

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. III

2023

N. 1

RIVISTA SEMESTRALE

I N D I C E

SAGGI

- Annalisa Ciampi
La giustizia consensuale internazionale 3
- Sabrina Tranquilli
I contratti istituzionali di sviluppo (CIS) e i modelli di risoluzione e prevenzione dei conflitti tra pubbliche amministrazioni 47
- Guillermo Schumann Barragán
Verso una teoria generale degli accordi processuali. Premesse ricostruttive 81
- Alessandro Giuliani
Percorsi di valorizzazione dell'arbitrato irrituale nel diritto del lavoro in una prospettiva diacronica 111

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

- Claudio Scognamiglio
La negoziazione assistita e le controversie di lavoro. Verso un nuovo ruolo dell'avvocato nel riequilibrio delle situazioni di asimmetria negoziale? 151

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

- Mauro Bove
Insegnare la mediazione nell'Università 169
- Viviana Di Capua
La funzione 'mediatrice' dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie. La segreteria tecnica quale strumento di riequilibrio delle parti in lite 187

Rachele Beretta	
<i>The Evolving Landscape of Online Dispute Resolution. A Study on the Use of ICT in International Civil and Commercial ODR</i>	227

ATTI DI CONVEGNO

Silvana Dalla Bontà	
<i>Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile</i>	251

Giuseppe De Palo	
<i>Mediating Mediation Itself. The Easy Opt-Out Model Settles the Perennial Dispute between Voluntary and Mandatory Mediation</i>	285

Zachary R. Calo	
<i>Commercial Mediation in the Gulf Cooperation Council. The Development of ADR in the Middle East</i>	317

Paola Lucarelli	
<i>La nuova mediazione civile e commerciale</i>	337

Filippo Danovi	
<i>La giustizia consensuale nella crisi familiare</i>	353

FATTI E COMMENTI

Angela M. Felicetti	
<i>Un'occasione di confronto tra Università e Organismi di mediazione. Note da un recente Convegno</i>	367

Luciana Breggia	
<i>Una proposta degli Osservatori sulla Giustizia civile in merito alla riforma del processo civile. Tra buone prassi e auspici correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022</i>	381

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

Guillermo Palao (ed), <i>The Singapore Convention on Mediation. A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation</i> (Cristina M. Mariottini)	389
--	-----

LA GIUSTIZIA CONSENSUALE INTERNAZIONALE

Annalisa Ciampi (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Dal divieto dell'uso della forza al principio della risoluzione pacifica delle controversie internazionali. – 3. Consensualità e obbligatorietà dei mezzi di risoluzione pacifica delle controversie internazionali. – 4. La distinzione fra mezzi diplomatici e mezzi c.d. 'giurisdizionali' di risoluzione. – 5. (segue) La funzione giurisdizionale internazionale. – 6. Implicazioni del carattere (necessariamente) consensuale della funzione giurisdizionale internazionale. – 7. Convergenze e divergenze con gli ordinamenti interni. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Premessa. – Può sembrare paradossale che il diritto internazionale abbia qualcosa da insegnare in materia di risoluzione delle controversie e dei conflitti. Il conflitto russo-ucraino, formalmente cominciato il 27 febbraio 2022 con l'invasione russa dell'Ucraina (ma in realtà in essere almeno a far data dall'occupazione della Crimea da parte della medesima Federazione russa nel 2014), anziché evolvere in una qualche forma di soluzione negoziata o comunque pacifica oppure congelarsi in una tregua, è divenuto una guerra convenzionale a tutto campo; una guerra che cresce quasi quotidianamente nelle sue dimensioni per pericolosità dei mezzi utilizzati e gravità – ormai irreparabilità – delle conseguenze in termini di perdita di vite umane e risorse economiche, distruzione del patrimonio culturale e dell'ambiente.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 3-46. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Internazionale nell'Università di Verona.

Eppure, sono proprio le difficoltà di funzionamento dei meccanismi internazionali che presiedono al mantenimento della pace e, quindi, l'apparente incapacità (impotenza?) della società internazionale di fermare i conflitti in atto nel cuore dell'Europa (in Ucraina), in Africa (nella Repubblica democratica del Congo e nel Sudan del Sud) e altrove (Afghanistan, Myanmar, Yemen, ecc.) – così come di andare oltre il congelamento di tante situazioni conflittuali senza risolverle (nei territori occupati da Israele, a Cipro del Nord, nel Nagorno Karabach al confine fra Armenia e Azerbaigian, nel Kashmir fra India e Pakistan, fra Cina e le Filippine nel Mar cinese meridionale del Sud, per citarne solo alcune ai quattro angoli del mondo) – ad imporre una riflessione sui meccanismi esistenti per la risoluzione delle controversie internazionali, la possibilità di farvi ricorso e la loro efficacia.

Perché la strumentazione del diritto internazionale per il mantenimento della pace e della sicurezza non abbia funzionato è questione complessa, da affrontare in altro luogo. Le considerazioni che seguono rappresentano il tentativo di dare una risposta *positiva* al quesito se nonostante tutto, qualche insegnamento utile per tutti gli operatori del diritto e non solo – *uti singuli et cives* – possa ancora e comunque essere tratto dal diritto internazionale e dai suoi mezzi di risoluzione delle controversie.

Oggetto di riflessione è la risoluzione delle controversie internazionali tra Stati (ed eventualmente tra Stato ed organizzazione internazionale) – non le controversie fra privati o tra imprese con elementi di internazionalità né le controversie c.d. miste ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Per un quadro generale sulla diversità dei metodi di risoluzione delle controversie nell'ordinamento internazionale, possono leggersi, L. BOISSON DE CHAZOURNES, M.G. KOHEN, J.E. VINUALES (eds.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden, 2012; G. BORN, *A New Generation of International Adjudication*, in *Duke Law Journal*, 2012, 775 ss.; *White Paper 21 della International Law Association (ILA) French Branch Dispute Resolution*, ottobre 2022, <<https://www.ilaparis2023.org/en/white-paper/dispute-resolution>> (01.05.2023) (d'ora innanzi, *White Paper. Dispute Resolution*). Per la loro intrinseca diversità, tuttavia, i metodi di risoluzione delle controversie nel diritto privato (per le contro-

Le prime sono assimilabili, ai fini che qui interessano, a quelle di diritto privato puramente nazionali. Le seconde condividono con le controversie fra Stati il fondamento consensuale, come si vedrà, della giurisdizione e sono regolate dal diritto internazionale pubblico, ma con una disciplina particolare, che prevede la possibilità per i privati di adire un giudice o un arbitro nei confronti di uno Stato (ma non viceversa). Esse ricomprendono in particolare la categoria del tutto *sui generis* delle controversie fra privati investitori e Stati stranieri in materia di investimenti, e quella delle controversie fra privati e Stati per violazione dei diritti umani ⁽²⁾.

