dispute ordinarily commands a degree of willing acceptance denied to an order imposed on one party by a court decision. A party who settles foregoes the chance of total victory, but avoids the anxiety, risk, uncertainty and expenditure of time which is inherent in almost any contested action, and escapes the danger of total defeat. The law reflects this philosophy, by making it hard for a party to withdraw from a settlement agreement, as from any other agreement, and by giving special standing to an agreement embodied by consent, in an order of the court.’

Sharp LJ added: ⁽⁹⁷⁾

‘I would add that settlement does not only serve the private interests of the litigants, but the administration of justice and the public interest more generally, by freeing court resources for other cases. The law therefore encourages and facilitates the mutual resolution of disputes by various means, for very sound reasons of public policy; and there is obviously an important public interest in the finality of settlement.’

⁽⁹⁵⁾ [2017] EWCA Civ 1194; [2018] QB 662, at [88] (Sharp LJ).

⁽⁹⁶⁾ See the foreword to D. FOSKETT, *The Law and Practice of Compromise* (4th edn, Sweet & Maxwell, London, 1996) (current edition of that work is 9th, 2019).

⁽⁹⁷⁾ [2017] EWCA Civ 1194; [2018] QB 662, at [89] (Sharp LJ).

Settlement is a Nominate Type of Contract. – A settlement is a species of contract (the leading work has as its title *Compromise*,⁽⁹⁸⁾ but that term is a synonym for ‘settlement’). A settlement can be challenged by a party on the basis of general contractual doctrine: misrepresentation, mistake,⁽⁹⁹⁾ duress,⁽¹⁰⁰⁾ undue influence.⁽¹⁰¹⁾

Wider attempts to impugn settlements on the basis of failure to disclose a material fact have been unsuccessful. For example, in *Thames Trains Ltd v Adams* (2006) Nelson J held⁽¹⁰²⁾ that it was not unacceptable for an offeree (Y) to accept a settlement figure even though the offeror (X) had clearly not read a much lower settlement figure which had been proposed the same day by the offeror. The judge rejected⁽¹⁰³⁾ the contention that this involved a unilateral error unconscionably acquiesced in by the other side: ‘a reasonable man would expect [Y’s solicitor to be] entitled to stay silent, act in her client’s best interests and accept the increased offer.’

As for the doctrine of consideration,⁽¹⁰⁴⁾ it is established that a compromise or settlement of a dispute is supported by consideration unless the claimant knew that the claim was bad in law or fac-

⁽⁹⁸⁾ *Foskett on Compromise* (9th edn, Sweet and Maxwell, London, 2019).

⁽⁹⁹⁾ *Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 (HL) (leading decision on the doctrine of shared mistake in contract law; but severance payment agreement not void for mistake).

⁽¹⁰⁰⁾ *Zurich Insurance Co Ltd v Hayward Zurich Insurance* [2016] UKSC 48; [2017] AC 142 (insurer settling exaggerated claim; claimant’s fraud later uncovered; settlement set aside for fraud).

⁽¹⁰¹⁾ Eg, *Bell v Lever Bros* [1932] AC 161 (HL) (leading decision on the doctrine of shared mistake in contract law; but severance payment agreement not void for mistake); *Zurich Insurance Co Ltd v Hayward Zurich Insurance* [2016] UKSC 48; [2017] AC 142 (insurer settling exaggerated claim; claimant’s fraud later uncovered; settlement set aside for fraud).

⁽¹⁰²⁾ [2006] EWHC 3291 (QB); for a similar context and the same result, *Turner v Green* [1895] 2 Ch 205 (Chitty J).

⁽¹⁰³⁾ [2006] EWHC 3291 (QB), at [56].

⁽¹⁰⁴⁾ The Common Law requirement that a promise must be part of a bargain, and thus not gratuitous, in the absence of a deed or covenant.

tually wholly unarguable, or there was objectively no reasonable basis for believing that the claim was arguable in law. ⁽¹⁰⁵⁾

As for the doctrine of certainty, courts lean in favour of upholding apparent settlements, notwithstanding some obscurities in the terms of the agreement or minor loose-ends. ⁽¹⁰⁶⁾

Settlement's Importance. – Most disputes which give rise to claims (whether or not proceedings are formally commenced) are either abandoned (known as ‘discontinuance’, ⁽¹⁰⁷⁾ that is, unilaterally terminated by the claimant) or they are settled by agreement. ⁽¹⁰⁸⁾ Only a small percentage of civil disputes involve a formal adjudicative process, whether court proceedings or arbitration. Of those

⁽¹⁰⁵⁾ There is no consideration supporting a compromise of a fraudulent claim: *Callisher v Bischoffsheim* (1870) LR 5 QB 449, 452, citing *Cook v Wright* (1861) 1 B & S 559, 570; *Miles v NZ Alford Estate* (1886) 32 Ch D 266 (CA); N. ANDREWS, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015) 5.12; the *Callisher* case and later authorities were noted in *LCP Holding Ltd v Homburg Holdings BV* [2012] EWHC 3643 (QB), at [47] ff (Judge Mackie QC), notably *Hill v Haines* [2007] EWCA Civ 1284; [2008] Ch 412, at [79] (Rix LJ); generally, *Foskett on Compromise* (9th edn, Sweet and Maxwell, London, 2019); CHITTY (2018), 4-51 to 4-57.

⁽¹⁰⁶⁾ *Scammell v Dicker* [2005] EWCA Civ 405; [2005] 3 All ER 838, at [39] to [43] (Rix LJ), emphasising that the courts will be especially keen to uphold apparent contracts of compromise or settlement; and for another example of a settlement being upheld *MRI Trading AG v Erdenet Mining Corp LLC* [2013] EWCA Civ 156; [2013] 1 CLC 423; [2013] 1 Lloyd’s Rep 638.

⁽¹⁰⁷⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 10.127 ff.

⁽¹⁰⁸⁾ For literature on settlement, N. ANDREWS, *The Modern Civil Process: Judicial and Alternative Forms of Dispute Resolution in England* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2008), chapter 10; S. BLAKE, J. BROWNE and S. SIME, *The Jackson ADR Handbook* (2nd edn, Oxford University Press, 2016), chapters 12 and 18 to 20; H. GENN, *Hard Bargaining: Out of Court Settlement in Personal Injury Actions* (Oxford University Press, 1987); H. GENN, *Judging Civil Justice* (Cambridge University Press, 2009); *Foskett on Compromise* (9th edn, Sweet & Maxwell, London, 2020); E. KAJKOWSKA, *Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses* (Hart and Bloomsbury Publishing Oxford, 2017); M. PALMER and S. ROBERTS, *Dispute Processes* (Cambridge University Press, 2005; reprinted 2008).

cases which are commenced in the English civil courts, only a small segment of cases reach trial and so are finally adjudicated on the merits. Settlement during the course of a trial is quite common. Even more common is settlement at the threshold of the court before the case opens. Therefore, settlement carries the greatest level of traffic: it is Civil Justice's major trunk road.

Pre-Commencement Settlement. – Settlement can precede commencement of proceedings, and the pre-action protocol system is intended primarily to promote such an amicable conclusion. ⁽¹⁰⁹⁾ A settlement, even without a court order, will resolve the case finally and so preclude a party from litigating the matter. If one party seeks to do so, he will commit a breach of contract. There are two ways in which he can be prevented from obtaining judgment in those proceedings: the court can grant a stay of that action (assuming it has been brought in England); or the defendant, who is the innocent party, can plead as his main defence the fact that this action has been brought in breach of the settlement agreement.

Settlement When Proceedings are Pending. – Settlement might occur (and frequently does) after proceedings are already afoot. There are various categories of consent judgment or 'judgment by consent': ⁽¹¹⁰⁾ a consent order, or a *Tomlin* order accompanied by a stay, or judicial dismissal by consent. In the absence of a consent judgment, or discontinuance ⁽¹¹¹⁾ by a claimant, an action which is settled by pure agreement will remain pending until such time as one of the parties notifies the court that the action should be dismissed, or unless the action is struck out by the court because, as a

⁽¹⁰⁹⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 4.003 to 4.011.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibid.*, 14.99 to 14.115.

⁽¹¹¹⁾ *Ibid.*, 10.127 ff.

result of their undisclosed settlement, one party, or both parties, has failed to comply with a procedural order or rule. ⁽¹¹²⁾

Post-judgment Settlement. – It is possible for a settlement to occur after judgment. Uncertainties concerning a pending appeal, or the prospects of obtaining enforcement of a positive judgment, might induce settlement. But amicable capitulation at this very late stage is unlikely because the judgment victor will not normally perceive it as in his or her interests to abandon that victory, or at any rate to dilute it.

Nevertheless, the fact that judgment has already been entered did not deter a Lord Justice of Appeal in the famous *Dunnett* case ⁽¹¹³⁾ from issuing to both the appellant (Mrs Dunnett) and respondent (Railtrack plc) a mediation recommendation notice as part of the process of granting permission to appeal. At the conclusion of the substantive appeal, the twice successful respondent company was denied the costs of the appeal (that is, the respondent was not ordered to pay the appellant's costs), because the appellant had failed to act on this mediation recommendation.

Mediated Settlement. – Mediated settlements are the result of discussion between the parties facilitated by the mediator (the literature concerning mediation clauses is cited elsewhere in this paper at footnote 44; and terminological distinctions between different types of mediation agreements are explained at footnote 11). Such a settlement will tend to become embodied in a written agreement signed by both parties' parties or, if not an individual, a representa-

⁽¹¹²⁾ On pre-trial settlements which are expressed to be 'subject to liberty to apply for a costs order', see *Brawley v Merezynski (No 1)* [2002] EWCA Civ 756; [2003] 1 WLR 813.

⁽¹¹³⁾ *Dunnett v Railtrack plc* [2002] EWCA Civ 303; [2002] 1 WLR 2434; *Andrews on Civil Processes* (2019), 28.50 to 28.56.

tive. Indeed the usual practice is that the mediation procedure agreement prescribes that a mediated settlement should be in writing and signed by the parties.⁽¹¹⁴⁾ There is an argument that this agreed formality clause cannot be orally waived and that it operates to require a mediated settlement to be in writing, so that an informal agreement would not be effective.⁽¹¹⁵⁾

PART IV

Contract Law and Evidence

Writing. – Not all contracts must be made in writing.⁽¹¹⁶⁾ In fact the formality of writing is a rare requirement. Before the recent period of ‘lockdown’ (that is, social movement restricted under Government order during the pandemic of 2020-2021), the majority of transactions occurred without writing, many consumers being too busy even to take their ‘receipt’ for items bought silently, often by automatic scanning of the goods. Nevertheless, it is often prudent to reduce a contract to writing, for reasons of proof and certainty.

In business contexts, that is, where both parties are engaged in commerce, written contracts are dominant. A written contract is a special form of agreement. The document is an exclusive statement of the terms of the deal, so that the contract is the document (paper

⁽¹¹⁴⁾ *Brown v Rice* [2007] EWHC 625 (Ch); [2008] FSR 3 (Stuart Isaacs QC), notably at [52] and [53].

⁽¹¹⁵⁾ T. ALLEN, *Mediation Law and Civil Practice* (2nd edn, Bloomsbury Publishing, 2019), 2.8, reviewing English and Canadian cases, but relying primarily on the Supreme Court’s recognition of a ‘no oral modification’ clause in *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24; [2019] AC 119, at [12], [13], [16] (Lord Sumption) (main transaction contains clause requiring any variation of the agreement to be in writing, and sometimes also signed by designated representatives).

⁽¹¹⁶⁾ Generally, J. CARTWRIGHT: *Formation* (2018), Part II; N. ANDREWS (2021), chapter 5.

or electronic). The document is not an attempted recording or memorandum of earlier words spoken or tacitly understood by the parties (although records or memoranda of oral agreements are not unknown).

There are some excellent illustrations in the recent English case law of the difficulty of sustaining a claim for breach of contract where the allegation rests on the undocumented assertion that the defendant orally promised that he or she would pay a sum to the claimant, or that the defendant would transfer or lend something, or do something beneficial, to the claimant or to a third party at the claimant's request.

In *Hadley v Kemp* (1999) ⁽¹¹⁷⁾ it was necessary for the trial judge to hear extensive evidence to determine whether a songwriter had orally agreed to share his royalties with fellow members of his pop band ('Spandau Ballet'). The judge concluded that, even if such an undertaking had been made, there was no accompanying intent to create legal relations. In short, the putative promise (if made, and even if certain in content) would have been made in a social context without sufficiently strong 'business' connotations so as to render it legally binding.

In *Blue v Ashley* (2017) ⁽¹¹⁸⁾ the allegation was that a wealthy businessman had promised a specified massive sum, in fact a fortune, if the other party could procure a stipulated percentage enhancement of the share value of the relevant company. Leggatt J concluded that the promise (even if it had been made) was self-evidently a joke, given the informal context in which the words had been uttered. The hearing lasted over five days. Leggatt J concluded: ⁽¹¹⁹⁾ '...[No] reasonable person present in "The Horse & Groom" [licensed premises: a pub] on 24 January, 2013 would have thought that the offer to pay Mr Blue £15 million was serious and was intended to create a contract, and no one who was actually present in "The Horse &

⁽¹¹⁷⁾ [1999] EMLR 589, 610-623 (Park J).

⁽¹¹⁸⁾ [2017] EWHC 1928 (Comm).

⁽¹¹⁹⁾ *Ibid.*, at [142].

Groom” that evening, including Mr Blue, did in fact think so at the time. They all thought it was a joke.’

Similarly, in *Kucukkoylu v Ozcan* (2014) ⁽¹²⁰⁾ a six-day High Court trial was required to determine that (1) the parties had orally agreed to play the National Lottery on a ‘50:50 basis’, (2) each had contributed equally, with the result that (3) the winnings were to be distributed equally, that last point being supported by either an express or an implied term.

Written Agreements. – The following trichotomy ⁽¹²¹⁾ covers the whole ground. Contracts can be made (a) wholly in writing (either a written contract supported by consideration, or a deed, ⁽¹²²⁾ also known as a covenant, which can be gratuitous), or (b) wholly orally, or (c) the contract can be part-written and part-oral. If the agreement is wholly in writing the following three rules apply.

Rule (1): Interpretation of a Written Contract is an Issue of ‘Law’ and Not ‘Fact’. First, the issue of interpretation (sometimes called the issue of ‘construction’) becomes a matter of law, ⁽¹²³⁾ as

⁽¹²⁰⁾ [2014] EWHC 1972 (QB) (Judge Gosnell), at [42], [51].

⁽¹²¹⁾ Law Commission ‘The Parol Evidence Rule’ (Law Commission Report No 154, Cmnd 9700, 1986), 2.10, 2.11; CHITTY (2018), 13-002.

⁽¹²²⁾ s 1(2) and (3) of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 provide the main rules governing deeds, as amended by the Regulatory Reform (Execution of Deeds and Documents) Order 2005 (SI 2005/1906), Rule 7(3); J. CARTWRIGHT: *Formation* (2018) chapter 7; K. LEWISON: *Interpretation* (2020) chapter 10 (‘Preliminary Parts of a Deed’). On the topic of deeds and the protection of third parties, M. FURMSTON and J.W. CARTER, ‘Indemnities for the Benefit of Others’ (2011) 27 JCL 82. A gratuitous promise will be legally binding as a deed (or ‘covenant’) if: (1) the instrument is declared on its face to be a deed (on this point see the wording of s 1(2) of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989); (2) the document containing the relevant undertaking is signed by the covenantor (promisor); (3) this signature is witnessed by a third party (‘attestation’); and (4) the deed is then given effect by ‘delivery’ (normally by physical transfer to the covenantee).

⁽¹²³⁾ N. ANDREWS (2021), 20-12.

distinct from one of fact. In the pre-modern era of civil jury trial, an issue of law would be decided by the judge without it being referred to the jury. Civil juries no longer sit in contract cases and have, more generally, virtually disappeared from English civil proceedings. An issue of law is more readily taken on appeal and is thereupon open to reconsideration.⁽¹²⁴⁾ By contrast, a point of fact is less likely to be re-opened on appeal.⁽¹²⁵⁾ Interpretation of a written contract, being one of law, might produce an appeal from an arbitral award, provided the court's permission is granted under section 69 of the Arbitration Act 1996.⁽¹²⁶⁾ But the court cannot hear an appeal on a matter of fact from an arbitral award.⁽¹²⁷⁾

Rule (2) Extrinsic Evidence Inadmissible. Secondly, the so-called 'parol evidence rule'⁽¹²⁸⁾ prevents a party to a contract which is wholly written from adducing oral or other 'extrinsic' evidence in order to contradict, vary, subtract from, or add to, the contract. Evidence of an 'extrinsic' nature is normally oral evidence. But in principle it could be documentary evidence external to the written agreement.

⁽¹²⁴⁾ Generally on civil appeals, *Andrews on Civil Processes* (2019), 15.35 to 15.51.

⁽¹²⁵⁾ *Ibid.*, 15-35 to 15-51.

⁽¹²⁶⁾ *Ibid.*, 41.71 to 41.114.

⁽¹²⁷⁾ *Ibid.*, 30.112, 41.53, sub-para (vii).

⁽¹²⁸⁾ CHITTY (2018), 13-109 ff; PHIPSON (2017), 42-12; Law Commission 'The Parol Evidence Rule' (Law Commission Report No 154, Cmnd 9700, 1986) (noted G. MARSTON [1986] CLJ 192); D. MCLAUGHLAN, *The Parol Evidence Rule* (Professional Publications, Wellington, 1976); D.W. MCLAUGHLAN, 'Parol Evidence and Contract Formation' (2005) 121 LQR 9, and D. MCLAUGHLAN, 'The Entire Agreement Clause...' (2012) 128 LQR 521, at 526-30; PHIPSON (2017), 42-12 ff; R. STEVENS, 'Objectivity, Mistake and the Parol Evidence Rule', in A.S. BURROWS and E. PEEL (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007) chapter 6, at 107 ff; G. TREITEL (2020), chapter 6, part 1(c); for scepticism, G. MCMEEL: *Construction* (2017), 15.08 to 15.50.

The parol evidence rule was formulated by Lord Morris in *Bank of Australasia v Palmer* (1893): ⁽¹²⁹⁾ ‘parol testimony cannot be received to contradict, vary, add to or subtract from the terms of a written contract, or the terms in which the parties have deliberately agreed to record any part of their contract.’ This rule applies if a contract is wholly contained in writing. It does not apply if the contract is oral, or only partly written and partly oral. ⁽¹³⁰⁾

The same rule was extolled by Lord Hobhouse in *Shogun Finance Ltd v Hudson* (2003) ⁽¹³¹⁾ as ‘fundamental to the mercantile law of this country; the bargain is the document; the certainty of the contract depends on it and this rule is one of the great strengths of English commercial law and is one of the main reasons for the international success of English law in preference to laxer systems which do not provide the same certainty.’

The exclusionary operation of the parol evidence rule will not apply if it is shown that the text was not intended to be the exclusive source of contractual arrangements between the parties. Some might even regard the ‘parol evidence rule’ as largely a mirage because it is easily displaced by adducing evidence that the ostensible written contract is not a free-standing agreement but an amalgam of written and oral undertakings, or that there is a separate ‘collateral warranty’ subsisting in parallel to the main written agreement. ⁽¹³²⁾

However, parol rule scepticism should not beguile us. The better view, as presented by Treitel, ⁽¹³³⁾ is that the ‘parol evidence rule’ creates a presumption that a contract in writing which *looks* like an agreement fixed in writing is indeed a complete agreement. This will

⁽¹²⁹⁾ [1893] AC 540, 545 (PC); cited by Lord Hobhouse in *Shogun Finance Ltd v Hudson* [2003] UKHL 62; [2004] 1 AC 919, 954, 944.

⁽¹³⁰⁾ Law Commission ‘The Parol Evidence Rule’ (Law Commission Report No 154, Cmnd 9700, 1986), 2.10, 2.11.

⁽¹³¹⁾ [2003] UKHL 62; [2004] 1 AC 919, 954.

⁽¹³²⁾ G. MCMEELE: *Construction* (2017) 15-08 ff; Law Commission, ‘The Parol Evidence Rule’ (Law Com No 154, 1986); CHITTY (2018) 13-111 and 13-112; K. WEDDERBURN ‘Collateral Contracts’ [1959] CLJ 58.

⁽¹³³⁾ G. TREITEL (2020) 6-022.

be so unless the party resisting that conclusion satisfies the court that the parties did not in fact intend the agreement to be an exclusive statement of their contractual relations.

The parol evidence rule is distinct from the exclusionary rule barring reference to pre-formation communications for the purpose of interpreting contractual written language (see text below). Thus that evidential bar precludes reference to material which might or might not illuminate the process of construing the words contained in the contractual text; whereas the parol evidence rule is aimed at preventing an alteration of the contents of the text. But the rationalia supporting both the evidential bar ⁽¹³⁴⁾ and the parol evidence rule overlap.

It is submitted that the parol evidence rule is a sound doctrine. It promotes certainty, the integrity of an agreed text, and avoidance of side disputes. As a leading textbook states, ‘when the parties have deliberately put their agreement into writing, it is conclusively presumed between themselves and their privies that they intend the writing to form a full and final statement of their intentions, and one which should be placed beyond the reach of future controversy, bad faith, or treacherous memory.’ ⁽¹³⁵⁾ Similarly, Robert Stevens attractively states: ⁽¹³⁶⁾ ‘Once it is shown that the parties have agreed to be bound to the terms of a contract wholly embodied in a written instrument, each is bound by its terms although one or other might not know what they are, and even though the content of previous negotiations might be inconsistent with the terms contained in the contract... Giving effect to different terms from those contained in the written agreement would be contrary to the agreement the parties have reached.’

⁽¹³⁴⁾ The rationalia supporting this bar are examined in N. ANDREWS (2021), 20-34 to 20-41.

⁽¹³⁵⁾ PHIPSON (2017), 42-13.

⁽¹³⁶⁾ R. STEVENS, ‘Objectivity, Mistake and the Parol Evidence Rule’, in A.S. BURROWS and E. PEEL (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007) 102, 107.

The idea here is that the written contract must be treated as a lone planet, a self-contained world. To admit extrinsic evidence would be to create a moon encircling the written agreement. However, English law does recognise that the principle of freedom of contract ⁽¹³⁷⁾ permits the parties to agree a secondary contract which does in fact have such a lunar relationship with the main contract (and there are other ⁽¹³⁸⁾ qualifications upon the parole evidence rule). The satellite or secondary contract is known as a ‘collateral contract’. It is an agreement in its own right. There are countless examples of the courts having recognised such a collateral contract. ⁽¹³⁹⁾ But the courts maintain a policy of ‘caution’ ⁽¹⁴⁰⁾

⁽¹³⁷⁾ Generally on that principle, N. ANDREWS (2021), 2-01 to 2-17.

⁽¹³⁸⁾ (1) The doctrine of rectification (see text below); (2) the evidence is intended to show that it is one type of agreement; (3) issues of contractual invalidity, etc: extrinsic evidence is admissible to show that the supposed written contract is invalid, void, vitiated, or otherwise inoperative, for any of these reasons: mistake; lack of consideration; statutory non-compliance; illegality; fraud; misrepresentation; duress; the agreement is subject to a condition precedent; the agreement has been varied or discharged by consensus; to reveal the identity of the parties; or to discover the subject matter of the agreement.

⁽¹³⁹⁾ *New York Laser Clinic Ltd v Naturastudios Ltd* [2019] EWHC 2892 (QB), at [64] and [65] (Cavanagh J), noting the following cases on collateral warranties: *Brown v Sheen and Richmond Car Sales, Ltd* [1950] 1 All ER 1102 (Jones J), and *Shanklin Pier v Detel Products Ltd* [1951] 2 KB 854 (McNair J) (collateral contract between paint supplier and pier-owner that the paint would have the specified durability); *Andrews v Hopkinson* [1957] 1 QB 229 (McNair J); *Yeoman Credit v Odgers Vospers Motor House Plymouth (Third Party)* [1962] 1 WLR 215 (CA); *Wells (Merstham) Ltd v Buckland Sand and Silica Ltd* [1965] 2 QB 170 (Davies J); *Fuji Seal Europe Ltd v Catalytic Combustion Corporation* [2005] EWHC 1659 (TCC), 102 Con LR 47 at [149] to [158] (Jackson J); N. ANDREWS (2021), 17.32 ff; D.W. GREIG, ‘Condition or Warranty?’ (1971) 87 LQR 179; K. LEWISON: Interpretation (2020), 3.15; F.A. PATERSON, *Collateral Warranties Explained* (RIBA Publications, London, 1991); K.W. WEDDERBURN ‘Collateral Contracts’ [1959] CLJ 58; R. ZAKRZEWSKI, ‘Representations and Warranties Distinguished’ (2013) 28 JIBFL 341 (on which K. LOI, ‘Pre-contractual misrepresentation: mistaken belief induced by mis-statements’ [2017] JBL 598, 609).

⁽¹⁴⁰⁾ *Heilbut Symons v Buckleton* [1913] AC 30, 47 (HL) (Lord Moulton); *Business Environment Bow Lane Ltd v Deanwater Estates Ltd* [2007] EWCA Civ

when a party contends that the facts support a finding of such a collateral contract. It should also be noted that a ‘boiler plate’ provision, much used in commercial documents, is an ‘entire agreement’ clause.⁽¹⁴¹⁾ This is a stipulation in the main contract stating that the parties agree to exclude from their agreement any prior and external assurances or warranties or promises. The result is that the parties’ contractual obligations are to be found only within the four corners of the written contract and not in any side or prior agreement⁽¹⁴²⁾ (although the Law Commission⁽¹⁴³⁾ thought that this neat outcome could not be assumed and that where a collateral contract was intended to subsist notwithstanding an entire agreement clause the latter would be overridden).

Agreements subsequent to the formation of the main contract will be more easily substantiated. This is because they represent, by definition, a variation of the subsisting main contract. In practice, commercial parties sometimes prefer that a variation must also be in writing. The Supreme Court of the United Kingdom in *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* (2018)⁽¹⁴⁴⁾

622; [2007] L & TR 26, at [42] (Sir Andrew Morritt C); *Wimpole Theatre v JJ Goodman Ltd* [2012] EWHC 1600 (QB), at [46], [47].

⁽¹⁴¹⁾ Entire agreement clauses: M. BARBER, ‘The Limits of Entire Agreement Clauses’ [2012] JBL 486; K. LEWISON: Interpretation (2020) 3.16; D. MCLAUCHLAN, ‘The Entire Agreement Clause...’ (2012) 128 LQR 521; G. MCMEEL: Construction (2017) chapter 26; C. MITCHELL, ‘Entire Agreement Clauses’ [2006] 22 JCL 222; E. PEDEN and J. CARTER, ‘Entire Agreement and Similar Clauses’ (2006) 22 JCL 1.

⁽¹⁴²⁾ [2016] EWCA Civ 1262; [2017] QB 633 at [20].

⁽¹⁴³⁾ Law Commission ‘The Parol Evidence Rule’ (Law Commission Report No 154, Cmnd 9700, 1986), 2.15 (at that time the phrase ‘entire agreement clause’ had not become current, and so the Law Commission referred to such a clause as a ‘merger’ or ‘integration’ clause).

⁽¹⁴⁴⁾ [2018] UKSC 24; [2019] AC 119; N. ANDREWS (2021), 5-24 to 5.31; J. CARTWRIGHT: Formation (2018), 5-41. Comment following the *Rock* decision: P.S. DAVIES, ‘Varying Contracts in the Supreme Court’ [2018] CLJ 436; J. FISHER, ‘Contract Variation in the Common Law: A Critical Response to *Rock v MWB*’ (2018) 47 Common Law World Review 196; J. SENU AND M. SEREWEL, ‘Between an *Rock* and a Hard Place...’ (2018) 18 OUCLQ 150; J. O’SULLIVAN, ‘Party-

upheld a so-called ‘no oral modification’ (‘NOM’) clause. The effect is that an attempted oral modification has no legal effect where such a NOM clause has been inserted into the original contract. That Supreme Court decision reversed earlier authority which had preferred the rival theory: that a NOM clause is itself capable of being by-passed by an oral variation. Conceptually there is strength in that rival approach, just encapsulated. But the pragmatists have won their victory.⁽¹⁴⁵⁾ And so, in the interest of commercial tidiness and documented book-keeping, the NOM clause precludes an oral variation. There is an exception,⁽¹⁴⁶⁾ based on the principle of estoppel, where one party has expressly represented to the other that the NOM clause will not be applied vis-à-vis the relevant proposed variation, and the other party relies on that assurance.

Rule (3) Judicial Interpretation of Written Contracts: the Three Evidential Bars. The third rule applicable when an agreement is wholly in writing is that the court will not consider the following potential evidence when interpreting a written contract:⁽¹⁴⁷⁾

- (a) evidence of a party’s subjective intention or unilateral understanding of the meaning or contents or effects of the

agreed formalities...’ (2019) 135 LQR 1; S. PEMBLE, ‘Why the Supreme Court is Wrong on NOM’ (2018) EG, issue 1828, p 63; J. TAYLOR, ‘Concerning the enforceability of No Oral Modification clauses’ (2019) 20 Business Law International 81. The following commentators’ discussion supporting the validity of ‘no oral modification’ clauses was endorsed by the Supreme Court (Lord Sumption, *Rock Advertising*, *ibid*, at [9]): E. MCKENDRICK, ‘The legal effect of an Anti-oral Variation clause’ (2017) 32 Journal of International Banking Law and Regulation 439; J. MORGAN, ‘Contracting for self-denial: on enforcing ‘No oral modification’ Clauses’ [2017] 76 CLJ 589; J. O’SULLIVAN, ‘Unconsidered Modifications’ (2017) 133 LQR 191.

⁽¹⁴⁵⁾ For comment, N. ANDREWS (2021), 5-29, 5-30.

⁽¹⁴⁶⁾ *Rock Advertising Ltd v MWB Business Exchange Centres Ltd* [2018] UKSC 24; [2019] AC 119, at [16] (Lord Sumption); N. ANDREWS (2021), 5-27, 5-31.

⁽¹⁴⁷⁾ On these evidential bars, N. ANDREWS (2021), 20-25 to 20-47; the leading case is *Chartbrook v Persimmon Homes Ltd* [2009] 1 AC 1101, which was directly concerned with the negotiation bar, at [28] to [47] especially [42].

written agreement; the reason for this is that it is axiomatic that the process of objective construction must be conducted without regard to such one-sided opinions, whether revealed during litigation in witness statements or testimonial evidence, or otherwise recorded earlier as a statement of a party's personal opinion or subjective understanding;⁽¹⁴⁸⁾

- (b) evidence of the parties' negotiations before the contract was formed;⁽¹⁴⁹⁾
- (c) evidence of the parties' post-formation conduct⁽¹⁵⁰⁾ (unless the parties have reached a fully-fledged and binding

⁽¹⁴⁸⁾ Lewison LJ said in *Kason Kek-Gardner Ltd v Process Components Ltd* [2017] EWCA Civ 2132; [2019] 1 All ER (Comm) 381 at [16]: 'the subjective intention excluded by this principle is subjective intention about what the contract in question means. I do not consider that this exclusion extends to a statement of what one party intends to do outside the contract and after it has been executed.'

⁽¹⁴⁹⁾ The rationalia supporting this bar are examined in N. ANDREWS (2021), 20-34 to 20-41; see also Lord Nicholls, 'My Kingdom for a Horse: the Meaning of Words' (2005) 121 LQR 577; D. McLAUGHLAN (2010) 126 LQR 8, 9-11; G. YIHAN, 'A wrong turn in history: re-understanding the exclusionary rule against prior negotiations in contractual interpretation' [2014] JBL 360; Lord Sumption, 'A Question of Taste: The Supreme Court and the Interpretation of Contracts' (2017) 9 *The UK Supreme Court Yearbook* (Appellate Press, 2018) (<<https://www.supremecourt.uk/docs/speech-170508.pdf>>), who comments, 'the reason [for the exclusionary bar] is more fundamental than [the 'reasons of practical policy' mentioned by Lord Hoffmann in *Chartbrook v Persimmon Homes* [2009] UKSC 38; 2009] 1 AC 1101, at [38]]. The exclusionary rule follows from the objective character of all contractual construction. The course of the negotiations cannot tell us what the contract objectively meant. It can tell us only what one or other of the parties subjectively thought or assumed or hoped that it meant...'

⁽¹⁵⁰⁾ *James Miller & Partners Ltd v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] AC 583, 603 (HL) (Lord Reid) is the leading authority on the general bar; Lords Hamblen and Leggatt observed in *Enka Insaatve Sanayi AS v 000 Insurance Company Chubb* [2020] UKSC 38; [2020] 1 WLR 4117 at [32] that this bar is rooted in the objective principle, that the contract's interpretation is a search for what a reasonable person would understand the wording to mean, and 'not for what the parties subjectively thought or intended'; N. ANDREWS (2021), 20-45 to 20-47.

variation of the agreement, or they have agreed to terminate the agreement).

In practice, the most important of these evidential bars is the second, listed as (b) above, which precludes either party from adducing in evidence details of the parties' pre-formation negotiations.

Rectification. – The negotiation evidence bar just mentioned does not apply if a party seeks to have the written agreement rectified. Rectification ⁽¹⁵¹⁾ is an equitable remedy. If the remedy is granted, its effect is that the court declares that the written agreement (or other 'instrument') must be textually modified. The modification could be a single letter or word, or it could be a much greater recasting of the text, by addition, substitution, or other modification. The rectified text takes effect retrospectively, from the formation of the agreement. ⁽¹⁵²⁾ This is in accordance with the principle that rectification restores the text to reflect the parties' true intended version of the agreement.

The main ⁽¹⁵³⁾ category of rectification concerns proof that the parties had (whether orally or in writing) agreed that the eventual contract would contain terms X, Y, and Z, whereas (inadvertently and not by virtue of a consensual change of plan) the final text failed to reflect the intended agreement on X, Y, and Z, and instead the text erroneously contained terms A, B, and C. Rectification will be ordered by the court to change the text to read A, B, and C. The unintended provisions, concerning X, Y, and X, will be excised.

⁽¹⁵¹⁾ *Ibid*, chapter 21.

⁽¹⁵²⁾ *Ibid*, 21-08, 21-09.

⁽¹⁵³⁾ Another, but in practice minor, category of rectification is 'unilateral mistake rectification', which requires proof that party A suffered an error concerning the contents or effect of the written agreement, but party B dishonestly took advantage of that error, by not pointing it out: N. ANDREWS (2021), 21-36 to 21-50; the leading case is *George Wimpey UK Ltd v VI Construction Ltd* [2005] EWCA Civ 77; [2005] BLR 135.

In order to substantiate such a plea of ‘common mistake rectification’⁽¹⁵⁴⁾ there must be clear evidence within the negotiation material, such as drafts, email discussion, or evidence of the parties’ oral discussion. This evidence must clearly support the plea that the parties had in fact agreed that the contract would comprise terms X, Y, and Z, and that this was their last agreed draft or (if there is no simple ‘paper-chase’) their last agreed consensual intention.

Intent to Create Legal Relations: Two ‘Presumptions.’ – Where the parties are engaged in commerce, for example a business-to-business agreement, or an agreement between employer and employee, there is a presumption that the parties intended the agreement to be legally binding. In *Edwards v Skyways* (1964)⁽¹⁵⁵⁾ a company’s promise to pay redundancy money to employees was held to be enforceable, even though expressed to be ‘ex gratia’.⁽¹⁵⁶⁾ Megaw J commented on the process of rebutting this presumption as follows:⁽¹⁵⁷⁾ ‘Where the subject matter of the agreement is not domestic or social, but is related to business affairs, the parties may, by using clear words, show that their intention is to make the transaction binding in honour only, and not in law; and the courts will give effect to the expressed intention.’

Conversely, where the parties are spouses⁽¹⁵⁸⁾ and the marriage was sound at the time of the relevant agreement, there is a presump-

⁽¹⁵⁴⁾ The leading decision is *FSHC Group Holdings Ltd v GLAS Trust Corporation Ltd (Rev 1)* [2019] EWCA Civ 1361; [2020] Ch 365.

⁽¹⁵⁵⁾ [1964] 1 WLR 349.

⁽¹⁵⁶⁾ A majority in *Wyatt v Krelinger and Fernau* [1933] 1 KB 793 (CA), Greer and Slesser LJ, held that a promise to pay a pension was supported by an intent to create legal relations; on this point Scrutton LJ dissented; but there was no valid consideration.

⁽¹⁵⁷⁾ [1964] 1 WLR 349, 354-5.

⁽¹⁵⁸⁾ *Balfour v Balfour* [1919] 2 KB 571, 579 (CA); *Merritt v Merritt* [1970] 1 WLR 1211, 1214 (CA), where Widgery LJ added this qualification: ‘The experience of life and human nature which raises this presumption in the case of a husband and wife living together in amity does not support it when the affection

tion that the agreement was not intended to be legally binding. That presumption will not apply if the agreement was made by deed or there was an express declaration that the agreement should be accorded legal enforcement.

These matters of ‘presumption’ are presented as facets of substantive law. But they can also be regarded as turning on issues of proof, and hence evidence.

PART V

Contract Law and Procedure

Remedies. – Sir Jack Jacob included all contractual remedies within the scope of civil procedure ⁽¹⁵⁹⁾ (it is not clear whether he would have regarded these matters as external to a course on Contract Law). An interesting example of such an exclusion from the main corpus of contract law is the volume on Contract Law in general ⁽¹⁶⁰⁾ within the *Halsbury’s Laws of England* series. That particular volume contains no discussion of remedies for breach of contract. Instead damages and injunctions, etc, are discussed elsewhere, in different volumes within that alphabetically-arranged encyclopaedia.

But it would be a strange university course which excluded remedies from the Contract Law syllabus. A lawyer proficient in sub-

which produces that relationship of confidence has gone.’ This appears to weaken the presumption considerably, since few marriages are continuously serene. There are suggestions that other family relations are covered by this presumption: *Jones v Padavatton* [1969] 1 WLR 328, 332-3 (CA: Salmon LJ); cited by Widgery LJ in the *Merritt* case, *ibid*, 1214 (CA); but the courts proceed on a case-by-case basis, examining the facts of each non-commercial context.

⁽¹⁵⁹⁾ J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice* (Stevens, London, 1987), 169 to 185.

⁽¹⁶⁰⁾ *Contract* Vol 22 (2019) (J. FENWICK, consultant editor of that volume).

stantive contract law but ignorant of remedies would be worse than useless: he or she would be dangerously myopic.

It is obvious, therefore, that judicial remedies, that is, positive outcomes which must be obtained from the court (or from the arbitral tribunal), are fundamental to an understanding of general contractual rules and doctrines. The following classification demonstrates the range of remedies, and this scheme will incorporate non-judicial remedies.

1. *Judicial Remedies*

(A) Remedies for breach of contract are debt, ⁽¹⁶¹⁾ specific performance, ⁽¹⁶²⁾ injunctions, ⁽¹⁶³⁾ damages, ⁽¹⁶⁴⁾ an account of profits, ⁽¹⁶⁵⁾ declarations, ⁽¹⁶⁶⁾ a stay ⁽¹⁶⁷⁾ of proceedings.

(B) Remedies which are not concerned with breach are: rescission ⁽¹⁶⁸⁾ and rectification; ⁽¹⁶⁹⁾ declarations. ⁽¹⁷⁰⁾

(C) Declarations ⁽¹⁷¹⁾ (that is binding declarations of right made by the court) can fall within categories (A) or (B).

2. *Non-Judicial Remedies*

The following self-help ‘remedies’ do not require judicial intervention or ratification:

(D) rescission by private notification of a voidable contract (party who has the right to rescind notifying the other party whose misrepresentation, etc, has given rise to the right to rescind); ⁽¹⁷²⁾

⁽¹⁶¹⁾ N. ANDREWS (2021), chapter 27.

⁽¹⁶²⁾ *Ibid.*, 29-01 to 29-29.

⁽¹⁶³⁾ *Ibid.*, 29-30 to 29-55.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibid.*, chapter 28.

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibid.*, 29-67 to 29-74.

⁽¹⁶⁶⁾ *Ibid.*, 29-75 to 29-81.

⁽¹⁶⁷⁾ *Ibid.*, 29-82 to 29-84.

⁽¹⁶⁸⁾ *Ibid.*, 11-12 to 11-21.

⁽¹⁶⁹⁾ *Ibid.*, chapter 21.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibid.*, 29-75 to 29-81.

⁽¹⁷¹⁾ *Ibid.*

⁽¹⁷²⁾ *Ibid.*, 11-71 to 11-73.

(E) forfeiture of deposits ⁽¹⁷³⁾ or of proprietary or possessory interests; ⁽¹⁷⁴⁾

(F) withholding of a counter-performance by party A where the other party, party B, has failed to perform the contract and so B has not succeeded in activating A's obligation to provide the relevant counter-performance ⁽¹⁷⁵⁾ (including the possibility of termination of the contract by reason of breach); ⁽¹⁷⁶⁾

⁽¹⁷³⁾ *Ibid*, 27-109 ff.

⁽¹⁷⁴⁾ On the equitable doctrine of relief against forfeiture of proprietary or possessory interests, see *Union Eagle Ltd v Golden Achievement Ltd* [1997] AC 514 (PC); equitable doctrine of relief against forfeiture, Robert Walker LJ in *On Demand plc v Gerson plc* [2001] 1 WLR 155 CA, at 163 g-172 (reversed on another basis [2003] 1 AC 368 HL); L. GULLIFER in A. BURROWS and E. PEEL (eds), *Commercial Remedies: Current Issues and Problems* (Oxford University Press, 2003) 191 at 212 ff; Meagher, Gummow and Lehane's *Equity: Doctrines and Remedies* (5th edn, Sydney, LexisNexis, London, 2014), Pt 4(7); *Snell's Equity* (2019), chapter 13, Part 3 (B. MCFARLANE); the Supreme Court in *Vauxhall Motors Ltd v Manchester Ship Canal Co Ltd* [2019] UKSC 46; [2019] 3 WLR 852 held that the doctrine extends to relief against forfeiture of a proprietary or possessory interest in land, no less than such interests in personality; for a successful application for relief, in a commercial context, against the background of a fight to wrest control of a company from a defaulting debtor, the share interest being security for a large loan, and where Lords Neuberger and Sumption dissented in the Privy Council, *Çlukurova Finance International Ltd and another v Alfa Telecom Turkey Ltd (Nos 3 to 5)* [2013] UKPC 2; [2013] UKPC 20; [2013] UKPC 25; [2016] AC 923 (for comments on this case, S.M. WADDAMS, 'Good Faith, Good Conscience, and the Taking of Unfair Advantage', in A. DYSON, J. GOUDKAMP, F. WILMOT-SMITH (eds), *Defences in Contract* (Hart Publishing, Oxford, 2017), chapter 4, at 80-3).

⁽¹⁷⁵⁾ N. ANDREWS (2021), chapter 25; N. ANDREWS, in N. ANDREWS, M.A. CLARKE, A. TETTENBORN and G. VIRGO, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies* (3rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2020), chapter 15.

⁽¹⁷⁶⁾ N. ANDREWS (2021), chapter 24; N. ANDREWS, in N. ANDREWS, M.A. CLARKE, A. TETTENBORN and G. VIRGO, *Contractual Duties: Performance, Breach, Termination and Remedies* (3rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2020), Part 2.

(G) set-off; ⁽¹⁷⁷⁾ that is, the reduction of the potential main claim to take into account the potential defendant's counter-right to a sum of money.

Treitel, in a comparative work, included (F) within his treatment of remedies. ⁽¹⁷⁸⁾ Similarly, again from the perspective of remedies, Beale (now the general editor of *Chitty on Contracts*) devoted considerable attention to the (F) in his book on *Remedies for Breach of Contract* (1980). ⁽¹⁷⁹⁾

But there is a rival theory that the items just listed as (D) to (G) are facets of pure substantive law. According to this view, the substantive law prescribes the outcome of the relevant events or of the relevant default. Adjudication is not required, except if there is a challenge to the validity of the private act of rescission (as in D), or of a creditor's decision to treat the deposit etc as forfeited (as in E), or a challenge to the assertion that the obligation to make a counter-performance has not arisen (as in F), or a challenge to the prospective defendant's plea that he or she has the benefit of a right of set-off (as in G); a complication here is that a debt-debt set-off operates automatically, as does insolvency set-off, whereas transac-

⁽¹⁷⁷⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 7.05 to 7.46; *Derham on the Law of Set-off* (5th edn, Oxford University Press, 2021); L. GULLIVER (ed), *Goode and Gulliver on Legal Problems of Credit and Security* (6th edn, Sweet & Maxwell, London, 2017), chapter 7; S. MCCracken, *The Banker's Remedy of Set-Off* (4th edn, Bloomsbury Publishing, London, 2021); Unidroit's *Principles of International Commercial Contracts* (3rd edn, International Institute for the Unification of Private Law, Rome, 2010), chapter 8; P. WOOD, *English and International Set-off* (Sweet & Maxwell, London, 1989); P. WOOD, *Law and Practice of International Finance: Set-off and Netting, Derivatives and Clearing Systems* (Sweet & Maxwell, London, 2007); comparative discussion: P. PICHONNAZ and L. GULLIFER, *Set-off in Arbitration and Commercial Transactions* (Oxford University Press, 2014); R. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-off and Prescription* (Cambridge University Press, 2002; reprinted 2010), summary at 167-9.

⁽¹⁷⁸⁾ G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account* (Clarendon Press, Oxford, 1988), chapters 8 and 9.

⁽¹⁷⁹⁾ H.G. BEALE, *Remedies for Breach of Contract* (Sweet and Maxwell, London, 1980), chapters 2 to 6.

tional, including equitable set-off, presupposes that the main claim has been formally brought to court or arbitration).⁽¹⁸⁰⁾

Claims and Defences: Serve and Return. – The study and application of contract law reflect the pattern of pleading a contractual dispute. This disputatious incremental analysis involves forensic tennis or ping-pong: one party serves, the other seeks to return by making a counter-stroke. The rally might continue beyond these two shots.

Thus a claim for breach of contract will fail if any of the following can be shown by the potential defendant: (i) absence of true consensus ('offer and acceptance', etc);⁽¹⁸¹⁾ (ii) failure to satisfy a formality;⁽¹⁸²⁾ (iii) absence of consideration;⁽¹⁸³⁾ (iv) lack of certainty;⁽¹⁸⁴⁾ (v) misrepresentation⁽¹⁸⁵⁾ (non-disclosure⁽¹⁸⁶⁾ is not a general feature of English contract law); (vi) fundamental shared mistake;⁽¹⁸⁷⁾ (v) duress;⁽¹⁸⁸⁾ (vi) undue influence;⁽¹⁸⁹⁾ (vii) unconscionability;⁽¹⁹⁰⁾ (viii) lack of capacity;⁽¹⁹¹⁾ (ix) waiver;⁽¹⁹²⁾ (x) estoppel;⁽¹⁹³⁾ (xi) illegality;⁽¹⁹⁴⁾ (xii) the claim is statute-barred;⁽¹⁹⁵⁾

⁽¹⁸⁰⁾ These points are explained at *Andrews on Civil Processes* (2019), 7.08 to 7.32.

⁽¹⁸¹⁾ *Ibid.*, chapter 3.

⁽¹⁸²⁾ *Ibid.*, chapter 5.

⁽¹⁸³⁾ *Ibid.*, chapter 6.

⁽¹⁸⁴⁾ *Ibid.*, chapter 4.

⁽¹⁸⁵⁾ *Ibid.*, chapter 11.

⁽¹⁸⁶⁾ *Ibid.*, 11.174 to 11.192.

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibid.*, chapter 12.

⁽¹⁸⁸⁾ *Ibid.*, chapter 13.

⁽¹⁸⁹⁾ *Ibid.*, chapter 14.

⁽¹⁹⁰⁾ *Ibid.*, chapter 15.

⁽¹⁹¹⁾ *Ibid.*, chapter 8.

⁽¹⁹²⁾ S. WILKEN and K. GHALYS, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (3rd edn, Oxford University Press, 2012).

⁽¹⁹³⁾ N. ANDREWS (2021), 3.51 ff.

⁽¹⁹⁴⁾ *Ibid.*, chapter 16.

⁽¹⁹⁵⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), chapter 8.

(xiii) there is an agreed time-bar; ⁽¹⁹⁶⁾ (xiv) an arbitration ⁽¹⁹⁷⁾ or jurisdiction ⁽¹⁹⁸⁾ clause bars the present claim from being successfully brought before an English court.

A damages claim will fail if any of the following can be shown, again by the potential defendant: (a) absence of causation; ⁽¹⁹⁹⁾ (b) the loss for which damages are claimed is too remote a consequence of the breach; ⁽²⁰⁰⁾ (c) damages might need to be reduced in accordance with the mitigation of loss doctrine; ⁽²⁰¹⁾ (d) where the obligation is both a contractual and a tortious duty of care damages might need to be reduced in accordance with the principle of contributory negligence; ⁽²⁰²⁾ (e) the damages claim is an attempt to enforce a liquidated damages clause, but the clause is a penalty and thus legally void. ⁽²⁰³⁾

A debt claim will fail if the potential defendant can parry by demonstrating that: (i) the debt has not arisen; ⁽²⁰⁴⁾ or (ii) the money is not payable to the claimant but is owed to a third party; ⁽²⁰⁵⁾ or (iii) the claim is statute-barred ⁽²⁰⁶⁾ (or precluded by an agreed time-bar); ⁽²⁰⁷⁾ or (iv) set-off ⁽²⁰⁸⁾ reduces or wipes out the claim.

⁽¹⁹⁶⁾ Eg, *New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd* (“*The Eurymedon*”) [1975] AC 154 (PC).

⁽¹⁹⁷⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), chapters 32 to 34, and Bibliography at p 1158 (section VII, A); D. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement* (3rd edn, Sweet and Maxwell, London, 2015).

⁽¹⁹⁸⁾ D. JOSEPH, *op. cit.*

⁽¹⁹⁹⁾ N. ANDREWS (2021), 28.139 to 28.151.

⁽²⁰⁰⁾ *Ibid.*, 28.152 to 28.230.

⁽²⁰¹⁾ *Ibid.*, 28.231 to 28.267.

⁽²⁰²⁾ *Ibid.*, 28.268 to 28.279.

⁽²⁰³⁾ *Ibid.*, 27.69 to 27.108; the leading case is *Cavendish Square Holdings BV v Makdessi* [2015] UKSC 67; [2016] AC 1172.

⁽²⁰⁴⁾ This problem arises significantly in the context of freezing relief: *Andrews on Civil Processes* (2019), 21.31, sub-para (ii).

⁽²⁰⁵⁾ N. ANDREWS (2021), 9.01 to 9.26.

⁽²⁰⁶⁾ *Ibid.*, chapter 8.

⁽²⁰⁷⁾ Eg, *New Zealand Shipping Co Ltd v AM Satterthwaite & Co Ltd* (“*The Eurymedon*”) [1975] AC 154 (PC).

⁽²⁰⁸⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), 21-31, sub-para (ii).

There is a long list of factors which might justify a court in refusing equitable relief, such as a claim for specific performance, ⁽²⁰⁹⁾ or an injunction, ⁽²¹⁰⁾ or a claim for judicially-proclaimed rescission, ⁽²¹¹⁾ or for rectification. ⁽²¹²⁾

Even a contractual doctrine which is not concerned with breach might be structured in this claim/defence fashion. For example, the doctrine of frustration ⁽²¹³⁾ involves (a) a narrow possibility of automatic discharge of a contract which has become impossible except (b) if the party pleading frustration was (i) guilty of default ⁽²¹⁴⁾ or (ii) made a ‘choice’ ⁽²¹⁵⁾ which causally engendered the inability to perform the contract. Situations (i) and (ii) will involve breach, under the rubric ‘self-induced frustration’. ⁽²¹⁶⁾

Another example of assertion and possible counter-assertion can arise where a third party makes a claim under the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 (which enables third parties sometimes to acquire a direct right of action, even though not a party to the contract: a statutory vehicle for recognition of an *ius quaesitum tertio*). For the purpose of this 1999 statute, even if the contract does not explicitly confer a direct right of action on the third party, the third party will right to sue on the relevant promise if (a) the third party is both named or identified, and (b) the contract purports to confer on the third party a ‘benefit’; whereupon (c) it becomes incumbent on the promisor, by way of counter-shot, to satisfy the court that it was in fact not the intention of the parties that the third party should acquire such a direct right of action.

⁽²⁰⁹⁾ N. ANDREWS (2021), 29.03, 29.04.

⁽²¹⁰⁾ *Ibid*, 29.40.

⁽²¹¹⁾ *Ibid*, 11.74 to 11.84.

⁽²¹²⁾ *Ibid*, 21.15 to 21.17.

⁽²¹³⁾ *Ibid*, chapter 26.

⁽²¹⁴⁾ *Ibid*, 26.88 to 26.96.

⁽²¹⁵⁾ *Ibid*, 26.97 to 26.106.

⁽²¹⁶⁾ *Ibid*, 24.35; 26.88 to 26.106.

Common Law and Equity: Remedies and Doctrines. – Before 1876 Equity was a separate branch of the civil court system from the Common Law courts. ⁽²¹⁷⁾ Since 1875 Common Law and Equity have enjoyed an interesting and turbulent marriage, each being constantly aware of their ante-nuptial heritage. In 2021 it is plain that Common Law has not swallowed up Equity so that the latter has ceased to be recognisable. Instead the historical stamp of Equity is a feature of many doctrines and remedies, not just within property law (where the ‘trust’ is a pervasive and fundamental feature), but conspicuously within mainstream contract law. ⁽²¹⁸⁾ The most vivid manifestation of Equity’s influence within contract doctrine is the system of equitable remedies: rescission, rectification, injunctions, specific performance, an account of profits, and the doctrine of relief against forfeiture of proprietary or possessory interests. ⁽²¹⁹⁾ Admittedly, Equity’s heyday within the field of contract law has passed, and there has been a modern retreat from some controversial applications of so-called equitable doctrines. ⁽²²⁰⁾ At the same time, the pressure has increased to admit a more generalised treatment of issues of ‘good faith’, ⁽²²¹⁾ which some might regard as Equity acting under a pseudonym.

⁽²¹⁷⁾ A valuable and succinct account is J.I.H. JACOB, *The Fabric of English Civil Justice* (Stevens, London, 1987), 172 to 174; *Meagher, Gummow and Leane’s Equity: Doctrines and Remedies* (J.D. HEYDON, M.J. LEEMING, P.G. TURNER, eds, 5th edn, Sydney, LexisNexis, London, 2015), notably Part 1 on the historical background; *Snell’s Equity* (2019).

⁽²¹⁸⁾ *Ibid*, 1-30 to 1-41; A.S. BURROWS, ‘We do this at Common Law but that in Equity’ (2002) 22 OJLS 1.

⁽²¹⁹⁾ For references to these remedies and equitable doctrines see the footnotes above in the text concerning Remedies.

⁽²²⁰⁾ As listed in *Ibid*, at 1.33 to 1.38.

⁽²²¹⁾ For a succinct account of ‘good faith’, *Ibid*, 2.69 to 2.72; and for details, *ibid*, chapter 19. For an evaluation, *ibid*, at 19.27 to 19.38; see also Neil Andrews, the author, has examined the issue of good faith in chapter 21 (‘The Good Faith Debate’ of N. ANDREWS, *Contract Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2015); and N. ANDREWS, ‘Good Faith Beneath the Surface: the Ethical Sensitivity of English Contract Law’, in *The Age of Uniform Law: Essays in honour of Michael Joachim Bonell* (Unidroit, Rome and Oxford, 2016), 953.

Estoppel. – There are numerous categories of estoppel. ⁽²²²⁾ The basic idea is that X, the potential claimant or at least a person rely-

⁽²²²⁾ *Ibid*, 2.51 ff; there are nine main types of estoppel, *ibid*, 2.55 ff: (1) estoppel by representation; (2) promissory estoppel; (3) estoppel by convention; (4) contractual estoppel; (5) proprietary estoppel; (6) estoppel by silence or acquiescence; (7) estoppel *per rem judicatam*; (8) agency estoppel ('apparent authority'); (9) estoppel by deed. *Andrews on Civil Processes* (2nd edn, Cambridge, Intersentia Publishing, 2019), chapter 16; N. ANDREWS, 'Res Judicata and Finality: Estoppel in the Context of Judicial Decisions and Arbitral Awards' in K. MAKRIDOU and G. DIAMANTOPOULOS (eds), *Issues of Estoppel and Res Judicata in Anglo-American and Greek Law* (Athens, Nomine Bibliothiki, 2013), pp 17-39; N. ANDREWS, *Contract Rules: Decoding English Law* (Cambridge, Intersentia Publishing, 2016), Article 4; *Anson's Law of Contract* (J. BEATSON, A.S. BURROWS, J. CARTWRIGHT eds) (31st edn, Oxford University Press, 2020), chapter 4, part 2; P.B.H. BIRKS, 'Equity in the Modern Law: An Exercise in Taxonomy' (1996) 26 *Western Australia LR* 1, at 61-64 (<<http://www.austlii.edu.au/au/journals/UWALawRw/1996/1.html>>); M. BARNES, *The Law of Estoppel* (Hart Publishing, Oxford, 2020); A.S. BURROWS, *A Restatement of the English Law of Contract* (Oxford University Press, 2016), Article 12(3); J. CARTWRIGHT: *Formation* (2020), Part IV; *Cheshire, Fifoot, and Furmston's Law of Contract* (M. FURMSTON ed, 17th edn, Oxford University Press, 2017), pp 132 ff; CHITTY (2018), chapter 4, parts 9 to 11; E. COOKE, *The Modern Law of Estoppel* (Oxford University Press, 2000); M. FURMSTON (gen ed), *The Law of Contract* (6th edn, LexisNexis, London, 2017), 2100 ff; K.R. HANDLEY, *Estoppel by Conduct and Election* (2nd edn, Sweet and Maxwell, London, 2014); B. MCFARLANE, *The Law of Proprietary Estoppel* (2nd edn, Oxford University Press, 2020); B. MCFARLANE, 'Proprietary Estoppel: The Importance of Looking Back', in P.S. DAVIES and J. PILA (eds) *The Jurisprudence of Lord Hoffmann: A Festschrift in Honour of Lord Leonard Hoffmann* (2015), chapter 18; B. MCFARLANE, 'Equitable Estoppel as a Cause of Action: Neither One Thing Nor the Other', in S. DEGELING, J. EDELMAN, J. GOUDKAMP (eds), *Contract in Commercial Law* (Thomson Reuters, Sydney, Australia, 2016), chapter 16; G. MCMEEL, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (3rd edn, Oxford University Press, 2017), chapter 10; *Meagher, Gummow and Lehane's Equity: Doctrines and Remedies*, (J.D. HEYDON, M.J. LEEMING, P.G. TURNER, eds) (5th edn, LexisNexis, London and Sydney, 2015), Part 4(6); *Phillips on Evidence*, edited by H.M. MALEK, 19th edn (Sweet and Maxwell, London, 2017), chapter 43; PHIPSON (2017), chapters 5 and 43; A. ROBERTSON, 'Revolutions and Counterrevolutions in Equitable Estoppel', in S. WORTHINGTON, A. ROBERTSON, G. VIRGO (eds), *Revolution and Evolution in Private Law* (Hart Publishing, Oxford, 2018), chapter 9; *Snell's Equity* (2019), chapter 12 (estoppel, by Ben McFarlane); M. SPENCE, *Protecting Reliance: The Emergent Doctrine of*

ing on ostensibly strict legal rights, is prevented from asserting those rights. The ‘prevention’ can operate temporarily (‘suspensively’) or even permanently (‘extinctively’, that is, as a ‘killer’ defence). The foundation of estoppel is that X has said something (made a ‘representation’ by words) or so conducted himself (a ‘representation by conduct’) and the other party has relied detrimentally on that representation. The court is then asked to determine whether it would be inequitable, or unconscionable, or contrary to justice, for X to be able to assert those strict legal rights, or whether, instead, X should be ‘estopped’, that is, procedurally prevented from asserting those rights.

Estoppel is quintessentially a procedural (or evidential) matter, the seeds of which tend to spread, to germinate, and then take root within the soil of substantive law. The debate on whether estoppel is procedural (or evidential) or substantive, and related points, are neatly summarised by *Phipson*, where it is concluded that estoppels can operate substantively and that the equitable doctrines of proprietary and promissory estoppels are (or have become) distinctively substantive. ⁽²²³⁾

In fact, with one exception (the exception concerns estoppel *per rem judicatam*), ⁽²²⁴⁾ each category of estoppel can operate extra-

Equitable Estoppel (Hart Publishing, Oxford, 1999); *Spencer Bower: Reliance-Based Estoppel* (P. FELTHAM, T. LEECH, P. CRAMPIN, J. WINFIELD, eds) (Bloomsbury Professional Publishing, London, 2017); G. SPENCER BOWER and A.K. TURNER, *Estoppel by Representation* (4th edn, Bloomsbury Professional Publishing, London, 2003); G. SPENCER BOWER and K.R. HANDLEY *Res Judicata* (5th edn, LexisNexis, London, 2019); G. TREITEL (2020), chapter 3, parts 6 and 7; A. TRUKHTANOV, *Contractual Estoppel* (Informa Law from Routledge Publishing, London, 2017); S. WILKEN and K. GHALYS, *The Law of Waiver, Variation and Estoppel* (3rd edn, Oxford University Press, 2012).

⁽²²³⁾ PHIPSON (2017), 5-02.

⁽²²⁴⁾ *Andrews on Civil Processes* (2019), chapter 16; N. ANDREWS, ‘Res Judicata and Finality: Estoppel in the Context of Judicial Decisions and Arbitral Awards’ in K. MAKRIDOU and G. DIAMANTOPOULOS (eds), *Issues of Estoppel and Res Judicata in Anglo-American and Greek Law* (Nomine Bibliothiki, Athens, 2013), pp 17-39; PHIPSON (2017), chapter 43; G. SPENCER BOWER and K.R. HANDLEY

curially and thus modify the operation of substantive rights without the need for direct engagement with litigation. In other words, an ‘estoppel argument’ can be presented without the need to litigate and obtain the court’s support for its validity on the relevant facts. The relevant estoppel regime contention anticipates the procedural result if the parties were to proceed to court. But the ultimate procedural feature of estoppel cannot be overlooked. An estoppel argument, if successful, operates in the manner of an *exceptio*,⁽²²⁵⁾ that is, a defence, or reply, to a claim.

With the exception of proprietary estoppel (informal arrangements relating to land), estoppel does not operate as a cause of action.⁽²²⁶⁾ But it is possible for estoppel to operate *in favour of the claimant* as a *replicatio*, that is, a response to the defendant’s stated position. Where estoppel operates to assist a claimant, the estoppel is not the cause of action, but merely a supplement to the claimant’s cause of action.

Res Judicata (5th edn, LexisNexis, London, 2019).

⁽²²⁵⁾ Useful summaries of the formulary system of Roman civil procedure include: H.F. JOLOWICZ (J.K.B.M. NICHOLAS, ed), *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (3rd edn, Cambridge University Press, 1972), 199 to 218; F. SCHULZ, *Classical Roman Law* (Clarendon Press, Oxford, 1951), Part 1 (‘The Law of Actions’).

⁽²²⁶⁾ *Ibid.*, 2.52 to 2.54, noting *Combe v Combe* [1951] 2 KB 215, 219–20 (CA). The same point was confirmed in *Baird Textile Holdings Ltd v Marks and Spencer plc* [2001] EWCA Civ 274, [2002] All ER (Comm) 737 (CA) at [35] to [39] (Morritt LJ) and [54] (Judge LJ); similarly, *Newport City Council v Charles* [2008] EWCA Civ 1541, [2009] WLR 1884 at [23], last sentence (Laws LJ). Lord Walker in *Cobbe v Yeoman’s Row Management Ltd* [2008] UKHL 55, [2008] 1 WLR 1752 at [85] (noted, J. GETZLER, (2009) 125 LQR 196) cited the *Baird* case without disapproval. See also R. HALSON, *Contract Law* (2nd edn, Pearson Publishing 2013) 372 ff and R. HALSON, ‘The Offensive Limits of Promissory Estoppel’ [1999] LMCLQ 257; A. ROBERTSON, ‘Estoppels and Rights-Creating Events . . .’ in J.W. NEYERS, R. BRONAUGH, and S.G.A. PITEL (eds), *Exploring Contract Law*, 199; M. BARNES, ‘Estoppels as Swords’ [2011] LMCLQ 372.

For example, in *Shah v Shah* (2001) ⁽²²⁷⁾ the claim was based on a deed ⁽²²⁸⁾ given to the claimant by the defendant. Estoppel operated to prevent the defendant from winning the case by rising a technical but, on the facts, unmeritorious defence. On the facts of this case the deed appeared ‘on its face’ to be a valid instrument. The deed contained a promise to pay £2 million to the claimant. When sued for that amount, the defendant (the ostensible covenantor) raised the defence that the deed, which the defendant had physically given to the claimant, was void for a technical reason: the purported witness’ signature, added on the deed to indicate that the witness had in fact physically witnessed the covenantor’s signature, had been added after the covenantor had in fact signed. There had not been, therefore, a contemporaneous witnessing of the covenantor’s act of signature. The document was a worthless piece of paper. And so this defence was sound and would *prima facie* win the case for the defendant. But the ping-pong rally had not yet ended. The claimant responded (a *replicatio*, as the Romans would have said) by successfully raising an estoppel: the claimant’s successful response to the defendant’s defence was that it was too late and unjust for the defendant to raise this technical objection. This is because the defendant’s conduct (his act of handing the deed to the covenantee under the pretence that it was a valid deed, which the covenantee had believed because the defect was not apparent on the face of the deed) had induced the claimant to assume that the document which the defendant had handed to the claimant was a valid deed. In other words, the defendant was estopped from succeeding, even though the deed was technically a nullity.

⁽²²⁷⁾ [2001] EWCA Civ 527; [2002] QB 35 (the deed was defective because the attesting ‘witness’ (viz the second signatory) to the covenantor’s signature had not been physically present when the covenantor had signed; the Court of Appeal held that the covenantor was estopped from relying on this defect in the formalizing of the deed as a defence. The same would apply if the witness signed first, and the covenantor’s signature occurred later when the witness had left the room.

⁽²²⁸⁾ On this formality, ss 1(2) and (3) of the Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

PART VI

Concluding Remarks

The first theme has been the operation of party agreement in selecting a form of dispute-resolution (court proceedings or arbitration) or at least dispute-discussion (negotiation agreements and mediation agreements). The second theme has been the operation of party agreement in determining how the formal process (court proceedings or arbitration) will be adjusted and conducted.

Thirdly, there is settlement. This mode of consensual resolution brings relief to most citizens and organisations who are spared the horrors and heart-ache of formal proceedings, or of their continuation (unless the disputed existence, scope, effect, and enforcement of the settlement produces a further quarrel, as is not uncommon). It is a fundamental necessity for a busy legal system where there is never enough 'judge time' that most cases should settle, otherwise the courts would be deluged with an impossible flood of cases. But there are always some losers or malcontents. Settlement is bad news for arbitrators and litigation lawyers, unless they have already earned their fee by the time the case is settled. And even they might deserve a vacation.

The final theme has concerned the close connections between substantive doctrine and 'adjectival' matters of evidence and procedure. For reasons of space, attention has been confined to contract law. The substance-procedure dichotomy is reinforced by (a) syllabus delineation within law faculties, (b) professional specialism (solicitors' practice areas being divided between 'contentious' and 'non-contentious' departments), and (c) professional literature ('Litigation Libraries'). These patterns and forces sustain the fiction that substantive law and procedure occupy separate continents.

The fiction has taken hold and can be adopted by professors throughout an entire career. But the reality is that substance and procedure occupy the same legal tent.

Legal educators in the United Kingdom would do well to consider the prominence of civil procedure within the USA law curriculum, where it is a mandatory first-year subject. And in the Civil Law world, procedure has an entrenched position within law courses and Faculty research. But it is submitted that substance and procedure do not occupy opposite sides of the Grand Canyon.

Abstract

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

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

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

(3) Settlement is the consensual disposal or narrowing of the dispute. In practice, this is the most important way in which agreement and procedure interact. Settlement can occur before or after court or arbitration proceedings have commenced. It is also possible that settlement might oc-

cur even after the first-instance judgment has been obtained, for example, when appeal or enforcement proceedings are pending.

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

Margherita Ramajoli (*)

SOMMARIO: 1. Giustizia alternativa in astratto e in concreto. – 2. La transazione come strumento (anche) di realizzazione dell'interesse generale. – 3. Rischi e instabilità.

1. *Giustizia alternativa in astratto e in concreto.* – In generale gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie contribuiscono alla deflazione del contenzioso, consentono di evitare gli alti costi, i ritardi e i formalismi propri del processo, ma soprattutto permettono una differenziazione nella risposta di tutela, all'insegna della specificità, proporzionalità e appropriatezza ⁽¹⁾.

Tutti risultati particolarmente importanti nella grave situazione emergenziale sanitaria, economica e sociale che stiamo vivendo ⁽²⁾.

Se trapiantati in ambito pubblicistico, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie sono idonei a ottenere analoghi frutti. Essi consentono di rendere più efficiente la giustizia amministrativa, perché evitano di ricorrere a tutti i costi davanti al giudice scaricando altrove la domanda di giustizia, ma i loro potenziali vantaggi

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 123-141. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Milano Statale.

⁽¹⁾ Un quadro d'insieme è offerto da F. DANОВI, F. FERRARIS (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018.

⁽²⁾ M. MC BRIDE, *ODR in the Era of COVID-19*, in <https://www.americanbar.org/groups/family_law/committees/alternative-dispute-resolution/odr> (10 maggio 2021).

non si limitano alla stretta sfera processuale. Infatti, tali strumenti possono migliorare la qualità delle decisioni pubbliche, favorire l'adozione di soluzioni condivise, ristabilire il dialogo tra parti le cui relazioni sono destinate a durare nel tempo e concorrere alla moralizzazione, rendendo palesi accordi altrimenti destinati a non emergere ⁽³⁾.

Inoltre, gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie ben si adattano alle attuali trasformazioni del diritto amministrativo e dell'intero diritto più in generale. Vi è un profondo legame tra *droit souple* e *justice douce*, tra *soft law* e ADR, tra diritto sostanziale non tradizionale e giustizia amministrativa alternativa.

La re-definizione dei nostri sistemi di giustizia è legata alla re-definizione dei sistemi istituzionali e delle fonti del diritto. Sul versante sostanziale si stanno imponendo istituzioni alternative a quelle classiche ⁽⁴⁾. A queste istituzioni sono attribuite (anzi, talvolta sono le stesse istituzioni ad auto-attribuirsi) sia funzioni normative non tradizionali sia funzioni giudiziarie parimenti non ortodosse. Come al solito, esistono antenati e precedenti illustri. Si pensi agli operatori economici del passato che hanno creato la *lex mercatoria*, ossia un insieme di misure giuridiche volto a regolare i propri scambi commerciali. La *lex mercatoria* ha sempre racchiuso dentro di sé una componente giudiziaria perché questo elemento conferisce all'insieme delle misure giuridiche l'indispensabile effettività ⁽⁵⁾.

L'attuale *soft law* che pervade il tessuto del diritto amministrativo è espressione di cooperazione, in quanto pone in essere precetti privi di sanzione, da ottemperare in maniera volontaria, e si fonda

⁽³⁾ Sul punto ci si permette di rinviare a M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss.; ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.

⁽⁴⁾ M.R. FERRARESE, *Sulla governance paragiudiziaria. Arbitrati e investimenti esteri*, in *Pol. Dir.*, 2014, 375 ss.; ID., *Transnational private regulation con altri mezzi. Arbitrati, investimenti esteri e lotte sulla regulation*, in F. CAFAGGI (a cura di), *Regolazione transnazionale e trasformazioni dello Stato*, Bologna, 2016, 163 ss.; S. CASSESE, *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?*, Bologna, 2016.

⁽⁵⁾ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2007.

sull'autorevolezza di chi pone la regola. Anche la giustizia non giurisdizionale è caratterizzata da un approccio consensuale, che consente l'elaborazione di una soluzione condivisa dalle parti, oppure agevolata da un soggetto autorevole al pari di colui che detta gli atti di *soft law*.

Alzando ulteriormente lo sguardo, la valorizzazione di ADR pubblicistiche costituisce un ulteriore tassello del superamento della visione antagonista delle relazioni che contraddistingue la nostra epoca. Più precisamente, la dinamica conflittuale caratterizza due distinti rapporti: da un lato, il rapporto tra amministrazione pubblica e cittadini, in realtà chiamati entrambi a cooperare per il raggiungimento del bene comune; dall'altro, il rapporto tra amministrazione e giurisdizione, che sono poteri dello Stato da non concepire come terreno di conquista reciproca. In questa logica, giustizia giudiziaria e una giustizia non giudiziaria sono interpretabili come parti di un tutt'uno volto alla comune finalità di giustizia.

Tuttavia, in ambito pubblicistico la giustizia alternativa è un fenomeno dalle potenzialità non ancora sufficientemente sviluppate. Mentre l'ordinamento francese e quello tedesco hanno adottato leggi generali in materia di ADR pubblicistiche ⁽⁶⁾, in Italia si obbedisce a un'impostazione diametralmente opposta, propensa a riconoscere a macchia di leopardo i rimedi alternativi ricorrendo a discipline speciali ⁽⁷⁾. Le ipotesi più rilevanti, dal punto di vista quantita-

⁽⁶⁾ A. SIMONATI, *Nuovi poteri del giudice amministrativo e rimedi alternativi al processo. L'esperienza francese*, Trento, 2004; A. CASSATELLA, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e caratteri*, in *Dir. form.*, 2014, 1203 ss.; G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in *Giust. amm.*, 2017, 11 ss.

⁽⁷⁾ Si veda l'affresco recentemente tracciato da V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell'amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 55 ss.

tivo e qualitativo, riguardano i c.dd. settori regolati ⁽⁸⁾ e quello dei contratti pubblici ⁽⁹⁾, che sono dotati di una propria logica interna.

Non mancano però tentativi di respiro più ampio intesi ad impiantare nel terreno pubblicistico la logica delle ADR intese in senso lato. Basti pensare alla proposta di rivitalizzazione degli attualmente asfittici rimedi gerarchici impropri, oppure alla valorizzazione del potere di autotutela, che comunque a rigore non può essere considerato strumento di tipo giustiziale, perché posto a garanzia del solo interesse pubblico ⁽¹⁰⁾. Ma si ponga mente anche ai tanti strumenti posti tra il procedimento e il processo, tra i quali i più noti sono i mezzi a disposizione dell'Autorità nazionale anticorruzione. Si tratta di strumenti collocati nella terra di mezzo tra procedimento e processo ⁽¹¹⁾, utilizzando una metafora ormai divenuta d'uso comune, che è stata impiegata per la prima volta in Italia nel secolo scorso da un criminologo, Gian Vittorio Pisapia ⁽¹²⁾, a testimonianza della trasversalità e della pluralità del fenomeno della giustizia non giurisdizionale che attraversa tutte le branche del diritto, dal diritto penale a quello civile, dal diritto commerciale a quello del lavoro, dal diritto tributario a quello amministrativo, dal diritto internazionale a quello dell'Unione europea ⁽¹³⁾.

⁽⁸⁾ Ci si permette di rinviare a M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. regolaz. merc.*, 2015, fasc. 1, 6 ss.

⁽⁹⁾ B. MARCHETTI, *Le a.d.r. nel contenzioso dei contratti pubblici*, in AA. VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2016, 425 ss.; M. DELSIGNORE, *Transazione e arbitrato nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 389 ss.

⁽¹⁰⁾ G. MORBIDELLI, *Contro il blocco della giustizia amministrativa*, in *il Mulino*, 2001, n. 4, 676 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali. Una prospettiva non tradizionale*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi*, cit., 87 ss.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017.

⁽¹¹⁾ F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017.

⁽¹²⁾ G.V. PISAPIA, *Editoriale*, in *Rass. It. Crim.*, 1993, IV.

⁽¹³⁾ Sul quale ultimo cfr. B. MARCHETTI (ed.), *Administrative Remedies in the European Union. The Emergence of a Quasi-Judicial Administration*, Torino,

Nel passaggio dal piano del ragionamento astratto a quello del concreto funzionamento degli istituti, l'impiego delle ADR in ambito pubblicistico reca con sé alcuni problemi non trascurabili. La sostenibilità delle ADR pubblicistiche incontra un significativo banco di prova in uno dei più importanti strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in campo civilistico, e cioè la transazione, contratto con cui le parti pongono fine ad una lite già incominciata, oppure prevengono una lite che potrebbe insorgere tra loro, facendosi reciproche concessioni in relazione a situazioni giuridiche soggettive di cui possono disporre (art. 1965 c.c.).

Perché la transazione? Anzitutto, perché di recente l'istituto ha ricevuto un eccellente inquadramento con la monografia di Antonio Cassatella ⁽¹⁴⁾, che costituisce un'ottima base di partenza per una riflessione in materia. In secondo luogo, perché si tratta di uno strumento poliedrico, sia di tipo endo-processuale, dal momento che è incardinabile nella fase preliminare di un processo già pendente, sia di tipo extra-processuale, visto che può essere stipulato prima o al di fuori di un processo. Infine, perché la transazione è anche la principale forma di composizione autonoma delle liti, in quanto non prevede l'intervento di un soggetto terzo, ma si affida esclusivamente alla volontà delle parti nell'individuazione della soluzione della controversia ⁽¹⁵⁾. Di conseguenza, la transazione se applicata in campo pubblicistico, comporta il superamento di due riserve che in realtà sono solo due dogmi: della riserva di giurisdizione in ordine alla composizione di controversie in atto e della riserva di amministrazione in ordine alla regolazione dei rapporti pubblicistici. Banco di prova dunque per quell'approccio collaborativo e consensuale che dovrebbe essere la moderna chiave di lettura del rapporto giuridico amministrativo.

2017; P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018.

⁽¹⁴⁾ A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020.

⁽¹⁵⁾ Per queste classificazioni cfr., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2013, VII ed., 13 ss., 236 ss.

L'uso della transazione da parte della pubblica amministrazione solleva non poche questioni. Se alcune di queste (la sua ammissibilità, il suo campo di applicazione) sono risolvibili in maniera relativamente agevole, altre invece (il suo regime sostanziale e processuale) aprono scenari oltremodo incerti. Sullo sfondo s'ergono domande di senso ultimo: come armonizzare lo scopo proprio delle ADR di mettere fine definitivamente a una controversia con la perennità della tutela degli interessi pubblici istituzionalmente demandati all'amministrazione? Ancora più radicalmente, come creare le condizioni affinché gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie divengano esse stesse una modalità di perseguimento della funzione pubblica? E ancora, ritenere che l'introduzione di una legge quadro in materia sia un primo passo verso l'affermazione del modello anche nel campo pubblicistico suona troppo ingenuo e fideistico?

2. *La transazione come strumento (anche) di realizzazione dell'interesse generale.* – La transazione con una pubblica amministrazione è sicuramente ammissibile, in quanto sono risalenti le disposizioni di legge che sottintendono l'applicabilità dell'istituto in ambito pubblicistico. Si pensi alla norma che attribuisce all'Avvocatura di Stato il compito di predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni statali o di esprimere pareri su quelle redatte dalle stesse amministrazioni⁽¹⁶⁾, oppure alla disposizione che prevede il parere del Consiglio di Stato (un tempo obbligatorio⁽¹⁷⁾) prima dell'approvazione degli atti di transazione di un certo importo, oppure anche per le transazioni di importo minore quando l'amministrazione non si uniformi al parere espresso dall'Avvocatura

⁽¹⁶⁾ Art. 13, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, recante approvazione del t.u. delle leggi e delle norme giuridiche sulla rappresentanza e difesa in giudizio dello Stato e sull'ordinamento dell'Avvocatura dello Stato.

⁽¹⁷⁾ Non è più tale a far data dalla l. 15 maggio 1997, n. 127.

erariale⁽¹⁸⁾. Inoltre, in specifici settori il legislatore ha espressamente previsto e disciplinato transazioni aventi come parte una pubblica amministrazione, dal campo dei contratti pubblici⁽¹⁹⁾ a quello ambientale⁽²⁰⁾ o, ancora, in materia di danni trasfusionali⁽²¹⁾.

Con riferimento al suo ambito di applicazione, nonostante qualche originaria titubanza, attualmente è pacifico che la transazione sia utilizzabile sia quando l'amministrazione agisce come un soggetto privato, sia quando essa esercita i propri poteri pubblicistici⁽²²⁾.

Più precisamente, presupposto per il ricorso alla transazione è la disponibilità dei diritti, e, più in generale, delle situazioni giuridiche soggettive oggetto della lite (art. 1966 c.c.).

Ora, da tempo è stato superato il dogma in base al quale siano indisponibili i rapporti tra privato e pubblica amministrazione che scaturiscono dall'esercizio di potestà pubblicistiche. Infatti, l'esercizio del potere amministrativo è ritenuto negoziabile, grazie anche alla generalizzazione dello strumento degli accordi compiuto dall'art. 11 l. n. 241 del 1990⁽²³⁾, e la diffusione della consensualità sul piano del diritto sostanziale deve accompagnarsi alla diffusione della consensualità sul piano giustiziale. Inoltre, con riferimento al versante della situazione soggettiva fatta valere dal privato, la legislazione non attribuisce un eccessivo peso al carattere disponibile

⁽¹⁸⁾ Art. 14, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, recante nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato.