Né ci occupiamo qui dei meccanismi di reclamo non giudiziari (o quasi-giudiziari) istituiti presso organizzazioni internazionali, per valutare la conformità alle norme internazionali della condotta di Stati o della stessa organizzazione, nelle controversie tra individui, comunità e/o organizzazioni non governative (O.N.G.) danneggiati dalla presunta non conformità, da una parte, e lo Stato o l'organizzazione internazionale responsabile, dall'altra ⁽³⁾.

versie tra individui o tra imprese) e nel diritto pubblico sia per le controversie fra Stati che per le controversie miste (come nel diritto internazionale degli investimenti o dei diritti umani) sono generalmente oggetto di trattazione separata.

⁽²⁾ Poiché oggetto di riflessione sono esclusivamente le controversie fra Stati, l'analisi non comprende le questioni relative all'arbitrato sugli investimenti e i ricorsi individuali alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma neppure, ad esempio, al Tribunale unificato dei brevetti e all'U.E. Per le controversie in materia di investimenti, non esiste un tribunale internazionale, ma solo arbitri e tribunali arbitrali istituiti *ad hoc* su base pattizia, cui si sono aggiunti di recente gli *Investment Court Systems* nei più recenti trattati commerciali bilaterali dell'U.E., cui si deve anche la proposta, avanzata per la prima volta nel 2015, per l'istituzione di una *Multilateral Investment Court*. La creazione di un tribunale internazionale per i diritti umani è invece un'idea vecchia. Per il momento, in questo settore operano solo tribunali regionali (in Europa, nelle Americhe e ora anche in Africa); e gli stessi tribunali regionali sono criticati da alcuni degli Stati che hanno accettato di sottoporsi alla loro giurisdizione.

⁽³⁾ Esempi di *international complaint mechanisms* per garantire una significativa sorveglianza degli Stati e delle organizzazioni internazionali e per proteggere i diritti degli individui e delle comunità colpite sono i *panels* di ispezione (*Inspection Panels*) e il *Compliance Advisor/Ombudsman* della Banca mondiale, il Comitato per

2. *Dal divieto dell'uso della forza al principio della risoluzione pacifica delle controversie internazionali.* – Secondo la celebre definizione della Corte internazionale di giustizia nel caso *Mavrommatis*, una controversia è un disaccordo su un punto di fatto o di diritto, un conflitto di opinioni giuridiche o di interessi tra due persone ⁽⁴⁾.

Tipicamente, nel diritto internazionale, tale disaccordo o conflitto nasce dalla pretesa di uno Stato non accettata dallo Stato o dagli Stati nei cui confronti è diretta e che dà luogo ad una contestazione; oppure può sorgere dal comportamento di uno Stato, opposto da altri Stati cui segue una protesta da parte di questi ultimi. Si parla di controversie giuridiche quando la soluzione dipende dall'applicazione di regole di diritto internazionale.

La controversia può cessare perché le parti raggiungono una soluzione attraverso l'esperimento di un mezzo di risoluzione. Ma può anche estinguersi per stanchezza – perché, ad esempio, una delle parti desiste dalla propria pretesa; per acquiescenza (perché in ipotesi, l'altra parte acconsente alla pretesa altrui); oppure per il mutamento di atteggiamento di una o di entrambe le parti.

la libertà di associazione dell'Organizzazione internazionale del lavoro, il Comitato per la conformità alla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, i comitati di esperti indipendenti istituiti dai trattati delle Nazioni Unite sui diritti dell'uomo e gli *ex* difensori civici delle autorità transitorie delle Nazioni Unite in Kosovo e a Timor Est. In argomento, può leggersi, da ultimo, A. LANG, *Alternatives to Adjudication in International Law: A Case Study of the Ombudsman to the ISIL and Al-Qaida Sanctions Regime of the UN Security Council*, in *American Journal of International Law*, 2023, 48 ss.

⁽⁴⁾ «*A dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons*». C. Permanente Giust. Intern. (fifth ordinary session), 30 agosto 1924, n. 2, *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v UK)*, in *P.C.I.J. Reports*, Series A, 1924, 11. Sulla distinzione fra 'controversia' e 'conflitto', secondo cui quest'ultimo è un concetto più ampio perché: «*Conflicts mostly contain one or more legal disputes, resolving those would help resolve the conflict*» si veda R. WOLFRUM, *Intractable Conflicts*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 112, 2018, 172 ss.

Sotto questo profilo, gli Stati non si comportano in modo molto diverso dai privati sul piano interno. Sennonché, come vedremo, per le controversie internazionali non esiste necessariamente un giudice o un arbitro con il potere di risolverle in maniera vincolante per le parti. Gli scenari sopra delineati di estinzione delle controversie per rinuncia, acquiescenza o mutato atteggiamento delle parti sono quindi assai più rilevanti sul piano internazionale, di quanto non lo siano all'interno degli ordinamenti nazionali.

Come noto, l'intero ordine (o disordine) internazionale si fonda sul divieto generale della minaccia e dell'uso della forza nelle relazioni internazionali. Tale divieto, enunciato nell'art. 2, par. 4, Carta delle Nazioni Unite⁽⁵⁾, costituisce una regola di diritto internazionale generale che, come tale, si impone a tutti gli Stati e ai soggetti di diritto internazionale, indipendentemente dalla loro appartenenza all'Organizzazione delle Nazioni Unite. Ed è anche una regola che appartiene al c.d. diritto cogente (*jus cogens*), ossia a quel nucleo di norme fondamentali non derogabili dagli Stati neppure tramite trattato, perché poste a tutela degli interessi essenziali della società internazionale. È noto altresì che il divieto dell'uso della forza trova il proprio *pendant* (e contemperamento), oltre che nel sistema di sicurezza collettivo disegnato, ma solo in parte realizzato, dalla Carta delle Nazioni Unite, nell'eccezione della legittima difesa, sia individuale che collettiva, in caso di attacco armato⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ L'art. 2, par. 4, Carta delle Nazioni Unite recita: «*All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations*».

⁽⁶⁾ La letteratura sul divieto dell'uso della forza nelle relazioni internazionali è sterminata. Per un'autorevole e aggiornata panoramica concettuale e pratica del diritto internazionale che regola il ricorso alla forza, vedi C. HENDERSON, *The Use of Force and International Law*, 2nd ed., Cambridge, 2023. Si vedano anche T. FRANCK, *Recourse to Force: State Action against Threats and Armed Attacks*, Cambridge, 2002; M. WELLER (ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford, 2015; Y. DINSTEIN, *War, Aggression and Self-Defence*, 6th ed., Cambridge, 2017; C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, 4th ed.,

Il principio della risoluzione pacifica delle controversie internazionali è del divieto dell'uso della forza il naturale corollario ⁽⁷⁾.

Lo enuncia in via generale, l'art. 2, par. 3, Carta delle Nazioni Unite fra i principi dell'Organizzazione, secondo cui: «*All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered*». Lo ribadisce con riferimento alle controversie suscettibili di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionali, l'art. 33, par. 1, con cui si apre il Capitolo VI (*'Pacific Settlement of Disputes'*), relativo alle «funzioni del Consiglio di sicurezza», fra le quali rientra appunto quella di aiutare le parti a risolvere pacificamente le controversie adempiendo all'obbligo dell'art. 2, par. 3.

Come il divieto dell'uso della forza, il principio della risoluzione pacifica delle controversie è un principio generale che opera anche al di fuori dei limiti di applicazione della Carta: non solo quindi rispetto alle controversie suscettibili di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionali, ma per tutte le controversie fra Stati ⁽⁸⁾.

La disposizione dell'art. 33, par. 1, è così formulata: «*The parties to any dispute [...] shall, first of all, seek a solution by negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice*» (evidenziazione aggiunta).

Oxford, 2018; R. KOLB, *International Law on the Maintenance of Peace*. Jus contra bellum, Cheltenham, 2018; T. RUYTS, C. CORTEN (eds.), *The Use of Force in International Law: A Case-Based Approach*, Oxford, 2018; O. CORTEN, *Le droit contre la guerre*, 3ème ed., Paris, 2020; ID., *The Law Against War: The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law (French Studies in International Law)*, Oxford, 2021.

⁽⁷⁾ Per questa ed altre possibili ricostruzioni dell'obbligo di risoluzione pacifica, si veda D.B. HOLLIS, E. TIKK, *Peaceful Settlement in International Law*, in *Texas International Law Journal*, 2022, 133 ss.

⁽⁸⁾ J. MERRILLS, E. DE BRABANDERE, *Merrills' International Dispute Settlement*, 7th ed., Cambridge, 2022.

Gli Stati sono liberi, dunque, sul piano della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale generale, di scegliere il mezzo di risoluzione pacifica cui ricorrere.

Non vi è né una progressione o un ordine prestabilito da seguire nel loro esperimento, né una gerarchia fra gli stessi mezzi ⁽⁹⁾.

Il principio della libertà di scelta dei mezzi di risoluzione pacifica delle controversie internazionali opera, per così dire, a doppio senso: ovverosia che così come ciascuno Stato è libero di optare per l'uno o l'altro mezzo, nessuno Stato può imporre il ricorso ad una specifica procedura di risoluzione delle controversie internazionali ad un altro Stato senza il suo consenso. Alla libertà di scelta degli Stati sul piano del diritto internazionale generale corrisponde, dunque, la necessaria consensualità di tutti i mezzi di risoluzione pacifica delle controversie internazionali, senza eccezioni.

3. Consensualità e obbligatorietà dei mezzi di risoluzione pacifica delle controversie internazionali. – Poiché il loro esperimento non può essere imposto, ma solo volontariamente accettato, tutti i mezzi di risoluzione si fondano, come si è detto, sul consenso degli Stati parti della controversia.

Il consenso può essere prestato una volta sorta la controversia, ma anche *ex ante*: in via generale oppure per una determinata categoria di controversie e/o relativamente a controversie con uno o

⁽⁹⁾ Non può considerarsi stabilito un ordine gerarchico l'art. 36, par. 3, Carta delle Nazioni Unite, secondo cui il Consiglio di sicurezza, nel raccomandare agli Stati parte di una controversia suscettibile di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionali, dovrebbe tener conto, oltre che delle procedure già adottate dalle parti, del fatto che le controversie giuridiche dovrebbero, di regola, essere deferite dalle parti alla Corte internazionale di giustizia, in conformità con le disposizioni dello Statuto («*In making recommendations under this Article the Security Council should also take into consideration that legal disputes should as a general rule be referred by the parties to the International Court of Justice in accordance with the provisions of the Statute of the Court*»). L'indicazione di preferenza dell'art. 36 Carta delle Nazioni Unite per la Corte internazionale di giustizia relativamente alle controversie giuridiche, infatti, non trova riscontro nella prassi.

più Stati determinati (spesso direttamente collegate allo stesso trattato che contiene la manifestazione del consenso).

Può essere espresso da uno Stato unilateralmente, come nel contesto delle 74 dichiarazioni di accettazione della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia ad oggi depositate presso il Segretario generale delle Nazioni Unite⁽¹⁰⁾. Tuttavia, lo strumento attraverso il quale tale consenso è generalmente espresso è quello classico di regolazione delle relazioni internazionali, ossia il trattato internazionale.

Dunque, gli Stati possono attraverso la conclusione di trattati internazionali, consentire a sottoporsi ad uno o più mezzi di risoluzione, con o senza l'indicazione dell'ordine in cui gli stessi possono essere esperiti ed eventualmente, ove il mezzo da esperire preveda l'intervento di un terzo, il *potere di ciascuna delle parti della controversia di ricorrervi unilateralmente*.