⁽¹⁹⁾ M. DELSIGNORE, *Transazione*, cit., 389 ss.

⁽²⁰⁾ F. SCARDINA, *Sulla cd. transazione ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 203 ss.; L. GIAMPIETRO, *Accertamento tecnico preventivo con funzione conciliativa e procedimento di mediazione, ovvero la pluralità delle sedi conciliative*, in *Amb. svil.*, 2018, 446 ss.

⁽²¹⁾ A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione e atti a funzione transattiva nel diritto amministrativo*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi*, cit., 227 ss., spec. 247 ss.

⁽²²⁾ A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 185 ss.

⁽²³⁾ M. NIGRO, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione (a proposito di un recente disegno di legge)*, in F. TRIMARCHI (a cura di), *Il procedimento amministrativo fra riforme legislative e trasformazioni dell'amministrazione*, Milano, 1990, 3 ss.

del diritto quale condizione per il ricorso ai rimedi alternativi, come mostra l'esperienza della conciliazione nei rapporti pubblicistici d'imposta.

Per quanto riguarda poi specificamente lo strumento della transazione, la risoluzione di una lite in via transattiva non comporta affatto una rinuncia da parte dell'amministrazione al doveroso perseguimento dell'interesse pubblico. Anzi, la questione deve essere posta in maniera ribaltata: è la realizzazione dell'interesse della collettività a rendere opportuna la rinuncia da parte dell'amministrazione a difendere la propria posizione davanti a un giudice, inducendo la controparte a desistere da una potenziale o reale impugnativa.

Con una precisazione. In questo caso la realizzazione dell'interesse della collettività assume una coloritura particolare, declinandosi il più delle volte in necessità di evitare un danno all'interesse pubblico, che potrebbe derivare da annullamenti giurisdizionali di propri provvedimenti amministrativi, oppure da risarcimenti monetari ⁽²⁴⁾. Come è stato acutamente osservato, l'amministrazione, «quando si trova di fronte al pericolo che il contenzioso possa esporla ad annullamenti o anche a risarcimenti, è parte di un conflitto che impedisce di identificare l'interesse pubblico primario secondo il principio di tassatività e di stabilire con certezza quale sia la regola inderogabile (...) l'amministrazione transige perché vuol realizzare il fine concreto di evitare un danno all'interesse pubblico e

⁽²⁴⁾ Sul punto il riferimento d'obbligo è ad E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 51 ss.; cfr. altresì G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss.; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, 93 ss.

tale fine prevale sul piano causale (e quindi condiziona e *conforma*) l'interesse pubblico primario che è causa del potere»⁽²⁵⁾.

Posto che la transazione è per la pubblica amministrazione un modo di realizzazione dell'interesse pubblico, essa è idonea a risolvere conflitti sia meramente patrimoniali, sia nascenti da provvedimenti amministrativi. Così, è possibile che un concessionario rinunci ad impugnare la decadenza di una concessione, ottenendo una riscrittura dell'intero rapporto concessorio, che porti, ad esempio, a una riduzione del canone di concessione e all'assunzione di ulteriori obblighi di valorizzazione del bene concesso.

Come accennato, l'attuale profilo più problematico riguarda il regime applicabile alle transazioni pubblicistiche. La premessa è che la transazione è idonea a realizzare le tante finalità prima evidenziate insite nell'uso degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie solo al ricorrere di due condizioni: essa deve, da un lato, risultare conveniente per entrambe le parti, dall'altro, offrire uno stabile assetto d'interessi. La realizzazione di queste due condizioni non è agevole in campo pubblicistico, per una serie di caratteristiche che presenta il potere amministrativo.

Procedendo per passaggi successivi, è pacifico anzitutto che al contratto di transazione, relativo vuoi a controversie d'ordine patrimoniale, vuoi a questioni concernenti l'esercizio di poteri amministrativi, si applichino le disposizioni del codice civile, ferma restando però la possibilità di integrarne la disciplina attraverso norme speciali⁽²⁶⁾. Emblematico a tal proposito l'art. 208 del codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale le transazioni in materia si concludono «nel rispetto del codice civile». Detto così pare semplice e lineare, ma all'atto pratico non lo è affatto. Questa mescolanza tra regole privatistiche e regole pubblicistiche è completamente da co-

⁽²⁵⁾ F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *Annuario Aipda 2009*, Napoli, 2010, 121 ss., spec. 163.

⁽²⁶⁾ P. STELLA RICHTER, P. CHIRULLI, voce *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 867 ss.

struire da parte dapprima dell'interprete e in seconda battuta del giudice, mancando una legge generale che disciplini modalità di formazione ed effetti della transazione di cui sia parte un'amministrazione.

Alterazioni del paradigma civilistico sono giustificate dal fatto che l'amministrazione, quando decide di transigere, non si trova nella stessa posizione del privato che esercita la sua autonomia e dispone liberamente del suo patrimonio. Anche quando la transazione riguarda rapporti patrimoniali l'attività dell'amministrazione è sempre funzionalizzata alla migliore cura dell'interesse generale, è tenuta al rispetto del principio d'imparzialità a tutela delle situazioni giuridiche dei terzi ed è vincolata a una razionale gestione delle risorse pubbliche in obbedienza al principio di buona amministrazione.

Di qui la necessità di introdurre particolari cautele nella stipula dei contratti di transazione, che si estrinsecano nella procedimentalizzazione dell'attività amministrativa secondo le movenze classiche della c.d. evidenza pubblica ⁽²⁷⁾. Costituiscono presupposti di validità per qualunque contratto di transazione incidente sui rapporti di cui sia parte la pubblica amministrazione tanto la forma scritta *ad substantiam*, quanto, ad esempio, la previa adozione di apposita deliberazione amministrativa munita di motivazione puntuale circa la necessità e l'opportunità della transazione stessa, «così da salvaguardare il fondamentale valore della certezza dei rapporti pubblicistici e scongiurare il rischio di inutili esborsi di denaro pubblico, se non addirittura di accordi illeciti» ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ T.A.R. Lazio, sez. II *quater*, 13 novembre 2012, n. 9341.

⁽²⁸⁾ T.A.R. Sardegna, Cagliari, sez. I, 18 settembre 2017, n. 586.

3. *Rischi e instabilità.* – Come sopra accennato, due sono le condizioni indispensabili per stimolare l'uso della transazione in ambito pubblicistico. La prima condizione, ossia la convenienza della transazione per entrambe le parti del rapporto, chiama in causa il ruolo assolto in materia dalla Corte dei Conti. La seconda condizione, e cioè la garanzia di un assetto stabile di interessi, impone di prendere in considerazione il potere di autotutela dell'amministrazione (annullamento d'ufficio e revoca) e i suoi limiti.

a) Per quanto riguarda la Corte dei Conti, essa è solita affermare che il principio di insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali non preclude al giudice contabile l'esame dell'attività illegittima che abbia prodotto un danno erariale in violazione dei principi di economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. Rispetto alla stipula di una transazione, mentre non è consentita una valutazione della scelta di transigere, è ammissibile la verifica del suo contenuto negoziale ⁽²⁹⁾.

La Corte dei Conti esercita un controllo attento sia sulla convenienza economica, sia, più in generale, sull'equilibrio della soluzione adottata in sede di transazione. Essa ravvisa una responsabilità amministrativa non solo se è stata stipulata una transazione in presenza di una manifesta infondatezza della pretesa verso l'amministrazione, oppure se la transazione è intervenuta nei confronti di un credito prescritto, ma anche quando la transazione è «manifestamente svantaggiosa per l'Amministrazione» ⁽³⁰⁾. Di conseguenza, la giurisprudenza contabile tende a ritenere responsabile il dipendente pubblico anche nel caso di dubbia congruità della transazione. Si tratta di un'ipotesi che comporta una delicata indagine in punto di convenienza e opportunità, ambiti che dovrebbero essere

⁽²⁹⁾ C. conti, sez. giurisd. Campania, 29 febbraio 2012, n. 250.

⁽³⁰⁾ C. conti, sez. giurisd. Abruzzo, 5 gennaio 2012, n. 1.

istituzionalmente riservati alla pubblica amministrazione e non doppiati da un organo di controllo ⁽³¹⁾.

Il sindacato del giudice contabile si estende poi anche nei confronti dell'avvocato che abbia, attraverso la stipula di una transazione nell'interesse dell'amministrazione, esercitato poteri e funzioni assimilabili a quelli di cui sono titolari i soggetti incardinati nell'amministrazione stessa. Si ritiene, infatti, che la sottoposizione di un soggetto privato alla giurisdizione della Corte dei Conti sussista ogni qualvolta fra il soggetto e l'ente pubblico si stabilisce un rapporto di servizio, e cioè una relazione funzionale generata da un atto autoritativo o convenzionale o addirittura di fatto, tale da configurare l'azione del privato come svolta nell'adempimento di compiti affidati o pattuiti o volontariamente assunti per il raggiungimento di una finalità pubblica ⁽³²⁾.

Su un piano generale la minaccia di una responsabilità per danno erariale genera una paralisi decisoria in capo alle amministrazioni, aggravata dall'attuale ambiente normativo, sostanzialmente incerto ⁽³³⁾. Gli amministratori pubblici, temendo l'intervento delle procure oppure un giudizio di responsabilità erariale, preferiscono attendere la definizione nel merito del processo, piuttosto che assumersi la responsabilità di una transazione. Difatti, generalmente nessuna responsabilità è ritenuta sussistente per la scelta in favore della partecipazione ad un processo lungo e dispendioso, nonostante che la lite avrebbe potuto essere risolta in modo più agevole al di fuori del giudizio ⁽³⁴⁾.

Né alcun conforto può derivare dall'attività consultiva della Corte dei Conti, che le amministrazioni tendono ad interpellare

⁽³¹⁾ V. GIOMI, *ADR e sindacato della Corte dei conti: dovere di amministrare oculatamente o esposizione al rischio di responsabilità amministrativa*, in *Munus*, 2016, 33 ss.

⁽³²⁾ Particolarmente chiara C. conti, sez. giurisd. Campania, n. 250/2012, cit.

⁽³³⁾ S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 293 ss.

⁽³⁴⁾ M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. arb.*, 2017, 521 ss., spec. 525.

prima di addivenire alla stipula di una transazione. Ormai consolidato è l'orientamento assunto dalla magistratura contabile secondo cui le richieste di parere sono inammissibili quando il quesito sottende valutazioni attinenti alla concreta attività gestionale e amministrativa dell'ente. Di conseguenza, la Corte dei Conti, chiamata a fornire pareri sui presupposti legittimanti le transazioni, rifiuta di «indicare quali principi devono informare l'azione amministrativa per rendere ragionevole e quindi immune da censure una transazione»⁽³⁵⁾.

b) L'esercizio da parte dell'amministrazione dei poteri di revoca o di annullamento d'ufficio degli atti ad evidenza pubblica rischia di mettere a repentaglio la serietà e la stabilità degli impegni assunti con la transazione, laddove di contro gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie si dovrebbero caratterizzare proprio per consentire il conseguimento di un assetto degli interessi in gioco più stabile, in quanto condiviso.

Nel paradigma codicistico la transazione è disciplinata in modo tale da essere tendenzialmente non aggredibile, perché solo così lo strumento risulta allettante per entrambe le parti⁽³⁶⁾.

Di contro, in ambito pubblicistico non è affatto chiaro se l'amministrazione abbia il potere di sciogliersi in via unilaterale dal vincolo derivante dalla transazione, oppure se sia sempre necessario il mutuo consenso o una pronuncia giurisdizionale. Non è pacifico, dunque, il punto d'equilibrio tra la realizzazione della funzione tipica della transazione, e cioè il superamento definitivo di un conflitto tra le parti, e la realizzazione della funzione tipica dell'amministrazione, e cioè la tutela perenne degli interessi pubblici, alcuni dei quali possono sopravvivere rispetto alla stipula del contratto⁽³⁷⁾. In altri termini, la componente privatistica insita nella transazione la quale

⁽³⁵⁾ C. conti, sez. reg. controllo Lombardia, 7 giugno 2017, n. 181.

⁽³⁶⁾ G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, e bibliografia ivi riportata.

⁽³⁷⁾ A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, cit., 82 ss., anche con uno sguardo comparatistico.

pretende che il contratto abbia forza di legge tra le parti entra in rotta di collisione con la componente pubblicistica insita nel potere amministrativo che lo vorrebbe inesauribile ⁽³⁸⁾.

Il diritto positivo non viene in soccorso, dal momento che il legislatore non ha dettato alcuna disciplina a tal riguardo, né è applicabile in via analogica la disciplina del recesso unilaterale prevista per gli accordi *ex art. 11 l. n. 241 del 1990*. Infatti, pur potendo assumere anche gli accordi una funzione transattiva in senso lato, perché mirano a prevenire eventuali futuri conflitti, la giurisprudenza ha escluso a chiare lettere che la transazione costituisca un accordo sostitutivo di provvedimento ⁽³⁹⁾.

Se dunque un singolo contratto di transazione non prevede espressamente il recesso unilaterale, sulla base di quanto consentito in via generale dall'*art. 21 sexies, l. n. 241 del 1990*, si è in presenza di una lacuna normativa, che la giurisprudenza ha cercato di colmare tramite due posizioni tra loro antitetiche.

Secondo un primo orientamento l'amministrazione non può mai rinunciare all'esercizio dei poteri di autotutela sugli atti ad evidenza pubblica, quali la determina dirigenziale di autorizzazione della transazione e in generale gli atti prodromici alla stipulazione del contratto, nonché gli atti di approvazione della transazione. La revoca o l'annullamento d'ufficio di tali atti, nel caso in cui il contratto di transazione sia stato stipulato, determinano l'estinzione dell'obbligazione in capo alla pubblica amministrazione per impossibilità sopravvenuta della prestazione ⁽⁴⁰⁾. L'orientamento giurisprudenziale si giustifica con la necessità di tutelare perennemente i pubblici interessi, tuttavia, riconoscere all'amministrazione il potere di sciogliersi unilateralmente dal vincolo contrattuale mina la stabilità dell'assetto degli interessi creato dalla transazione.

⁽³⁸⁾ Sull'inesauribilità del potere cfr., da ultimo, F. FRANCIARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017; M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, spec. 133 ss.

⁽³⁹⁾ Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628.

⁽⁴⁰⁾ T.A.R. Liguria, Genova, sez. II, 17 luglio 2015, n. 691.

In base al secondo orientamento, una volta che l'amministrazione ha stipulato atti di transazione, l'amministrazione non ha il potere di sciogliersi unilateralmente dal vincolo attraverso l'espediente dell'annullamento in autotutela. Questa posizione è risalente nel tempo, per lo meno con riferimento alle transazioni ad oggetto privatistico. Infatti, già negli anni Ottanta del secolo scorso il giudice amministrativo ha affermato che, a transazione conclusa, le parti contraenti possono esperire unicamente gli strumenti di risoluzione del rapporto e di tutela giurisdizionale propri del diritto civile, quando gli effetti del contratto non incidano sul contenuto di successivi atti amministrativi, ossia sull'ulteriore sviluppo dell'esercizio della funzione amministrativa ⁽⁴¹⁾.

L'indirizzo giurisprudenziale affonda le sue radici nella migliore dottrina del secolo scorso, propensa a ritenere che la transazione determini la nascita di un diritto soggettivo a favore della parte privata, non aggredibile da alcun atto di annullamento d'ufficio o di revoca ⁽⁴²⁾.

L'orientamento in questione ha trovato più compiuta affermazione di recente, grazie alla presa di posizione della sez. VI del Consiglio di Stato ⁽⁴³⁾, poi seguita dalla giurisprudenza successiva ⁽⁴⁴⁾, preoccupata di salvaguardare la serietà del vincolo scaturente dalla transazione. Il caso riguardava l'annullamento d'ufficio degli atti di approvazione di una transazione con cui si conveniva il riconoscimento di una somma da parte dell'amministrazione in favore del ricorrente e la rinuncia da parte di quest'ultimo al giudizio precedentemente instaurato, oltre che agli interessi nel frattempo maturati sulle somme non versate. A detta del giudice amministrativo l'autoannullamento non è in grado di caducare il contratto precedentemente stipulato, dal momento che non si rientra nelle fattispecie tipiche in cui l'annullamento degli atti

⁽⁴¹⁾ T.A.R. Puglia, sez. Bari, 6 agosto 1987, n. 596, in *Cons. St.*, 1987, I, 3481.

⁽⁴²⁾ E. GUICCIARDI, *op. cit.*, 159 ss.

⁽⁴³⁾ Cons. Stato, sez. VI, 5 novembre 2017, n. 5278.

⁽⁴⁴⁾ Cons. Stato, sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628.

prodromici alla stipulazione di un contratto ad evidenza pubblica può incidere sull'efficacia di quest'ultimo (artt. 121 ss. c.p.a). «Pur qualificati dall'Amministrazione come espressione del potere di autotutela, gli atti di secondo grado esprimono, nella sostanza, nulla più che la volontà dall'amministrazione di sciogliersi unilateralmente da un vincolo contrattuale ritenuto invalido, e senza previamente ottenere, a tal fine, un intervento giurisdizionale del giudice competente» ⁽⁴⁵⁾.

Poteri esorbitanti nei confronti della controparte privata consentirebbero all'amministrazione di «*disattivare* unilateralmente l'art. 1969 c.c.», mentre invece, una volta che l'amministrazione, nell'esercizio della propria autonomia negoziale, ha stipulato atti di transazione, soggetti alla normale disciplina civilistica, questi atti sono sottratti a ogni possibile successiva rimozione mediante provvedimenti amministrativi di autotutela, mancando il potere di incidere autoritativamente sugli effetti di un negozio privatistico. La strada da percorrere sarà piuttosto agire dinanzi al giudice civile al fine di ottenere l'accertamento della nullità del contratto, oppure una pronuncia costitutiva che ne disponga l'annullamento o, comunque, la perdita degli effetti ⁽⁴⁶⁾. Dalla stipula della transazione sorgono diritti soggettivi e l'amministrazione «non ha il potere di degradarli ad interessi legittimi con esercizio di poteri pubblicistici tendenti ad eliminare quanto in forza di contratto è stato stipulato, con la conseguenza che l'eventuale atto amministrativo, che incida sui predetti diritti, è emanato in assoluta carenza di potere da parte dell'amministrazione e, come tale, i vizi che lo inficiano sfuggono alla cognizione del giudice amministrativo essendo, invece, devoluti alla cognizione del giudice ordinario» ⁽⁴⁷⁾.

Quand'anche l'orientamento da ultimo illustrato abbia il sopravvento, consentendo così alla transazione pubblicistica di godere della sua fisiologica stabilità quanto ad effetti giuridici (ma, al tem-

⁽⁴⁵⁾ Così Cons. Stato, sez. VI, n. 5278/2017, cit.

⁽⁴⁶⁾ Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2011, n. 4083.

⁽⁴⁷⁾ Cons. Stato, sez. VI, n. 5278/2017, cit.

po stesso, impedendo l'esercizio di quei poteri esorbitanti che consentono con rapidità e incisività il costante adeguamento dell'azione amministrativa al mutamento del reale), in ogni caso la mancanza di una legge generale sulle modalità di formazione e degli effetti delle transazioni pubblicistiche ostacola l'appetibilità dell'istituto. Si pensi, ad esempio, al fatto che non esiste alcuna disposizione che indichi alle amministrazioni non statali l'*iter* procedimentale, anche solo di massima, da seguire qualora abbia intenzione di stipulare una transazione.

Passando poi dal piano specifico della transazione a quello più generale relativo a tutte le ADR pubblicistiche, emerge con nettezza l'importanza di una legge quadro di disciplina. Altrimenti, chi intende utilizzare tali strumenti sarà sempre costretto a cimentarsi con la costruzione del loro regime, con tutte le incertezze di dover procedere autonomamente a creare un *mix* tra diritto pubblico e diritto privato, nel cui alveo nascono tali strumenti. Prova dell'importanza di una legge quadro di disciplina è la storia di un istituto non molto distante dagli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, e cioè l'accordo *ex art.* 11 l. n. 241 del 1990. Infatti, lo scarso utilizzo in via di prassi degli accordi pubblicistici nasce proprio dalla mancanza di certezze a sua volta figlia dell'assenza di una normativa che non si limiti a delegare all'interprete la ricostruzione del regime concreto dell'istituto ⁽⁴⁸⁾.

Solo una legge è in grado di sciogliere i nodi più drammatici di disciplina, beninteso sempre all'insegna dell'indispensabile elasticità. Solo una legge assolve una funzione anche di tipo culturale, rendendo l'amministrazione e i privati sempre più consapevoli dell'importanza di questi strumenti di sicura utilità, veicolo di un'idea diversa di giustizia che razionalizza e raffredda i rapporti conflittuali, grazie a un gioco a somma positiva, e cioè in termini soddisfacenti per tutte le parti coinvolte.

⁽⁴⁸⁾ M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 675 ss.

Le ADR sono caratterizzate da quello che il più grande psichiatra italiano, Eugenio Borgna, ha chiamato *ascolto gentile*, che è l'ascolto semplicemente aperto alla comprensione di ciò che viene detto ⁽⁴⁹⁾.

Questo richiede tempo e rinuncia a parte di sé. Una sfida per ciascuno di noi.

Abstract

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

⁽⁴⁹⁾ E. BORGNA, *L'ascolto gentile*, Torino, 2017.

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

MEDIAZIONE.
IL FRUTTO DI UN BUON ESERCIZIO DEL DIRITTO

Teresa Arruda Alvim () e Márcio Bellocchi (**)*

SOMMARIO: 1. Introduzione: un rapido *excursus* sul processo di pacificazione sociale in Brasile. – 2. La professione dell’avvocato in Brasile. L’arte di scegliere la via migliore per la soluzione della controversia: una vittoria per il cliente, una vittoria per la macchina giudiziaria. – 3. Mediazione e conciliazione: sinonimi? – 4. L’udienza giudiziale di conciliazione/mediazione: un momento obbligatorio nell’*iter* processuale? – 5. E se il previo tentativo di mediazione è (già) stato oggetto di clausola contrattuale? – 6. Sulla formazione dei mediatori. – 7. La (in)dispensabile partecipazione degli avvocati delle parti alle udienze di mediazione/conciliazione. – 8. Mediazione e formazione giuridica. – 9. Osservazioni finali.

1. *Introduzione: un rapido excursus sul processo di pacificazione sociale in Brasile.* – Obiettivo di questo scritto è offrire un’indagine, dalla prospettiva dell’ordinamento giuridico brasiliano, della mediazione, una delle forme di risoluzione delle controversie di cui molto si è discusso negli ultimi decenni.

In un passato non molto distante, l’insegnamento del diritto era concepito essenzialmente nella prospettiva della lite portata avanti ai giudici statali. Il processo giurisdizionale statale era visto come l’unico modo di risoluzione dei conflitti inerenti a diritti patrimoniali disponibili. Nonostante la legge processuale brasiliana tradizionalmente prevedesse la possibilità da parte del giudice di proporre la conciliazione – istituto la cui utilizzazione è stata dapprima

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 143-168. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Libera Docente nella *Pontificia Universidade Católica de São Paulo*.

(**) Dottorando in Diritto nell’*Universidade de São Paulo (USP)*.

promossa dalla legge sui tribunali speciali per le cause di modesta entità ⁽¹⁾ e poi dalla legge sui giudici speciali ⁽²⁾ – non era comune si proponesse alle parti, prima dell'avvio del processo o indipendentemente da questo, la conciliazione quale forma di composizione della lite.

Fin dai tempi delle Ordinazioni Manueline e Filippine si prevedeva la possibilità di proporre alle parti di conciliare la loro controversia al fine di evitare l'esacerbarsi del conflitto ed un aumento delle spese processuali ⁽³⁾.

Il codice di procedura civile del 1939, invece, nulla disponeva con riguardo alla conciliazione, e tanto meno in punto di mediazione.

La versione originale del codice di procedura civile del 1973, al contrario, prevedeva, agli artt. 447 e 448 ⁽⁴⁾, la possibilità da parte del giudice di tentare di comporre la controversia tra le parti mediante conciliazione che, se raggiunta, veniva omologata con sentenza del giudice. Tuttavia, nella pratica, tale proposta era svolta in modo quasi automatico dal giudice, che certo sentiva le parti in udienza, ma raramente si impegnava nel condurle all'accordo. Ciò

⁽¹⁾ L. n. 7.244/1984.

⁽²⁾ L. n. 9.099/1995. Trattasi di una legge che disciplina i processi relativi a cause di minor valore e di ridotta complessità.

⁽³⁾ Interessante il testo del § 1 del Titolo XX, Libro III, delle Ordinazioni Filippine: «*E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e se sigam entre eles os odios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre he duvidoso. E isto, que dissemos de reduzirem as partes à concórdia, não he de necessidade, mas sómente de honestidade nos casos, em que o bem podem fazer. Porém, isto não haverá lugar nos feitos crimes, quando os casos forem taes, que segundo as Ordenações a Justiça haja lugar*».

⁽⁴⁾ Art. 447 c.p.c.: «Quando la controversia attiene a diritti patrimoniali disponibili il giudice, d'ufficio, ordinerà la comparizione delle parti all'inizio dell'udienza istruttoria e di giudizio. In cause di diritto di famiglia, avrà ugualmente luogo la conciliazione nei casi e ai fini in cui la legge consente la transazione»; art. 448 c.p.c.: «Prima di iniziare l'istruzione, il giudice tenterà di conciliare le parti. Ove l'accordo venga raggiunto, il giudice ne farà processo verbale» (traduzione nostra).

fatalmente accadeva anche perché la tradizionale formazione di un giudice non include l'apprendimento delle abilità di un vero conciliatore/mediatore. Peraltro, mai è stato chiarito se quello del giudice fosse o meno un vero e proprio dovere di tentare la conciliazione tra le parti.

Nel 1988 venne adottata però la Costituzione della Repubblica federale del Brasile, che nel suo art. 4, punto VII sancisce la pacificazione sociale quale fondamento della Repubblica ⁽⁵⁾.

Alla luce di siffatto principio, espresso nella Costituzione federale del 1988, si introdusse così una novella al codice di procedura civile del 1973, adottata con la l. n. 10.444/2002. L'art. 331 c.p.c. prevedeva la fissazione di una previa udienza specificamente dedicata al tentativo di conciliazione del giudice *nei casi in cui l'oggetto della controversia fosse transigibile*. L'intenzione del legislatore era quindi quella di obbligare giudici e parti, prima della definizione dei punti controversi della lite, e pertanto prima dell'inizio della trattazione ed istruzione della causa, a tentare la conciliazione.

Il § 3 del citato art. 331, tuttavia, stabiliva che la fissazione di tale udienza potesse essere evitata nel caso in cui «le circostanze della causa» evidenziassero «l'improbabilità» della conciliazione. È stata, questa, una via di fuga per gli operatori del diritto – avvocati e giudici – che hanno mostrato un diffuso disinteresse per siffatta udienza e quindi per il suo svolgimento. Il pensiero sotteso era il seguente: se non v'è stata possibilità di accordo tra le parti fino a quel momento, la probabilità che lo stesso venga raggiunto in udienza è ancora minore. Era, questo, il frutto della cultura (ancora) belligerante – la cultura del conflitto – appresa nei banchi universitari.

Degno di nota è inoltre il secondo Patto Repubblicano di Stato per un sistema di giustizia più accessibile, agile ed efficace, firmato il 13 marzo 2009, dai rappresentanti dei tre poteri della nazione, con il fine, oltre al resto, di facilitare l'accesso alla giustizia e migliorare la prestazione giurisdizionale e, a tale scopo, «(d) rafforzare la mediazione e la conciliazione, stimolando la risoluzione di conflitti attra-

(5) Art. 4, VII, Soluzione pacifica dei conflitti, Cost.

verso mezzi auto-compositivi, volti alla più ampia pacificazione sociale e minore giurisdizionalizzazione» (traduzione nostra).

Ne emerge come l'ordinamento brasiliano sia stato e sia gradualmente attraversato da un processo di distanziamento dalla tradizionale cultura del conflitto. Interessante è vedere come ciò stia accadendo.

2. *La professione dell'avvocato in Brasile. L'arte di scegliere la via migliore per la soluzione della controversia: una vittoria per il cliente, una vittoria per la macchina giudiziaria.* – Fino a poco tempo fa in Brasile si riteneva fosse un bravo avvocato il professionista che, ottenuta la laurea, e superato l'esame d'accesso all'Ordine degli Avvocati (OAB), avesse le caratteristiche di un buon *litigator*.

Come anticipato, la cultura del conflitto era radicata nel profilo del professionista che sceglieva l'esercizio della professione di avvocato: ne discendeva che, in sede contenziosa, agendo a tutela ed in favore del proprio cliente, egli considerava in ogni caso più appropriata la via giudiziale. Essere un buon avvocato coincideva, perciò, con l'essere un buon *litigator*, un buon *competitor*. Praticamente null'altro si chiedeva a quel professionista: soltanto la scelta della migliore strategia processuale.

Oltre a questo, c'erano certo altri elementi distintivi del buon avvocato: il conseguimento di una specializzazione, il titolo di *master* e/o dottorato come pure il possesso di abilità linguistiche, oltre alla padronanza del portoghese.

Oggi, però, in Brasile si riscontra un numero sempre più crescente di avvocati abilitati ⁽⁶⁾ così come di posti disponibili nelle Facoltà di Giurisprudenza ⁽⁷⁾. Aumentano vertiginosamente anche i

⁽⁶⁾ Ad oggi in Brasile ci sono più di 1.285.000 avvocati abilitati: v. i dati offerti dal Consiglio federale dell'Ordine degli Avvocati del Brasile, disponibili al sito: <<https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>> (10 maggio 2021).

⁽⁷⁾ Nel periodo compreso tra il 2018 e il 2019 sono stati previsti dal Ministero della Pubblica istruzione, ulteriori 52.000 posti nelle Facoltà di Giurisprudenza,

professionisti, in tutte le aree, tra cui quella giuridica, che frequentano corsi di specializzazione o hanno ottenuto un titolo di *master* e/o di dottorato ⁽⁸⁾.

Il mercato del lavoro si presenta, quindi, piuttosto impervio per gli avvocati, a causa (i) dell'aumento del numero dei professionisti e delle Facoltà di Giurisprudenza, e del parallelo disinteresse per impieghi nei pubblici uffici (quali quello di magistrato, pubblico ministero, difensore pubblico o procuratore), in conseguenza di recenti cambiamenti introdotti con riguardo al regime previdenziale dei pubblici dipendenti; (ii) del calo dell'offerta di lavoro dovuto ad una certa diminuzione di domanda, in ragione del più diffuso uso della tecnologia dell'informazione in sostituzione del lavoro umano.

Per altro verso, si può constatare come la macchina giudiziaria brasiliana sia oberata di processi su cause relative a diritti patrimoniali disponibili, che in nessun momento, né prima né durante il loro svolgimento, hanno visto un tentativo di conciliazione tra le parti ⁽⁹⁾.

Questo sovraccarico di contenzioso, coniugato ad altri fattori, comporta che la durata normale di un processo avanti ai giudici statali possa durare, dal momento della sua assegnazione al giudice

per un totale di 313.000. Sul punto illustrativamente v. V.A. PINHO, *Vagas em direito disparam após MEC facilitar a abertura de novos cursos*, disponibile al sito <<https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2019/04/vagas-em-direito-disparam-apos-mec-facilitar-a-abertura-de-novos-cursos.shtml>> (10 maggio 2021).

⁽⁸⁾ Secondo il Coordinamento per il perfezionamento del personale di insegnamento superiore (Capes/MEC), il Brasile nel 2018 aveva circa 122.295 studenti iscritti a corsi di specializzazione, di cui 76.323 erano presso un *master* accademico; 4.008 presso un *master* professionale e 41.964 presso un dottorato: v. S. FARIA, *Número de pós-graduandos cresce no Brasil*, disponibile al sito <<http://portal.mec.gov.br/reuni-sp-93318841/180-estudantes-108009469/pos-graduacao-500454045/2583-sp-2021081601>> (10 maggio 2021).

⁽⁹⁾ La mediazione è divenuta importante, oltre al resto, perché negli ultimi quarant'anni si è avuto un aumento significativo dei casi portati davanti alle corti statali, forse, in parte, per l'emersione di nuovi diritti, quali quelli degli anziani, dei minorenni, delle donne, a tutela dell'ambiente – e l'elenco potrebbe continuare.

fino all'effettivo passaggio in giudicato della decisione definitiva, un decennio. Per non parlare dei casi – non pochi – in cui i tempi sono addirittura superiori, dipendendo la durata del processo dallo Stato federato e dal distretto in cui esso è avviato.

Alla comune lunghezza del processo avanti ai giudici statali si aggiunge poi il fatto che, di frequente, dopo questa prolungata attesa, la parte, anche quando vittoriosa, finisce per non ottenere la liquidazione del proprio credito: o perché, lite pendente, il debitore ha dilapidato il suo patrimonio, o perché egli non aveva sin da principio le risorse per adempiere.

A fronte di questo scenario una domanda s'impone: che cosa caratterizza oggi un buon avvocato? Si deve attribuire tale caratteristica al professionista che si è perfezionato in lingue straniere? Che ha frequentato corsi di specializzazione? Che ha acquisito titoli di *master* e di dottorato?

Come visto, attualmente questi tipi di professionisti, diversamente da ciò che avveniva in passato, sono piuttosto numerosi. Come identificare, quindi, quelli di cui il mercato ha bisogno?

Ebbene, la risposta a tale domanda intreccia non poco il tema di questo scritto: ciò che al giorno d'oggi rende bravo un avvocato è la sua abilità, non soltanto di capire il proprio cliente e il caso che costui gli presenta, ma anche di informarlo su tutte le opzioni esistenti per la risoluzione del suo potenziale conflitto, consigliandogli, tra queste, la migliore, in modo che il cliente, debitamente informato, possa prendere in modo responsabile la sua decisione.

Si vuol dire, cioè, che un buon avvocato non è quello che consiglia subito di iniziare il processo avanti al giudice, ma, invece, quello che, quando possibile, dopo accorte ponderazioni, tenta di evitarlo, allontanandosi così dalla cultura del conflitto e favorendo invece la pacificazione sociale. In questo modo, egli fa vincere il cliente, fa vincere la macchina giudiziaria e fa vincere, quindi, la società.

È con questo spirito che è nato, negli anni Settanta del secolo scorso, negli Stati Uniti, e più specificamente durante la *Pound*

Conference ⁽¹⁰⁾, il concetto del sistema di c.dd. tribunali *multi-door*, quale parte integrante del macro ‘sistema *multi-door*’, elaborato dal Professore emerito della *Harvard University* Frank Sanders, quando in discussione era la reale possibilità della macchina giudiziaria statunitense di rispondere a tutte le domande giudiziali ‘con giustizia’.

Questo fenomeno, dovuto all’immane quantità di azioni pendenti avanti ai giudici statali, assume in Brasile dimensioni addirittura maggiori ed è perciò incomparabilmente più serio.

Il sistema *multi-door* di risoluzione di conflitti ha come proposito quello non solo di indicare alle parti di una potenziale lite altre forme di risoluzione che non siano necessariamente giudiziali, ma anche di offrire alternative in seno allo stesso processo già instaurato avanti al giudice statale o di introdurre l’obbligo del tentativo di conciliazione quale condizione di ricevibilità o procedibilità della domanda giudiziale.

Il sistema *multi-door*, applicato con decisione nell’ordinamento statunitense, adotta il meccanismo dei c.dd. tribunali *multi-door* ⁽¹¹⁾. Pur variando da Stato a Stato, tale sistema prevede uno smistamento delle domande giudiziali, realizzato da un impiegato dell’ufficio giudiziario, chiamato ad indicare, sulla base delle informazioni fornite dalle parti, la migliore via per la soluzione della lite: negoziazione, conciliazione, mediazione, arbitrato, contenzioso giudiziale, e così via.

Il sistema dei tribunali *multi-door* non è stato ancora adottato in Brasile. Incerta è la praticabilità, localmente, di un simile sistema per ragioni culturali, che potrebbero causare molta resistenza alla sua introduzione, nonché per la sua probabile incostituzionalità. Ciononostante, tale sistema di risoluzione dei conflitti costituisce un approdo inesorabile. Lo stimolo all’uso di metodi di soluzione

⁽¹⁰⁾ Tenutasi nel 1976 nella città di St. Paul, Minnesota, Stati Uniti d’America.

⁽¹¹⁾ V.T. LOBO MUNIZ, I.C. MOURA, *O Modelo do Tribunal Multiportas Americano e o Sistema Brasileiro de Solução de Conflitos*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, 2018, n. 39, vol. sp., 288-311.

della lite differenti dal processo è infatti, in Brasile, un fatto incontestabile ed è visto con favore.

L'arbitrato si è trasformato nello strumento più conosciuto e di più ampia utilizzazione dall'entrata in vigore della l. n. 9.307/1996 ⁽¹²⁾, ed ha acquistato forza anche maggiore nel 2002, quando il Brasile ha sottoscritto la Convenzione di New York sul riconoscimento e sull'esecuzione di sentenze arbitrali straniere ⁽¹³⁾. Per un certo tempo, si è discusso sulla costituzionalità dell'arbitrato, ma la decisione pronunciata in sede di procedimento di omologazione di sentenza straniera dal Tribunale Supremo federale, all'epoca giudice competente per tale *leading case*, ha stabilito la costituzionalità dell'istituto ⁽¹⁴⁾.

Secondo il quotidiano *O Globo*, dal 2013 al 2018 il numero delle liti risolte per via arbitrale è raddoppiato e, nel 2017, 333 nuovi casi avevano avuto inizio presso le Camere arbitrali brasiliane ⁽¹⁵⁾.

Per altro verso, la mediazione è stata di recente oggetto di specifica legge, emanata nel 2015 (d'ora in poi, legge sulla mediazione) ⁽¹⁶⁾. Essa tratta del procedimento di mediazione – giudiziale ed extragiudiziale – con riguardo a liti non soltanto tra privati, ma anche tra privati e pubblica amministrazione, e tra organi della pubblica amministrazione.

La legge sulla mediazione venne adottata cinque anni dopo la Risoluzione n. 125 del 2010 del Consiglio nazionale di giustizia che – in vista della *necessità di consolidare una politica pubblica permanente di incentivo e perfezionamento dei meccanismi consensuali di soluzione di liti*, che permettono *l'accesso al giusto ordine giuridico* –

⁽¹²⁾ Novellata recentemente dalla l. n. 13.129/2015.

⁽¹³⁾ Il decreto n. 4.311/2002 ha ratificato la Convenzione di New York.

⁽¹⁴⁾ Decisione pronunciata dalla seduta plenaria del Tribunale Supremo federale nel procedimento d'omologazione di sentenza straniera (SEC) n. 5.206-7.

⁽¹⁵⁾ CONSULTOR JURÍDICO, *Número de processos em câmaras de arbitragem dobra em cinco anos*, disponibile al sito <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/numero-processos-camaras-arbitragem-dobra-anos>> (10 maggio 2021).

⁽¹⁶⁾ L. n. 13.140/2015.

istituisce la politica giudiziaria nazionale per il trattamento dei conflitti. Si stabilisce che è prerogativa degli organi del potere giudiziario, *prima di giungere alla soluzione per mezzo della sentenza, offrire altri meccanismi di soluzione delle controversie, specialmente quelli denominati mezzi consensuali, come la mediazione e la conciliazione* ⁽¹⁷⁾.

Per quanto riguarda la conciliazione, da ultimo, la l. n. 13.994/2020, che ha novellato la l. n. 9.099/1995, con l'intento di rafforzare ancor più la cultura della pacificazione e di una più rapida, economica e meno dolorosa forma di soluzione dei conflitti, ha previsto la possibilità di realizzare una conciliazione non in presenza, in seno ai tribunali speciali civili ⁽¹⁸⁾.

L'Esposizione dei Motivi del codice di procedura civile del 2015 rafforza in Brasile il fermo proposito dell'adozione del sistema *multi-door*, sottolineando, oltre al resto, che *la soddisfazione effettiva delle parti può essere raggiunta in modo più intenso qualora la soluzione sia da loro trovata, invece che imposta dal giudice* ⁽¹⁹⁾.

Questo ragionamento è una sorta di *continuum* della risoluzione delle controversie, linea che nasce con la fuga (*avoidance*) dal conflitto, passa per la negoziazione, mediazione, conciliazione (c.dd.

⁽¹⁷⁾ Art. 10 Consiglio nazionale di giustizia, 125.

⁽¹⁸⁾ Cfr. art. 1, § 2, l. n. 13.994/2020: «È ammissibile la conciliazione non in presenza condotta dal tribunale mediante l'impiego di mezzi tecnologici di trasmissione di suoni e immagini in tempo reale. Il risultato del tentativo di conciliazione dovrà essere messo per iscritto con i relativi allegati» (traduzione nostra).

⁽¹⁹⁾ Così l'Esposizione dei Motivi, cit.: «2) Si è inteso convertire il processo in uno strumento inserito nel contesto sociale in cui il suo risultato produrrà effetto. Si è data enfasi alla possibilità che le parti mettano fine al conflitto attraverso la mediazione o la conciliazione. Si è considerato che la soddisfazione effettiva delle parti possa realizzarsi in modo migliore se la soluzione è da esse stesse forgiata, anziché imposta dal giudice. Di regola deve celebrarsi un'udienza in cui, prima ancora che il convenuto contesti, si cerchi di fare in modo che attore e convenuto trovino un accordo. A questa udienza potranno partecipare il conciliatore e mediatore; il convenuto deve comparire, pena la valutazione della sua assenza senza giustificato motivo quale spregio alla dignità della giustizia. Ove l'accordo non venga raggiunto, decorrerà il termine per la formulazione della contestazione» (traduzione nostra).

metodi auto-compositivi) – strumenti che garantiscono una maggior autonomia delle parti – e giunge, infine, alla lite effettiva, attraverso il ricorso all'arbitrato ⁽²⁰⁾ o al processo avanti al giudice statale (c.dd. metodi etero-compositivi), con l'affidamento della controversia ad un terzo che la risolva.

Nel concreto però accade che, quando le parti affidano il caso ad un terzo perché lo decida, esse perdono totalmente il controllo sul risultato, molte volte senza che le medesime abbiano valutato l'esistenza di altre possibilità di soluzione del conflitto. Si tratta di un fenomeno molto comune, che a ben vedere è il frutto della trappola del sistema del contraddittorio: la parte si appassiona talmente tanto alla disputa che finisce per scordarsi delle altre opzioni (auto-compositive) che magari potrebbero meglio attagliarsi al suo caso.

3. *Mediazione e conciliazione: sinonimi?* – Come più volte segnalato nelle pagine precedenti, il sistema *multi-door* è oggi oltremodo sostenuto e promosso in Brasile: esso è visto come un modo di rispondere alla richiesta degli operatori del diritto che auspicano un pieno accesso alla giustizia, così come garantito dalla Costituzione federale ⁽²¹⁾.

Come correttamente sostenuto da Kazuo Watanabe, si deve intendere l'espressione «accesso alla giustizia» non solo come accesso al giudice statale, che giunge alla soluzione del conflitto mediante la pronuncia della sentenza, ma anche come accesso ad altre forme di risoluzione della lite, tra cui quelle auto-compositive come la mediazione e la conciliazione ⁽²²⁾. Si deve dare, alla parte, accesso al sistema *multi-door* di risoluzione dei conflitti.

⁽²⁰⁾ L'arbitrato garantisce ancora una certa autonomia delle parti, permettendo loro, ad esempio, la scelta degli arbitri e la modulazione del procedimento.

⁽²¹⁾ Cfr. art. 5, XXXV, Costituzione federale: «La legge non escluderà dall'esame del giudice statale alcuna lesione o minaccia del diritto» (traduzione nostra).

⁽²²⁾ «La questione dell'accesso alla giustizia non può essere studiata entro i confini ridotti dell'accesso agli organi giudiziari già esistenti. Non si tratta semplice-

È per questo che il codice di procedura civile del 2015, nella sua Esposizione dei Motivi, all'art. 3, nel richiamare il principio costituzionale dell'accesso alla giustizia, stabilisce che lo Stato promuoverà la risoluzione consensuale dei conflitti mediante conciliazione e mediazione, con possibilità inoltre di ricorrere alla via arbitrale ⁽²³⁾.

L'art. 165 del codice di procedura civile del 2015, 2° e 3° paragrafo, stabilisce che la conciliazione avrà luogo, di preferenza, in caso di conflitti in cui *tra le parti non vi fosse un precedente rapporto giuridico*, mentre vi sarà mediazione, di preferenza, qualora *tra le parti vi fosse un precedente legame giuridico* ⁽²⁴⁾.

mente di permettere 'accesso alla giustizia' in termini di istituzione statale, ma di favorire l'*accesso al giusto ordine giuridico*. (...). Oltretutto, proprio in un paese come il nostro, che adotta il sistema della giurisdizione unica, in cui l'ultima parola in materia di diritto tocca al potere giudiziario, non si può pensare al sistema di risoluzione dei conflitti solo attraverso l'autorità dello Stato. I conflitti più frequenti sono quelli che coinvolgono persone legate da una relazione destinata a perdurare nel tempo, come nei rapporti giuridici continuativi (...), per i quali la *mediazione* e la *conciliazione* sono adeguate, poiché non soltanto eliminano il conflitto, ma hanno anche il pregio di pacificare i litiganti» (traduzione nostra): K. WATANABE, *Acesso à Ordem Jurídica Justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos*, Belo Horizonte, 2019, n. 3, 7.

⁽²³⁾ Art. 3 Esposizione dei Motivi, cit., «Non si escluderà dall'esame del giudice statale alcuna minaccia o lesione del diritto»; § 1: «È permesso l'arbitrato nelle forme di legge»; § 2: «Lo Stato promuoverà, ogni volta che sia possibile, la soluzione consensuale dei conflitti»; § 3 «La conciliazione, la mediazione ed altri metodi di soluzione dei conflitti dovranno essere stimolati da giudici, avvocati, difensori pubblici e membri del pubblico ministero, anche nel corso del processo avanti al giudice statale» (traduzione nostra).

⁽²⁴⁾ Art. 165, § 2, c.p.c. «Il conciliatore, che interverrà di preferenza nei casi in cui non esista un vincolo anteriore tra le parti, potrà suggerire soluzioni per la composizione della lite, fatto salvo il divieto di qualsiasi costrizione, pressione o intimidazione affinché le parti si concilino»; § 3: «Il mediatore, che agirà di preferenza nei casi in cui esiste un rapporto giuridico anteriore tra le parti, coadiuverà gli interessati nel comprendere le questioni e gli interessi sottesi al conflitto, di modo che essi possano, grazie alla riattivazione della comunicazione, identificare, per conto proprio, soluzioni consensuali che producano benefici reciproci» (traduzione nostra).

Subito dopo la pubblicazione del codice si è animato il dibattito a proposito delle differenze tra gli istituti della *mediazione* e della *conciliazione* e dei riflessi di una tale distinzione sul sistema di soluzione consensuale delle lite ⁽²⁵⁾. Il dibattito è ancor oggi vivo: a parere di chi scrive, e non me ne vogliano coloro che quel dibattito alimentano, una tale discussione non è affatto necessaria, anzi è del tutto inutile.

Che, a seconda dei casi, si tratti di ipotesi di conciliazione o di mediazione, si rivela di poca, per non dire di nessuna importanza, se si guarda al fine che tanto l'uno quanto l'altro istituto perseguono: il raggiungimento della soluzione consensuale del conflitto, la realizzazione dell'accordo. Alimentare la discussione sulle differenze tra conciliazione e mediazione è affatto irragionevole e costituisce un'inutile distrazione da ciò che è realmente importante per lo sviluppo del sistema *multi-door* in Brasile.

Negli Stati Uniti già da tempo si è smesso di occuparsi di questa differenza, che è al massimo oggetto di discussioni meramente accademiche.

Ciò che importa è che il codice di procedura civile, dall'art. 165 all'art. 175, prevede i principi informativi così come i requisiti per lo svolgimento dell'attività che deve svolgersi, sia che si tratti di mediazione che di conciliazione. Si noti che tutte le disposizioni di legge menzionano, sempre, conciliatore e mediatore o conciliazione e mediazione senza alcuna distinzione.

Il 2° paragrafo dell'art. 165 stabilisce che il conciliatore «potrà suggerire soluzioni per la composizione della lite», mentre il 3° paragrafo afferma che il mediatore coadiuverà gli interessati nel comprendere le questioni e gli interessi sottesi al conflitto, sì che essi possano, ristabilendo la comunicazione tra loro, identificare, per conto proprio, le soluzioni che producano benefici ad entrambi. Tali disposizioni individuano semplicemente tecniche diverse che si possono adottare (la prima, utilizzabile esclusivamente nella conciliazione, la seconda solo nella mediazione). Tuttavia tale distinzione

⁽²⁵⁾ Il codice di procedura civile fu pubblicato nel marzo del 2015.

non ha alcun rilievo pratico e nemmeno una qualche conseguenza giuridica.

La *ratio* della distinzione risiede soltanto nell'intenzione del legislatore di evidenziare come, nei casi in cui le parti non fossero legate da rapporto prima della nascita del conflitto (ma, anzi, il contatto tra loro sia stato provocato proprio e soltanto dal conflitto stesso), la tecnica adottata dal terzo neutrale può essere molto più invasiva, dato che non c'è un passato comune tra le parti. È il caso, ad esempio, di liti inerenti al risarcimento del danno da incidente.

Differente è l'ipotesi di conflitto nato in seno ad un rapporto preesistente tra le parti, che, quindi, già si conoscevano prima dell'insorgere della lite: anzi, il conflitto nasce proprio da tale loro pregresso rapporto. È il caso, ad esempio, del conflitto che genera dalla violazione di un contratto stipulato tra le parti.

È importante notare che, nel primo caso, accade che il rapporto tra le parti è occasionato proprio dal conflitto, mentre, nel secondo, il conflitto nasce in ragione del loro preesistente rapporto.

Alla luce di ciò, sembra ragionevole che per il conflitto nascente da un rapporto giuridico pregresso l'attività del terzo neutrale sia meno invasiva, giacché si è di fronte ad una relazione che ha coinvolto continuamente le parti prima del conflitto, relazione sino a quel momento sconosciuta al terzo. In questo caso, quindi, appare più efficace indurre le parti a tentare da sole di trovare la soluzione alla questione e, magari, di mantenere o riorganizzare il vincolo originario che le ha portate sino al conflitto.

Nella pratica è dato riscontrare, però, come non sempre il terzo riesca a mantenersi fedele alla tecnica che si è proposto di utilizzare. Ossia, accade che lo stesso terzo alterni l'uso delle due tecniche, nella misura in cui considera che questo sia il modo più efficace per condurre le parti ad un accordo. Tale distinzione, quindi, a rigore, può essere fatta solo sul piano teorico.

Così, ad avviso di chi scrive, indipendentemente dal fatto che, durante il corso del processo, sia stata fissata un'udienza per la conciliazione o mediazione, o che le parti stragiudizialmente abbiano

deciso di sottoporre la loro controversia alla conciliazione o mediazione, irrilevante è il modo in cui il terzo si condurrà, purché, ovviamente, la sua condotta si ispiri ai principi etici e legali ⁽²⁶⁾.

Anzi, è perfino consigliabile che, nel caso in cui non esista un legame anteriore al conflitto tra le parti (che la legge vede come ipotesi tipica di applicazione della conciliazione), il terzo neutrale agisca più invasivamente ove, in ragione di quanto emerge nei colloqui con le parti stesse, lo ritenga tecnicamente più appropriato al raggiungimento di un accordo. Così come, nell'ipotesi contraria in cui il terzo, di fronte ad un conflitto nato da una relazione preesistente tra le parti (che la legge addita quale caso di mediazione), intuisca la necessità di un suo intervento più puntuale e invasivo, vi provveda, suggerendo soluzioni che magari le parti non abbiano fino a quel momento ipotizzato.

In tal senso, una delle tecniche – applicabile, secondo il codice di procedura civile, ai metodi di auto-composizione (cfr. art. 166, § 3) ⁽²⁷⁾ – è quella di condurre la negoziazione come una danza: i passi devono seguire la musica, per non perdere il ritmo. Il terzo neutrale deve dunque applicare la tecnica più adeguata al caso di specie, non quella da lui scelta a priori. Egli deve essere libero nella gestione del procedimento, sempre nel tentativo di far giungere le parti ad un accordo.

4. *L'udienza giudiziale di conciliazione/mediazione: un momento obbligatorio nell'iter processuale?* – Prima di indagare in dettaglio l'udienza di mediazione/conciliazione che ha luogo durante il processo, è opportuno brevemente soffermarsi sull'eventuale obbligatorietà che si svolga un tentativo di mediazione/conciliazione in un

⁽²⁶⁾ Come stabiliscono la l. n. 13.140/2015 e il codice di procedura civile dello stesso anno.

⁽²⁷⁾ Art. 166, § 3, c.p.c.: «Si ammette l'applicazione di tecniche negoziali con l'obiettivo di offrire un ambiente favorevole all'auto-composizione della lite» (traduzione nostra).

momento antecedente all'inizio del processo stesso. Il tema è stato oggetto di accese discussioni e di molti progetti di legge in Brasile.

C'è chi ritiene opportuna l'obbligatorietà dell'esperimento di un tentativo di accordo *prima* dell'instaurazione del processo. V'è da dire, però, che rendere obbligatorie, a pena di *nullità* dell'atto introduttivo del giudizio, *sessioni di mediazione preliminari al processo* può (a) essere controproducente, nel senso di provocare nelle parti una reazione opposta, generando in capo alle stesse un'avversione nei confronti della mediazione; (b) ritardare indebitamente o rinviare la possibilità d'accesso alla decisione di merito (effetto invero inevitabile).

Peraltro, anche a voler considerare obbligatorio il tentativo preliminare di mediazione, pare di dover ritenere che, una volta constatato nel processo che quel tentativo non è avvenuto, il giudice non dovrebbe dichiarare la sua estinzione per mancato tentativo di mediazione, ma, piuttosto, limitarsi a sospendere il processo, ordinando che quel tentativo sia esperito: ove l'accordo non venga raggiunto, il processo proseguirà.

Vi è però un'altra questione che ha animato la dottrina. Si tratta del tema relativo all'obbligatorietà o meno della fissazione, fin dall'inizio del processo sul diritto che può essere oggetto di accordo, dell'udienza giudiziale – che alcuni preferiscono chiamare sessione ⁽²⁸⁾ – di mediazione/conciliazione ai sensi dell'art. 334 c.p.c. del 2015 ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ È il termine preferito da F. TARTUCE, in T. ARRUDA ALVIM, F. DIDIER JR., E. TALAMINI, B. DANTAS (coordinato da), *Brevi commenti al nuovo Código de Processo Civil*, 2, São Paulo, 2016, 553: «Nonostante nel nuovo Codice si usi il termine udienza, si deve evidenziare come questo rimandi più alla circostanza in cui il magistrato gestisce la via contenziosa; pertanto, suona più appropriato e più coerente per designare incontri caratterizzati dalla consensualità l'uso dell'espressione sessione» (traduzione nostra). Nello stesso senso, V. FERIOLI LAGRASTA LUCHIARI, *Desafios do artigo 334 do c.p.c./2015*, in *303 Revista de Processo* (2020), 503-16, che afferma come ci sarebbe un'«imprecisione tecnica in queste disposizioni [art. 334 c.p.c. e art. 27 legge sulla mediazione] laddove si indica come udienza la sessione di conciliazione/mediazione, dal momento che l'udienza, in termini processuali, può essere presieduta solo dal magistrato. Pertanto, il termine corretto per designare la riunione realizzata dal conciliatore/mediatore con le parti è sessione» (traduzione nostra).

⁽²⁹⁾ Cfr. V. FERIOLI LAGRASTA LUCHIARI, *op. cit.*, 504 ss.

Dalla lettura dell'art. 334 c.p.c. si desume che, ove si tratti di un diritto disponibile ed almeno una delle parti si mostri espressamente interessata allo svolgimento dell'udienza di mediazione o conciliazione ⁽³⁰⁾, tale udienza *deve* essere fissata.

A parere di chi scrive, risolve la questione l'art. 27 l. n. 13.140/2015, che va letto a complemento dell'art. 334 c.p.c. Esso prevede, una volta che l'atto introduttivo del giudizio soddisfi i requisiti legali e la domanda giudiziale non sia manifestamente infondata, la fissazione ad opera del giudice dell'udienza di mediazione. Ebbene, alla luce di un'interpretazione sistematica, si dovrebbe concludere che il giudice *dovrà* fissare l'udienza di mediazione.

Pertanto, se la domanda attiene ad un diritto disponibile e almeno una delle parti ha manifestato il proprio desiderio che l'udienza di conciliazione/mediazione si svolga, si considera *consigliabile e appropriata* la sua fissazione da parte del giudice, prima della presentazione della risposta del convenuto nei termini di cui all'art. 334 c.p.c.

Vi sono state, invero, numerose pronunce giurisprudenziali che hanno negato la necessità di fissare l'udienza di mediazione nel momento indicato dalla legge, e cioè fin dall'*incipit* del processo, sostenendo che una tale udienza sarebbe inutile: per un verso, se con esito negativo, essa comporterebbe soltanto ulteriori lungaggini, violando il principio della ragionevole durata del processo; per altro verso, la sua fissazione sarebbe possibile in qualsiasi momento del processo; infine, si dovrebbe constatare che se le parti fino a quel momento non si sono accordate, risulterebbe poco probabile che ciò avvenga, in particolare allorché una di loro abbia già manifestato il suo disinteresse allo svolgimento dell'udienza.

⁽³⁰⁾ È opportuno osservare che l'art. 334, § 6, c.p.c. stabilisce che «In caso di pluralità di parti, il disinteresse per lo svolgimento dell'udienza dev'essere manifestato da tutti i soggetti» (traduzione nostra).

Tali decisioni, che negano il dovere del giudice di fissare l'udienza ai sensi dell'art. 334 c.p.c., sono state confermate anche dal Tribunale Supremo federale ⁽³¹⁾.

A sommo avviso di chi scrive, tale orientamento è affatto incoerente con il sistema *multi-door* di soluzione dei conflitti adottato dal codice di procedura civile del 2015.

Inoltre, non pare che il giudice possa valutare se il caso lasci presagire un accordo o meno solo dal comportamento delle parti, quale il fatto che esse abbiano tentato un accordo ma non ci siano riuscite, o, al contrario, se si tratti di un caso che non lascia prefigurare un accordo, o, ancora, con riferimento al quale il tentativo di accordo sembri percorribile in qualsiasi momento processuale.

Se l'intenzione del codice di procedura civile del 2015 è stata quella di favorire la soluzione consensuale dei conflitti, prevedendo la creazione di uno strumento che la favorisca, quale la fissazione di un'udienza *anche nelle ipotesi in cui solo una delle parti in lite lo desideri*, e peraltro sanzionando l'assenza dell'altra parte a tale udienza ove questa sia fissata ⁽³²⁾, pare sistematicamente più coerente ritenere che la fissazione dell'udienza sia fortemente *consigliata*, per non dire obbligatoria.

⁽³¹⁾ Nega la nullità processuale per mancata fissazione dell'udienza di conciliazione la recente decisione del Supremo Tribunale di Giustizia nell'*Agravo Interno* nell'*Agravo em Recurso Especial* (1.406.270/SP), del Ministro M.I. GALLOTTI: «3. La mancata fissazione dell'udienza di conciliazione non è causa di nullità del processo» (STJ, AgInt no AREsp 1406270/SP, rel. Min. M.I. Gallotti, 4ª T., j. 18.02.2020, *DJe* 26.02.2020). In questo senso anche il Tribunale di Giustizia dello Stato di San Paolo: TJSP, *Apelação Cível* 1002198-94.2017.8.26.0196, rel. Des. Airton Pinheiro de Castro, 29ª Câmara de Direito Privado, j. 14.05.2020, *DJe* 14.05.2020; nonché TJSP, *Apelação* 1019471- 53.2016.8.26.0477, rel. Des. Moreira Viegas, 5ª Câmara de Direito Privado, j. 21.03.2018, *DJe* 21.03.2018.

⁽³²⁾ Art. 334, § 8, c.p.c.: «La mancata comparizione senza giustificato motivo dell'attore o del convenuto all'udienza di conciliazione è considerata spregio alla dignità della giustizia e sarà punita con una multa massima del 2% del vantaggio economico perseguito o del valore della causa, multa destinata ad essere versata all'Unione federale o allo Stato» (traduzione nostra).

Tuttavia, la legge non sancisce espressamente la nullità processuale per mancata fissazione dell'udienza o assenza della parte, una volta che l'udienza sia stata fissata. Tutt'al più si avrà solo una pena di carattere pecuniario a carico della parte assente.

Ad avviso di chi scrive, è comunque preferibile sostenere che la fissazione dell'udienza di cui all'art. 334 c.p.c. sia da considerarsi *consigliabile* e non obbligatoria. Facendo così leva sul buon senso dell'autorità giudiziaria nell'applicare la legge, si raggiungerà l'obiettivo espressamente auspicato dal codice di procedura civile del 2015, ossia dare priorità alla risoluzione consensuale dei conflitti – con la precisazione che *dare priorità* significa mettere al primo posto, fissare l'udienza per il tentativo di conciliazione o mediazione *prima* dell'effettivo scontro tra le parti nel prosieguo del contenzioso!

5. *E se il previo tentativo di mediazione è (già) stato oggetto di clausola contrattuale?* – Altra questione interessante che ha diviso la dottrina – invero più nel passato (prima della promulgazione della l. n. 13.140/2015) – è quella relativa all'obbligatorietà dell'esperimento del tentativo di mediazione, *prima dell'instaurazione del processo avanti al giudice statale* (o del procedimento arbitrale), quando le parti si siano vincolate a tale previo tentativo in forza di *clausola contrattuale*.

Si supponga che le parti abbiano stipulato una clausola in virtù della quale, per qualsiasi conflitto nascente da un contratto, si obbligano a sottomettersi ad un procedimento di mediazione prima dell'instaurazione del procedimento etero-compositivo (processo statale o arbitrale che sia). Ove il tentativo di mediazione non sortisca effetto, la domanda potrà proporsi avanti al giudice (statale o arbitrale che sia). Nonostante questo vincolo contrattuale, però, una delle parti sceglie di rivolgersi direttamente al giudice. Come deve procedere quest'ultimo?

Qualora il convenuto non faccia valere l'esecuzione della clausola contrattuale che prevede il previo tentativo di mediazione, ossia non richieda che il processo sia sospeso per l'espletamento del previo tentativo di mediazione, il giudice non potrà, d'ufficio, disporre la sospensione del processo e la rimessione delle parti in mediazione. Egli si limiterà, semplicemente, a proseguire il processo, poiché s'intende che le parti, in forza del principio d'autonomia privata⁽³³⁾, hanno deciso di rinunciare al previo tentativo di mediazione.

L'ipotesi ora contemplata non implica nullità processuale e non può, perciò, essere rilevata d'ufficio. Si potrebbe pensare che l'ignorare ciò che fu stipulato, non sottomettendo la lite alla previa mediazione e decidendo direttamente la domanda, comporti la nullità del processo per mancata integrazione di un presupposto processuale accordato tra le parti. Non è però così, dal momento che la clausola di mediazione costituisce profilo non di ordine pubblico, bensì pattizio.

La l. n. 13.140/2015, tuttavia, stabilisce all'art. 23, *caput*, un modo di evitare il difetto per mancata esecuzione della clausola di mediazione preliminare: si tratta della possibilità che l'autorità determini la sospensione del procedimento giudiziale o arbitrale in qualsiasi momento «fino al verificarsi di tale condizione».

È da notare, però, come, anche se in ciascuna delle ipotesi qui tratteggiate non si possa parlare di nullità processuale quale conseguenza della mancata realizzazione del previo tentativo di mediazione, seppure lo stesso sia previsto dalla legge, non si deve perdere di vista la rilevanza dell'espletamento del tentativo di mediazione. Udienza preliminare di conciliazione/mediazione o procedimento previo di auto-composizione sono di vitale importanza per il buon funzionamento del sistema *multi-door* di risoluzione dei conflitti in Brasile.

⁽³³⁾ Ugualmente accade in caso di clausola arbitrale.

6. *Sulla formazione dei mediatori.* – Com'è naturale, la libertà delle parti è totale quanto all'individuazione di mediatori/conciliatori privati che svolgano un procedimento di mediazione stragiudiziale. Si discute, però, sui requisiti richiesti perché un mediatore/conciliatore possa venire designato dal giudice.

La discussione sul punto è, in parte, il risultato del fatto che esistono due leggi che disciplinano il tema: il codice di procedura civile del 2015 e la l. n. 13.140/2015 – la citata legge sulla mediazione – pubblicata tre mesi dopo il primo.

Curiosamente, il codice di procedura civile fissa requisiti meno rigorosi perché un soggetto possa essere designato dal giudice come mediatore, rispetto a quelli previsti dalla successiva legge sulla mediazione. Siffatta circostanza potrebbe indurre a pensare ad un controsenso: se l'idea è quella di diffondere l'istituto della mediazione e stimolare la cultura dell'accordo, si potrebbe immaginare che sia piuttosto la legge sulla mediazione a prevedere requisiti meno stringenti!

Quest'ultima esige, per esempio, che il mediatore abbia almeno due anni d'esperienza dopo la conclusione di un corso superiore presso un istituto riconosciuto dal Ministero della Pubblica istruzione brasiliano⁽³⁴⁾. Questo requisito non è contemplato dal codice di procedura civile, che su tale punto si mostra più aperto e teso ad incentivare l'uso di siffatto metodo di composizione dei conflitti. La legge sulla mediazione, tuttavia, per il fatto di essere posteriore, prevale⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Art. 11 legge sulla mediazione: «Potrà essere mediatore giudiziale la persona giuridicamente capace, laureata da almeno due anni in un corso d'insegnamento superiore presso un istituto riconosciuto dal Ministero della Pubblica istruzione brasiliano e che abbia ottenuto l'abilitazione presso una scuola o istituzione di formazione di mediatori, riconosciuta dalla Scuola nazionale di formazione e perfezionamento dei magistrati o dai tribunali, osservati i requisiti minimi stabiliti dal Consiglio nazionale di giustizia insieme con il Ministero della Giustizia» (traduzione nostra).

⁽³⁵⁾ C'è chi critica questa esigenza. Per A. PELLEGRINI GRINOVER, in C. SCARPINELLA BUENO (coordinato da), *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo, I, 2017, 686, «trattasi di una restrizione irragionevole, contraria a tutta la

Esiste, in dottrina, chi sostiene, a nostro giudizio in modo non corretto, che in tale caso si possa applicare, visto il conflitto tra norme, la teoria del ‘dialogo tra le fonti’. Quest’ultima autorizzerebbe l’interprete a ‘scegliere’ tra le norme (tutte in vigore, non essendoci quindi abrogazione del codice di procedura civile da parte della successiva legge sulla mediazione) quella che maggiormente si accordi con i principi della mediazione ⁽³⁶⁾.

Vi è infine chi ritiene che i mediatori giudiziali dovrebbero soddisfare, cumulativamente, i requisiti fissati da entrambe le leggi ⁽³⁷⁾.

filosofia posta a base delle tecniche di mediazione. Esistono eccellenti mediatori, adeguatamente capaci, che pur non presentano tale requisito». E conclude, pur ferma nella propria posizione, che il requisito «è cogente, fintantoché rimane in vigore» (traduzione nostra).

⁽³⁶⁾ F. TARTUCE, *O novo marco legal da mediação no direito brasileiro*, in 258 *Revista de Processo* (2016), 495-516, ricorre alla teoria del dialogo tra le fonti per tentare di superare eventuali antinomie. Secondo l’a. «La miglior soluzione non è ritenere abrogate le disposizioni del nuovo c.p.c. da parte della legge sulla mediazione. Come già sostenuto in precedenza, la situazione può essere risolta attraverso l’applicazione della teoria del dialogo tra le fonti, secondo cui l’applicazione delle norme deve tenere in conto i principi che reggono i mezzi consensuali. (...) In sostanza, le norme giuridiche non si escludono – perché appartenenti a rami giuridici distinti – ma si completano. In forza di tale teoria, si può riconoscere la possibilità di integrazione del nuovo c.p.c. e della legge sulla mediazione. In fin dei conti, i due sistemi normativi presentano principi comuni, avendo come pilastri l’autonomia privata delle parti, l’imparzialità, la riservatezza, l’oralità e l’informalità. Così, in caso di dubbio tra l’applicazione di una norma o dell’altra, l’interprete dovrà condurre la sua conclusione verso la risposta che si coniughi meglio con i principi della mediazione. (...) nel caso dell’abilitazione di mediatori giudiziali – per cui la legge sulla mediazione esige che la persona sia laureata da più di due anni, requisito non presente nel nuovo c.p.c. – i tribunali devono ammettere l’iscrizione di tutte le persone abilitate (giacché la qualificazione è il criterio comune alle due legislazioni). I tribunali devono, però, dare pubblicità al fatto che i mediatori siano laureati da più di due anni o meno; le parti allora, edotte del fatto, potranno scegliere o meno un mediatore laureato, attribuendo a tale caratteristica il valore che considerino appropriato in base alla propria volontà» (traduzione nostra).

⁽³⁷⁾ Ci sono inoltre quelli che applicano i criteri della legge sulla mediazione insieme con quelli previsti dal codice di procedura civile. Secondo A.C. OZÓRIO NUNES, *Manual de Mediação*, São Paulo, 2014, versione digitale, «per essere mediatore giudiziale sarà necessario che il candidato soddisfi i requisiti previsti dal c.p.c. (art. 167) come dalla legge della mediazione (art. 11): la persona deve (a) esse-

7. *La (in)dispensabile partecipazione degli avvocati delle parti alle udienze di mediazione/conciliazione.* – Il codice di procedura civile brasiliano contiene un articolo in cui si prevede espressamente la presenza degli avvocati nelle sessioni di mediazione/conciliazione (art. 334, § 9, c.p.c.; cfr. altresì art. 26 legge sulla mediazione).

Non pare, tuttavia, si tratti di un requisito indefettibile. A sostenere il contrario non si sarebbe d'altronde in linea con l'idea di diffondere l'impiego delle tecniche consensuali di soluzione dei conflitti⁽³⁸⁾.

A rigore si deve ammettere che sia possibile l'omologazione dell'accordo che risulti dall'udienza di mediazione/conciliazione anche ove l'avvocato non fosse presente. Pur essendo la sua presenza consigliabile, non è da ritenersi viziato l'accordo raggiunto dalle

re giuridicamente capace; (b) essere laureata da almeno due anni in un corso superiore presso un'istituzione riconosciuta dal Ministero dell'Educazione – non basta quindi essere laureato, bisogna esserlo da più di due anni; (c) aver ottenuto la qualificazione come mediatore in una scuola o istituzione di formazione per mediatori, riconosciuta dalla Scuola nazionale per la formazione e il perfezionamento dei magistrati o dai tribunali statali e federali, osservati i requisiti minimi stabiliti dal Consiglio nazionale di giustizia insieme con il Ministero della Giustizia. Questi corsi sono offerti dai tribunali o istituzioni accreditate dai Nuclei permanenti per i metodi consensuali di soluzione dei conflitti» (traduzione nostra).

⁽³⁸⁾ Commentando l'art. 334, § 9, legge sulla mediazione, L. CONCEIÇÃO afferma che le parti devono essere accompagnate dai loro avvocati o difensori pubblici; tuttavia, l'assenza dell'avvocato non impedirà lo svolgimento dell'udienza di conciliazione o mediazione (di questo avviso già A. GUSMÃO CARNEIRO, *Audiência de instrução e julgamento e audiências preliminares*, XV ed., Brasília, 2014, 70, a proposito dell'udienza di cui all'art. 331 del codice di procedura civile del 1973), poiché, a rigore, la transazione è atto personale della parte. La parte stessa potrà non comparire e non patirà alcuna sanzione ove nomini un suo rappresentante (§ 10), per mezzo di una procura che conferisca a quest'ultimo il potere specifico di negoziare e conciliare la lite (così L. FERRES DA SILVA RIBEIRO, M.L. LINS CONCEIÇÃO, R. LICASTRO TORRES DE MELLO, T. ARRUDA ALVIM, *Primeiros comentários ao Código de Processo Civil*, III ed., São Paulo, 2020, 648). Con riguardo all'art. 331 del codice di procedura civile del 1973, che disciplinava l'udienza preliminare, A. GUSMÃO CARNEIRO, *Audiência de Instrução e Julgamento e Audiências Preliminares*, cit., 70, riteneva che «la conciliazione in udienza può realizzarsi processualmente senza la presenza di avvocato» (traduzione nostra).

parti, sia in giudizio che stragiudizialmente, in assenza dello stesso avvocato.

Alcuni autori sostengono invece che tale assenza possa ammettersi solo eccezionalmente ⁽³⁹⁾.

Parte della dottrina, infine, ritiene che la presenza degli avvocati all'udienza e nella stipulazione dell'accordo sia imprescindibile ⁽⁴⁰⁾.

Ad avviso di chi scrive, invece, anche se nel diritto brasiliano la normativa vigente prevede il contrario, non si dovrebbe imporre l'assistenza degli avvocati all'udienza di conciliazione/mediazione. Ciò perché, ove i professionisti mediatori/conciliatori operino al meglio, le parti saranno indotte a rilasciare dichiarazioni che nulla hanno a che vedere con l'*iter* che porta ad una sentenza, ma che esse rivelano soltanto ai fini del tentativo di raggiungimento dell'*accordo*: rivelazioni, pertanto, che gli avvocati, in particolare quello di controparte, non hanno necessità di conoscere, anzi *non devono sapere*. Tali rivelazioni, peraltro, nel caso in cui non si giunga all'accordo, non verranno messe agli atti. D'altronde, occorre considerare che se non ci fosse stata la prospettiva di un accordo, quelle dichiarazioni non sarebbero mai state rilasciate.

⁽³⁹⁾ Ammette la possibilità di omologazione dell'accordo anche in assenza degli avvocati, H. BERNARDINA DE PINHO, *Audiência de conciliação ou de mediação: o art. 334 do CPC/15 e a nova sistemática do acordo judicial.*, in P. LUCON *et al.* (coordinato da), *Processo em jornadas*, Salvador, 2016, 451, secondo cui «in casi eccezionali il giudice potrà omologare l'accordo stipulato tra le parti in udienza anche ove entrambe o una di esse non siano assistite da un avvocato. In questo caso, il giudice dovrà svolgere un esame minuzioso circa la legalità dell'accordo ed accertare che le parti, benché non esperte di diritto, ne abbiano compreso esattamente portata e conseguenze» (traduzione nostra).

⁽⁴⁰⁾ Sostengono la presenza obbligatoria degli avvocati N. NERY JR., R. NERY, *Código de Processo Civil Comentado*, XVII ed., São Paulo, 2019, 1069, secondo cui «La presenza delle parti è obbligatoria. Queste devono essere accompagnate dai rispettivi avvocati o difensori pubblici. Non è più possibile la mera presenza *pro forma* dell'avvocato» (traduzione nostra).

8. *Mediazione e formazione giuridica*. – Esiste la possibilità, ma non la necessità, che il mediatore abbia concluso un corso di diritto e che sia anche iscritto ad un ordine professionale.

In realtà, la formazione giuridica, come tradizionalmente concepita, non ha nulla a che vedere con le capacità necessarie e utili ad aiutare, più o meno efficacemente, le parti nel raggiungere un consenso su come dev'essere risolto il loro conflitto.

9. *Osservazioni finali* – Sono varie le ragioni che spingono gli ordinamenti di *civil law* a stimolare la soluzione dei conflitti attraverso mezzi diversi dal processo, quale, tra gli altri, la mediazione. La diminuzione del carico giudiziario è una di queste.

Un'altra ragione consiste nella maggior soddisfazione provata dalle parti per essere state esse stesse le creatrici del modo in cui il loro conflitto è stato risolto. Tale tipo di soddisfazione non si ha quando la soluzione viene imposta. A tacere, poi, della maggior probabilità che, mediante strumenti auto-compositivi, le parti mantengano o ravvivino il legame che avevano prima della nascita del conflitto.

In Brasile molte sono le difficoltà che ancora si debbono superare. Pregiudizi culturali, fiducia in un potere giudiziario che talvolta assume un ruolo paternalistico, legislatori non tanto saggi quanto dovrebbero essere.

Ciononostante, chiaro è come il ricorso alle soluzioni consensuali del conflitto sia irreversibile. Necessaria è però una formazione di alta qualità dei mediatori, come pure imprescindibile è che questi professionisti guadagnino la fiducia delle parti, cosa che in Brasile non è ancora realtà.

Lentamente però le porte a questa via di soluzione del conflitto – che è forse la più naturale in quanto non presuppone l'uso della forza – si stanno aprendo.

La speranza è che gli avvocati acquisiscano questa consapevolezza, tanto più in ragione del fatto che un conflitto risolto per via

consensuale può risultare maggiormente remunerativo per tutti gli interessati. Come capirlo? Conoscendo bene il cliente ed esaminando a fondo il conflitto in cui egli è coinvolto. Solo così si potrà proporgli la via migliore per la soluzione del suo caso concreto.

Abstract

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

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

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

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

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

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

REINVENTING JUSTICE WITH ONLINE DISPUTE RESOLUTION

Colin Rule (*)

TABLE OF CONTENT. 1. Technology is transforming the way disputes are resolved. – 2. Technology is changing the law. – 3. Challenges facing the legal system. – 4. The expansion of dispute resolution. – 5. Marrying technology and dispute resolution. – 6. Developing international first. – 7. ODR makes its way into the courts. – 8. Global leadership leading to traction in the U.S. courts. – 9. Overview of how ODR works. – 10. The fourth party. – 11. What we know about ODR. – 12. What we still need to learn about ODR. – 13. What’s coming next.

1. *Technology is transforming the way disputes are resolved.* – Technology is rapidly changing the way that people resolve their disagreements. From minor annoyances with e-Commerce purchases to parking tickets to restaurant reviews, technology is already making it easier for people to find solutions whenever a problem crops up. Now technology is being used to handle more complex emotional disputes, like workplace issues or divorce and custody cases, or higher value disputes, like civil or commercial matters.

This expansion of technology represents a significant opportunity to expand access to justice. In the past many people didn’t bother to pursue redress for minor annoyances because they sensed that the resolution process would be more of a headache than a fair

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 169-189. EDITORIALE SCIENTIFICA.

(*) Lecturer in Law at Stanford Law School and CEO of Arbitrate.com and Mediate.com, co-founder of Modria.com, former Director of Online Dispute Resolution for eBay.

resolution was worth. But now that technology has made pursuing redress easier and more convenient, the calculation has changed, so more people are deciding that they want to pursue resolution. Some of this opportunity to expand access to justice exists within traditional resolution forums, like the courts, but new options are also arising within the private sector. Citizens now expect that they will be able to leverage technology to resolve disputes efficiently and effectively 24x7, because that's the level of responsiveness they already enjoy on websites like Amazon and Google.

But it's not only that technology is providing options to resolve the same kinds of problems that we've always experienced. Technology is also creating whole new categories of disputes we never experienced before. Previously, if we wanted to buy an item, we had to get into our car and drive down to a store to buy the item in person. Now we can buy an item from any seller anywhere in the world using the Internet, which makes the scope of potential disputes much more complicated. You can imagine if a buyer is in one country and a seller is in another country, and the marketplace that they are using to facilitate the transaction is in a third country, then trying to figure out what legal jurisdiction applies is a very complicated challenge. Existing judicial models for resolving problems are highly dependent on geographic location, because geographic location dictates the legal jurisdiction of the resolution process. But the Internet blurs geographic location and makes jurisdiction much more complicated to figure out, which means the existing models don't work very well.

What we need is a justice system that works the way the Internet works. In the future, resolution processes should not be dependent on geographic location, because the Internet makes determining a precise location for each interaction almost impossible. We need to design a new justice system that works at the speed of technology, enabling fast and fair resolutions anywhere within the reach of the Internet.

2. *Technology is changing the law.* – Many professions have been transformed by technology. If you think back to the 1950s, the practice of medicine was very much a hands-on discipline. Doctors trained at the side of other experienced doctors, and then took their lessons learned forward into their future cases. There was not much sophisticated technology involved in the daily treatment of patients 70 years ago. Today, however, technology is omnipresent in the practice of medicine. We have x-rays and CAT scans and ultrasounds, as well as laser and robotic surgery. A doctor from 1980 would probably be very confused if they dropped into an operating theater in 2020 because technology has transformed the practice of medicine so significantly. The same is true in the world of finance. Stock trades used to be executed face-to-face on the floor of the stock exchange by people holding little slips of paper calling out their orders. Now financial markets operate at the speed of light with computers conducting trades in milliseconds. A stock trader from 1980 would be amazed to see the trading floors empty in 2020, replaced by server farms conducting millions more trades in seconds.

But even as technology has transformed those professional fields, the fields themselves did not go away. The introduction of technology increased the efficiency and effectiveness of those fields, but it did not replace the role of humans – it just changed their role. Now there are even more people employed in the fields of medicine and finance than there were before technology was introduced at scale, but people are managing the technology instead of handling all the tasks by hand.