Quando il consenso è dato prima che la controversia sorga, il ricorso a un metodo di risoluzione delle controversie è qualificato come obbligatorio. Si parla al riguardo di mezzo obbligatorio ('*compulsory*') – non perché le parti debbano (*i.e.* abbiamo l'obbligo di) ricorrervi, ma nel senso che qualora una delle parti in controversia decida di adirlo, l'altra vi è sottoposta senza necessità di un ulteriore consenso, pena la violazione di un obbligo internazionale.

In tutti gli altri casi, i mezzi sono facoltativi ('*optional*'), vale a dire che il consenso è prestato solo dopo l'insorgere della controversia.

L'obbligatorietà – intesa nel senso di cui si è appena detto – è una caratteristica pressoché costante dei mezzi giurisdizionali (che per le controversie internazionali tra Stati ricomprendono come si vedrà⁽¹¹⁾, oltre all'aggiudicazione vera e propria, l'arbitrato); tuttavia, può essere prevista anche per altri mezzi come la concilia-

⁽¹⁰⁾ Sul punto *infra*, par. 5.

⁽¹¹⁾ Sempre *infra*, par. 5.

zione, in cui il terzo non ha il potere di dirimere la controversia in modo vincolante per le parti.

Quest'ultimo rilievo introduce alla distinzione ritenuta fondamentale in materia, fra mezzi c.d. diplomatici e mezzi giurisdizionali di risoluzione delle controversie internazionali cui è dedicato il paragrafo che segue – anche se ai fini del presente lavoro, come si avrà modo ampiamente di chiarire in seguito, si tratta di una distinzione di secondo piano, rispetto al comune denominatore rappresentato dal carattere necessariamente consensuale di *tutti* i mezzi di risoluzione pacifica delle controversie internazionali.

Si tratta di un punto pacifico sia in dottrina che in giurisprudenza.

La Corte internazionale di giustizia – il principale organo giurisdizionale delle Nazioni Unite – ha infatti più volte ribadito con riferimento al fondamento della propria giurisdizione che: «*one of the fundamental principles of its Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction*». Ha quindi precisato: «*the Court therefore has jurisdiction only between States parties to a dispute who not only have access to the Court but also have accepted the jurisdiction of the Court, either in general form or for the individual dispute concerned*⁽¹²⁾; (...) *it has jurisdiction in respect of States only to the extent that they have consented thereto*»; «*when a compromissory clause in a treaty provides for the Court's jurisdiction, that jurisdiction exists only in respect of the parties to the treaty who are bound by that clause and within the limits set out in that clause*»⁽¹³⁾. La medesima Corte ha chiarito altresì che questo principio vale anche se la controversia riguarda diritti e obblighi di

⁽¹²⁾ C. Intern. Giust., Order 2 June 1999, No. 99/23, *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures*, in *I.C.J. Reports*, 1999 (I), p32, para. 20.

⁽¹³⁾ C. Intern. Giust., Order 10 July 2002, No. 126, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) Provisional Measures*, in *I.C.J. Reports*, 2002, 30, para. 71.

importanza fondamentale a tutela di interessi generali della società internazionale (c.d. *erga omnes*), ivi comprese le norme di diritto internazionale cogente (*jus cogens*): «*it does not follow from the mere fact that rights and obligations erga omnes are at issue in a dispute that the Court has jurisdiction to adjudicate upon that dispute*»; «*the mere fact that rights and obligations erga omnes may be at issue in a dispute would not give the Court jurisdiction to entertain that dispute. The same applies to the relationship between peremptory norms of general international law (jus cogens) and the establishment of the Court's jurisdiction: the fact that a dispute relates to compliance with a norm having such a character, which is assuredly the case with regard to the prohibition of genocide, cannot of itself provide a basis for the jurisdiction of the Court to entertain that dispute. Under the Court's Statute that jurisdiction is always based on the consent of the parties*»⁽¹⁴⁾.

Quello che è meno pacifico è che la suddetta consensualità costituisca un carattere strutturale ed essenziale dell'ordinamento internazionale, e dunque non necessariamente destinato ad evolversi ed eventualmente scomparire.

È piuttosto un punto di vista diffuso che essa sia la manifestazione di un aspetto primitivo del diritto internazionale di cui è auspicabile il superamento, o comunque connaturato alla natura rudimentale del suo ordinamento⁽¹⁵⁾. Si tratta di una visione diametralmente opposta a quella qui avanzata.

Ad avviso di chi scrive, l'idea che il ricorso ai mezzi di risoluzione delle controversie sia in attesa di evolvere in senso progressivo perdendo il suo carattere fino ad oggi consensuale, è in con-

⁽¹⁴⁾ C. Intern. Giust., Order 10 July 2002, No. 126, *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda) Provisional Measures*, in *I.C.J. Reports*, 2002, 32, para. 64.

⁽¹⁵⁾ Così, ad esempio, il *White Paper*, cit., 31-2, secondo cui: «*There is still no compulsory recourse in international law to a method of dispute settlement in the sense that it would be imposed on a State that has not consented to it, even when it is accused of acts of particular gravity, even constituting violations of jus cogens*» (evidenziazione aggiunta).

trasto con i caratteri strutturali dell'ordinamento e il fondamento stesso del diritto internazionale. E questi non sono di natura rudimentale.

4. *La distinzione fra mezzi diplomatici e mezzi c.d. 'giurisdizionali' di risoluzione.* – I mezzi di risoluzione pacifica delle controversie internazionali sono elencati nell'art. 33, par. 1, Carta delle Nazioni Unite. L'elenco – *negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements* – ha carattere non tassativo, dal momento che agli Stati è consentito in alternativa il ricorso a «*other peaceful means of their own choice*». Si tratta nondimeno di una lista ricognitiva e al tempo stesso esemplificativa dei principali mezzi la cui caratteristica comune è, come si è detto, di essere esperibili solo con il consenso di tutti gli Stati parte della controversia.

Prima di passarli (brevemente) in rassegna, occorre preliminarmente osservare che per ciascuno di essi non esiste una definizione normativa o, per così dire, ufficiale. Le categorie sono frutto di riflessione e ricostruzione dottrinale – si tratta cioè di categorie che sono ricavate empiricamente, sulla base dell'osservazione di ciò che generalmente avviene nelle relazioni fra Stati, motivo per cui si considerano unitariamente realtà giuridiche simili in relazione agli elementi ritenuti significativi. Nella realtà, tuttavia, si tratta di fenomeni che conservano una loro atipicità. I confini fra l'una e l'altra categoria tendono ad essere sfumati, e date alcune caratteristiche generali, all'interno di ciascuna categoria sono possibili variazioni.

Ulteriore – ultima – premessa è che poiché non esiste una normativa generale e descrittiva, la stessa categorizzazione fra mezzi c.d. diplomatici e mezzi c.d. giurisdizionali di risoluzione delle controversie internazionali, è anch'essa frutto di astrazione. Sebbene possa risultare qualche volta arbitraria, si tratta comunque di una distinzione che ha un certo riscontro nella prassi.

I primi si caratterizzano per il fatto di essere mezzi che *facilitano* la soluzione di una controversia attraverso l'accordo fra le parti, perché il loro esperimento non risulta necessariamente nella soluzione della controversia, che può venire solo dall'accordo fra le parti.

Sono anche detti mezzi 'amichevoli' o 'non giudiziali', appunto perché mirano a favorire un accordo fra le parti, senza il quale non può esservi soluzione della controversia; il consenso posto a loro fondamento ha per oggetto il rispetto di un certo procedimento, non vale invece ad attribuire efficacia vincolante al risultato del procedimento medesimo. Questo elemento comune li caratterizza e al tempo stesso li differenzia sia dalla giurisdizione che dall'arbitrato, unitariamente indicati nel diritto internazionale come 'mezzi giurisdizionali', perché basati entrambi su un accordo che attribuisce effetti vincolanti alla sentenza (del giudice o dell'arbitro).

I mezzi diplomatici elencati nell'art. 33 della Carta sono i negoziati, l'inchiesta, la mediazione e la conciliazione. La Dichiarazione di Manila sul regolamento pacifico delle controversie internazionali del 1982, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con la risoluzione 37/10 del 15 novembre 1982 ⁽¹⁶⁾, nel riprodurre l'intero elenco non esaustivo dei mezzi di risoluzione, vi

⁽¹⁶⁾ UN Doc. A/RES/37/10, *Manila Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes*, Parte I, par. 5. La Dichiarazione è il primo importante strumento di lavoro del Comitato speciale sulla Carta delle Nazioni Unite e il rafforzamento del ruolo dell'Organizzazione, e costituisce uno dei suoi risultati più significativi: per la prima volta, un testo normativo sviluppava un piano globale per il consolidamento del quadro giuridico per la risoluzione pacifica delle controversie internazionali. Adottata su iniziativa dei c.d. Paesi non allineati (Egitto, Indonesia, Messico, Nigeria, Filippine, Romania, Sierra Leone e Tunisia), la Dichiarazione contiene un preambolo e due parti operative. La Parte I comprende i principi e le regole applicabili alla risoluzione pacifica delle controversie internazionali in quanto tali, tra cui l'esclusione esplicita di qualsiasi metodo di composizione che implichi l'uso o la minaccia della forza (Parte I, par. 13). La Parte II è dedicata alle modalità e ai mezzi previsti dalla Carta e dal diritto internazionale generale, con particolare attenzione al ruolo degli organi competenti delle Nazioni Unite a tal fine.

aggiunge i buoni uffici – che costituiscono anch’essi un mezzo amichevole di risoluzione delle controversie e una novità, dunque, rispetto alla formulazione della Carta.

a) Negoziati

I negoziati (secondo il termine generalmente in uso per la traduzione dall’inglese – ma ‘*negotiations*’ può tradursi anche come negoziazioni) sono considerati il mezzo di risoluzione più semplice, perché non coinvolge necessariamente un terzo ma ha luogo direttamente fra le parti: i negoziati implicano un rapporto diretto fra le parti, senza l’intervento di terzi.

Spesso l’esperimento infruttuoso dei negoziati costituisce una precondizione per il ricorso ad altri mezzi e talora una fase negoziale è prevista come opzionale nel corso delle stesse procedure giudiziali o quasi-giudiziali. Si tratta di uno dei mezzi cui è fatto più frequentemente ricorso ⁽¹⁷⁾.

Si discute – soprattutto nelle ipotesi in cui l’esperimento di ulteriori mezzi è condizionato all’insuccesso dei negoziati – se e quali obblighi il diritto internazionale imponga agli Stati parti di una controversia, quando questi decidono di avviare un negoziato.

Certamente, non vi sono obblighi di risultato dal momento che scopo del negoziato è facilitare una soluzione negoziata – e, se tale risultato non viene raggiunto, ciò non costituisce di per sé la violazione di un obbligo internazionale. Sussiste, tuttavia, l’obbligo di condurre i negoziati in buona fede.

⁽¹⁷⁾ Il rilievo è certamente fondato anche se il loro numero è difficile da quantificare per il carattere confidenziale che spesso li caratterizza. Rispetto ai negoziati, inoltre, non esiste alcuna forma di istituzionalizzazione, salvo rare eccezioni (es. nell’ambito dell’Unione Africana). Per un esempio di negoziati riusciti, con la conclusione del Trattato di Pace di Portsmouth che formalmente pose fine alla guerra fra Russia e Giappone all’inizio del XX secolo, e del ruolo che soggetti diversi dagli Stati possono svolgere nel corso dei negoziati (e così della ‘*multi-track diplomacy*’), si veda R. BRADLEY, *The Emergence of Multi-Track Diplomacy in International Dispute Resolution: The Treaty of Portsmouth and the Community that Made Peace Possible*, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2014, 85 ss.

Il principio della buona fede costituisce un principio generale del diritto internazionale il cui contenuto non si presta a facili definizioni o esemplificazioni. Riferito ai negoziati, esso implica per le parti l'obbligo di manifestare una qualche forma di disponibilità a cambiare la propria posizione⁽¹⁸⁾ – è evidente, tuttavia, che si tratta di un obbligo dal contenuto difficilmente definibile.