This kind of transformation is now coming to the law. The law has not changed as much as medicine and finance over the last 50 years. Technology has encroached around the edges of legal practice in areas like electronic filing, research, and case management, but the actual courtroom process still looks very similar to what it looked like back in 1980. A lawyer plucked from 70 years ago and dropped into a modern courtroom could probably still do an ade-

quate job. Part of the slow speed of change is a result of the legal monopoly. Bar associations have the exclusive authority to train and certify new lawyers, which enables them to have an unprecedented amount of control over the overall legal field. This has enabled the law to be more successful in fending off technological disruption. However, this control now appears to be coming to an end. Technology is now starting to disrupt the law.

These changes are not being driven primarily by lawyers, bar associations, judges, or court administrators. They are being pushed most significantly by the disputants and litigants themselves. Because citizens utilize technology in almost every area of their lives, they now expect that when they encounter a dispute or file a lawsuit they will have access to similar kinds of tools to help them manage that process. The pandemic accelerated this change significantly, forcing courts to move online almost overnight. The long delays that have long been routine in the judicial system are out of sync with the fast pace of life in our newly digitized society. Disputants now demand faster, cheaper, and more efficient resolution processes that deliver outcomes in days or weeks instead of months or years. They're no longer willing to pay large retainers and be billed by the hour to resolve their cases over a long period of time. And technology is giving them the means to push for the kinds of changes they want.

3. *Challenges facing the legal system.* – In addition to this pressure from clients, the legal system is also suffering from several other crises that are accelerating the move towards digitization. One is a very high rate of Self-Represented Litigants, or SRLs. Many of the people who come to the court system these days do not have the money to be able to afford representation from a competent attorney. ⁽¹⁾ These individuals elect to self-represent even though they

⁽¹⁾ C. DYER, *Self-Represented Litigants: A Guide for Government and Court Decision Makers*, in *GLL Resource Guide* No. 4, 2018:

do not have any legal training. The court system was designed to be navigated by individuals who understand its complex processes and specialized language. It is not immediately apparent to SRLs what steps they need to take or what documents need to be filed at each stage of the judicial process. When SRLs come into the court and start asking questions about what they should do in their legal case, court administrative staff and legal librarians are often reluctant to give them too much information or assistance for fear that they will be accused of providing legal services without having the appropriate qualifications to do so. SRLs also get on average much worse outcomes than litigants who are represented by attorneys. ⁽²⁾ Many courts report that 50 to 60% of the new cases are coming from SRLs, which creates frustration on the part of the litigant and administrative costs for the court in handling those cases. ⁽³⁾

Many court systems are also seeing their budgets cut by state legislatures. Politicians are tasked with balancing many competing priorities when they make budget decisions, and when resources are tight the funds allocated to the courts are increasingly being re-allocated to matters considered more pressing. In the state of California more than \$600 million has been cut out of court budgets over the last 10 years, which has forced courts to reduce services

<<https://www.aallnet.org/gllsis/wp-content/uploads/sites/9/2018/01/scllguide4.pdf>> (last visited 10 May 2021).

⁽²⁾ L. LUCAS, *Every year, millions try to navigate US courts without a lawyer*, in *The Conversation*, September 21, 2017: <<http://theconversation.com/every-year-millions-try-to-navigate-us-courts-without-a-lawyer-84159>> (last visited 10 May 2021).

⁽³⁾ IAALS Research Report, N. KNOWLTON, *Cases Without Counsel*, May 2016: <https://iaals.du.edu/sites/default/files/documents/publications/cases_without_counsel_research_report.pdf> (last visited 10 May 2021). See also National Center for State Courts Self Representation Resource Guide: <<https://www.ncsc.org/Topics/Access-and-Fairness/Self-Representation/Resource-Guide.aspx>> (last visited 10 May 2021).

and eliminate many administrative positions, which compounds the dissatisfaction felt by citizens. ⁽⁴⁾

Many law schools are reporting that it is harder for recent graduates to find paying positions in the law than it was 10 or 20 years ago. ⁽⁵⁾ In order to save costs, some law firms have outsourced their entry-level work to less expensive employees and contractors in other parts of the world. ⁽⁶⁾ Many recent law school grads, unable to find employment doing legal work, transition to working in other industries soon after graduation. Leaders in the legal community argue if there are so many young lawyers looking for work, and there are so many SRLs looking for representation, why can't we just connect these two groups to make the overall system work more effectively? But the challenge is that lawyers, even young lawyers who are early in their practice, are still more expensive than what many SRLs can afford to pay. It is no longer true that access to justice is synonymous with access to lawyers. We need to find new ways to help litigants get access to just resolution processes so they can work out their problems quickly and definitively, and the solution isn't going back to the way things worked before the Internet.

4. *The expansion of dispute resolution.* – These challenges around access to justice aren't new. In the 1970s a grassroots movement arose in the United States to expand access to fast and fair resolutions for citizens. It was called Alternative Dispute Resolution, or ADR. Growing out of decades of work in the labor-management

⁽⁴⁾ L. KOZAK, *Judicial Branch Budget Cuts*, in *California Courts News*, July 26, 2011: <<https://www.courts.ca.gov/14876.htm>> (last visited 10 May 2021).

⁽⁵⁾ J. MILLER, *Law Schools Face Diminished Enrollment Numbers*, February 10, 2019: <<https://bcheights.com/2019/02/10/law-schools-face-diminished-enrollment-numbers/>> (last visited 10 May 2021).

⁽⁶⁾ S. KANE, *Top Advantages of Legal Process Outsourcing (LPO)*, March 6, 2019: <<https://www.thebalancecareers.com/top-advantages-of-outsourcing-2164339/>> (last visited 10 May 2021).

field around resolving labor disputes, activists introduced ADR to provide fair resolutions to low value disputes outside of the courthouse. ⁽⁷⁾ The ADR movement grew and matured over the next few decades, transforming the justice system and expanding into other kinds of disputes. In 1977 a Harvard Law School professor named Frank Sander gave a speech on expanding access to justice where he described a new vision for a ‘multi-door courthouse’ offering a variety of appropriate resolution pathways for individual dispute types. ⁽⁸⁾ When a potential litigant came up to this new multi-door courthouse, instead of being ushered directly in front of a judge, they would be asked what kind of dispute they were experiencing. If they said they had a family dispute, for example, they would be directed to a process (‘door #1’) specifically designed for family cases. If they indicated they were experiencing an intellectual property dispute, they could be pointed toward a different process (‘door #5’) specifically crafted for intellectual property matters.

This vision of a courthouse with multiple pathways to justice was a radical concept at the time, but the wisdom of Prof. Sander’s recommended approach quickly gained traction, and it transformed the provision of justice in the United States over the next few decades. Prof. Sander’s idea of ‘fitting the forum to the fuss’ ⁽⁹⁾ (as he put it) freed judicial dispute systems designers to think about what process designs would best meet the needs of each individual case type instead of designing a one-size-fits-all courthouse. For in-

⁽⁷⁾ T. AMSLER, *Community Dispute Resolution: Assessing Its Importance and Addressing Its Challenges*, June 29, 2017 <https://www.americanbar.org/groups/dispute_resolution/publications/dispute_resolution_magazine/2013/winter/community_disputeresolutionassessingitsimportanceandaddressingit/> (last visited 10 May 2021).

⁽⁸⁾ M. MOFFITT, *Before the Big Bang: The Making of an ADR Pioneer*, in *Negotiation Journal*, March 2006. <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1571-9979.2006.00112.x>> (last visited 10 May 2021).

⁽⁹⁾ F.E.A. SANDER, S.B. GOLDBERG, *Fitting the Forum to the Fuss: A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure*, in *Negotiation Journal*, January 1994: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/j.1571-9979.1994.tb00005.x>> (last visited 10 May 2021).

stance, over the next few decades, the family courts embraced the concept of mediation as a better way to resolve custody and separation cases than the traditional litigation model, and now mediation has a mandatory component of family courts across the United States.

5. *Marrying technology and dispute resolution.* – Online Dispute Resolution (ODR) arose in the late 1990s as an outgrowth of ADR. It focuses on how to best use information or communications technology to help disputants resolve their disputes. ⁽¹⁰⁾ Initially ODR was designed to resolve disputes that arose online between two strangers who probably would never meet face-to-face. E-Commerce marketplaces like eBay realized they needed to provide a fast and fair way for their users to resolve disputes in order to encourage people to trust online purchases. ⁽¹¹⁾ Companies like eBay and Amazon and payment providers like PayPal invested tens of millions of dollars into the design and launch of ODR systems that could efficiently scale to handle many millions of disputes. By 2010 e-Commerce companies were resolving tens of millions of these kinds of cases each year with ODR software. ⁽¹²⁾

ODR initially grew out of e-Commerce, but it was a short hop from online consumer issues to face-to-face consumer issues. Also, disputes did not only arise in online purchases of tangible goods;

⁽¹⁰⁾ E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

⁽¹¹⁾ N. EBNER, *ODR and Interpersonal Trust*, in A. WAHAB *et al.*, *Online Dispute Resolution: Theory And Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishers, 2012.

⁽¹²⁾ A. SCHMITZ, *Building Trust in eCommerce Through Online Dispute Resolution*, in J.A. ROTHCHILD (ed.), *Research Handbook on Electronic Commerce Law*, Edward Elgar Publisher, 2016; U. of Colorado Law Legal Studies Research Paper No. 15-15: <<https://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/schmitz/SchmitzBuildingTrustinEcommerceThroughOnlineDisputeResolution.pdf>> (last visited 10 May 2021).

disputes also arose in online purchases of services. Any online marketplace experiences of volume of disputes, from ridesharing companies like Uber to housing sharing companies like Airbnb. Online services marketplaces like TaskRabbit and Upwork also experience disputes. Each of these technology companies built their own ODR system for resolving problems that arose, and that led to a wave of innovation in the ODR space. But off-line companies also realized they needed efficient ways to resolve problems if they wanted to improve customer loyalty, so they started utilizing ODR for their case volumes as well.

eBay built a piece of software called the *Resolution Center* which enabled individual users to report any problems they encountered and to track each individual case all the way through to resolution. ⁽¹³⁾ This worked very well inside the ‘walled garden’ of eBay and PayPal, because there was complete visibility into all of the transactions in the marketplace as well as absolute enforcement ability in moving money from one user to another appropriate to any outcome achieved in the ODR process. But it was clear that many other case volumes outside of eBay’s walled garden could also benefit from a Resolution Center, so in 2011 eBay spun out the Resolution Center software so it could be applied to other case volumes. One of the early applications was property tax assessment appeals. When a local tax assessor notifies a taxpayer of the assessed value of their property and the tax owed for that property, the taxpayer has a legal right to appeal the valuation in order to lower their tax bill. ⁽¹⁴⁾ Resolution Centers very similar to the one built

⁽¹³⁾ C. RULE, *Making Peace on eBay: Resolving Disputes in the World’s Largest Marketplace*, in *ACResolution Magazine*, Fall 2008: <<http://colinrule.com/writing/acr2008.pdf>> (last visited 10 May 2021).

⁽¹⁴⁾ C. RULE, M. WILSON, *Online Resolution and Citizen Empowerment: Property Tax Appeals in North America*, in S.B. EDWARDS III, D. SANTOS (eds.), *Revolutionizing the Interaction between State and Citizens through Digital Communications*, Information Resources Management Association, 2015: <<http://www.colinrule.com/writing/assessments.pdf>> (last visited 10 May 2021).

on eBay made this process more discoverable, efficient, and convenient.

Another area that proved to be a great fit with ODR was insurance cases. Sometimes there are disagreements between a medical service provider and an insurance company about how much money should be reimbursed for a treatment received by a policy holder. Resolution Centers enabled medical service providers and insurance companies to quickly negotiate and resolve these disagreements to keep these insurance reimbursement matters out of the courthouse. When these cases went into a court they would often take 3 to 5 years to be resolved, but when they were handled through ODR, they were resolved in an average of 3 to 5 months.⁽¹⁵⁾

6. *Developing international first.* – The ADR movement arose on a grassroots level, as activists set up community mediation centers in individual neighborhoods to facilitate conversations between neighbors. ADR grew from neighborhood centers into the courthouses and eventually into higher value commercial cases. The rollout of ODR happened in the opposite direction. ODR arose on the international level first and then was adopted down into each country. These high volumes of low value cross-border disputes within marketplaces like eBay and Amazon were so out of sync with the court system that they required a new resolution process specifically built to resolve them. Technology companies pushed the creation and evolution of ODR because they needed to have a justice system for their users, because the existing justice system

⁽¹⁵⁾ PR Newswire, *American Arbitration Association Selects Modria to Power New York No Fault Caseload*, March 5, 2014: <<https://www.prnewswire.com/news-releases/american-arbitration-association-selects-modria-to-power-new-york-no-fault-caseload-248543191.html>> (last visited 10 May 2021).

couldn't work for those cases. The private sector rapidly innovated around ODR in order to solve this problem.

International organizations eventually took the cue from the technology companies and led the push for the expansion of ODR. UNCITRAL, the UN agency responsible for harmonizing global laws, created a working group on ODR in 2010 that convened representatives from more than 66 countries to discuss how online dispute resolution could be utilized to provide fast and efficient redress in cross-border consumer matters. The European Parliament passed a regulation in 2015 that required all professional sellers to inform their buyers about ODR. Now the International Standards Organization (ISO) is leading an effort to make ODR available for all global e-Commerce purchases. ODR is now the default resolution process for global e-Commerce, but widespread adoption within individual countries is in development.

7. *ODR makes its way into the courts.* – In retrospect, it was probably inevitable that ODR would eventually make its way into the court system. Just like the quote from the criminal who says he robs banks because 'that's where the money is',⁽¹⁶⁾ in the United States most intractable disputes eventually find their way into the court system. Unlike the e-Commerce marketplaces that first pioneered ODR, courts are not subject to competition. Courts are invested with unique authority to decide cases and enforce outcomes even if one of the parties does not agree to participate. This monopoly on enforcement means that if an individual litigant wants to get their outcome enforced against the will of the counterparty, they really have no choice other than to resort to the court process. That also means that the courts do not have much of an incentive to evolve and refine their processes to prevent their customers from

⁽¹⁶⁾ Exploring the supposed quote from W. SUTTON: <<https://quoteinvestigator.com/2013/02/10/where-money-is/>> (last visited 10 May 2021).

jumping ship and going somewhere else. Because the courts are the only game in town, there is no «somewhere else.» Courts are not subject to the same kinds of competitive pressures that incentivize private companies to rapidly evolve and innovate. ⁽¹⁷⁾

But the younger generation is not willing to participate in processes that require in person attendance, the filing of paper forms, and delays over months or years. Many off-line systems that have worked efficiently for decades have been disrupted by millennials using technology to build a new system that they feel more effectively meets their needs (for example, the taxi associations being challenged by ridesharing companies like Uber and Lyft). ⁽¹⁸⁾ The monopoly enjoyed by the courts created a risk that the courts would become complacent, so they would not effectively innovate and update their systems to keep up with evolving user expectations. As evidence of that trend, over the past decade courts have seen their filing volumes slowly decline even though the volume of commercial and consumer transactions in society, powered by technology, has grown steadily. ⁽¹⁹⁾ This has led some leaders within the courts to be concerned that they are slipping into a ‘spiral of irrelevance’ where the disconnect between the solutions they offer and the expectations of citizens steadily drive cases away from the courts and into other newly available forms of redress being developed in the private sector.

⁽¹⁷⁾ L. RIGERTAS, *The Legal Profession’s Monopoly: Failing To Protect Consumers*, in 82 *Fordham Law Review* (2014): <http://fordhamlawreview.org/wp-content/uploads/assets/pdfs/Vol_82/No_6/Rigertas_May.pdf> (10 May 2021).

⁽¹⁸⁾ J. EDWARDS, *Uber Is Destroying The Value of Taxi Monopolies in A Bunch of American Cities*, in *Business Insider*, November 28, 2014: <<https://www.businessinsider.com/uber-destroying-value-of-taxi-monopolies-cartels-2014-11>> (last visited 10 May 2021).

⁽¹⁹⁾ M. HECTOR, *Declining Court Caseloads Reflect Societal, Other Changes*, in 104 *Illinois Bar Journal*, 3 (March 2016): <<https://www.isba.org/ibj/2016/03/lawpulse/decliningcourtcaseloadsreflectsocie>> (last visited 10 May 2021).

The successes in launching and scaling ODR demonstrated how technology might help to modernize the courts. Almost 90% of adult US citizens access the Internet each day. ⁽²⁰⁾ It used to be that the only people that had access to the Internet were high income people, because accessing the Internet required expensive broadband connections and expensive laptops or computers. But now the explosion of low-cost mobile technology combined with cheap access to the Internet through cellular networks has made cost-effective access to online services much more common. Learning from ODR, legal service providers and courts realized that they could leverage the Internet and mobile technology to significantly expand access to justice for people at every level of income and education. Software could help parties understand their options, eventually directing them into appropriate channels to achieve a fair resolution for each individual case, like a digital version of Prof. Sander's multi-door courthouse. Leaders in the legal service space began explicitly citing the traction achieved by global e-Commerce ODR systems as a blueprint for the future of civil justice. ⁽²¹⁾

8. *Global leadership leading to traction in the U.S. courts.* – Courts in the United States were slower to realize this potential than courts in some other parts of the world. Countries like Singapore and the Netherlands demonstrated an early willingness to experiment with ODR technology in the early 2000s, and in 2014 an advisory committee in the United Kingdom called on the Ministry of Justice to create a new all-online court built on ODR to resolve low value

⁽²⁰⁾ M. ANDERSON, A. PERRIN, J. JIANG, M. KUMAR, *10% of Americans don't use the internet. Who are they?*, in *Pew Research Center Fact Tank*, April 22, 2019: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/04/22/some-americans-dont-use-the-internet-who-are-they/>> (last visited 10 May 2021).

⁽²¹⁾ I. STEINER, *Report Holds eBay Dispute Resolution as Model for Courts*, in *eCommerce Bytes*, February 16, 2015: <<https://www.ecommercebytes.com/C/blog/blog.pl?pl/2015/2/1424141431.html>> (last visited 10 May 2021).

civil cases. ⁽²²⁾ China has invested in the creation of several Internet courts which leverage cutting-edge technology to streamline the court process, resolve cases over video-based hearings, identify users with facial recognition, and optimize resolutions via mutual agreement through ODR. ⁽²³⁾ Up until 2015 most of the innovations in court technology were taking place outside of the United States, but around 2016 leading thinkers in access to justice started to pay more attention to online dispute resolution, and several high profile pilots finally brought ODR into the US courts. In 2017 the Pew Charitable Trusts announced that they would spend more than \$100 million to promote the expansion of access to justice using technology, with ODR featuring prominently in their plans. ⁽²⁴⁾ The National Center for State Courts (NCSC) similarly began a series of efforts to document best practices in ODR for the courts and to consult with various court jurisdictions around the country on the design and deployment of ODR systems. ⁽²⁵⁾ This led to a flowering of ODR within the United States courts. By the end of 2019 more than 50 courts in the United States had deployed online dispute resolution in one or more of their caseloads, and that number is predicted to double again by the end of 2020. ⁽²⁶⁾

⁽²²⁾ *Final Report of the UK CJC ODR Committee*, December 4, 2018: <<http://odr.info/cjc/>> (last visited 10 May 2021).

⁽²³⁾ S. XIA, *China's Internet Courts are Spreading; Online Dispute Resolution is Working*, in *China Law Blog*, December 23, 2018: <<https://www.chinalawblog.com/2018/12/chinas-internet-courts-are-spreading-online-dispute-resolution-is-working.html>> (last visited 10 May 2021).

⁽²⁴⁾ *Online Dispute Resolution Offers a New Way to Access Local Courts*, in *Pew Trusts Fact Sheet*, January 4, 2019: <<https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/fact-sheets/2019/01/online-dispute-resolution-offers-a-new-way-to-access-local-courts>> (last visited 10 May 2021).

⁽²⁵⁾ *NCSC Pew Charitable Trusts ODR Project Announcement*: <<http://odr.info/ncscpew-charitable-trusts-odr-project-announcement/>> (last visited 10 May 2021).

⁽²⁶⁾ *ODR for Courts*, in *JTC Resource Bulletin*, National Center for State Courts, November 29, 2017 <<https://ncsc.contentdm.oclc.org/digital/collection/tech/id/909/>>(last visited 10 May 2021).

Some courts built ODR processes with pre-existing software, such as the Modria platform from Tyler technologies ⁽²⁷⁾ or the Matterhorn platform from Court Innovations. ⁽²⁸⁾ Other courts decided to build their own technology from scratch, such as the Utah State Judiciary. ⁽²⁹⁾ Some ODR programs targeted transactional case volumes like debt collection or small claims, while others targeted more emotional or relational disputes like family divorce and separation or workplace matters. In 2019 Pew and NCSC selected three teams of academics to conduct longitudinal studies of several of these court ODR programs to determine not only the satisfaction experienced by participants but also the durability and fairness of outcomes achieved over the longer-term. ⁽³⁰⁾ This set the stage for even faster growth once the benefits of ODR were quantified through empirical research.

9. *Overview of how ODR works.* – Most court ODR processes are designed to be a simple problem-to-solution workflow. When a complainant initiates the ODR process, the software asks what kind of problem they are experiencing and offers a menu of common problem types. The complainant then selects the type of problem they are experiencing from the menu. If an option describing their specific problem is not available in the menu, they can click ‘other’ and then detail their situation (and later the system administrator can add that option to the menu so future users are given the ability to select it). Once the complainant has selected the type of

⁽²⁷⁾ <<https://www.tylertech.com/products/modria>> (last visited 10 May 2021).

⁽²⁸⁾ <<https://getmatterhorn.com/>> (last visited 10 May 2021).

⁽²⁹⁾ Justice D. HIMONAS, *Utah’s Online Dispute Resolution Program*, in 122 *Dickinson Law Review*, 3 (2018): <<https://ideas.dickinsonlaw.psu.edu/dlr/vol122/iss3/6/>> (last visited 10 May 2021).

⁽³⁰⁾ *Online Dispute Resolution Moves From E-Commerce to the Courts*, Pew Charitable Trusts, June 4, 2019: <<https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/articles/2019/06/04/online-dispute-resolution-moves-from-e-commerce-to-the-courts>> (last visited 10 May 2021).

problem that they are experiencing, they are given a list of some common solutions to that specific problem, and then they are asked which of these solutions would be acceptable to them. The user may pick several of the offered solutions that are acceptable, and they can also customize those solutions around their preferences. The complainant then is also given an opportunity to provide whatever evidence or information they would like to help bolster the case for the solution that they are requesting.

The respondent is then contacted and informed about the problem reported by the complainant and the solutions proposed. The respondent then has an opportunity to indicate if any of the proposed solutions would be acceptable to them, and they also have an opportunity to customize those solutions into a counterproposal. This technology-facilitated negotiation can help parties quickly define the specific problem that they are dealing with and generate several promising candidate solutions to resolve that problem. It can also help to avoid some of the more confrontational strategies that parties may utilize to create leverage that they can use to push the other side to accept their desired solution.

10. *The fourth party.* – One of the key concepts in the ODR field is the concept of the *fourth party*. First named by Janet Rifkin and Ethan Katsh in their seminal book *Online Dispute Resolution* ⁽³¹⁾, the fourth party is a metaphor that gives technology a seat at the table alongside the other parties: party one and party two (the disputants in an individual case), and party three (the human neutral, either an arbitrator or a mediator). The *fourth party* is a way to conceptualize the role of technology in assisting the resolution of a case by giving ODR a seat at the table alongside the human parties.

At present, the fourth party may only be capable of some simple tasks, such as sending out reminder messages about upcoming

⁽³¹⁾ E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Jossey-Bass, San Francisco, 2001.

deadlines or recording communications between participants. But technology is expanding its capabilities all the time, and the question is not so much what the fourth party is capable of today so much as what the fourth party may be capable of in the years to come.

Moore's Law, first proposed in the 1970s, posited that computer processors would double in power about every 18 months.⁽³²⁾ This prediction has proven remarkably prescient, holding true to the current day (even though the timeline has now expanded to about two years). The futurist Ray Kurzweil has described an event called the Singularity which will occur when the power of a single computer processor exceeds the computing power of the human brain, and he predicts it to occur sometime before the year 2030.⁽³³⁾ Combined with the predictions in Moore's law, that means that by the 2030s a single computer processor will be twice as powerful as the human brain, and so on as computer processors expand in power at an exponential rate.

Computer scientists and artificial intelligence researchers have predicted for decades that computers might become so powerful one day that they would be able to approximate or exceed human intelligence. Now we are starting to see some of those prognostications coming true. Machine learning enables powerful computer processors connected to large, structured data sets to glean sophisticated rules that can be applied in future cases to make highly accurate decisions and determinations. Once we start to think about the role of technology as a fourth party in our disputes we can envision a future where the expanding capabilities of the fourth party become indispensable in helping the human parties find fair and just outcomes to their cases with the assistance of technology.

⁽³²⁾ C. TARDI, *Moore's Law*, Investopedia.com, Sep 5, 2019: <<https://www.investopedia.com/terms/m/mooreslaw.asp>> (last visited 10 May 2021).

⁽³³⁾ R. KURZWEIL, *The Singularity is Near*, Viking Publisher, 2005.

11. *What we know about ODR.* – As ODR has become more commonplace and ODR programs and platforms have proliferated around the world, questions around quality have become more salient. It is not difficult to imagine a bad actor setting up an ODR platform that it claims is fair and impartial, but behind the scenes it may be a kangaroo court designed to benefit one type of party over another. For instance, if an ODR platform was designed to resolve monetary disputes, it could collect the reserve price from the complainant while assuring that the information will be kept confidential, but in fact it was coded to secretly share the reserve price with the respondent so that the respondent could put in the lowest acceptable amount that will generate an automated resolution. This kind of unethical ODR systems design is a real possibility, and it would be very hard for the users of such a platform to identify the unethical operation purely from their end-user experience using the platform.

In response, the global community of ODR researchers and service providers have created a new organization, the International Council for Online Dispute Resolution (ICODR) which promotes ethical guidelines for both individual neutrals (like arbitrators and mediators) as well as ODR systems designers and platform programmers. The objective of ICODR is to certify and monitor global ODR service providers to combat the risk of unethical kangaroo courts and investigate complaints against individual ODR platforms.⁽³⁴⁾

The ethical standards promulgated by ICODR are available in their entirety on the ICODR website (<<http://www.icodr.org>>) but the top line principles articulated in those standards are accessibility, impartiality, legality, confidentiality, and security. ODR services will continue to evolve as technology evolves, and the vision of ICODR is to continue to iterate and develop these ethical stand-

⁽³⁴⁾ See <<http://www.icodr.org/standards>> (last visited 10 May 2021).

ards so that they stay relevant to modern ODR practice to promote trust and confidence in ODR services worldwide.

12. *What we still need to learn about ODR.* – There are many lessons and best practices we have learned about online dispute resolution over the past two decades, but there are still many questions we have yet to answer. ⁽³⁵⁾ Data generated by online dispute resolution platforms demonstrates clearly that ODR can be efficient, effective, consistent, and scalable. Data also demonstrates that ODR systems can generate very high levels of participant satisfaction through faster time to resolution and ease of access. ⁽³⁶⁾ However, we still do not have definitive data on the durability of outcomes achieved through online dispute resolution and the rates of breakdown in outcomes achieved via ODR versus the rates of breakdown in face-to-face resolutions. Valid concerns have been raised about whether online dispute resolution techniques appropriately account for the emotional and psychological needs of the disputants. ⁽³⁷⁾ It stands to reason that in some emotionally complex cases the value of a human neutral listening to the stories of the parties and expressing empathy may exceed whatever efficiency benefits may come from a technology-only algorithmic resolution process.

There is also the question of whether ODR processes deliver the same quality of justice as face-to-face resolution systems. While a dispute systems design may be evaluated as procedurally just independent of any individual case, the outcomes generated by these online processes should be evaluated against outcomes generated by face-to-face processes to understand how online mechanisms may

⁽³⁵⁾ E. KATSH, C. RULE, *What We Know and Need to Know About Online Dispute Resolution*, in 67 *S. Car. L. Rev.* 329, 330, 331 (2016).

⁽³⁶⁾ ID.

⁽³⁷⁾ R.J. STERNLIGHT, *Pouring a Little Psychological Cold Water on ODR (Online Dispute Resolution)*, in *J. Disp. Res.* 1 (2020): <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3446140> (last visited 10 May 2021).

change the nature of resolutions achieved. ⁽³⁸⁾ Especially once machine learning and artificial intelligence become more integrated into online dispute resolution systems outcome measurement will be more important because the internal workings of an artificially intelligent algorithm may be too complicated for humans to evaluate for procedural justice. ⁽³⁹⁾

Every ODR process should be subject to continuous monitoring, evaluation, and improvement to ensure the mechanism is operating ethically and as intended. External auditing and supervision may provide an additional layer of credibility and trustworthiness to the process as well. Online dispute resolution systems cannot be designed launched and then left to operate unsupervised; they must be continuously improved and observed so that they can adapt appropriately as case volumes and party expectations evolve.

13. *What's coming next.* – Even with the significant progress that has been achieved in launching and refining ODR platforms and best practices, we are likely still at the beginning of ODR's development. The cutting-edge online dispute resolution platforms we marvel at today will likely seem quite primitive and retro just five years from now. New technologies on the horizon like smart contracts, blockchain ⁽⁴⁰⁾, and quantum computing will one day make our current efforts seem crude and ineffective. ⁽⁴¹⁾ But we will not be able to get to those next-generation technologies without taking the intermediate steps available to us today.

⁽³⁸⁾ R.J. CONDLIN, *Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab*, in 18 *Cardozo J. Conf. Res.* 717, 718 (2017).

⁽³⁹⁾ D.A. LARSON, *Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator*, in 25 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 105 (2010).

⁽⁴⁰⁾ O. RABINOVICH-EINY, E. KATSH, *Blockchain and the Inevitability of Disputes: The Role for Online Dispute Resolution*, in *J. Disp. Res.* 47, 51 (2019).

⁽⁴¹⁾ A. SCHMITZ, C. RULE, *Online Dispute Resolution for Smart Contracts*, in *J. Disp. Res.* 103-125 (2019).

It may be that a generation or two from now future disputants will look back on our era of human powered justice as hopelessly biased and seemingly random in its operations and outcomes. Just like future passengers who will be driven around by algorithms instead of humans (and who will regard the era of human driven automobiles as frighteningly dangerous, inefficient, and unpredictable) future disputants may also regard our current system as unacceptable and unjust in comparison to their algorithmic justice processes managed by advanced artificial intelligence and robojudges. All we can do is the best we are capable of with our current tools, striving to live up to our ethical obligations and best practices in designing the most effective justice system we can currently create. Embracing these opportunities and continuously learning will help to move us toward our ultimate objective: a resolution system that provides fast and fair justice for all.

Abstract

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

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

SPUNTI CRITICI SUL PACCHETTO ADR-ODR
PER I CONSUMATORI

Silvana Dalla Bontà (*)

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive: negoziare e mediare da remoto e le questioni giuridiche sottese. Il campo d'indagine: la soluzione extragiudiziale *online* del contenzioso consumeristico nello spazio giuridico europeo. – 2. Le spinte euro-comunitarie ad una soluzione extragiudiziale *online* delle controversie: dal Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia dei consumatori alla direttiva sul commercio elettronico. Il luogo-non luogo della Rete quale sede di conclusione del contratto e soluzione delle controversie nate da sua mancata o inesatta esecuzione. – 3. Dalla direttiva 2008/52/CE al c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori: il crescente interesse dell'Unione europea per la soluzione stragiudiziale del contenzioso consumeristico (anche) *online*. – 4. Ragioni, obiettivi e architettura del c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori. – 4.1. La direttiva ADR per i consumatori: tra (obiettivo di) alta protezione dei diritti del consumatore e minimi (troppo minimi?) *standard* di qualità degli organismi e della procedura ADR. – 4.2. Il regolamento ODR per i consumatori: il lancio della piattaforma ODR e il suo operare. – 5. La piattaforma ODR: un meccanismo di *Online Dispute Resolution*? – 6. I riscontri empirici sull'impiego della piattaforma ODR e le reazioni della Commissione dell'Unione europea. I recenti interventi di aggiustamento della piattaforma ODR. – 7. Il c.d. pacchetto ADR-ODR e la piattaforma ODR: verso una giustizia «co-esistenziale» *online* nello spazio giuridico euro-unitario? – 8. Le (numeroso) criticità dello 'schema ADR' disegnato dalla direttiva ADR per i consumatori. – 8.1. Su indipendenza, imparzialità e trasparenza degli

Giustizia consensuale Fasc. 1/2021, 191-245. EDITORIALE SCIENTIFICA.

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

organismi ADR: il *punctum dolens* delle modalità di finanziamento. – 8.2. Sulla competenza dei soggetti incaricati della procedura ADR e sua equità e legalità: quali garanzie per attuazione, sviluppo e pubblicità del diritto a tutela del consumatore? – 8.3. Sulla volontarietà delle procedure ADR. Il problema dell'effettiva partecipazione del professionista. – 9. Le perplessità sollevate dal «dialogo diretto» (*direct talk*) tra consumatore e professionista introdotto dalla modifica alla piattaforma ODR. – 10. ADR-ODR e alta protezione dei diritti dei consumatori: un binomio difficile. Quali le sfide future?

1. *Premesse introduttive: negoziare e mediare da remoto e le questioni giuridiche sottese. Il campo d'indagine: la soluzione extragiudiziale online del contenzioso consumeristico nello spazio giuridico europeo.* – Che tratto distintivo del tempo corrente sia l'incalzante digitalizzazione del nostro vivere è dato di patente evidenza ⁽¹⁾. Tale fenomeno, tra i più preminenti della nostra epoca, ha interessato anche la soluzione del contenzioso civile, quale declinazione fisiologica del (con-)vivere umano.

Ciò ha significato tradurre in rete – o almeno tentare di riuscirvi – gli *itinerari* che mirano alla soluzione delle liti civili, dal processo alle vie ad esso alternative ⁽²⁾. Questo è valso, quindi, anche per negoziato e mediazione, quali strumenti autonomi di gestione e soluzione del conflitto che mirano – ad opera delle parti stesse e/o dei loro negoziatori oppure con l'ausilio di un terzo neutrale, il mediatore – a giungere ad una composizione della disputa fondata su un ordine negoziato che funga da regola – autodeterminata dai litiganti

⁽¹⁾ Per un'analisi del fenomeno della digitalizzazione e delle trasformazioni sociali connesse all'avvento delle c.dd. tecnologie di informazione e comunicazione (*Information and Communication Technologies: ICTs*), v., per tutti, E. ROGERS, *Communication Technology: The New Media in Society*, New York, 1988; D. HAFTOR, A. MIRIJAMDOTTER, *Information and Communication Technologies, Society and Human Beings: Theory and Framework*, New York, 2011.

⁽²⁾ Per tutti a riguardo v. il pregnante studio di A. GRAPON, J. LASSEGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018.

– di condotta per il futuro ⁽³⁾. Questo passaggio in rete delle vie di soluzione (anche) extragiudiziale del contenzioso civile porta però con sé non poche sfide e, prima ancora, solleva questioni giuridiche – nonché, a monte, di politica del diritto – di non poco conto.

A questi specifici profili volge attenzione il presente contributo, eleggendo a campo d'indagine un ben preciso settore della soluzione extragiudiziale *online* delle controversie: quello relativo al contenzioso consumeristico nello spazio giuridico euro-unitario, disciplinato oggi dal c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori (e relative normative nazionali di implementazione adottate dai singoli Stati membri), di cui più nel dettaglio si dirà nei paragrafi a seguire.

2. Le spinte euro-comunitarie ad una soluzione extragiudiziale online delle controversie: dal Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia dei consumatori alla direttiva sul commercio elettronico. Il luogo-non luogo della Rete quale sede di conclusione del contratto e soluzione delle controversie nate da sua mancata o inesatta esecuzione. – In un'indagine volta ad individuare le questioni giuridiche sottese alla previsione di vie di soluzione stragiudiziale in rete delle controversie civili, ed in particolare consumeristiche, l'elezione della prospettiva euro-comunitaria (e quindi euro-unitaria) si mostra scelta obbligata. È questo, infatti, l'angolo visuale che tra tutti si impone a chi voglia interrogarsi su orizzonti e sfide che mezzi di soluzione delle liti alternativi al processo avanti al giudice statale schiudono, allorché essi si svolgano non in presenza, ma da remoto.

È risaputo, infatti, come la spinta decisiva ad introdurre e disciplinare una giustizia in rete, altra rispetto a quella offerta dalle corti statali, sia senz'altro giunta dalla Comunità europea prima, Unione europea poi. E la cosa, invero, non stupisce. Essa è stata naturale e logico corollario del perseguimento del fine ultimo della C.E., poi U.E.: la creazione e promozione di un Mercato Unico europeo, un

⁽³⁾ A riguardo, per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2019, 3 ss., 30 ss.

mercato che con l'avvento del commercio elettronico si è esteso sempre più dalla dimensione in presenza a quella da remoto.

È così accaduto che, come per favorire la fiducia del consumatore nel Mercato Unico 'in presenza', la C.E., sin dal Libro Verde del 1993 sull'accesso alla giustizia dei consumatori ⁽⁴⁾, aveva incoraggiato l'impiego di metodi alternativi al processo di soluzione delle controversie consumeristiche – perché avvertiti come più agili, economici e rapidi della via giurisdizionale ⁽⁵⁾ – così fatalmente è stato anche con avvento e incalzante diffusione dell'*e-commerce*. Se già la raccomandazione 2001/310/CE sui meccanismi consensuali di risoluzione delle controversie di consumo comprendeva tra tali strumenti anche quello per via elettronica ⁽⁶⁾ – si da facilitare una con-

⁽⁴⁾ Si tratta del Libro Verde sull'accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, COM(93) 576 def., del 16 novembre 1993. Sulla stessa linea, v. il successivo Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002) 196 def., del 19 marzo 2002, che ribadisce a chiare lettere come l'accesso alla giustizia possa beneficiare di un netto miglioramento grazie ai c.dd. metodi ADR (*Alternative Dispute Resolution*), che vengono così identificati quali una delle priorità politiche per le istituzioni dell'U.E., in quanto strumenti al servizio della pace sociale, basati su una procedura flessibile e poco costosa nonché sul consenso delle parti, e per questo votati ad una soluzione della lite compatibile con la prosecuzione della loro relazione.

⁽⁵⁾ Il Libro Verde del 1993 cit., III.A.2.a, evidenzia puntualmente la costellazione di spinosi problemi generati dal contenzioso transfrontaliero consumeristico (ma non solo) e destinati ad ostacolare la creazione del Mercato Unico. Le liti transfrontaliere, infatti, trovano, nel cammino della soluzione giurisdizionale, «barriere» specifiche e supplementari rispetto a quelle che segnano la decisione di vertenze meramente domestiche, in ragione dell'inevitabile coinvolgimento di più giurisdizioni e così di una pluralità di sistemi processuali. Di qui, la necessità di promuovere vie di soluzione delle liti consumeristiche transfrontaliere diverse dal processo: queste, infatti, vengono viste come meno esose nonché più accessibili e veloci, non ponendo, oltre al resto, questioni relative all'individuazione del *forum* competente e dello *jus* applicabile alla controversia.

⁽⁶⁾ È la raccomandazione della Commissione, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo, pubblicata in *Gazz. Uff. CEE*, L 109 del 19 aprile 2001, 56 ss., che alla luce della varietà di procedure stragiudiziali di soluzione del contenzioso consumeristico presenti negli Stati membri, si preoccupa di

clusione amichevole del contenzioso a prescindere dal luogo in cui i litiganti fisicamente si trovino – il riferimento ad una composizione in rete della lite diveniva ancora più esplicito nella direttiva sul commercio elettronico (direttiva 2000/31/CE) ⁽⁷⁾. Questa, nell'occuparsi dell'armonizzazione delle normative statali sui servizi resi dalle società di informazione, prevede, infatti, al suo art. 17, che in caso di dissenso tra prestatore e destinatario del servizio della società di informazione, la legislazione degli Stati membri non debba ostacolare l'uso, «anche per vie elettroniche adeguate», di strumenti di soluzione stragiudiziale delle controversie previste da altre normative nazionali ⁽⁸⁾.