Le difficoltà di declinazione e articolazione del contenuto degli obblighi incombenti sugli Stati parte di una controversia internazionale che si siedono al tavolo dei negoziati mostrano i limiti ma al tempo stesso – ad avviso di chi scrive – anche la vera essenza e, quindi, la forza dei negoziati. I negoziati talora sono irrealizzabili – lo vediamo nel corso del conflitto russo-ucraino; ove possibili, possono essere comunque difficili, e in ogni caso possono fallire. Ciò nonostante, essi costituiscono la via maestra per la soluzione delle controversie internazionali, che quanto più sono complesse tanto più possono trovare una soluzione solo se questa è il risultato di negoziazioni fra le parti. Ed è precisamente tale base negoziale che può contribuire ad una soluzione duratura. Perché non solo l'*uso* ma altresì l'*efficacia* dei metodi internazionali di risoluzione delle controversie internazionali dipendono in ogni caso dal *consenso degli Stati* – anche quando, come si vedrà, è disponibile un meccanismo che porta a una decisione vincolante.

Come si è accennato, tutti i mezzi diplomatici diversi dai negoziati, prevedono l'intervento di un terzo, che deve essere accettato dalle parti della controversia.

Il terzo può essere un individuo che agisce in qualità privata, o il c.d. studioso esperto, un organo di un'organizzazione internazionale (ad esempio, il Segretario generale delle Nazioni Unite),

⁽¹⁸⁾ Così la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 1969 sulla piattaforma continentale del Mare del Nord, che ha anche affermato l'esistenza di un obbligo generale di negoziare quale applicazione particolare del principio della risoluzione pacifica delle controversie, enunciato nell'art. 33 Carta. C. Intern. Giust., 20 February 1969, No. 51 and 52, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*, in *I.C.J. Reports*, 1969, 3, 47-48, para. 85-86.

una organizzazione regionale come l'Unione africana o sovranazionale come l'U.E., uno Stato, il Vaticano, o altri.

b) Buoni uffici e mediazione

I buoni uffici rappresentano la forma più blanda di intervento di un terzo, che cerca di aprire un dialogo fra le parti, se le parti rifiutano di comunicare direttamente fra loro – così è stato, ad esempio, per l'intervento del Segretario generale delle Nazioni Unite all'inizio degli anni '80, in relazione alla questione delle Isole Falkland (Isole Malvinas) ⁽¹⁹⁾.

La mediazione prevede un intervento più autoritativo da parte del terzo, che tendenzialmente dovrebbe essere in grado di esercitare una pressione sulle parti affinché si rechino al tavolo, ma anche in relazione alle posizioni da assumere ai fini della soluzione della controversia.

Un esempio classico di mediazione è quella esercitata dagli Stati Uniti nell'ambito del conflitto arabo-israeliano, sfociata, dapprima, nella conclusione degli Accordi di Camp David del 1978 (a seguito dei quali Egitto e Israele firmarono il Trattato di pace nel 1979, sotto la Presidenza di James Carter) e, poi, negli Accordi di Oslo del 1993 fra Israele e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (noti anche come *Camp David II*), che hanno portato all'istituzione dell'Autorità Nazionale Palestinese – Presidente, Bill Clinton ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Su cui si veda il mandato del Consiglio di sicurezza con le risoluzioni 502 (1982) e 505 (1982), <https://www.un.org/securitycouncil/sites/www.un.org/securitycouncil/files/en/sc/repertoire/81-84/81-84_05.pdf#page=10> (01.05.2023).

⁽²⁰⁾ In argomento, può leggersi L. KRIESBERG, *Mediation and the Transformation of the Israeli-Palestinian Conflict*, in *Journal of Peace Research*, 2001, 373 ss.; J. JENSEHAUGEN, *Excluded Palestinians: Mediator Gatekeeping in the Israeli-Palestinian Conflict*, *FAIR Case Brief*, Oslo, 2022 (<<https://www.prio.org/publications/12951>>, 01.05.2023). Per una descrizione del quadro teorico fondamentale della mediazione internazionale e la discussione sullo stato dell'arte della mediazione multi-partitica con un'analisi approfondita di cinque casi di mediazione, tre dei quali con esito positivo (Tagikistan, Namibia e Cambogia), mentre due falliti (Sri Lanka e Kosovo), si veda S. VUKOVIC, *Interna-*

Un esempio di mediazione da parte di un piccolo Stato, difficile però da confermare, è il ruolo che può aver svolto l'Algeria nella soluzione della crisi degli ostaggi fra Iran e Stati Uniti, a seguito della presa dell'ambasciata statunitense a Teheran da parte di studenti rivoluzionari iraniani e del successivo fallimento dell'operazione di salvataggio da parte degli Stati Uniti ⁽²¹⁾.

Le Convenzioni de L'Aja del 1899 e del 1907 sulla risoluzione pacifica delle controversie internazionali, che hanno istituito la Corte permanente di arbitrato (così dette Convenzioni de L'Aja) ⁽²²⁾, prevedono il diritto di tutti gli Stati contraenti di offrire i propri buoni uffici o la propria mediazione alle parti di una controversia anche nel corso delle ostilità, e che l'esercizio di questo diritto non può mai essere considerato da nessuna delle parti in causa come un atto ostile.

c) *Inchiesta*

L'inchiesta (in inglese, 'inquiry' o 'fact-finding') prevede il ricorso ad organi che hanno un ruolo nell'accertamento dei fatti all'origine della controversia – accertamento che benché non vincolante, può influenzare le parti, indirizzandole verso una soluzione della controversia. È spesso utilizzata in aggiunta ad altri mezzi diplomatici.

Disposizioni per l'istituzione di commissioni di inchiesta sono previste, ad esempio, nelle Convenzioni de L'Aja sopra ricordate,

tional Multiparty Mediation and Conflict Management. Challenges of Cooperation and Coordination, Routledge, 2016 (disponibile in accesso aperto nel seguente sito: <<https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/46737>>).

⁽²¹⁾ R.M. SLIM, *Small-State Mediation in International Relations: The Algerian Mediation of the Iranian Hostage Crisis*, in J. BERCOVITCH, J.Z. RUBIN (eds.), *Mediation in International Relations. Multiple Approaches to Conflict Management*, London, 1992, 206 ss.

⁽²²⁾ *Convention for the Pacific Settlement of International Disputes*, The Hague, 29 July 1988; *Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (Hague Convention I)*, The Hague, 18 October 1907. La Corte permanente di arbitrato, su cui si veda il prossimo paragrafo, conta 122 Parti contraenti che hanno aderito a una o a entrambe le convenzioni istitutive, <<https://pca-cca.org/en/about/introduction/contracting-parties/>> (01.05.2023).

rispetto alle controversie di carattere internazionale che non coinvolgono né l'onore né gli interessi vitali e che derivano da una divergenza di opinioni su punti di fatto; l'utilizzo di tale strumento, tuttavia, si è rivelato nella pratica estremamente raro.

Più che come mezzo autonomo, l'inchiesta è utilizzata all'interno di specifici contesti istituzionali, in particolare nell'ambito delle Nazioni Unite.

d) Conciliazione

Il processo di conciliazione consiste nell'esame della controversia da parte di un terzo e la presentazione di una relazione contenente suggerimenti per la risoluzione della stessa. I rapporti di conciliazione propongono una soluzione e, come tali, non costituiscono decisioni vincolanti.

Sono moltissime le convenzioni multilaterali che prevedono la conciliazione come mezzo di risoluzione delle controversie fra le Parti contraenti; commissioni di conciliazione possono tuttavia essere istituite anche al di fuori del quadro di specifici trattati.

Nella prassi, esistono casi di conciliazione molto simili ai buoni uffici, ma un po' più strutturati; in altri, il procedimento è articolato come se si trattasse di un arbitrato, con la differenza che in caso di conciliazione la soluzione della controversia non si avrà con la pronuncia della commissione di conciliazione (che non è vincolante) ma – eventualmente – con l'accordo delle parti.

La conciliazione è stata utilizzata con successo, ad esempio, nella controversia fra Islanda e Norvegia relativa alla delimitazione della piattaforma continentale e allo sfruttamento delle risorse delle acque e dei fondi marini fra l'Islanda e l'isola Jan Mayen. La Commissione propose l'istituzione di una zona di sviluppo comune – soluzione accettata dalle parti, che difficilmente avrebbe potuto essere raggiunta da un organo giudicante incaricato di risolvere la controversia unicamente secondo diritto ⁽²³⁾.

⁽²³⁾ Il Rapporto della Commissione può leggersi in *International Legal Materials*, vol. 20, 1981, 797 ss., su cui si veda U. LINDERFALK, *The Jan Mayen Case (Iceland/Norway): An Example of Successful Conciliation*, 2016, SSRN:

Un altro esempio è la procedura di conciliazione prevista nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ⁽²⁴⁾, in relazione alle controversie che possono insorgere fra gli Stati parte in merito alla validità e all'estinzione di un trattato. Si tratta, tuttavia, di una procedura che non è mai stata utilizzata.

Anche la Convenzione sulla conciliazione e sull'arbitrato conclusa nell'ambito dell'Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (O.S.C.E.) ⁽²⁵⁾ prevede una Corte di conciliazione e di arbitrato per la risoluzione pacifica di qualsiasi controversia tra gli Stati parte ad essa sottoposte. Queste possono includere conflitti relativi all'integrità territoriale, alla delimitazione marittima o a questioni ambientali ed economiche. Il principale meccanismo offerto dalla Convenzione O.S.C.E. è la conciliazione, che ha lo scopo di proporre termini di risoluzione agli Stati parte di una controversia. Questo meccanismo può essere attivato unilateralmente da qualsiasi Stato parte di una controversia con un altro Stato contraente, che non sia stata risolta entro un ragionevole periodo di tempo attraverso la negoziazione. Al termine del procedimento, la commissione di conciliazione presenta alle Parti un rapporto e delle raccomandazioni. Le Parti hanno trenta giorni di tempo per decidere se accettarle o meno. Se non si raggiunge un accordo entro tale termine e se le parti hanno concordato di sottoporsi all'arbitrato, può essere istituito un tribunale arbitrale *ad hoc* il cui lodo sarà giuridicamente vincolante per le parti. Il pro-

<<https://ssrn.com/abstract=2783622>> oppure <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2783622>> (01.05.2023).

⁽²⁴⁾ *Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969, *U.N. Treaty Series*, vol. 1155, 331 ss. Su tale procedura, che ancora attende di essere esperita per la prima volta, dopo oltre mezzo secolo dall'entrata in vigore della Convenzione di Vienna, sia consentito rinviare a A. CIAMPI, *Invalidity and Termination of Treaties and Rules of Procedure*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, 360 ss.

⁽²⁵⁾ *Convention on Conciliation and Arbitration within the CSCE*, Stockholm, 15 December 1992, <<https://www.osce.org/court-of-conciliation-and-arbitration/111409>> (01.05.2023).

cedimento arbitrale può anche essere avviato di comune accordo tra gli Stati interessati. La Corte di conciliazione e di arbitrato è stata istituita nel 1995, come organo permanente con sede a Ginevra, con il potere di creare commissioni di conciliazione e tribunali arbitrali *ad hoc*, su richiesta degli Stati. Finora, tuttavia, è rimasta inattiva, perché gli Stati non l'hanno utilizzata.

Sulla base di quanto fin qui esposto, risulta evidente che i mezzi amichevoli di risoluzione delle controversie, in generale, sono sia un mezzo autonomo di risoluzione delle controversie sia un mezzo complementare ai mezzi giudiziari (una combinazione dei due è possibile e persino comune nelle cause internazionali). Nella prassi, la risoluzione delle controversie deve essere vista come un *continuum* fra gli uni e gli altri, e lo scenario è quello di una concorrenza tra diversi metodi di risoluzione delle controversie ⁽²⁶⁾.

Occorre dunque ora approfondire la natura e i meccanismi per la risoluzione c.d. giurisdizionale delle controversie internazionali.

5. (segue) *La funzione giurisdizionale internazionale.* – La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale è un mezzo di risoluzione delle controversie di carattere eccezionale.

Al riguardo, la differenza con gli ordinamenti interni non potrebbe essere più marcata.