Si faceva così strada, nella mente e nella penna del legislatore comunitario, la convinzione che lo svolgersi del commercio *online*, mediante la conclusione da remoto di contratti tra professionista e consumatore, reclami un utilizzo della rete anche nella fase patologica del rapporto contrattuale, ovvero nel momento di sua mancata od inesatta esecuzione ⁽⁹⁾. Il luogo-non luogo in cui il contratto tra

fissare minimi *standard* in tema di imparzialità, trasparenza, qualità ed efficacia della procedura, nel tentativo di offrire una copertura uniforme delle ADR in tutto lo spazio giuridico comunitario. Nella consapevolezza delle potenzialità aperte dal commercio elettronico (v. cons. 2, 5 e 6), la raccomandazione estende l'applicazione di quei minimi *standard* anche alle procedure stragiudiziali svolte per via elettronica: anzi, ne auspica la promozione (v. cons. 12 e lett. C.2).

⁽⁷⁾ Si tratta della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno, pubblicata in *Gazz. uff. CEE*, L 178 del 17 luglio 2000, 1.

⁽⁸⁾ L'articolo prosegue nel ricordare agli Stati membri che gli organi di composizione stragiudiziale delle controversie di cui nel testo, in particolare ove vedano come parte un consumatore, debbono operare nel rispetto di adeguate garanzie per i soggetti coinvolti. La direttiva sul commercio elettronico rinvia quindi ai minimi *standard* di qualità fissati dalla citata raccomandazione 2001/310/CE.

⁽⁹⁾ Così felicemente F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, in E. MINERVINI (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, Napoli, 2016, 15 ss., prec. 27, secondo cui «l'offerta di un servizio di risoluzione delle controversie, ingenerate da negozi di commercio elettronico, che sia omogeneo al rapporto *online* è elemento essenziale nello svolgimento dei rapporti economici in rete».

professionista e consumatore si conclude, cioè, viene via via percepito come la sede più adeguata anche per la soluzione delle controversie che da esso nascono ⁽¹⁰⁾.

L'intuizione lasciava (e sino ad oggi lascia) aperta, però, la questione dell'effettiva protezione del consumatore ove il contenzioso che lo investa venga risolto stragiudizialmente per via telematica. Protezione del consumatore che, nello spazio giuridico europeo – diversamente che in altri ordinamenti, uno tra tutti quello statunitense ⁽¹¹⁾ – si pone tra gli obiettivi enunciati dai Trattati sul Funzio-

⁽¹⁰⁾ In altri termini, nel caso di traffici economici *online* l'esigenza che emerge è quella di offrire uno strumento informale, duttile, economico e rapido, che sia coerente con i caratteri dei negozi da cui sorgono le controversie alla cui soluzione tale strumento tende. Quasi che le controversie nate in rete rifuggano da un sistema di risoluzione esterno a quell'ambiente virtuale in cui è sorto il rapporto economico investito dalla lite e cerchino una composizione mediante le stesse modalità con le quali è stato concluso il contratto: così, ancora, con acuta intuizione, F. MANCINI, *op. ult. cit.*, 34, 38-9; nonché F. FORGILLO, *La giustizia telematica. Le Online Dispute Resolution*, in D. VALENTINO (a cura di), *Manuale di diritto dell'informatica*, III ed., Napoli, 2016, 615 ss., secondo cui non avrebbe senso garantire la fulmineità delle transazioni commerciali ove poi, in un'asimmetria tra fasi contrattuale e patologica, nella gestione delle controversie che da quelle transazioni nascano, si dovessero necessariamente seguire «pastoie e regole sacramentali» del processo. Questo, infatti, con le sue regole e cadenze sarebbe incompatibile con libertà, informalità, ubiquità che caratterizzano la rete e i rapporti che in essa si creano.

⁽¹¹⁾ Per un raffronto tra approcci europeo e statunitense rispetto alla posizione del consumatore ed alla scelta di politica di diritto di riservargli o meno una tutela di riguardo, con particolare attenzione all'incidenza del diritto internazionale privato sul punto, v. R.A. BRAND, *The Unfriendly Intrusion of Consumer Legislation into Freedom to Contract for Effective ODR*, in M. PIERS, H. STORM, J. VERHELLEN (eds.), *Liber Amicorum J. Erauw*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2014, 365 ss. A segnare la distanza tra i 'due mondi' basti peraltro qui ricordare la nota giurisprudenza della Corte Suprema federale statunitense in tema di clausole di scelta del foro apposte a contratti con consumatore, che non dà rilievo alla qualifica di quest'ultimo quale consumatore e conferma così la validità della clausola, ancorché inserita a caratteri minuscoli nel retro di un biglietto da crociera: *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*, 499 U.S. 972 (1991).

namento dell'Unione europea come dalla sua Carta dei diritti fondamentali ⁽¹²⁾.

Di qui, l'interrogativo attorno cui ruota, in modo dubitativo quanto provocatorio, il presente scritto: si è innanzi alla progressiva realizzazione, a partire dal contenzioso consumeristico, di una giustizia «co-esistenziale» *online* nello spazio giuridico euro-unitario? Il quesito, di non poco conto, merita la dovuta attenzione, anche e soprattutto alla luce dei più recenti interventi dell'Unione europea sulla soluzione in rete delle controversie che coinvolgono il consumatore.

3. *Dalla direttiva 2008/52/CE al c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori: il crescente interesse dell'Unione europea per la soluzione stragiudiziale del contenzioso consumeristico (anche) online.* – Sospinto dalle diverse, e fors'anche contrapposte, esigenze più sopra menzionate, non è un caso che il legislatore euro-unitario sia tornato da ultimo sul tema del contenzioso consumeristico – in particolare sorto da commercio elettronico – con una disciplina *ad hoc*, cui in questa sede si dirigerà l'indagine.

A cinque anni dall'adozione della direttiva 2008/52/CE sulla mediazione civile e commerciale ⁽¹³⁾, 'generalista' nel suo ambito

⁽¹²⁾ È ciò che stabiliscono l'art. 169, par. 1 e par. 2, lett. a) del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), secondo cui l'Unione deve contribuire ad assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori mediante misure adottate a norma dell'art. 114 TFUE; nonché l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ricorda come nelle politiche dell'Unione deve essere garantito un livello elevato di protezione dei consumatori.

⁽¹³⁾ Si tratta della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 136 del 24 maggio 2008, 3 ss., che segue al Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, COM(2002) 196 def., del 19 marzo 2002, il quale, superando il citato Libro Verde del 1993 dedicato all'accesso alla giustizia dei consumatori, allarga l'orizzonte a tutto il contenzioso civile e commerciale e ribadisce, in questo più esteso perimetro, come l'accesso alla giustizia possa essere, in genera-

applicativo – non indirizzandosi al solo contenzioso consumeristico – e silente sulla mediazione svolta in rete ⁽¹⁴⁾, il legislatore dell’Unione europea adotta, infatti, il c.d. pacchetto ADR-ODR ⁽¹⁵⁾. Questo, costituito dal binomio normativo della direttiva 2013/11/UE (c.d. direttiva ADR per i consumatori) ⁽¹⁶⁾ e del regolamento UE n. 524/2013 (c.d. regolamento ODR per i consumatori) ⁽¹⁷⁾, ha avuto da ultimo richiamo nel c.d. *New Deal* per i consumatori dell’aprile 2018, che ne auspica un rilancio e/o ampliamento applicativo ⁽¹⁸⁾.

le, migliorato grazie all’introduzione e promozione di c.dd. metodi ADR. Questi hanno quindi merito di diventare una priorità politica per le istituzioni dell’U.E.

⁽¹⁴⁾ Tale silenzio non significa tuttavia esclusione della mediazione in rete, quanto piuttosto possibilità di sua introduzione e disciplina a discrezione degli Stati membri.

⁽¹⁵⁾ Ricostruisce con puntualità l’iter di tale ‘pacchetto’ G. GIOIA, *L’uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. Impr.* 2016, 501 ss.

⁽¹⁶⁾ È la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull’ADR per i consumatori), pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 165 del 18 giugno 2013, 63 ss.

⁽¹⁷⁾ Si tratta del regolamento UE n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull’ODR per i consumatori), pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 165 del 18 giugno 2013, 1 ss.

⁽¹⁸⁾ Il *New Deal* per i consumatori costituisce l’oggetto della comunicazione della Commissione UE al Parlamento, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, dell’11 aprile 2018, COM(2018) 183 def. Tale comunicazione (punti 1.1 e 1.2) evidenzia come, pur vantando l’U.E. «le norme più rigorose al mondo in materia di protezione dei consumatori», le sfide del nuovo mercato in evoluzione crescono e accendono il dibattito sull’esistenza nell’U.E. di meccanismi sufficientemente efficaci a risponderli. La Commissione UE indica pertanto, oltre al resto, due vie da percorrere: da un lato, il potenziamento dei meccanismi ADR e ODR per i consumatori; dall’altro, la ripresa del cammino verso la costruzione di un’azione rappresentativa a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, volta ad agevolare il loro ricorso nei casi in cui essi siano vittime della medesima violazione in una situazione di c.d. danno collettivo.

Si tratta invero di un ‘pacchetto’ normativo dagli obiettivi ambiziosi, che inevitabilmente riaccende l’interesse per il quesito di fondo che dà titolo a questo scritto e poc’anzi si richiamava. È esso in grado di realizzare *online* quella giustizia «co-esistenziale» spesso evocata quando si discorre di metodi alternativi al processo di soluzione del conflitto, citando chi tale espressione coniò, *i.e.* Mauro Cappelletti e una delle declinazioni del suo *Access-to-Justice Project* ⁽¹⁹⁾?

La risposta al quesito è articolata, visti i non pochi spinosi profili che questo involge, e deve muovere da un attento esame dell’architettura disegnata da direttiva ADR e regolamento ODR per i consumatori.

4. *Ragioni, obiettivi ed architettura del c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori.* – Le ragioni che spingono l’Unione europea all’adozione del c.d. pacchetto ADR-ODR sono rese manifeste dai primi *consideranda* dei due strumenti normativi che lo compongono, direttiva ADR e regolamento ODR per i consumatori.

⁽¹⁹⁾ Il riferimento è qui con evidenza alla c.d. terza ondata dell’*Access-to-Justice Movement*, nell’alveo del c.d. *Florence Project*, promosso, coordinato e sospinto, con forza ‘visionaria’, dal 1978 al 1979, da Mauro Cappelletti, di cui egli stesso, unitamente ai suoi illustri Allievi, dà conto, *inter alia*, in M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report*, in *Access to Justice*, I, 1, 1 ss., 49 ss., 54 ss.; EID., *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *27 Buffalo. L. Review* (1978), 181 ss., prec. 209 ss.; nonché M. CAPPELLETTI, B. GARTH e N. TROCKER, *Access to Justice – Variations and Continuity of a World-Wide Movement*, in *Rabels Zeitschrift*, 1982, 664 ss.; e, con uno sguardo per così dire retrospettivo, M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *56 Modern L. Review* (1993), 282 ss. È in questi scritti che l’a. forgia la suggestiva espressione, rimasta poi classica, di «*co-existential justice*», intesa quale giustizia che i metodi di soluzione del conflitto, diversi dal processo avanti al giudice statale, sarebbero in grado di offrire ai litiganti. Concetto, quello della «giustizia co-esistenziale», apparentemente pacificante ed irenico, ma che lo stesso Mauro Cappelletti metteva acutamente in prospettiva, evidenziandone, con lucidità, le ben precise coordinate applicative. Sul punto, cruciale nella presente trattazione, si tornerà in seguito.

Rammentato in *incipit* il compito di assicurare un alto livello di protezione dei consumatori affidato all'U.E. dai Trattati e dalla stessa Carta dei diritti fondamentali ⁽²⁰⁾, i preamboli di direttiva e regolamento evidenziano entrambi, con nitore e senza infingimenti, gli obiettivi che questi si prefiggono: eliminare ostacoli diretti e indiretti al funzionamento del Mercato Unico e così innalzare la fiducia dei consumatori ⁽²¹⁾. Questa, si sottolinea, viene incoraggiata (anche) garantendo a costoro accesso a mezzi facili, rapidi e a basso costo di soluzione delle controversie, domestiche come transfrontaliere, nate da contratti di vendita di beni od erogazione di servizi ⁽²²⁾. Un accesso da assicurarsi, oggi, per operazioni concluse tanto in presenza che da remoto, essendo la dimensione digitale del mercato interno europeo diventata sempre più essenziale, per consumatori come professionisti ⁽²³⁾.

Ebbene, i mezzi alternativi al processo di soluzione del contenzioso (ADR), anche condotti *online* (ODR), rappresentano – agli occhi del legislatore euro-unitario – una via semplice e rapida per rispondere alle controversie tra consumatori e professionisti, tanto più se transfrontaliere, come di frequente accade esse siano nel mercato interno ⁽²⁴⁾.

Lo sviluppo di ADR ed ODR nello spazio giuridico euro-unitario – constata quel legislatore – è però ancora deplorabilmente insufficiente ed incoerente, non essendo esse operative in modo

⁽²⁰⁾ Lo enunciano esplicitamente sia il cons. 1 dir. ADR che l'art. 1 reg. ODR, i quali richiamano l'art. 169, par. 1 e 2 lett. a) TFUE; nonché l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

⁽²¹⁾ Così cons. 3 dir. ADR e cons. 2 reg. ODR, che rimarca l'urgenza di una siffatta necessità in seno alla dimensione digitale del mercato interno.

⁽²²⁾ V. cons. 4 dir. ADR e cons. 2 e 3 reg. ODR, che ricorda come la comunicazione della Commissione UE del 13 aprile 2011 intitolata «L'Atto per il mercato unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia – Insieme per una nuova crescita», avesse annoverato la legislazione sulla risoluzione alternativa delle controversie (ADR), anche nate dal commercio elettronico, tra le dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel Mercato Unico.

⁽²³⁾ In questi termini v. cons. 6 reg. ODR.

⁽²⁴⁾ Così cons. 5 dir. ADR e cons. 4 reg. ODR.

ugualmente soddisfacente in tutte le zone geografiche o in tutti i settori economici dell'U.E. Anche ove disponibili, tali mezzi alternativi presentano peraltro livelli qualitativi assai differenti, contribuendo con ciò a minare la fiducia nel Mercato Unico ⁽²⁵⁾. La disparità in copertura, qualità e conoscenza delle ADR da Stato a Stato membro disincentiva, infatti, tanto il consumatore all'acquisto transfrontaliero di beni e servizi quanto il professionista alla loro offerta ⁽²⁶⁾.

Di qui, la scelta del legislatore euro-unitario indirizzata a superare tali deficienze: l'adozione di uno strumento normativo integrato, in cui la direttiva ADR si pone quale base per l'applicazione del regolamento ODR, costituendo la disciplina della prima condizione per lancio ed utilizzo della piattaforma ODR, disegnata nelle sue caratteristiche essenziali dal secondo.

4.1. La direttiva ADR per i consumatori: tra (l'obiettivo di) alta protezione dei diritti del consumatore e minimi (troppo minimi?) standard di qualità degli organismi e della procedura ADR. – Sullo sfondo del richiamo alla necessità di garantire un'alta protezione dei consumatori ⁽²⁷⁾, la direttiva ADR si pone come obiettivo quello di raggiungere, nello spazio giuridico euro-unitario, la piena copertura ADR per le controversie, nazionali e transfrontaliere, da responsabilità contrattuale derivante da contratti di vendita o servizi tra professionisti stabiliti e consumatori residenti nell'U.E. ⁽²⁸⁾. Con questo fine, essa imponeva a tutti gli Stati membri di dotarsi, entro lu-

⁽²⁵⁾ Lo denuncia, senza mezzi termini, il cons. 5 dir. ADR, che lamenta una siffatta insufficienza nonostante le raccomandazioni della Commissione 98/257/CE, del 30 marzo 1998, riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo, e quella, già citata, 2001/310/CE, del 4 aprile 2001, sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo – entrambe però rimaste, si dice, senza ascolto.

⁽²⁶⁾ V. cons. 6 dir. ADR.

⁽²⁷⁾ Secondo l'enunciazione di principio che dà esordio alla direttiva ADR (cons. 1) come al regolamento ODR (cons. 1).

⁽²⁸⁾ V. artt. 1 e 2 dir. ADR.

glio 2015, di organismi ADR per tutte le controversie sopraindicate, laddove queste vedano il consumatore ‘agire’ contro il professionista ⁽²⁹⁾. Nell’ordinamento italiano, la direttiva è stata attuata con il d.lgs. n. 130 del 2015, che ha modificato il Codice del consumo ⁽³⁰⁾.

Innanzitutto, la direttiva impone che gli organismi ADR debbono soddisfare determinati requisiti, che rispondono a criteri di qualità. Solo ove quelli presentino tali caratteristiche, possono essere accreditati come organismi ADR ai sensi della direttiva, e così venire inseriti in apposita lista, dietro comunicazione alla Commissione UE da parte dell’Autorità nazionale competente.

In estrema sintesi, i suddetti requisiti attengono, da un lato, alla competenza, indipendenza, imparzialità, trasparenza dell’organismo ADR (artt. 6-7); dall’altro, all’equità, libertà e legalità della procedura ADR (artt. 8-10). Tali requisiti sono fissati dalla direttiva soltanto quali *standard* qualitativi minimi, elevabili dagli Stati membri in sede di implementazione.

La direttiva ADR disegna poi diverse tipologie di procedura ADR (art. 2, ult. parte): da un lato, le procedure in cui l’organismo ADR riunisce le parti al semplice fine di agevolare una soluzione amichevole della controversia; dall’altro, le procedure in cui l’organismo ADR propone loro una soluzione, liberamente accettabile dalle parti; ed infine, le procedure in cui l’organismo ADR impone una soluzione della lite, destinata a vincolare le parti soltanto ove esse siano state di ciò previamente informate e abbiano manifestato il proprio consenso a tale imposizione.

Come acutamente evidenziato ⁽³¹⁾, pur dando luogo queste tre tipologie di procedura ad *itinerari* ontologicamente differenti – i primi due, a procedure autonome di soluzione della controversia;

⁽²⁹⁾ V. art. 25 dir. ADR. La direttiva ADR non si applica alle procedure avviate dal professionista nei confronti del consumatore: v. art. 2, par. 2 lett. g).

⁽³⁰⁾ Si tratta del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, che ha sostituito l’art. 141 del c.d. Codice del consumo, introducendo, invece, i nuovi articoli da 141-*bis* a 141-*decies*.

⁽³¹⁾ Si richiamano qui le puntuali osservazioni di F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1299 ss.

l'ultimo, ad una procedura eteronoma ⁽³²⁾ – la direttiva prevede (per tutte?) quelle garanzie (minime) per le parti che tipicamente segnano lo svolgimento di procedimenti a carattere contenzioso-decisorio. Essa contempla, infatti, da un lato, forme di svolgimento del contraddittorio (v. artt. 8, lett. d); 9, par. 1, lett. a) e c)) ⁽³³⁾; dall'altro, l'obbligo di indicazione al consumatore e al professioni-

⁽³²⁾ Così ID., *op. ult. cit.*, §§ 6 e 7, che ben evidenzia come, ove la procedura prevede che l'organismo ADR riunisca le parti al fine di agevolare una soluzione amichevole, essa darebbe luogo ad una mediazione c.d. facilitativa; se la procedura veda il terzo proporre una soluzione, che se accettata dalle parti, condurrà ad un contratto finalizzato alla risoluzione della controversia, si sarebbe di fronte ad una mediazione c.d. valutativa (o aggiudicativa). Entrambe le procedure sarebbero comunque inquadrabili quali metodi autonomi di soluzione della controversia. Viceversa, nel caso in cui la procedura veda il terzo imporre alle parti una soluzione della lite, essa costituirebbe un metodo eteronomo di soluzione della controversia, con la conseguenza che l'atto della persona fisica incaricata della procedura sarebbe assimilabile, da un punto di vista strutturale e sostanziale, a quello del giudice statale o dell'arbitro. Per una fondante classificazione delle procedure autonome ed eteronome di soluzione del conflitto e delle loro principali caratteristiche distintive, come per una qualificazione di mediazione facilitativa e aggiudicativa v. ID., *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, cit., 3 ss., 30 ss.

⁽³³⁾ Il richiamo allo svolgimento del contraddittorio è sicuramente imprescindibile nel caso di procedura ADR di tipo eteronomo, in cui, cioè, la persona incaricata della procedura imponga alle parti la soluzione della lite, per l'ovvia ragione che detta soluzione non è frutto di valutazioni di opportunità e del consensuale accordo dei litiganti ma della determinazione di un terzo. Il contraddittorio non parrebbe dover trovare necessario richiamo, invece, nelle ipotesi di procedure ADR autonome, ossia destinate soltanto ad agevolare la composizione amichevole della lite o a proporre una soluzione rimessa all'accettazione di entrambe le parti. Pur tuttavia, come accertamente evidenziato (così ancora ID., *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., § 6), in tale ultima ipotesi il contraddittorio tra le parti potrebbe avere un senso. La tecnica aggiudicativa che caratterizza quest'ultimo tipo di procedura – che sfocia nella formulazione di una proposta da parte della persona di essa incaricata – si connota, infatti, per la ricerca, da parte del mediatore, di una soluzione presumibilmente coincidente con quella che daranno il giudice o l'arbitro. Per questo, chiaro è che «tanto più le parti si convinceranno che la proposta è da accettare, quanto più questa parrà loro 'giusta'». Di qui, l'opportunità di immaginare, anche in tale procedura (di per sé autonoma), un contraddittorio tra i litiganti.

sta, da parte dell'organismo ADR, del tipo di regole su cui esso potrà basarsi per risolvere la controversia, quali, ad esempio, disposizioni giuridiche, equità, codici di condotta (art. 7, par. 1, lett. i))⁽³⁴⁾. In ogni caso, la procedura può svolgersi senza che le parti siano obbligate a ricorrere ad un avvocato o consulente (art. 8, lett. b)).

Entro l'ampia cornice delineata dalla direttiva, gli Stati membri hanno quindi la possibilità, in sede di implementazione, di 'ritagliare' la concreta operatività delle suddette procedure ADR, stabilendo, ad esempio, quali organismi ADR, rispondenti ai requisiti di qualità minimi imposti dalla direttiva, siano ammessi a svolgerle⁽³⁵⁾.

Al netto di questo ampio margine di manovra, due punti vengono mantenuti fermi. Da un lato, precisa la direttiva, le procedure ADR non possono mai essere configurate in modo tale da precludere l'accesso del consumatore al giudice statale, e ciò in rispetto degli art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, e art. 6 della Carta europea dei diritti dell'uomo⁽³⁶⁾. Dall'altro, si rimarca, ove si dia una procedura in cui si impone una soluzione della

⁽³⁴⁾ L'indicazione, da parte dell'incaricato della procedura, del tipo di regole su cui la soluzione della controversia si baserà, trova (indefettibile) ragione ove tale soggetto operi in seno ad una procedura eteronoma; non, invece, ove egli gestisca una procedura autonoma. Pur tuttavia, laddove quest'ultima si sostanzia in una mediazione aggiudicativa, la segnalazione di quelle regole può incidere sulla probabilità di sua accettazione ad opera dei litiganti. Costoro, infatti, saranno maggiormente indotti, grazie alla condotta trasparente del terzo incaricato della procedura, a ritenere la sua proposta «giusta» e così a farla propria.

⁽³⁵⁾ Ciò è accaduto, ad esempio, nel nostro ordinamento giuridico dove, nel dare implementazione alla direttiva ADR per i consumatori con il citato d.lgs. n. 130 del 2015, il legislatore ha previsto che le procedure ADR eteronome – in cui cioè la persona incaricata impone una soluzione della controversia – possano essere gestite soltanto da Autorità pubbliche nei settori di rispettiva competenza (v. Autorità per energia elettrica, gas e sistema idrico, Banca d'Italia, Consob e Autorità per la garanzia delle comunicazioni), non invece laddove la procedura ADR sia condotta da un organismo privato (v. art. 141, 4° comma, ult. parte, cod. cons.). Gli organismi ADR privati, infatti, possono soltanto gestire procedure ADR autonome, nella forma di mediazioni facilitative o valutative. Sul punto v. limpidamente, di nuovo, F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., § 8.

⁽³⁶⁾ Così cons. 45, 49 e 61 dir. ADR.

controversia – di fatto, quindi, decidendola – l'organismo ADR non può violare né le norme a protezione del consumatore vigenti nello Stato membro in cui costui risiede né quelle dello Stato membro in cui ha sede il professionista ⁽³⁷⁾.

Infine, pur stabilendo che la procedura ADR debba essere gratuita o comunque a costi minimi per il consumatore (art. 8, lett. c)), la direttiva non fissa né la composizione dell'organismo ADR né la modalità di suo finanziamento, e lascia così liberi gli Stati membri, in sede di sua attuazione, di stabilire se l'organismo debba essere monocratico o collegiale e finanziato per via pubblica o privata. Ove, per scelta dello Stato membro, l'organismo ADR sia finanziato, totalmente o parzialmente, per via privata, la direttiva prevede tuttavia una disciplina *ad hoc*, cui, in ragione dei suoi profili critici, si tornerà in seguito ⁽³⁸⁾.

4.2. Il regolamento ODR per i consumatori: il lancio della piattaforma ODR e il suo operare. – È sulla generale copertura ADR nello spazio giuridico europeo e sul rispetto dei requisiti di qualità degli organismi ADR realizzati dalla direttiva che poggia il regolamento ODR. Contando sull'attuazione della direttiva nei diversi Stati membri, il regolamento si poneva, cioè, un consequenziale obiettivo: la creazione di una c.d. piattaforma ODR ⁽³⁹⁾, puntualmente creata e lanciata in rete dalla Commissione UE nel gennaio 2016 ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ Sul punto v. art. 10 dir. ADR in merito al requisito di «legalità» della procedura ADR.

⁽³⁸⁾ La disciplina sul punto si ricava dal combinato disposto degli artt. 2, par. 2, lett. a), dir. ADR, che segna il campo applicativo della direttiva, e art. 6, par. 3, dir. ADR, che regola indipendenza e trasparenza degli organismi ADR. Il punto è oltremodo controverso e per questo vi si tornerà nel prosieguo della trattazione.

⁽³⁹⁾ Tale obiettivo è reso manifesto dall'art. 1 reg. ODR.

⁽⁴⁰⁾ La piattaforma ODR, oggi disponibile al sito <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks>> (10 maggio 2021), è stata l'esito del regolamento di esecuzione UE 2015/1051 della Commissione, del 1° luglio 2015, relativo alle modalità per l'esercizio delle funzio-

Ebbene, tale piattaforma costituisce un punto di accesso unico per consumatori e professionisti che desiderino risolvere stragiudizialmente controversie da responsabilità contrattuale nascente da contratti di vendita o servizi stipulati *online* tra un consumatore residente e un professionista stabilito nell'U.E. ⁽⁴¹⁾. I professionisti che operano in rete sono tenuti dal regolamento a segnalare nel sito della loro attività professionale il *link* alla piattaforma ODR ⁽⁴²⁾.

Ciò premesso, essa funziona, in breve, come segue ⁽⁴³⁾.

Il consumatore, che lamenti il mancato o inesatto adempimento da parte del professionista delle obbligazioni nascenti dai suddetti contratti di vendita o servizi conclusi in rete, accede alla piattaforma compilando *online* un reclamo, su modulo predefinito, che spedisce, per il tramite della piattaforma stessa, all'indirizzo di posta elettronica del professionista. Nel reclamo egli indica un organismo ADR che potrebbe gestire la controversia, organismo scelto tra quelli accreditati ai sensi della direttiva ADR ⁽⁴⁴⁾. Il professionista contattato può aderire o meno all'indicazione dell'organismo ADR

ni della piattaforma di risoluzione delle controversie *online*, alle caratteristiche del modulo di reclamo elettronico e alle modalità della cooperazione tra i punti di contatto di cui al regolamento UE n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori, pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 171 del 2 luglio 2015, 1 ss. Essa è aperta al pubblico dal 15 febbraio 2016. Dal 1° luglio 2017 la piattaforma ODR è accessibile anche per le controversie che coinvolgono consumatori e professionisti degli Stati dello spazio economico europeo (SEE), *i.e.* Islanda, Liechtenstein e Norvegia.

⁽⁴¹⁾ V. artt. 2 e 5, par. 2, reg. ODR.

⁽⁴²⁾ V. art. 14, par. 1, reg. ODR, che, per il concreto operare della piattaforma ODR – come in seguito si vedrà – richiede anche ai professionisti di indicare nel proprio sito *web* il loro indirizzo di posta elettronica.

⁽⁴³⁾ Informazioni sulle modalità di funzionamento della piattaforma ODR sono fornite al citato sito dell'U.E. dedicato alla risoluzione *online* delle controversie. Ai sensi dell'art. 7 reg. ODR sono tenuti ad offrire assistenza ai consumatori per la risoluzione delle controversie riguardanti reclami presentati mediante la piattaforma ODR anche i c.dd. punti di contatto ODR, che ogni Stato membro era tenuto ad indicare in attuazione del regolamento, ruolo che poteva essere attribuito ai già Centri europei per i consumatori (come ad associazioni dei consumatori o qualsiasi altro organismo).

⁽⁴⁴⁾ V. artt. 8-9 reg. ODR.

effettuata dal consumatore. Se egli aderisce alla proposta di costui o se le parti si accordano su altro organismo ADR, la procedura ADR prosegue secondo una delle tre modalità sopra descritte ⁽⁴⁵⁾. Altrimenti l'*iter* si conclude e il consumatore può ritentare o scegliere un'altra via di soluzione della lite ⁽⁴⁶⁾.

5. *La piattaforma ODR: un meccanismo di Online Dispute Resolution?* – Brevemente tratteggiata l'architettura del c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori, un primo quesito intermedio si impone. Esso attiene alla definizione della piattaforma ODR: può essa ritenersi un *vero e proprio strumento di soluzione online delle controversie* tra consumatore e professionista?

Ebbene, alla luce di quanto più sopra descritto, la risposta non può che essere negativa. La piattaforma ODR, infatti, rappresenta solo *un punto di contatto in rete* tra consumatore e professionista. In altri termini, essa si rivela semplicemente una piattaforma attraverso cui il consumatore può contattare *online* il professionista con un reclamo e chiedere a quest'ultimo se sia disposto a risolvere la controversia tra loro insorta davanti ad un organismo ADR accreditato ai sensi della direttiva. Tuttavia, anche ove il professionista aderisca alla richiesta del consumatore, non è detto che la procedura ADR si svolga *online*. Il regolamento ODR, infatti, non impone il suo svolgimento in rete, con la conseguenza che la procedura ADR ben potrebbe svolgersi anche *offline* ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Così art. 10 reg. ODR.

⁽⁴⁶⁾ V. art. 19, par. 8, reg. ODR, secondo cui se le parti non riescono a trovare un accordo su un organismo ADR entro 30 giorni dalla presentazione del modulo di reclamo, il reclamo non sarà trattato e il consumatore sarà informato della possibilità di contattare un assistente ODR per ottenere informazioni generali su altre forme di ricorso.

⁽⁴⁷⁾ Così si evince dall'art. 10 reg. ODR, dedicato alla disciplina della risoluzione della controversia, il quale esplicitamente stabilisce che l'organismo ADR che abbia accettato di trattare il reclamo del consumatore non è tenuto a condurre la procedura ADR tramite la piattaforma ODR.

Si intende come sia, questa, un'evenienza che pare minare in radice l'obiettivo, non dichiarato ma implicito, del regolamento ODR: mantenere in rete, dopo la fase fisiologica di conclusione *online* del contratto, anche quella patologica di gestione del contenzioso che da questo derivi ⁽⁴⁸⁾.

È per questo che, dal suo lancio ad oggi, la piattaforma ODR è stata oggetto di costante miglioramento da parte dell'U.E., come i c.dd. punti di contatto nazionali ODR ed i Centri europei per i consumatori confermano. Attualmente, infatti, essa cerca di far sì che, una volta spedito il reclamo dal consumatore al professionista e accordata da quest'ultimo adesione alla procedura ADR, la soluzione della lite avvenga presso un organismo ADR che risolve *online* la controversia ⁽⁴⁹⁾.

Anche ove così sia, però, un'ulteriore riflessione si impone.

Si deve infatti evidenziare come, nella cornice del regolamento ODR, le procedure di soluzione stragiudiziale delle controversie consumeristiche, concernenti obbligazioni *ex contractu* derivanti da contratti di vendita o servizi stipulati *online*, non sono (ancora) vere e proprie procedure di *Online Dispute Resolution*. Procedure, cioè, in cui – come accade in altri ordinamenti, ed in particolare in quello

⁽⁴⁸⁾ Si romperebbe, in questo caso, l'omogeneità tra modalità (elettronica) della fase di conclusione del contratto e quella di gestione della patologia nella sua esecuzione, non rispondendosi così a quella mal taciuta urgenza di istantaneità di soluzione della controversia che dovrebbe essere, nella mente del legislatore euro-unitario, il naturale contraltare della fulmineità con cui il contratto è stato perfezionato: sul punto v. F. MANCINI, *Mercato, regula iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, cit., 39.

⁽⁴⁹⁾ Questo è avvenuto per il tramite di una modifica della piattaforma ODR: una volta che il consumatore abbia inviato elettronicamente un reclamo al professionista per suo tramite, allegando i documenti a sostegno, e il professionista abbia accettato di aderire alla procedura ADR, accordandosi sull'organismo ADR che la gestirà, i documenti di 'causa' potranno essere visionati dall'organismo ADR soltanto in rete, con il che esso deve essere pronto a svolgere la procedura *online*, magari utilizzando una c.d. stanza virtuale messa a disposizione dalla piattaforma ODR.

statunitense ⁽⁵⁰⁾ – la rete diventa essa stessa il quarto elemento della procedura, grazie all'intervento di forme semplificate di intelligenza artificiale dirette a facilitare l'incontro delle posizioni delle parti in conflitto ⁽⁵¹⁾, come avviene, ad esempio, nei casi di c.dd. negoziazione assistita dalla tecnologia o automatizzata, mediazione basata su *software*, e così via ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto, anche per una ricostruzione storica delle ODR nel contesto statunitense, v. C. RULE, *Online Dispute Resolution for Businesses. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts*, San Francisco, 2002; G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution. Challenges for Contemporary Justice*, 2004. Per una buona 'confezione' di un sistema ODR nato da un'esperienza concreta nel contesto statunitense v. C. RULE, *Designing a Global Online Dispute Resolution System: Lessons Learned from eBay*, in *13 Univ. St. Thomas L. Journal* (2017), 354 ss.

⁽⁵¹⁾ Parlano di ODR in cui la tecnologia diventa la «quarta parte» della procedura in quanto elemento che, grazie a forme di intelligenza artificiale, si affianca al terzo neutrale incaricato della procedura, aiutandolo a gestire le informazioni provenienti dalle parti, formulare proposte, edulcorare il linguaggio aggressivo delle parti, E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, 2001, 93; A. GAITENBY, *The Fourth Party Rises: Evolving Environments of Online Dispute Resolution*, in *38 Univ. Toledo L. Review* (2006), 372 ss. Con il progredire della tecnologia, questa è arrivata peraltro sempre più a sostituirsi al 'soggetto umano' incaricato della procedura, diventando essa stessa, in luogo di costui, la (sola) terza parte (tra i due contendenti), e rendendo l'uomo non più centrale nella soluzione della controversia: siamo con questo di fronte alle ODR di seconda generazione, v. E. KATSH, *Bringing Online Dispute Resolution to Virtual Worlds: Creating Processes through Code*, in *1 New York Law School L. Review* (2005), 271 ss.

⁽⁵²⁾ Ciò che consente di definire l'ODR come settore *sui generis* è la presenza di un intermediario tecnologico all'interno delle procedure di soluzione delle controversie, che, in qualità di c.d. quarta parte, consiste in una piattaforma *online* con lo scopo specifico di consentire e facilitare la risoluzione in rete delle controversie. Cfr. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Technical Notes on Online Dispute Resolution*, New York, 2017, 4, per cui «ODR requires a technology-based intermediary. In other words, unlike offline alternative dispute resolution, an ODR proceeding cannot be conducted on an ad hoc basis involving only the parties to a dispute and a neutral (that is, without an administrator). Instead, to permit the use of technology to enable a dispute resolution process, an ODR process requires a system for generating, sending, receiving, storing, exchanging or otherwise processing communications in a manner that ensures data securi-

Al contrario, ed almeno sino ad oggi, le procedure ADR di soluzione stragiudiziale delle controversie consumeristiche da responsabilità contrattuale, derivante da contratti di vendita o servizi stipulati *online*, restano procedure aventi le stesse caratteristiche delle classiche ADR *offline*, benché agevolate nel loro avvio e svolgimento dalla piattaforma ODR. Esse guadagnano, cioè, nello spazio giuridico euro-unitario (e soltanto in questo), la qualifica di procedure di *Online Dispute Resolution* per il sol fatto di utilizzare la rete come (ed esclusivamente come) mezzo di comunicazione a distanza tra le parti in conflitto ⁽⁵³⁾. Si pensi, a titolo esemplificativo, al caso

ty». In particolare, in seno a questa macro-categoria, si porrebbero, tra le altre, la negoziazione assistita dalla tecnologia e la negoziazione automatizzata. Nella prima, la tecnologia fornisce supporto alle parti, guidandole nella procedura e facilitando l'individuazione di soluzioni della lite grazie all'impiego di varie funzioni, quali la predisposizione di tabelle per la registrazione dello storico delle offerte avanzate da ciascuna parte, strumenti di archiviazione intelligente della messaggistica intercorsa tra i contendenti, matrici per l'identificazione di possibili soluzioni alternative e scambi tra le parti (*trade-off*), e così via: sul punto v. G. KAUFMANN-KOHLER, T. SCHULTZ, *Online Dispute Resolution: Challenges for Contemporary Justice*, The Hague, 2004, 14. Nella negoziazione automatizzata, invece, si prevede la possibilità per le parti di scambiare tra loro un determinato numero di offerte entro un lasso temporale circoscritto: un algoritmo le esaminerà e, qualora lo scarto tra queste rientri in una percentuale o soglia numerica prestabilite, esso proporrà di concludere un accordo per il valore medio. Le forme più diffuse di negoziazione automatizzata impiegano meccanismi di c.d. offerta alla cieca (*blind bidding*), in cui le offerte lanciate da una parte non sono visibili alla controparte sino a che non rientrino nella percentuale o soglia numerica prestabilite; in altri casi, invece, le offerte possono essere visualizzate in tempo reale: le parti possono accettare o rifiutare la soluzione generata dall'algoritmo. In ogni caso le informazioni rimangono riservate rispetto all'esterno. Su questi sistemi v. L. PONTE, *Throwing Bad Money After Bad: Can Online Dispute Resolution (ODR) Really Deliver the Goods for the Unhappy Internet Shopper?*, in *3 Tulsa Journal of Technology & Intellectual Property* (2001), 55 ss., prec. 67; a R. GRIFFIN, *Internet Governance*, Waltham Abbey Essex, 2018, 234-9.

⁽⁵³⁾ Lo sottolinea con puntualità E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in ID. (a cura di), *Le online dispute resolution (ODR)*, cit., 7 ss., prec. 9, che ben evidenzia come in Europa (ed in Italia) si parli di ODR intendendosi con tale termine, invero, le «ADR *online*», ossia la riproposizione, adattata agli strumenti informatici o telematici, di ADR *offline* già ben note e diffuse. Si tratta, in altri parole, di ADR in

della mediazione svolta per il tramite di una piattaforma telematica (*Zoom, Teams, ecc.*), in cui questa ha l'unico scopo di consentire la comunicazione a distanza tra le parti ed il mediatore – e così lo svolgimento in rete di una tradizionale mediazione *offline* – non invece quello di favorire l'avvicinamento delle posizioni negoziali delle parti grazie all'impiego di meccanismi di intelligenza artificiale.

Precisato, quindi, che la piattaforma ODR non costituisce un meccanismo *stricto sensu* inteso di *Online Dispute Resolution*, e che tali non sono nemmeno le procedure di soluzione stragiudiziale del contenzioso che si svolgano una volta che consumatore e professionista siano stati messi in contatto dalla piattaforma ODR, un'ulteriore osservazione si impone circa la reale efficacia dello schema profilato dal regolamento ODR.

Ora, si è detto che questo obbliga i professionisti che operano *online* ad indicare nel sito *web* della propria attività professionale il *link* alla piattaforma ODR. Questa segnalazione, pur imposta dal regolamento, finisce però all'atto pratico per essere fuorviante per il consumatore. Costui è indotto a credere, infatti, che il professionista, che menzioni nel suo sito il *link* alla piattaforma, si sia obbligato ad aderire ad un procedura ADR ove richiesto dal consumatore. Non è, invece, così. Salva specifica disposizione in tal senso della legislazione nazionale di attuazione del regolamento, l'indicazione nel sito del professionista del *link* alla piattaforma ODR non implica che costui si sia obbligato a partecipare alla procedura ADR ⁽⁵⁴⁾.

cui gli strumenti informatici si limitano ad agevolare procedure per così dire classiche di ADR. Di qui l'idea, nel panorama euro-unitario (ed italiano), che le ODR siano solo una *species* del *genus* ADR, laddove, invece, in altri ordinamenti, quali ad esempio quello statunitense, esse sono intese e studiate come un qualcosa di affatto diverso. E, in effetti, lo sono.

⁽⁵⁴⁾ Così si evince dall'art. 1, ult. parte, dir. ADR, secondo cui la direttiva non pregiudica la legislazione nazionale che preveda l'obbligatorietà delle procedure ADR, a condizione che tale legislazione non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accedere al sistema giudiziario. Sempre la legislazione nazionale può peraltro stabilire, ai sensi dell'art. 10, par. 2, ult. parte, dir. ADR, che, ove la procedura ADR prescelta sia di tipo contenzioso-decisorio – e cioè con imposizione di

Con la conseguenza che, una volta contattato dal consumatore con un reclamo per il tramite della piattaforma ODR, il professionista ben potrebbe non rispondere o comunque declinare la richiesta di soluzione stragiudiziale della controversia, senza con questo subire alcuna sanzione.

Emergono così le prime debolezze del sistema delineato dal regolamento ODR in confronto agli obiettivi che esso si prefiggeva. Per un verso, si riscontra il rischio che la soluzione stragiudiziale della controversia consumeristica, nata da contratto di vendita o di servizi stipulato *online*, finisca per svolgersi invece *offline*, e così fuori dalla sede (la Rete) in cui il legislatore europeo vorrebbe rimanesse, in ragione dei vantaggi che, a suo dire, questa garantirebbe (tra tutti, economicità e speditezza della risoluzione della lite). Per altro verso, si profila l'ulteriore pericolo che la via di soluzione del contenzioso consumeristico indicata dal regolamento ODR non venga in concreto percorsa per mancata adesione del professionista alla procedura stragiudiziale richiesta dal consumatore per il tramite della piattaforma ODR.

6. I riscontri empirici sull'impiego della piattaforma ODR e le reazioni della Commissione dell'Unione europea. I recenti interventi di aggiustamento della piattaforma ODR. – Le debolezze dello sche-

una soluzione alle parti – tale soluzione sia vincolante per il (solo) professionista anche senza accettazione di quest'ultimo. Sui dubbi di conformità di tale ultima previsione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea v. F.P. LUISO, *La Direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori*, cit., § 9, che correttamente ritiene che, ove così disponga il diritto nazionale in attuazione del citato art. 10, par. 2, dir. ADR, esso debba anche consentire al professionista di contestare avanti al giudice statale, in modo pieno e senza limiti, l'ingiustizia dell'atto scaturente dalla procedura ADR cui egli è automaticamente vincolato. In caso contrario si violerebbe il suo diritto, riconosciuto dall'art. 47 della Carta di Nizza, di adire la via giurisdizionale: sul punto, nella giurisprudenza euro-comunitaria, v., per tutte, Corte di Giustizia (Grande Sezione), 19 settembre 2006, *Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, causa C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587.

ma ODR, disegnato dal c.d. pacchetto ADR-ODR, sono state messe in luce anche dagli esiti di un monitoraggio sullo stato dell'arte di implementazione ed applicazione della piattaforma ODR. Ne dà conto una relazione pubblicata dalla Commissione UE nel settembre 2019 ⁽⁵⁵⁾.

Ebbene, se, da un lato, essa constatava, con soddisfazione, come dal 2016 al 2019 un'alta percentuale di consumatori avesse fatto ricorso alla piattaforma ODR per tentare di risolvere in via stragiudiziale il contenzioso con i professionisti ⁽⁵⁶⁾, dall'altro, denunciava la risposta assai modesta di costoro. Contattati dai consumatori per il tramite della piattaforma ed invitati a risolvere il contenzioso attraverso una procedura ADR, i professionisti, infatti, rimanevano nella stragrande maggioranza dei casi silenti a fronte del reclamo ricevuto o vi rispondevano negativamente, rifiutando di aderire alla proposta del consumatore di avviare una procedura ADR ⁽⁵⁷⁾. In compenso, si riscontrava come spesso, dopo aver negato di dar seguito alla procedura ADR, il professionista contattasse, fuori piattaforma

⁽⁵⁵⁾ Si tratta della relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento UE n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, COM/2019/425 def., del 25 settembre 2019.

⁽⁵⁶⁾ In particolare, secondo la relazione cit., 16, dal suo lancio, la piattaforma avrebbe attratto oltre 8,5 milioni di visitatori e 120.000 controversie tra consumatori e imprese, delle quali il 56% a carattere nazionale, mentre il 44% a natura transfrontaliera.

⁽⁵⁷⁾ Così relazione cit., 16-17, secondo cui l'80% delle controversie presentate sulla piattaforma ODR sono state chiuse automaticamente dopo 30 giorni dall'invio del reclamo al professionista per mancata reazione di costui all'invito di proporre al consumatore un organismo ADR. Soltanto in circa il 2% dei casi le parti si sono accordate sulla designazione dell'organismo ADR e la piattaforma è stata quindi in grado di trasmettere la controversia a quest'ultimo.

ODR, il consumatore e avviasse con lui una trattativa individuale per risolvere il contenzioso ⁽⁵⁸⁾.

È alla luce di questo constatato ‘gradimento’ per la trattativa diretta individuale che la Commissione UE decide, nel 2019, di modificare la piattaforma ODR ⁽⁵⁹⁾. A seguito di tale emendamento, allorché il consumatore invii il reclamo al professionista per il tramite della piattaforma, oltre alla via della soluzione della controversia secondo una procedura avanti ad un organismo ADR, si apre una (nuova) ulteriore possibilità. Ove il professionista vi dia il suo consenso, può avere luogo un c.d. dialogo diretto (*direct talk*) tra consumatore e professionista, senza l’ausilio di alcun organismo ADR ⁽⁶⁰⁾. La piattaforma consente, cioè, che consumatore e professionista si scambino direttamente tra loro messaggi attraverso il pannello interattivo e che, in questo scambio, il consumatore possa inviare al professionista allegati quali, ad esempio, le fotografie del prodotto acquistato *online* che ritiene difettoso ⁽⁶¹⁾. Si tratta, in pratica, non più di una procedura ADR con l’intervento di un terzo, che riunisce le parti per facilitare la composizione della controversia oppure propone od impone una soluzione, bensì di una negoziazione diretta via rete tra consumatore e professionista.

⁽⁵⁸⁾ V. relazione cit., 17, che dà conto del fatto che fino al 42% delle controversie presentate sulla piattaforma ODR le parti hanno poi risolto la lite bilateralmente.

⁽⁵⁹⁾ Sul punto la relazione cit., 17 è esplicita: «L’elevato numero di composizioni dirette promosse dalla piattaforma mostra il valore aggiunto della stessa nel facilitare una soluzione concordata bilateralmente, anche nelle controversie transnazionali nelle quali le funzioni di multilinguismo e traduzione della piattaforma consentono la comunicazione tra le parti».

⁽⁶⁰⁾ Per dettagli a riguardo si veda, nel sito dell’U.E. sulla soluzione *online* delle controversie consumeristiche, la voce dedicata a «Contattate il professionista»: <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks#heading-2>> (10 maggio 2021).

⁽⁶¹⁾ Per agevolare il dialogo diretto tra consumatore e professionista la piattaforma ODR prevede oggi anche la possibilità di programmare una riunione in rete.

7. *Il c.d. pacchetto ADR-ODR e la piattaforma ODR: verso una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico euro-unitario?* – Restituite sin qui finalità, architettura e modalità operative del c.d. pacchetto ADR-ODR, è possibile ora tornare al quesito che attraversa questo scritto: è da ritenersi che direttiva ADR e regolamento ODR siano in grado di realizzare, nel contenzioso consumeristico, quella giustizia «co-esistenziale» spesso evocata allorché si intenda favorire il ricorso a mezzi alternativi al processo di soluzione delle liti?

Per rispondere all'interrogativo è d'obbligo compiere un passo indietro e puntualmente richiamare ciò che per giustizia «co-esistenziale» ha inteso chi conì tale espressione.

Ora, Mauro Cappelletti, nel suo magistrale progetto indirizzato a promuovere l'accesso alla giustizia (il noto *Access-to-Justice Project*, avviato a partire dagli anni Settanta del secolo scorso), ebbe l'illuminante intuizione di evidenziare come vi siano situazioni di conflitto che, per loro intrinseca configurazione, si prestano a 'ricevere giustizia', anziché attraverso la via giurisdizionale, mediante il ricorso a metodi di soluzione alternativi al processo⁽⁶²⁾. Metodi, questi, tesi non tanto a sancire chi abbia torto o ragione (come accade nel processo, attraverso lo *jus dicere* del giudice), bensì a consentire alle parti in conflitto di trovare la propria (autodeterminata, e così creativa) soluzione della lite, capace di «rammendare» il loro rapporto in vista di una sua continuazione nel futuro (e di qui l'idea di una c.d. *mending justice*)⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ Così, in una lucida analisi della tradizione euro-continentale, M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 287, secondo cui «*whereas – in the last two centuries or so – Western civilizations have glorified the ideal of fighting for one's rights (Jebring's famous Kampf um's Recht), we should recognise that in certain areas a different approach (...) might be preferable and better able to assure access to justice*».

⁽⁶³⁾ È ancora la suggestiva metafora di ID., *op. ult. cit.*, 288, che preferisce all'espressione «giustizia conciliativa» quella di giustizia «che rammenda», e così riparatrice.

Controversie votate a questo tipo di giustizia apparivano – in quella acuta analisi – i conflitti familiari, *in primis* quelli generati da una crisi coniugale che coinvolga anche figli minori; le liti di vicinato; le controversie tra *partner* commerciali il cui interesse primario sia la prosecuzione della relazione d'affari. In questi casi, infatti, più che mediante la spada della decisione del giudice – che inesorabile 'separa' il torto dalla ragione – il conflitto verrebbe superato grazie alla creazione di una soluzione condivisa tra le parti, che permetta loro di «co-esistere» anche nel prosieguo della relazione, destinata a continuare anche dopo l'emersione del conflitto (e, di qui, la felice, quanto fiduciosa, immagine della realizzazione di una c.d. *co-existential justice*)⁽⁶⁴⁾.

Nella costellazione di casi descritti, infatti, la lite si mostrerebbe più come un'episodica (ancorché conflittuale) interruzione della relazione tra le parti, anziché una sua fatale e definitiva rottura, con la conseguenza che non la spada dello *jus dicere*, ma la riguadagnata coesistenza tra i soggetti coinvolti ne costituirebbe la migliore soluzione⁽⁶⁵⁾.

Pur elogiando tale forma di giustizia – rivelandosi essa, *in quelle ipotesi*, qualitativamente migliore del risultato offerto dalla giurisdizione – Mauro Cappelletti, tuttavia, non esitava a sottolineare i rischi ad essa sottesi, ove impiegata in assenza di determinate coordinate, quali la garanzia di un equilibrio di forza tra i contendenti, l'indipendenza ed imparzialità degli organismi deputati a favorire la genesi dell'accordo tra le parti e la loro competenza⁽⁶⁶⁾. Di qui, il sapiente monito sulle insidie sottese ad un'acritica traduzione del paradigma della *mending* e *co-existential justice* nell'alveo del contenzioso consumeristico.

Benché riconoscesse come questo tipo di contenzioso presenti caratteristiche tali da reclamare una soluzione *ad hoc* (tra tutte, la

⁽⁶⁴⁾ Di nuovo ID., *op. ult. cit.*, 287-8.

⁽⁶⁵⁾ Con l'intelligente sensibilità dello studioso attento alla morfologia e all'essenza del conflitto, ancora ID., *op. ult. cit.*, 288.

⁽⁶⁶⁾ Di nuovo ID., *op. loc. ult. cit.*

sproporzione tra modesto valore della lite ed elevati costi del processo) ⁽⁶⁷⁾, l'*Access-to-Justice Movement* metteva in luce, infatti, i rischi sottesi ad una troppo facile diversione delle controversie tra consumatore e professionista dalle corti ai meccanismi di ADR. In particolare – si rimarcava – dovevano invitare alla prudenza taluni tratti distintivi del contenzioso consumeristico: uno, per tutti, lo squilibrio sostanziale esistente tra consumatore e professionista.

Per questo, a voler ricorrere alle ADR per risolvere tale contenzioso, dovrebbero mettersi in campo *appositi accorgimenti*, diretti a (a) bilanciare la sperequazione sostanziale tra consumatore e professionista (assicurando, ad esempio, un reale supporto informativo al primo in merito ai suoi diritti verso il secondo da parte delle associazioni dei consumatori); (b) garantire lo svolgimento delle procedure ADR presso organismi qualificati, sia per *standard* qualitativi che per trasparenza nei meccanismi di finanziamento; (c) assicurare la gestione delle procedure ADR a soggetti educati al diritto del consumo ed alle sue norme imperative.

Queste attente considerazioni rendono manifesto come la c.d. ondata ADR dell'*Access-to-Justice Movement*, nell'immaginare soluzioni del contenzioso consumeristico per vie diverse dal tradizionale processo, mantenesse ben fermo l'obiettivo di garantire un'effettiva attuazione del diritto a protezione del consumatore ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Nel caso delle liti consumeristiche si versa, cioè, in quell'ipotesi di contenzioso che Mauro Cappelletti ritiene sia impedito dal raggiungere un'efficace soluzione nel processo (almeno tradizionalmente configurato) a causa di un c.d. ostacolo organizzativo, da lui definito quale «nuova forma di povertà»: la «povertà organizzativa» del singolo (consumatore) rispetto alla controparte contrattuale, l'impresa. Quale titolare di un solo «frammento» del danno perpetrato dall'impresa ai consumatori, egli rimane un individuo isolato, che inevitabilmente mancherà di sufficienti motivazione, conoscenza e potere per iniziare e perseguire un'azione legale avverso la sua – al contrario – motivata, esperta e potente controparte: così ID., *op. ult. cit.*, 284.

⁽⁶⁸⁾ Lo precisa con forza lo stesso Mauro Cappelletti, che rifugge l'accostamento delle ADR ad una «giustizia di seconda scelta» (*second class justice*). Se sostenere che il processo tradizionale costituisca l'unica via possibile per offrire giustizia si rivelerebbe, infatti, una posizione non tanto radicale quanto conservati-

Ebbene, a leggere il primo *considerandum*, rispettivamente, della direttiva ADR e del regolamento ODR per i consumatori, tale obiettivo risulta essere lo stesso – da raggiungersi persino al più «alto livello» – del c.d. pacchetto ADR-ODR. È, però, stato realmente così?

La risposta non può che essere, a parere di chi scrive, negativa. Lo dimostra un'analisi più approfondita della disciplina tratteggiata da direttiva ADR e regolamento ODR, condotta alla luce delle penetranti osservazioni, testé restituite, dell'ondata ADR dell'*Access-to-Justice Movement*.

8. *Le (numerose) criticità dello 'schema ADR' disegnato dalla direttiva ADR per i consumatori.* – Che la direttiva ADR riesca nell'obiettivo di garantire «un alto livello di protezione» dei consumatori per il tramite degli organismi e delle procedure ADR da essa delineati, appare quanto meno discutibile. Numerose sono, infatti, le criticità che lo 'schema ADR' messo in campo dalla direttiva presenta: punti dolenti che consegnano un meccanismo ADR assai lontano dal realizzare quell'auspicata diversione del contenzioso dalle corti alla soluzione stragiudiziale, cui si accompagna un'effettiva tutela del consumatore. Tra le molte criticità, quelle tratteggiate nelle pagine a seguire paiono, a chi scrive, le più rilevanti, e per questo quelle maggiormente bisognose di una rinnovata riflessione, che possa condurre ad un ripensamento dell'approccio euro-

va – essendo irrealistico e irragionevole ritenere che il processo, come tradizionalmente configurato, possa rispondere con efficacia alle nuove configurazioni del conflitto; altrettanto vero è, però, nel pensiero dell'a., che le vie alternative al processo (classico) debbono essere costruite dal legislatore in modo consapevole ed attento alla tutela della parte debole: così ID., *op. ult. cit.*, 288 e ivi nt. 19. Sottolineano questa chiara linea sottesa al pensiero cappellettiano, sensibile nel coniugare 'alternative' al processo ed attuazione dei diritti, per tutti, N. TROCKER, *Processo e Costituzione nell'opera di Mauro Cappelletti civilprocessualista (Elementi di una moderna «teoria» del processo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 425 ss., § 5 e ivi anche nt. 39; nonché G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, in *54 Common Market L. Review* (2014), 165 e ivi nt. 1.

unitario al tema del contenzioso consumeristico e della tutela del consumatore.

8.1. Su indipendenza, imparzialità e trasparenza degli organismi ADR: il punctum dolens delle modalità di finanziamento. – I primi dubbi sullo ‘schema ADR’ profilato dalla direttiva sorgono con riguardo alla disciplina che essa appresta in merito ad indipendenza, imparzialità e trasparenza degli organismi ADR. In particolare, le maggiori criticità discendo dalla scelta (volutamente) agnostica adottata dalla direttiva relativamente alle modalità di finanziamento degli organismi ADR. Essa prevede, infatti, che ciascuno Stato membro possa optare per un loro finanziamento di tipo pubblico, privato o misto.

Ebbene, i problemi affiorano nel caso in cui gli Stati membri optino per il finanziamento privato (o misto). La direttiva, infatti, non esclude, anzi ammette – ove gli Stati membri così decidano in sede di implementazione – i seguenti due casi. Per un verso, che le persone fisiche incaricate di gestire la procedura ADR possano essere assunte o retribuite *esclusivamente dal professionista*; per altro verso, che esse possano essere assunte o retribuite *esclusivamente da un’organizzazione professionale o da un’associazione di imprese di cui il professionista è membro*. Nella prima ipotesi, la direttiva ritiene sufficiente, a garanzia di indipendenza ed imparzialità nella procedura, che, ad esempio, tali persone dispongano di un mandato di almeno tre anni e che l’organismo ADR non abbia collegamenti gerarchici con il professionista; sia chiaramente separato dagli organismi operativi del professionista, ed abbia a sua disposizione risorse finanziarie sufficienti, distinte dal bilancio generale del professionista, per lo svolgimento dei suoi compiti (art. 6, par. 3). Nella seconda ipotesi, oltre a tali requisiti, la direttiva ritiene sufficiente che le persone incaricate della procedura ADR, assunte o retribuite esclusivamente da un’organizzazione professionale di cui il professionista è membro, abbiano a loro disposizione risorse di bilancio distin-

te e apposite, che siano sufficienti ad assolvere i loro compiti (art. 6, par. 4).

Evidente appare la debolezza di queste misure a garanzia di indipendenza ed imparzialità della procedura ADR ⁽⁶⁹⁾. Studi empirici hanno apertamente dimostrato, infatti, come laddove le persone incaricate di una procedura decisionale siano finanziate da uno dei contendenti, esse siano indotte a risolvere la controversia a favore del finanziatore ⁽⁷⁰⁾.

Non fuga il dubbio di situazioni di conflitto d'interesse neppure la previsione della direttiva – invero contenuta in un mero *considerandum* (n. 22)! – secondo cui gli organismi ADR finanziati dal professionista dovrebbero essere sottoposti ad una valutazione periodica circa la loro indipendenza ⁽⁷¹⁾.

8.2. *Sulla competenza dei soggetti incaricati della procedura ADR e sua equità e legalità: quali garanzie per attuazione, sviluppo e pubblicità del diritto a tutela del consumatore?* – Un ulteriore punto debole dello 'schema ADR' disegnato dalla direttiva si rinviene con

⁽⁶⁹⁾ Lo sottolineano con forza, tra gli altri, G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 174-5, 179; C. MELLER-HANNICH, A. HÖLAN e E. KRAUSBECK, «ADR» und «ODR»: Kreationen der europäischen Rechtspolitik. Eine kritische Würdigung, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2014, 8 ss.; nonché F. WEBER, *Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes? – An Assessment of the Incentivizing Effects of the ADR Directive*, in *Journal of Consumer Policy*, 2015, 265 ss., 273 e 274; G. GIOIA, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, cit., 501 ss.

⁽⁷⁰⁾ Ci si riferisce agli studi condotti Oltreoceano in materia di arbitrati su cause consumeristiche finanziati dal professionista, CFPD, *Arbitration study – Report to Congress, pursuant to Dodd–Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act § 1028(a)*, Iowa City: Consumer Financial Protection Bureau, 2015; C.R. DRAHOZAL, S. ZYONTZ, *Empirical Study of AAA Consumer Arbitrations Samantha*, in *25 Ohio State Journal on Dispute Resolution* (2010), 843 ss.

⁽⁷¹⁾ Curioso che lo stesso cons. 22 cit. ammetta esplicitamente il pericolo evidenziato nel testo, asserendo, pur in punta di penna, che «le procedure dinanzi a organismi di risoluzione delle controversie in cui le persone fisiche incaricate della risoluzione delle controversie sono alle dipendenze del professionista o ricevono da quest'ultimo, sotto qualunque forma, la loro unica remunerazione rischiano di essere esposte a un conflitto di interessi».

riguardo al profilo della competenza che le persone incaricate della procedura ADR dovrebbero vantare. Le criticità emergono qui in relazione ad altre due condizioni di qualità imposte dalla direttiva: equità e legalità della procedura ADR.

La direttiva richiede, infatti, che la persona incaricata della procedura non solo abbia le conoscenze e abilità richieste per operare nel settore della risoluzione alternativa delle controversie, ma anche una *comprensione generale del diritto* (art. 6, par. 1, lett. a)). Tale requisito si lega a quelli di equità e legalità della procedura ADR. In punto di equità, si dice, infatti, oltre al resto, che le parti coinvolte nella procedura debbono ricevere comunicazione dei motivi sui quali l'esito della procedura è fondato (art. 9, par. 1, lett. c)). In punto di legalità, si stabilisce che ove la procedura ADR si concluda con una soluzione imposta, questa non deve privare il consumatore della protezione garantitagli dalle norme inderogabili previste a sua tutela nello Stato di sua residenza abituale (art. 11).

Ora, ci si chiede come possano rispettarsi queste previsioni di equità e legalità ove la persona incaricata della procedura abbia (soltanto!) una generale comprensione del diritto.

Per un verso, infatti, la direttiva lascia intendere che tale persona possa anche non essere un giurista – ed infatti, in sede di implementazione, la più parte degli Stati membri si è orientata per tale opzione, pur a seguito, come ad esempio in Germania, di un acceso dibattito ⁽⁷²⁾. Se così è (ed è stato), vi è però da dubitare dell'effettiva ap-

⁽⁷²⁾ Ne dà conto P. ROTI, *Consumer ADR in Germany*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2018, 121 ss., che segnala come una delle questioni più controverse nell'attuazione della direttiva ADR per i consumatori, poi tradotta nel *Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG)* del 19 febbraio 2016, in BGBl. I, 254, 1039 e modificato dalla legge del 25 giugno 2020, BGBl. I, 1474, sia stata proprio quella relativa alla necessaria qualifica professionale della persona incaricata della procedura ADR (il c.d. *Streitmittler*). Se molti studiosi avevano sostenuto la necessaria qualifica dello *Streitmittler* quale giurista a tutti gli effetti (v. J. KOTZUR, *Der Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten – Fortschritt oder Rückschritt*, in *Verbraucher und Recht*, 2015, 243 ss., prec. 245-7; K. TONNER, *Der RegE des VSBG aus verbraucherrechtlicher und -politischer Sicht*, in *Zeitschrift für Konflikt-*

plicazione del diritto inderogabile a protezione del consumatore in seno alla procedura ADR. Ci si chiede, infatti, se si possa ragionevolmente immaginare che un non giurista conosca quel diritto e ne possa perciò garantire l'osservanza ⁽⁷³⁾. Per altro e contiguo verso, anche ad ipotizzare che la persona incaricata della procedura ADR sia un giurista, non sembra doversi dare per scontato che costui riesca ad assicurare il rispetto del diritto a tutela del consumatore ⁽⁷⁴⁾. Il dubbio sorge per diverse ragioni. Un'ipotesi casuistica aiuterà a delinearle.

Si immagini il caso in cui un consumatore, residente abitualmente in uno Stato membro diverso da quello del professionista, lamenti l'inadempimento da parte di quest'ultimo dell'obbligazione nascente da contratto di vendita di un bene stipulato tra i due. In tale controversia transfrontaliera la legge applicabile alla causa deve essere individuata ai sensi dell'art. 6 del c.d. regolamento Roma I in materia di legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (richiamato, non a caso, dall'art. 11, par. 1, lett. b), dir. ADR). Ebbene, pare lecito dubitare che la persona incaricata della procedura, anche ove giurista, riesca sempre ad individuare con prontezza tale *lex causae*: la sua determinazione, infatti, richiede dimestichezza con il diritto internazionale privato dell'U.E., competenza non necessariamente

Management, 2015, 132 ss. ; M. TAMM, *Das VSBG – Ein mutiger Schritt in die Zukunft der Verbraucherstreitbeilegung? Zur Kritik des VSBG aus verbraucherpölitischer Sicht*, in T. BRONNEKE, P. ROTT, M. TAMM E K. TONNER (hrsg. von), *VuR Sonderheft zur Einföhrung des VSBG*, 2016, 51 ss., prec. 56), il legislatore decise infine diversamente: v. § 6, cpv. 2 VSBG. Lo *Streitmittler* può così essere un giurista a tutti gli effetti o un mediatore accreditato ai sensi della *Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung – ZMediatAusbV)*.

⁽⁷³⁾ Fortemente critici (ed invero ironici) sul punto M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, in *European Review of Private Law*, 2016, 61 ss.; G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 177.

⁽⁷⁴⁾ Lo mette in luce, con realismo, M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 73.

vantata da qualsiasi giurista ⁽⁷⁵⁾. In suo soccorso, peraltro, non potrebbero nemmeno venire avvocati o consulenti delle parti in conflitto, dal momento che, come detto, la direttiva non obbliga queste ultime a partecipare alla procedura ADR avvalendosi di assistenza o rappresentanza legale.

Anche nel caso in cui, comunque, l'incaricato della procedura ADR riesca correttamente ad individuare la legge sostanziale applicabile alla controversia transfrontaliera, un ulteriore problema si pone: quello relativo al rispetto delle norme inderogabili a tutela del consumatore. È cosa nota, infatti, come nello spazio giuridico euro-unitario il diritto a protezione dei consumatori sia costituito da un coacervo di direttive di ostica applicazione, tanto più difficile da dipanare perché intrecciate con il diritto interno dei singoli Stati membri ⁽⁷⁶⁾. Lo dimostra la corposa giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E. formatasi sull'interpretazione di quelle direttive e sul loro rapporto con i diritti nazionali ⁽⁷⁷⁾. Se così è, ci si chiede se sia realistico supporre che la persona incaricata della procedura ADR – ancorché giurista – sia capace di muoversi con dimestichez-

⁽⁷⁵⁾ Solleva di nuovo il fondato dubbio ID., *op. ult. cit.*, 74.

⁽⁷⁶⁾ Lo rimarca G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 178, che trova per questo sorprendente che il legislatore euro-unitario, consapevole, da un lato, del compito, affidatogli dai Trattati, di assicurare un alto livello di protezione ai consumatori, dall'altro, della complessità del diritto europeo del consumo, abbia deciso di affidarne l'attuazione ad organismi ADR, quali disegnati dalla direttiva ADR per i consumatori. Sulla stessa linea H. SCHULTE-NÖLKE, *The Brave New World of EU Consumer Law. Without Consumers, or even without Law?*, in *European Review of Consumer and Market Law*, 2015, 135 ss., prec. 137.

⁽⁷⁷⁾ Così M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 75, che sottolinea peraltro come le incertezze generate dal diritto europeo del consumo e dalla sua interazione con le legislazioni nazionali persistano anche molti anni dopo l'adozione della normativa sovranazionale: si pensi, a solo titolo di esempio, a quanto accaduto con la direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, o la direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 maggio 1999, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo.

za in un contesto normativo tanto complesso. Pare ragionevole dubitarne, e due semplici osservazioni varranno a rafforzare tale scetticismo.

Per un verso, è bene ricordare come la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'U.E. abbia più volte evidenziato che, ai fini dell'effettiva applicazione del diritto a tutela dei consumatori, il giudice debba verificare, anche *ex officio*, se, nel caso concreto sottoposto alla sua attenzione, le disposizioni imposte dal diritto europeo siano state rispettate dal professionista ⁽⁷⁸⁾. Ebbene, non sembra che la persona incaricata di gestire la procedura ADR sia nelle condizioni di realizzare tale verifica, né abbia il potere *ex officio* per farlo – e infatti la direttiva non si esprime a riguardo ⁽⁷⁹⁾.

Per altro verso, ben potrebbe accadere che nel tentativo di dare applicazione al diritto dell'U.E. a tutela del consumatore, sorgano dubbi sulla sua interpretazione. Come garantire, in tali casi, un'interpretazione uniforme del diritto euro-unitario? La direttiva

⁽⁷⁸⁾ Nota è la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea che riconosce l'obbligo delle corti nazionali di dare esecuzione *ex officio* alle disposizioni contenute nella citata direttiva 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori: per tutte, v. Corte di Giustizia UE, 26 ottobre 2006, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL.*, causa C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675; Id., 6 ottobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, causa C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615. Consapevole della posizione di debolezza del consumatore nella contrattazione con il professionista, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha anche affermato il potere di dare esecuzione *ex officio* ai diritti del consumatore, ad esempio, nei contratti di credito: v. Corte di Giustizia UE, 4 ottobre 2007, *Max Rampion e Marie-Jeanne Godard Rampion c. Franfinance SA e K par K SAS*, causa C-429/05, ECLI:EU:C:2007:575 e da ultimo confronta anche Id., 11 maggio 2020, *Györgyné Lintner c. UniCredit Bank Hungary Zrt*, causa C- 511/17, ECLI:EU:C:2020:188; come nei contratti di vendita e garanzia di beni di consumo: v. Id., 4 giugno 2015, *Froukje Faber c. Autobedrijf Hazet Ochten BV*, causa C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357.

⁽⁷⁹⁾ Lo osservano M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the Detriment of Consumer Law*, cit., 75; F. WEBER, *Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes?*, cit., 280; J. LUZAK, *The ADR Directive: Designed to Fail? A Hole-Ridden Stairway to Consumer Justice*, in *European Review of Private Law*, 2016, 81 ss., 97 ss.

ADR tace sul punto. Si potrebbe ipotizzare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'U.E. ai sensi dell'art. 267 TFUE, ma a seguire la giurisprudenza di quella stessa Corte in punto di legittimazione alla presentazione del rinvio, pare doversi escludere che essa sia da riconoscersi in capo alla persona incaricata della procedura ADR ⁽⁸⁰⁾.

Da questo pur limitato affresco sorge quindi forte il dubbio che la direttiva ADR non riesca ad assicurare l'attuazione del diritto (quanto meno inderogabile) a protezione del consumatore, come nemmeno a garantirne lo sviluppo coerente ed uniforme. Gli organismi ADR non possono contare, infatti, né sui poteri ufficiosi riconosciuti alle corti né sulla possibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'U.E.

Il quadro diventa peraltro ancor meno confortante allorché si tengano presenti altri due aspetti.

Il primo. Come ricordato in esordio, la direttiva contempla, oltre a due procedure ADR più spiccatamente valutativo-decisorie, una procedura c.d. facilitativa, che vede la persona incaricata della procedura riunire consumatore e professionista al fine di agevolare la soluzione amichevole della controversia (si pensi al caso della mediazione facilitativa). Si deve immaginare che in procedure di questo tipo il diritto a tutela del consumatore non trovi affatto applicazione? ⁽⁸¹⁾.

⁽⁸⁰⁾ Il riferimento è qui alla giurisprudenza euro-comunitaria che esclude la legittimazione alla proposizione del rinvio pregiudiziale, oggi, ai sensi dell'art. 267 TFUE in capo ai tribunali arbitrali: Corte di Giustizia CE, 23 marzo 1982, «*Nordsee*» *Deutsche Hochseefischerei GmbH c. Nordstern AG & co.* et al., causa 102/81, ECLI:EU:C:1982:107, punto 10; Id., 27 gennaio 2005, *Denuit et al. c. Transorient-Mosaique Voyages et Culture SA*, causa C-125/04, ECLI:EU:C:2005:69, punto 13; Id., 10 dicembre 2009, *Umweltanwalt von Karnten/Karntner Landesregierung*, causa C-205/08, ECLI:EU:C:2009:767. Ora, lecito è dubitare che gli organismi ADR di cui alla direttiva ADR, lontani dalle caratteristiche proprie del tradizionale arbitrato, possano vedersi riconosciuti quella legittimazione, negata invece agli arbitri.

⁽⁸¹⁾ È il quesito che formula, con preoccupazione, G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 180, a sviluppo pe-

Il secondo aspetto. Gli esiti delle procedure ADR previsti dalla direttiva sono di regola coperti da segretezza. Non si può negare che sia, questo, un elemento che mina lo sviluppo del diritto a tutela del consumatore, e, a ben vedere, anche la sua effettiva attuazione. È vero, infatti, che la direttiva impone agli organismi ADR di fornire ogni due anni alla competente Autorità nazionale una serie di informazioni sul contenzioso gestito (v. art. 19, par. 3, che richiede agli organismi ADR di comunicare numero e tipo di controversie ricevute; la quota percentuale delle procedure ADR interrotte prima di raggiungere un risultato; la percentuale di rispetto, se nota, degli esiti delle procedure ADR; eventuali problematiche sistematiche o significative che si sono verificate di frequente e che causano controversie tra consumatori e professionisti, cui dovrebbero accompagnarsi raccomandazioni su come evitare tali problematiche nel futuro). Pur tuttavia, questi dati non possono considerarsi sufficienti né a fungere da deterrente per i professionisti che tengano o stiano per tenere condotte illecite verso il consumatore; né a consentire un reale sviluppo del diritto⁽⁸²⁾. Cosa che, invece, è assicura-

raltro di quanto già osservato in ID., *Die Richtlinie über Alternative Streitbeilegung – Law Enforcement statt mediativer Konfliktlösung*, in *Zeitschrift für Konfliktmanagement*, 2013, 104 ss.

⁽⁸²⁾ Lo denunciano G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 181; F. WEBER, *Is ADR the Superior Mechanism for Consumer Contractual Disputes?*, cit., 282; J. LUZAK, *The ADR Directive: Designed to Fail?*, cit., 89-90, che sottolinea, peraltro, il rischio di mancato adempimento da parte del professionista dell'esito (condiviso o imposto) della controversia risolta in ADR, essendo a riguardo le disposizioni della direttiva ADR del tutto lacunose. Secondo l'a., la divulgazione, se note, delle percentuali del rispetto degli esiti della procedura, richiesta dall'art. 19, par. 9, dir. cit., infatti, poco può quale incentivo all'adempimento del professionista. Meglio avrebbe fatto il legislatore euro-unitario a prevedere, invece, l'obbligo per gli organismi ADR di pubblicare le loro decisioni in apposito portale in rete (ove si tratti di procedura ADR di tipo aggiudicativo) oppure la lista dei professionisti che *non* abbiano osservato l'esito della procedura. Come si evidenzierà nel prosieguo, gli effetti della c.d. *'name and shame' practice*, ossia di rendere pubblici i nomi degli inadempienti, incidendo sulla loro reputazione commerciale, può costituire, infatti, un efficace deterrente: v. A riguardo P. CORTÉS, A.R. LODDER, *Consumer Dispute Resolution Goes Online*:

ta dalla pubblicità della sentenza pronunciata nel processo davanti al giudice statale ⁽⁸³⁾.

8.3. Sulla volontarietà delle procedure ADR. Il problema dell'effettiva partecipazione del professionista. – Se sin qui si è detto delle criticità dello schema disegnato dalla direttiva con riguardo a indipendenza, imparzialità, competenza, equità e legalità di organismi e procedure ADR, v'è da dire che esso presta il fianco a perplessità anche in merito al profilo della libertà che caratterizza l'adesione a tali procedure.

La direttiva, infatti, ne fonda lo svolgimento sul principio di volontarietà dal lato sia del consumatore che del professionista. In al-

Reflections on the Evolution of European Law for Out-of-Court Redress, in *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, 30 ss.; A. FEJOS, C. WIL-LETT, *Consumer Access to Justice: The Limits of the ADR Directive and the Potential at Member State Level*, in *European Review of Private Law*, 2016, 33 ss.

⁽⁸³⁾ Offre una penetrante comparazione tra costi/benefici della via stragiudiziale e del ricorso al giudice nella soluzione del contenzioso consumeristico includendovi i vantaggi per la società intera assicurati nel processo dall'attuazione vera del diritto (*strict enforcement*) rispetto a quella blanda e dimidiata (*under-enforcement*) offerta spesso dai metodi stragiudiziali, G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 181. Il profilo è noto, e trova espressione nella sempre attuale critica formulata, con appassionato vigore, da O.M. FISS, *Against Settlement*, in *93 Yale L. Journal* (1983-4), 1073 ss., prec. 1085, che avverte sulla facile quanto erronea equazione tra 'giustizia' e 'pace', che vorrebbe l'accordo stragiudiziale tra i litiganti quale perfetto sostituto della sentenza pronunciata dal giudice. Sarebbe, questa, invero, secondo l'a., una mera «trivializzazione» della dimensione rimediale del processo, e cioè una *deminutio* della sua funzione sociale a solo strumento di soluzione della lite privata tra parti (e qui forte, pur nella distanza dei contesti giuridici, è l'assonanza con le considerazioni sulla *Sozialfunktion des Prozesses* ben espresse in F. KLEIN, *Pro Futuro. Betrachtungen über Probleme der Civilprocessreform in Oesterreich*, Leipzig, 1891) Il processo è invece da riconoscersi quale sede di applicazione della legge, e così quale mezzo, con la sua pubblicità di svolgimento ed esito, per riaffermare alla società i valori espressi dalla norma applicata e consentirne l'ulteriore sviluppo. Prende in considerazione tale prospettiva, da un punto di vista dell'analisi economica del diritto, anche S. SHAVELL, *Foundations of Economic Analysis of Law*, I ed., Harvard, 2004, 414 ss.

tri termini, consumatore e professionista sono di regola liberi di partecipare o meno alla procedura e non sono vincolati al suo esito (art. 9, par. 2, lett. a); art. 10). L'obbligatorietà di partecipazione alla procedura ADR e il vincolo al suo esito in capo al (solo) professionista possono imporsi *ex lege* soltanto se il singolo Stato membro così disponga in sede di implementazione della direttiva.

Ora, è dato riscontrare come tale volontarietà di adesione da parte del professionista comprometta fortemente l'effettività dello 'schema ADR' fissato dalla direttiva. Molte sono, infatti, le ragioni per cui il professionista, se libero di aderire alla procedura ADR, preferirà non parteciparvi. In primo luogo, essendo tale procedura gratuita per il consumatore o comunque per lui percorribile dietro pagamento di una somma meramente nominale, chiaro è che, ove non sia lo Stato membro a finanziare l'organismo ADR, il costo della procedura viene posto a carico del professionista. Per non sopportare tale esborso, il professionista non aderirà alla procedura. Non solo. Egli non avrà interesse a partecipare alla procedura ADR anche per un altro, pragmatico motivo. Perché dovrebbe egli aderire ad una procedura destinata a risolvere rapidamente la controversia con il consumatore, sapendo di poter, invece, evitare di soddisfare il cliente esternalizzando in questo modo su costui i costi della sua condotta illecita? Se così è, più conveniente per il professionista sarà attendere di essere eventualmente convenuto in giudizio dal consumatore insoddisfatto – cosa che peraltro, con alta probabilità, non accadrà, vista la frequente sproporzione tra valore della controversia e costi del processo che disincentiva il consumatore al ricorso alla via giurisdizionale ⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸⁴⁾ Il punto è provato, con un'attenta ed efficace 'proiezione' dell'assunto su un caso di scuola a carattere transfrontaliero tra consumatore e professionista, da G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 184 ss., prec. 186-8, che dimostra l'inefficacia del paradigma ADR disegnato dalla direttiva ADR per i consumatori nel garantire l'attuazione del diritto del consumo e così la concorrenza leale, in ragione di quanto indicato nel testo. Sulla debolezza della volontarietà della partecipazione del professionista alla procedura v. anche M.B.M. LOOS, *Enforcing Consumer Rights through ADR at the*

9. *Le perplessità sollevate dal «dialogo diretto» (direct talk) tra consumatore e professionista introdotto dalla modifica alla piattaforma ODR.* – I dubbi sull’effettività del c.d. pacchetto ADR-ODR nella realizzazione di una giustizia «co-esistenziale» in materia di consumo non si fanno meno fitti allorché si muova ad esaminare lo schema disegnato dal regolamento ODR e dalla piattaforma cui questo ha dato luogo.

Se perplessità sulla sua efficacia emergevano già nella citata relazione della Commissione UE del 2019, non pare che le più recenti modifiche apportate alla piattaforma ODR siano tali da fugare quei dubbi. Anzi.

Si è detto che, riscontrata la pressoché irrisoria adesione dei professionisti alle richieste di partecipazione a procedure ADR inoltrate loro dai consumatori mediante la piattaforma ODR, la Commissione UE ha (ben!) pensato di ‘istituzionalizzare’ quanto riscontrato dalle indagini statistiche. Avendo cioè rilevato che al silenzio o rifiuto del professionista di aderire alla procedura ADR richiesta dal consumatore via piattaforma seguiva il contatto diretto di quest’ultimo da parte del primo, la Commissione ha deciso di puntare su tale meccanismo. Come visto, infatti, essa ha arricchito la piattaforma ODR di una nuova possibilità: ove il consumatore contatti per suo tramite il professionista, e costui non accetti la procedura ADR bensì un c.d. dialogo diretto, la piattaforma ODR offre oggi lo spazio per tale negoziato. In questo, consumatore e profes-

Detriment of Consumer Law, cit., 78. Confermano all’atto pratico tali supposizioni i dati dell’ultima rilevazione statistica, svolta su impulso della Commissione UE, e datata 17 dicembre 2020, in merito al funzionamento della piattaforma ODR nell’anno 2019 (consultabile all’indirizzo: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/odr_report_2020_clean_final.pdf> (10 maggio 2021)). Tale *report* attesta, infatti, che l’83% dei reclami formalmente presentati dal consumatore per il tramite della piattaforma ODR si chiudono automaticamente, senza nulla di fatto, per il silenzio del professionista nei 30 giorni previsti dall’art. 19, par. 8, reg. ODR per rispondere alla richiesta del consumatore; l’11% per rifiuto del professionista ad aderire alla procedura ADR; il 4% per ritiro dalla procedura di entrambe le parti. Solo il 2% si chiude con un accordo raggiunto per il tramite di una procedura ADR.

sionista si confrontano senza alcun coinvolgimento di un organismo ADR.

Ebbene, dei contenuti di questi negoziati diretti non è dato sapere, essendo essi, come ovvio, riservati ⁽⁸⁵⁾. Pare lecito tuttavia dubitare che in essi trovino sempre pieno rispetto i diritti garantiti al consumatore dall'U.E. Non è infrequente, infatti, nel consumatore l'ignoranza dei suoi diritti – condizione, questa, che chiaramente segna una sperequazione di poteri tra le parti in negoziato ed accresce la probabilità che esso si svolga in modo sbilanciato, senza il dovuto riferimento a diritti del consumatore.

È certo vero che la piattaforma ODR è stata nel tempo ridisegnata sì da offrire a costui, nel modo più esteso e semplice possibile, le informazioni di rilievo in merito ai suoi diritti. Ciò nonostante permane il dubbio sull'effettiva capacità del consumatore di muoversi al meglio in un negoziato su contenzioso che, pur di modesta entità, presenta le insidie tipiche di una lite transfrontaliera e che è segnato da un'innegabile sbilanciamento di potere economico e conoscitivo tra i contendenti. Fanno senza dubbio del loro meglio a sostegno del consumatore i c.dd. sportelli nazionali ODR e i Centri europei per i consumatori, ma è questo sufficiente a garantire quell'«alto livello di protezione del consumatore» che i Trattati dell'U.E. richiedono?

10. *ADR-ODR e alta protezione dei diritti del consumatore: un binomio difficile. Quali le sfide future?* – Dall'indagine del c.d. pacchetto ADR-ODR svolta in queste pagine emerge con evidenza quale insidie nasconda la volontà di combinare, in unico binomio,

⁽⁸⁵⁾ Tale segretezza è in linea con quanto disposto dall'art. 19, par. 3, dir. ADR per i consumatori in materia di procedure ADR, di cui si è discusso nelle pagine a precedere. Noti sono solo i dati offerti dal citato *report* del 17 dicembre 2020, in merito al funzionamento della piattaforma ODR nell'anno 2019, secondo cui il 20% dei consumatori intervistati ha dichiarato che la loro lite è stata conclusa anche per il tramite del «dialogo diretto» con il professionista – dentro o fuori la piattaforma – e il 18% che tale trattativa stava continuando.

meccanismi di soluzione alternativa, *off-* o *online*, del contenzioso consumeristico, da un lato, e alta protezione dei consumatori, dall'altro. Tale paradigma vede, infatti, confluire in sé due elementi la cui coesistenza è destinata a fallire. Conferma di questa 'convivenza impossibile' si rinviene ad un attento esame del contenzioso tra consumatore e professionista.

Ebbene, innegabile è che, abbracciata dall'Unione europea la scelta – politica – di garantire elevata protezione al consumatore, i diritti a costui riconosciuti siano in grado di trovare, a rigore, piena attuazione (solo) nel processo avanti ai giudici statali. È, questa, infatti, a ben vedere, l'unica sede in cui il diritto europeo del consumo può trovare vera applicazione, possibile sviluppo e concreta esecuzione, grazie allo svolgersi di un *iter* giurisdizionale segnato da garanzie processuali, condotto da chi ha il potere-dovere di *jus dicere* e destinato a chiudersi con una decisione che, se di condanna, costituisce titolo per l'avvio di un'esecuzione forzata. Un'esecuzione del diritto del consumo, quella offerta dalla via giurisdizionale, che porta con sé anche la realizzazione di un Mercato Unico fondato sulla concorrenza leale tra imprese. Il professionista, condannato nel processo per la sua condotta in violazione del diritto euro-unitario a tutela del consumatore, infatti, verrà in questo modo punito e, in ragione di tale sanzione, sarà indirettamente inibito dall'intraprendere nel futuro la medesima attività illecita. Nel porvi fine, egli cesserà così di esternalizzare i costi di tale condotta sul consumatore e, con ciò, di avvantaggiarsi di una concorrenza sleale nel mercato interno ⁽⁸⁶⁾.

Ciò detto, non si può però al contempo negare, con altrettanta evidenza, che il processo tradizionale avanti al giudice statale – a due parti e dai costi e tempi sproporzionati rispetto al valore modesto della causa – mal si presti ad accogliere il contenzioso tra consumatore e professionista. Per questo esso rimane nella più parte dei casi inesperto, lasciando senza risposta, da un lato, l'insod-

⁽⁸⁶⁾ Rappresenta con vigorosa incisività tali posizioni, per tutti, G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 165 ss.

disfazione del consumatore che lamenti l'inadempimento del professionista, dall'altro, il persistere di una concorrenza sleale alimentata dalla condotta illecita non sanzionata del professionista ⁽⁸⁷⁾.

Ora, è in un contesto siffatto – dai contorni problematici risaputi – che si inserisce il c.d. pacchetto ADR-ODR per i consumatori, la cui adozione induce, a conclusione dell'analisi raccolta in queste pagine, a due distinte riflessioni: una, sulla situazione esistente, l'altra, sulle prospettive future.

Quanto alla prima, manifesto è il fatto che con il suddetto pacchetto il legislatore euro-unitario abbia compiuto *de facto* una scelta. Tra alta protezione del diritto del consumo e mero contenimento dei timori dei consumatori sul buon esito dei loro acquisti nel Mercato Unico, egli ha chiaramente preferito quest'ultimo. Al conseguimento di tale, ben più modesto, obiettivo si limitano, infatti, i rimedi alternativi al processo profilati da direttiva ADR e regolamento ODR per i consumatori. Lungi dal garantire ciò che può assicurare la giurisdizione statale, i suddetti sistemi ADR e ODR si rivelano, infatti, meccanismi pensati (soltanto e principalmente) per generare nel consumatore un certo qual affidamento negli acquisti compiuti, in rete o fuori, in seno al mercato interno. Un affidamento indotto dalla percezione, quando egli acquista, che se a contratto concluso la prestazione del professionista mancherà o non risponderà ai termini pattuiti, un qualche 'rimedio' per il consumatore vi

⁽⁸⁷⁾ È, questa, conseguenza del noto fenomeno di c.d. apatia razionale del consumatore. Se il concetto di apatia razionale trova origine in seno alle teorizzazioni sull'esercizio del diritto di voto e all'analisi delle ragioni della scelta dell'individuo di non votare (v. A. DOWNS, *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957), esso trova trasposizione nell'ambito degli studi di analisi economica del diritto e, in particolare, in quelli sul *private law enforcement* di W.M. LANDES, R.A. POSNER, *The Private Enforcement of Law*, in *4 Journal of Legal Studies* (1975), 1 ss., prec. 33 ss., che spiegano la decisione razionale del consumatore di rimanere indifferente rispetto al danno subito in quanto il perseguimento del suo ristoro per le vie legali sarebbe per lui economicamente meno vantaggioso dell'inerzia.

sarà – *i.e.* potrà ricorrere ad uno strumento ADR od accedere alla piattaforma ODR ⁽⁸⁸⁾.

Se così è, e l'indagine svolta lo dimostra, v'è da chiedersi se e come sia possibile elevare quel 'mero contenimento' del timore dei consumatori, nell'acquisto transfrontaliero, a vera e piena fiducia nel Mercato Unico, grazie alla garanzia di un'attuazione rigorosa del diritto europeo del consumo e di una concorrenza leale tra professionisti.

Ebbene, due paiono, a chi scrive, le vie percorribili verso questo auspicabile traguardo, vie che dovrebbero perciò segnare l'orizzonte futuro del contenzioso consumeristico nell'Unione europea.

La prima dovrebbe condurre all'elaborazione di strumenti *processuali* realmente in grado di assicurare, in caso di controversie tra consumatore e professionista, attuazione, sviluppo ed esecuzione del diritto europeo del consumo. Tali strumenti sono invero noti e, a ben vedere, già a suo tempo additati da chi mise in luce quelle peculiarità delle liti consumeristiche tali da renderle inadeguate al tradizionale contenitore processuale. Ci si riferisce qui, per un verso, ai procedimenti giurisdizionali semplificati destinati ad accogliere la soluzione di controversie di modesta entità (*small claim procedures*); per l'altro, ad efficaci azioni di classe latamente intese (*class* o

⁽⁸⁸⁾ Lo sottolinea con forza A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico. Profili civilistici delle ODR*, Napoli, 2016, 46 ss., che, con lucidità, nota come l'attesa del sistemi ADR e ODR per i consumatori non sia tanto quella di «realizzare una giustizia alternativa, quanto quella di contenere i timori (del consumatore) sul buon esito delle operazioni commerciali», e cioè di «creare la suggestione di un mercato sicuro, nel quale la tutela dei diritti è promessa mantenuta». In altri termini, ADR e ODR per i consumatori, per come configurate e in ragione del contesto in cui si inseriscono, sarebbero predisposte dal legislatore euro-unitario soltanto per mostrare che vi sono strumenti diretti a rimuovere il pregiudizio: «la sola conoscenza dell'esistenza degli stessi consentirebbe, circolarmente, di raggiungere l'obiettivo, prioritario, di accrescere la fiducia degli utenti», e con questo il funzionamento e lo sviluppo del mercato interno. In questo senso anche T. SCHUTZ, *Online Arbitration: Binding or Non-Binding?*, in *ADR Monthly*, 2003, e P. CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, London-New York, 2011, 64.

group actions), capaci di catalizzare contro il professionista una ‘classe’ numerosa di consumatori, sì da riequilibrare sul piano processuale quella sperequazione sul piano sostanziale tra il primo e i secondi ⁽⁸⁹⁾.

Il primo strumento è stato invero introdotto con il regolamento CE n. 861/2007, che istituisce il procedimento europeo per controversie di modesta entità: ha, tuttavia, riscontrato all’atto pratico ben poco successo ⁽⁹⁰⁾. Benché pensato dal legislatore per delineare una procedura uniforme nello spazio giudiziario euro-unitario per cause di ridotto valore economico ⁽⁹¹⁾, esso ha patito di fatto una forte ‘nazionalizzazione’, in ragione dei non pochi rinvii alla *lex fori* che il regolamento prevede, con la conseguenza di risultare inefficace e pertanto poco utilizzato per risolvere il contenzioso consumeristico, come invero qualsiasi altra causa civile e commerciale bagatellare ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁹⁾ Il riferimento è qui, ancora, chiaramente, a M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 288; nonché M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, cit. 209 ss.

⁽⁹⁰⁾ Trattatasi del regolamento CE n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 199 del 31 luglio 2007, 1 ss., successivamente emendato dal regolamento UE 2015/2421 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2015, recante modifica del regolamento CE n. 861/2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, e del regolamento CE n. 1896/2006, che istituisce un procedimento europeo d’ingiunzione di pagamento, pubblicato in *Gazz. uff. UE*, L 341 del 24 dicembre 2015, 1 ss.

⁽⁹¹⁾ Per una recente panoramica su obiettivi e intervenuti emendamenti della procedura europea per liti di modesto valore v. da ultimo S. HUBER, *The Reform of the European Small Claims Procedure: Foreign Body or Puzzle Piece within the System of European Civil Procedure?*, in J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *The European State of Art and Future Perspectives*, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2020, 87 ss.

⁽⁹²⁾ Sottolinea le deficienze della procedura anche dopo la sua riforma del 2015, non da ultimo per le incongruenze della sua disciplina rispetto a quella accordata ad altri strumenti del diritto processuale civile europeo (quali, ad esempio, l’ordine

Il secondo meccanismo processuale – l’azione di classe – inizialmente corteggiato ma nei fatti ‘emarginato’ a livello europeo, poi percorso con maggior decisione dai singoli Stati membri ⁽⁹³⁾, è tornato solo di recente all’attenzione dell’U.E., che, a seguito di noti casi di violazioni di massa del diritto del consumo, ha dato nuovo impulso alla configurazione di un’azione di classe, *melius* rappresentativa degli interessi collettivi dei consumatori, proprio con il summenzionato *New Deal* per i consumatori del 2018 ⁽⁹⁴⁾. Pur sfo-

di ingiunzione di pagamento europea), sempre ID., *op ult. cit.*, 98 ss. Per uno studio empirico sull’applicazione (deludente) di tale strumento nei vari Stati membri (in particolare, Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Olanda, Spagna), v. J. VON HEIN, T. KRUGER (eds.), *The European State of Art and Future Perspectives*, cit., 163 ss.

⁽⁹³⁾ Ripercorre efficacemente il lungo cammino dell’Unione europea verso la confezione di un’azione di classe, G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI e V. VARANO (a cura di), *Azione di classe: la riforma italiana e le prospettive europee*, Torino, 2020, 237 ss., prec. 245 ss., che tratteggia i primi passi delle istituzioni comunitarie nel settore dei meccanismi per gestire il contenzioso di massa conclusisi con l’adozione nel 2013 di una comunicazione ed una raccomandazione da parte della Commissione UE in materia di rimedi collettivi per i consumatori. Come l’a. ben evidenzia, la raccomandazione della Commissione dell’11 giugno 2013, relativa a principi comuni per i meccanismi di ricorso collettivo di natura inibitoria e risarcitoria negli Stati membri che riguardano violazioni di diritti conferiti dalle norme dell’Unione, nasce invero già vecchia, ponendosi in una posizione superata nei fatti dagli Stati membri, al punto che nessuno di essi la adottò: così C. HODGES, *Collective Redress: The Need for New Technologies*, in *Journal of Consumer Policy*, 2019, 42, 59 ss., prec. 62. Veri laboratori giuridici in Europa dell’azione di classe latamente intesa, infatti, erano frattanto diventati i singoli sistemi nazionali: ne ripercorre le sperimentazioni, esaltando in particolar modo, il modello dei Paesi Bassi, ancora G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, cit., 247 ss.; motivi di apprezzamento raccoglie anche il modello inglese, su cui v. A. DE LUCA, *La via inglese alla tutela degli interessi collettivi*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI e V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 197 ss.; meno invece la soluzione francese, puntualmente descritta da C. SILVESTRI, *La tutela collettiva in Europa: la action de group francese*, *ivi*, 217 ss.

⁽⁹⁴⁾ Nell’Unione europea riaccese il dibattito, da anni sopito, sull’azione di classe, latamente intesa, il risaputo *affaire Volkswagen* relativo alla manipolazione delle emissioni di auto da essa prodotte, contenzioso che rischiava di non trovare adeguata risposta a causa dell’assenza nel continente europeo di un rimedio appro-

ciato da ultimo nell'adozione della direttiva UE 2020/1828 del 25 novembre 2020, che impone agli Stati membri di dotarsi di azioni rappresentative inibitorie e risarcitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori ⁽⁹⁵⁾, è dato riscontrare come tale azione reclami ancor'oggi scelte coraggiose, da cui dipende il vero successo dell'istituto. Un successo che potrà guadagnarsi soltanto allorché dette azioni, anche per mezzo dei singoli sistemi nazionali, non costituiscano più soltanto un modello «per sottrazione» rispetto a quello, incomparabile ma di certo iconico ⁽⁹⁶⁾, dell'azione di classe

priato alla sua gestione e soluzione – come *de facto* poi è stato e tuttora è: incisivamente, sul punto, in un accurato raffronto tra dimensione d'Oltreoceano e contesto euro-continentale v., per tutti, N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI e V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 171 ss., prec. 175, che sottolinea come il caso *Volkswagen-Clean Diesel* sia stato trattato con efficacia e rapidità nel sistema statunitense grazie al sapiente utilizzo dello strumento della *Multidistrict Litigation* (MDL), meccanismo che in quell'ordinamento ha gradualmente preso piede nella gestione giudiziale delle conseguenze da illeciti di massa (*mass torts*) a fianco e/o in luogo della tradizionale *class action* disciplinata dalla *Federal Rule of Civil Procedure 23*. Nel caso in parola, esso ha consentito di indurre ad accordi transattivi miliardari (con cui la Volkswagen ha offerto di ricomprare o ripagare il veicolo e di versare a titolo di risarcimento tra i 5.000 e i 10.000 dollari di danni ad auto), approvati dal giudice Charles Breyer del *Northern District of California*, cui tale MDL era stata assegnata: v. *In re Volkswagen «Clean Diesel» Marketing, Sales Practice and Products Liability Litigation*, 229 F.Supp. 3d. 1052 (N.D.Cal. 2017). Che la rinnovata attenzione accordata dalla Commissione UE alla tutela collettiva dei consumatori sia stata dovuta allo scandalo del c.d. *Dieselgate* è comprovato dalla stessa comunicazione della citata Commissione UE «*New Deal per i consumatori*» dell'11 aprile 2018, che richiama esplicitamente lo scandalo Volkswagen.

⁽⁹⁵⁾ Trattasi della direttiva UE 2020/1828 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2020 relativa alle azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e che abroga la direttiva 2009/22/CE, pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 409, del 4 dicembre 2020, 1.

⁽⁹⁶⁾ Si esprime in questi termini E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI e V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 67 ss., prec. 78. Sottolinea con incisività come la *class action* statunitense presenti una peculiare fisionomia, capace di garantirne, nel sistema di sua 'creazione', pratica operatività, ma al contempo di segnarne la difficile esportabilità nel continente europeo, N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, cit., 182.

statunitense, bensì sappiano realizzare, in una tensione *construens*, un paradigma nuovo ⁽⁹⁷⁾. Un modello, cioè, che non abbia paura di allontanarsi dall'assunto per cui il processo civile è strumento per la soluzione di una o più cause specificate, inerenti a ben identificati diritti soggettivi sostanziali cui corrispondono altrettante domande giudiziali, ma che apra la strada ad un'azione di classe quale congegno processuale diretto alla gestione di liti caratterizzate da complessità soggettiva ⁽⁹⁸⁾, in cui il *class representative* agisce in giudizio

⁽⁹⁷⁾ Utilizza l'efficace immagine di modello «per sottrazione» rispetto a quello statunitense descrivendo gli esperimenti dell'Unione europea nel settore della tutela collettiva G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, cit., 244 ss., che sottolinea l'insufficienza di dire cosa la tutela collettiva europea «non vuole essere», essendo necessario delineare «in positivo» cosa essa si vuole che sia. L'*iter* che ha condotto all'adozione della citata direttiva UE 2020/1828 cit. fu ancora fortemente segnato da questo approccio «per sottrazione». Il testo finale pare, invece, un compromesso, in cui spicca pur sempre la scelta per un'azione *rappresentativa* a tutela degli interessi collettivi dei consumatori – rendendo palese che di azione di classe non si tratta – dal momento che solo enti esponenziali senza finalità di lucro potranno farsi promotori dell'azione, allorché peraltro presentino ben precisi requisiti (art. 4). Si lascia però agli Stati membri scegliere l'adozione di un sistema *opt-in* o *opt-out* di adesione dei consumatori (cons. 43), sottolineando l'opportunità del primo laddove l'azione rappresentativa sia volta ad ottenere un provvedimento risarcitorio e il consumatore risieda abitualmente in uno Stato membro diverso da quello in cui l'azione è stata intentata (cons. 45). Si ribadisce la necessità di garantire un equilibrio tra migliore accesso dei consumatori alla giustizia e garanzie per i professionisti, al fine di evitare l'abuso del contenzioso che ostacolerebbe la capacità delle imprese di operare nel mercato interno, come l'opportunità di evitare il riconoscimento di risarcimenti a carattere punitivo (cons. 10 e 42). Si ammette il finanziamento da parte di terzi dell'azione, ma dietro controlli severi circa la trasparenza del finanziamento e l'assenza di conflitti di interesse (art. 10). Si ribadisce la regola della soccombenza (art. 12).

⁽⁹⁸⁾ In questo senso, con lucida visione, N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, cit., 194, che indica pertanto nel meccanismo dell'*opt-in* il *vulnus* di qualsiasi azione introdotta nel settore della tutela collettiva. Tale meccanismo, infatti, si fonderebbe sull'idea per cui nell'azione 'di classe' si stia discutendo (ancora) di diritti soggettivi sostanziali facenti capo a soggetti o enti giuridici pre-esistenti, cui corrispondono altrettante domande giudiziali. Cosa che invece non si dà affatto nella *class action* statunitense ai sensi della *Rule 23* delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ponendosi questa quale (mero) *procedural device*, ossia quale strumento processuale che, espressione dell'approccio pragmatico ai proble-

esercitando un diritto della classe senza però proposizione, da parte dei suoi membri, di una domanda giudiziale ⁽⁹⁹⁾. Non solo. Il nuovo paradigma di azione di classe dovrebbe potenziare il ruolo centrale ed imprenditoriale dell'avvocatura – anche e soprattutto mediante la previsione di premialità per l'avvocato della classe che risulti vittoriosa ⁽¹⁰⁰⁾ e di modalità di finanziamento dell'azione ad opera di ter-

mi processuali tipico della tradizione di *common law*, consente di superare le difficoltà legate ad un giudizio dalla numerosa compagine soggettiva. Si potrebbe dire, infatti, – per riprendere la calzante immagine di E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 81 – che nella *class action* statunitense «la posizione *sub judice* non preesiste all'azione ma è un prodotto di questa», dandovi attore e giudice forma, rispettivamente, per il tramite dell'atto introduttivo del giudizio e della certificazione dell'azione come *class action*.

⁽⁹⁹⁾ Così, in uno studio oramai classico in tema di azioni di classe, C. CONSOLO, *Class action fuori dagli USA?*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, I, 628 ss., e, con riguardo all'interpretazione da accordarsi alla prima fase dell'azione di classe introdotta nell'ordinamento italiano dalla l. 16 aprile 2019, n. 31, ID., *L'azione di classe di terza generazione*, in V. BARSOTTI, F. DE DOMINICIS, G. PAILLI e V. VARANO (a cura di), *Azione di classe*, cit., 19 ss., prec. 25, secondo cui detta fase – c.d. di valutazione dell'ammissibilità dell'azione – non avrebbe ad oggetto l'esistenza di un qualche tipo di situazione giuridica sostanziale, ma soltanto una modalità di esercizio delle azioni degli aderenti senza loro domanda, in quanto la domanda è di colui che viene proponendosi come *representative* della classe quale entità da lui rappresentata. Per un lucido affresco sulla nuova azione di classe italiana anche in raffronto alla previgente normativa di cui all'art. 140-*bis* del Codice del consumo v., per tutti, B. ZUFFI, *The Italian Class Actions Reform: a Conservative Revolution*, in *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 2020, 23 ss. Per un commento dettagliato delle singole norme del c.p.c. dedicate all'azione di classe a seguito della citata l. n. 31 del 2019 v. B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Quaderni di Judicium*, Pisa, 2019, *passim*.

⁽¹⁰⁰⁾ Di nuovo a riguardo N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, cit., 185 e 194, che rammenta come gli incentivi economici all'azione di classe – si tratti di *contingent fees* o *punitive damages* – rappresentano un aspetto cruciale per l'effettività dello strumento. In caso contrario, come ben dice A. GIUS-SANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile italiano*, Bologna, 2008, 132, si richiederebbe per il loro funzionamento un «eroismo individuale» che, oltre che improbabile, sarebbe, in ragione della vastità di casi che costellano il contenzioso consumeristico, del tutto inutile. Nella nuova disciplina italiana dell'azione di classe, nella direzione di forme di incentivi premiali volti a stimolare lo spirito imprenditoriale dell'avvocatura verso la proposizione dell'azione si veda quanto pre-

zi ⁽¹⁰¹⁾; l'efficienza degli uffici giudiziari che dell'azione siano investiti ⁽¹⁰²⁾ – che va dall'organizzazione delle cancellerie sino alla composizione dell'organo giudicante ⁽¹⁰³⁾; nonché le modalità di

vede l'art. 840-*novies* c.p.c., che introducendo un sistema più serio di rifusione delle spese, dovrebbe incentivare i grossi studi legali a investire nell'azione di classe, creando un settore legale specializzato: così C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, cit., 28, che però rimarca come tali attrattive economiche sono subito limitate dai tetti al compenso (peraltro dimezzabili), con il che la nuova disposizione non pare sufficiente a persuadere quei grandi studi ad «abbandonare il fianco delle imprese, in cui finora risultano tutti collocati». Per un commento sulla disciplina in merito a spese e sanzioni previste dalla l. n. 31 del 2019 v. G. MAZZAFERRO, *Spese e sanzioni*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, cit., 163 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Lo ricorda E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 70. La direttiva UE 2020/1828 ammette un tale finanziamento a favore dell'ente esponenziale che si fa attore nell'azione rappresentativa risarcitoria a tutela dei consumatori, ed al contempo impone attenti controlli affinché siano evitati conflitti di interessi (art. 10). Profilo, questo, che merita apprezzamento – v. G. PAILLI, *Unione europea e azione di classe*, cit., 256 – ma che nel momento non trova riscontro, ad esempio, nella normativa italiana – a riguardo v. E. D'ALESSANDRO (a cura di), *Prospettive del third party funding in Italia*, Milano, 2019; nonché L. CASTELLI, S. MONTI, *Third party litigation funding: quali prospettive in Italia?*, in *Contratti*, 2019, 580 ss. – pur rivelandosi invece decisivo per il successo dell'azione di classe.

⁽¹⁰²⁾ Così N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, cit., 194, che ritiene necessario superare, per un'effettività della tutela di matrice collettiva, il ritardo nella preparazione tecnica della magistratura.

⁽¹⁰³⁾ Lo ricorda con decisione C. CONSOLO, *L'azione di classe di terza generazione*, cit., 20 ss., che, con riguardo all'ordinamento italiano, rammenta come indispensabili per il decollo dell'azione di classe non solo siano le coordinate giuridiche, ma anche le «premesse sociologiche», intendendosi per tali, oltre al resto, quelle inerenti alla struttura giudiziaria. Lo svolgimento dell'azione di classe richiede, infatti, un lavoro enorme, «olio di gomito» – come efficacemente rammenta l'a. – a cui, invece, non solo le cancellerie, ma le stesse sezioni d'impresa dei tribunali sembrano essere affatto impreparate, in quanto non composte da soggetti realmente muniti del bagaglio cognitivo necessario per affrontare le variegate tematiche poste dall'azione di classe. Per essere all'altezza di un tale compito, bene sarebbe, infatti, che dette sezioni fossero arricchite anche della presenza di membri non togati, effettivamente depositari di quelle conoscenze tecniche – non squisitamente giuridiche, ma economiche – di cui si ha decisivo bisogno nel gestire e decidere un'azione di classe. Per un attento esame dell'assetto, deludente, del tribunale delle imprese, v., da ultimo, con acutezza, M. NEGRI, *L'irrisolta «specialità» del c.d.*

svolgimento del processo, dalla sua fase istruttoria – da corredarsi di strumenti adeguati a rispondere al tema dell’asimmetria informativa tra parti ⁽¹⁰⁴⁾ – a quella di liquidazione del ristoro per i membri della classe – che anziché ancorata allo specifico danno patito da ogni singolo, dovrebbe improntarsi alla fissazione di un tetto massimo di ristoro per ciascun individuo ⁽¹⁰⁵⁾. Si tratta, con evidenza, di

tribunale delle imprese e l’evanescente «diritto» al giudice «esperto», in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di F. Cipriani*, I, Napoli, 2020, 221 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Se la *class action* statunitense può contare sulla *pre-trial discovery*, quale fase pre-dibattimentale deputata alla mutua richiesta di informazioni tra parti del processo – vitale nel colmare situazioni di sperequazione informativa (che non di rado segna il contenzioso consumeristico) – la direttiva UE 2020/1828 tenta di sopperire alla sua assenza nei processi civili euro-continentali mediante la previsione di una disciplina rafforzata dell’ordine di esibizione di prove (art. 18), che mira ad allargare le rigide maglie della concessione dell’esibizione probatoria di regola previste nella tradizione di *civil law*. In questa direzione si pongono anche, nell’ordinamento italiano, le previsioni dell’art. 840 *quinquies* c.p.c., che riprendendo le esperienze maturate in sede sovranazionale intorno alla tutela *antitrust*, derogano alla disciplina di diritto comune dell’esibizione di cui all’art. 210 c.p.c. Plaude a tale scelta N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell’arte*, cit., 194. A riguardo, per un commento al citato art. 840 *quinquies* c.p.c., v. G. MAZZAFERRO, *Spese e sanzioni*, cit., 172 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Così E. FERRANTE, *Diritti soggettivi e processo di massa*, cit., 82 ss., che auspica l’abbandono del principio di specularità perfetta tra danno patito e risarcimento ottenuto dal singolo, a vantaggio di un c.d. *fluid recovery*, dal momento che il giudice, una volta condannato il convenuto a favore della classe, stabilirà secondo un parametro medio cosa spetti ai membri della classe. È quanto sostiene, con riguardo all’azione di classe italiana, C. CONSOLO, *L’azione di classe di terza generazione*, cit., 27, secondo cui indispensabile per una sua buona riuscita sarebbe la previsione per cui, attraverso l’adesione alla classe, il singolo sappia di poter ottenere al massimo un certo ammontare: solo così si potrà sgravare la fase della liquidazione del danno dalla tradizionale configurazione individualistica e da tutte le conseguenze «terribili» in termini di gestione che questa comporta se calata in un’azione con un numero considerevole di aderenti (v. art. 840 *octies* c.p.c.). Per un’approfondita disamina delle spinose questioni in punto di esecuzione nello svolgimento dell’azione di classe v. il bel contributo di B. ZUFFI, *L’esecuzione «collettiva» nella nuova disciplina della class action*, in M. DE CRISTOFARO, M. PILLONI (a cura di), *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, Torino, 2020, 47 ss.

sfide importanti, che la citata direttiva UE 2020/1828 affronta solo in parte, e non sempre con il dovuto coraggio, ma che i singoli Stati membri hanno gli strumenti per raccogliere, e in parte, hanno già raccolto ⁽¹⁰⁶⁾.

Se la prima via per giungere a garantire una reale fiducia del consumatore nel mercato interno passa quindi attraverso la confezione di efficaci strumenti processuali per accogliere il contenzioso consumeristico nella aule giudiziarie ⁽¹⁰⁷⁾, la seconda dovrebbe puntare invece a (rafforzare) *meccanismi stragiudiziali* di deterrenza delle condotte di mancato o inesatto adempimento del professionista verso il consumatore. Il riferimento è qui a quegli strumenti di ‘pressione’ che, incidendo sul rischio per il professionista di perdere il suo ‘nome’ sul mercato e così di incorrere nella ‘morte’ reputazio-

⁽¹⁰⁶⁾ Tra tutti gli esperimenti realizzati dagli Stati membri si staglia di certo quello dei Paesi Bassi, descritto da V. MAK, *Enforcement and effectiveness of consumer law: The Netherlands*, in H.-W. MICKLITZ, G. SAUMIER (eds.), *Enforcement and effectiveness of consumer law*, Heidelberg, 2018, 391 ss., che contempla oggi non solo la possibilità di certificare una classe a fini transattivi – e cioè che la Corte d’appello di Amsterdam certifichi una transazione con ambito soggettivo delineato dal meccanismo di *opt-out* – ma anche, a partire dal 2019, un’azione rappresentativa tanto inibitoria che risarcitoria con meccanismo di partecipazione misto, e cioè di *opt-out* per i consumatori residenti nei Paesi Bassi, ed *opt-in* per quelli non residenti. Anche l’ordinamento italiano merita senz’altro attenzione, per il suo tentativo, con la citata l. n. 31 del 2019, di emancipare l’azione di classe dal retroterra di un’azione meramente rappresentativa e, soprattutto, dal settore consumeristico, estendendone l’ambito applicativo a tutte le controversie civili ed inserendone infatti la disciplina in seno al c.p.c. Rimangono comunque non poche le perplessità su tale normativa, che vanno, tra tutte le criticità, dalla persistenza di un sistema *opt-in* ad una c.d. terza fase dell’azione, destinata alla liquidazione del danno ai singoli membri della classe, che si presenta, all’atto pratico, oltremodo difficile da gestire. A riguardo si rinvia ancora una volta a B. ZUFFI, *L’esecuzione «collettiva» nella nuova disciplina della class action*, cit., 47 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Offre una puntuale comparazione tra l’impiego dei soli strumenti ADR-ODR e quello delle vie giurisdizionali descritte (in particolare quella volta ad una tutela di matrice collettiva) nel perseguimento dell’effettiva attuazione del diritto (c.d. *stric law enforcement versus under-enforcement*) G. WAGNER, *Private Law Enforcement through ADR: Wonder Drug or Snake Oil?*, cit., 189 ss.

nale, lo inducono a comportamenti virtuosi ⁽¹⁰⁸⁾. Si pensi, tra gli altri, ai sistemi di riscontro/valutazione da parte dei consumatori circa la prestazione ricevuta dal professionista (*feedback*); a quelli di posizionamento nel gradimento della prestazione ricevuta, in una comparazione con altre fornite a professionisti della medesima categoria (*rating*) ⁽¹⁰⁹⁾, o, ancora, al sistema di marchi di affidabilità (*trust marks*), assegnati da società che monitorano qualità e credibilità di chi opera nel mercato sulla base di codici di condotta cui aderisce l'impresa sottoposta a controllo ⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Si tratta del meccanismo di c.d. *peer pressure*, ossia di pressione che, nell'ambito di un determinato gruppo di persone, assumono il comportamento e i valori altrui al fine di condizionare i propri. Con tale pressione tra pari, nel contesto che qui rileva, si fa leva sulla pressione psicologica procurata dalla divulgazione, da parte di consumatori insoddisfatti, di informazioni negative sull'attività commerciale del professionista, nel caso in cui egli non dia riscontro alla lamentela del consumatore né vi ponga rimedio – meccanismo questo tanto più potente oggi grazie alla forza della rete nella diffusione di siffatta pubblicità: v. incisivamente sul punto A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 50; nonché F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, cit., 42.

⁽¹⁰⁹⁾ *Feedback* e *rating* rilasciati dai consumatori nelle piattaforme di acquisto elettronico sono d'altronde quanto mai cruciali nel generare fiducia nel professionista, laddove nel commercio in rete «la fiducia in un interlocutore privo di volto e privo, talvolta, di identità ben definita rappresenta il solo impulso psicologico che muove un *click* sulla tastiera del *pc*», come ben rammenta F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, cit., 43.

⁽¹¹⁰⁾ Su tali marchi v. P. CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, cit., 60 ss., che evidenzia come la minaccia della rimozione del marchio di fiducia scoraggi comportamenti scorretti ed induca alla correttezza tanto nell'esecuzione del rapporto contrattuale quanto nel negoziato del professionista con il consumatore. Si intende però come la forza di questi marchi, e così il loro effetto deterrente, verrebbero potenziati ove essi venissero riconosciuti e rilasciati secondo *standard* internazionali o quanto meno europei: v. a riguardo F. MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno ODR*, cit., 43; A. FACHECHI, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico*, cit., 54 e ivi nt. 77. In questo senso si veda la creazione del c.d. marchio di fiducia *E-commerce Europe*: ove presente nel sito del *web shop* di un professionista, esso indica che costui si è impegnato a seguire il Codice di condotta *E-commerce Europe*, garantendo *standard* etici nel mercato digitale (per maggiori dettagli v. <<https://www.ecommercetrustmark.eu/for-consumers/>> (10 maggio 2021)).

Orbene, pare a chi scrive che nessuno degli strumenti, processuali e stragiudiziali, testé richiamati debba essere tralasciato. Al contrario, soltanto una loro virtuosa sinergia potrebbe dar ragione dell'esistenza (anche) di un sistema di ADR-ODR per i consumatori. In tal caso sì, infatti, lo svolgersi delle procedure ADR e ODR avverrebbe «all'ombra» dell'applicazione della legge, dell'avvio del processo (di classe) e delle possibili conseguenze negative sulla reputazione commerciale del professionista ⁽¹¹¹⁾. In altri termini, solo grazie alla «co-esistenza» di tutti gli strumenti più sopra richiamati, le procedure ADR e ODR si svolgerebbero «all'ombra» del rispetto degli interessi e dei diritti dei consumatori, in linea con gli obiettivi posti all'U.E. dai suoi Trattati come dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Diversamente, alto rimarrà il rischio che ADR ed ODR per i consumatori si rivelino mero spazio di un 'dialogo' tra forte e debole, dove, per dirla con J.-B. H. Lacordaire, «è la libertà ad opprimere» ⁽¹¹²⁾. Perché la totale libertà, nel 'dialogo' tra forte e debole, di-

⁽¹¹¹⁾ Il riferimento è qui all'appropriata quanto suggestiva formula coniata da R.H. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining in the Shadow of the Law: the Case of Divorce*, in *Yale L. Journal* (1979), 950 ss., prec. 968, che ammoniscono sul fatto che la via di soluzione della lite alternativa al processo non deve svolgersi «nel vuoto», ma all'«ombra della legge», nel senso che è proprio ciò che la legge assicura alle parti in caso di mancato accordo, a costituire per loro, nel negoziato, una «merce di scambio», una sorta di «dotazione» («*they bargain in the shadow of the law (...). In other words, the outcome that the law will impose if no agreement is reached gives each (party) certain bargaining chips – an endowment of sorts*»). Ebbene, è questo ciò che preserva le parti da un negoziato senza regole, e così al ribasso. Sulla stessa linea H. GENN, *Judging Civil Justice*, Cambridge, 2010, 125, che ben evidenzia come la mediazione senza la credibile minaccia di una possibile decisione giudiziaria appare come il «suono di una sola mano che applaude» («*Mediation without the credible threat of judicial determination is the sound of one hand clapping*»).

⁽¹¹²⁾ Così, acutamente, J.-B. H. Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris, 1835-1851*, Paris, 1855, secondo cui «*entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit*». Sovvengono peraltro a riguardo le limpide quanto lucide riflessioni in merito al rapporto tra tutela giurisdizionale e sue forme alternative, di A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano,

venta dispotismo, ed allora solo la legge – e solo il processo in cui quella si attua – «affrancano», diventando le prime – e forse uniche – forme di garanzia sociale e, a ben vedere, anche di tutela di un mercato leale.

Abstract

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

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

Nell'indagare come essa operi e i rilievi statistici raccolti dall'Unione europea sul suo impiego, l'a. si chiede se la Piattaforma ODR costituisca davvero un modo per realizzare una «giustizia co-esistenziale» nello spa-

2018, 297 ss., che con acutezza rammenta come la mediazione, ad esempio, meriti pregio e risulti compatibile con il nostro dettato costituzionale soltanto laddove essa non miri a conseguire una pura riduzione delle liti, ma piuttosto a consentire alle parti di definire un assetto dei loro interessi che assicuri un risultato comunque diverso da quello della tutela giurisdizionale e che non ne comporti una mera *de-minutio*.

zio giuridico europeo o se non sia necessario, invece, accompagnare tale strumento con altri complementari, capaci di garantire un'alta protezione dei consumatori, come i Trattati dell'Unione europea impongono.

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

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