⁽²⁶⁾ Per un esempio paradigmatico, si veda la controversia sul legname di conifere fra Canada e Stati Uniti che ha visto l'interazione fra meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali secondo le regole dei diversi capitoli del *North American Free Trade Agreement*, il sistema di risoluzione delle controversie dell'O.M.C. e i procedimenti arbitrali interstatali condotti presso la *London Court of International Arbitration* (oltre al contenzioso nazionale e all'arbitrato sugli investimenti), su cui L. GUGLYA, *The Interplay of International Dispute Resolution Mechanisms: the Softwood Lumber Controversy*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, 175 ss. In generale, G. ABI-SAAB, *Chapter 16. Negotiation and Adjudication: Complementarity and Dissonance*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, M.G. KOHEN, J.E. VINUALES (eds.), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, cit., 327 ss.

Negli ordinamenti interni, tutte le controversie possono trovare un giudice, e anzi debbono trovarlo in virtù del diritto alla tutela giurisdizionale previsto dalle costituzioni moderne nonché del diritto di accesso ad un giudice, quale garanzia essenziale del giusto processo e, quindi, come diritto umano fondamentale. Nell'ordinamento internazionale, invece, l'azionabilità dinanzi ad un giudice è possibile solo in quanto vi sia il *consenso* degli Stati: consenso che normalmente non sarà dato in concreto, una volta sorta la controversia, ma prestato prima per categorie di controversie. Ne consegue che uno Stato che – in ipotesi – per politica non presta il proprio consenso, sfugge interamente alla prospettiva giurisdizionale (anche se non alle regole di diritto internazionale).

A ciò si aggiunge l'elemento della scarsa *utilizzazione* che caratterizza la maggior parte dei mezzi giurisdizionali di risoluzione delle controversie. È importante sottolineare, infatti, che l'esistenza di una base consensuale per dirimere una controversia dinanzi ad un organo di risoluzione giudiziale o arbitrale, non determina che per ogni controversia che insorge, il mezzo previsto sia esperito.

Sotto questo profilo, solo apparentemente non vi è differenza fra controversie interne (o comunque fra privati) e controversie internazionali fra Stati. È vero, infatti, che anche sul piano interno l'esistenza di un giudice per qualunque controversia non si traduce necessariamente nel ricorso alla tutela giurisdizionale. Vi sono gradi diversi di litigiosità – misurabili, ad esempio, attraverso i numeri dei ricorsi esperiti annualmente da ogni cittadino – che variano da Paese a Paese, in relazione alla materia, al momento storico, ecc.

A differenza di quanto avviene rispetto alle controversie interne, tuttavia, la scarsa utilizzazione del mezzo giurisdizionale può trovare fondamento, in primo luogo, nella *difficoltà politica* per uno Stato di affrontare il rischio di una sconfitta in relazione a

controversie con una valenza politica (che a dire il vero caratterizza tutte le controversie internazionali) ⁽²⁷⁾.

Un altro dei motivi per cui gli Stati sono restii a portare le loro controversie davanti ad un giudice o arbitro internazionale è l'*incertezza del diritto* da applicare, anche se le regole sono scritte (trattati); a maggior ragione, tale incertezza sussiste quando il diritto applicabile è costituito dalle regole non scritte del diritto internazionale generale (consuetudini o principi generali) ⁽²⁸⁾.

La differenza fondamentale rimane comunque quella sopra ricordata, e cioè che mentre sul piano interno tutte le controversie possono trovare un giudice, sul piano internazionale la possibilità di ricorso giurisdizionale è limitata alle ipotesi in cui entrambi gli Stati parte della controversia vi abbiano consentito, preventivamente e in via generale oppure con una manifestazione *ad hoc*.

Come si è detto, la funzione giurisdizionale internazionale da intendersi in senso ampio – comprensiva, cioè, anche della funzione arbitrale, oltre che della funzione giudiziale in senso stretto ⁽²⁹⁾.

L'una e l'altra consistono infatti in mezzi che per natura sfociano in una soluzione della controversia vincolante per le parti.

⁽²⁷⁾ Si tratta di un fenomeno simile alla tendenza delle grandi imprese, in particolare multinazionali, a transigere controversie dall'esito incerto, anche a fronte del pagamento di enormi somme di denaro, piuttosto che sopportare il rischio di una sconfitta che potrebbe essere ancora più costosa in termini di danno all'immagine di fronte ai propri consumatori e ai propri *competitors*.

⁽²⁸⁾ Si veda al riguardo l'art. 38, par. 1, Statuto della Corte internazionale di giustizia, generalmente considerato ricognitivo delle fonti di diritto internazionale (oltre che del diritto applicabile dalla Corte nelle controversie che le sono sottoposte): «*The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c) the general principles of law recognized by civilized nations; d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law*».

⁽²⁹⁾ Anche secondo il *White Paper*, cit., ad esempio: «l'arbitrato è un metodo giudiziario di risoluzione delle controversie».

Rientrano, dunque, in questa categoria sia il ricorso ad un tribunale internazionale permanente – come la Corte internazionale di giustizia, il Tribunale internazionale del mare, ma anche la Corte europea dei diritti dell'uomo quando giudica su ricorso di uno Stato parte contro un altro Stato parte ⁽³⁰⁾ – sia il ricorso ad un arbitro o tribunale arbitrale – comunque costituito e composto ⁽³¹⁾.

Rispetto all'arbitrato, la figura del tribunale internazionale permanente è molto recente e risale ad appena un secolo fa, con l'istituzione, nell'ambito della Società delle Nazioni (l'antecedente dell'O.N.U.), della Corte permanente di giustizia internazionale cui è succeduta – a seguito della creazione dell'O.N.U. – la Corte internazionale di giustizia.

Ancora più recente è il fenomeno noto come proliferazione di corti e tribunali internazionali, che ha caratterizzato l'ultimo scorcio del secolo scorso, successivamente alla fine della Guerra fredda, e con il quale le modalità di giudizio hanno subito uno sviluppo esponenziale. Dal 1993 al 2009, infatti, sono stati istituiti ventisette nuovi organi giudiziari internazionali, diciassette solo dal 2000 ⁽³²⁾; molti di questi sono tribunali internazionali penali o tri-

⁽³⁰⁾ In argomento, può leggersi il lavoro sempre attuale di D. SPIELMANN, J. DARCY, *The European Court of Human Rights as Guarantor of a Peaceful Public Order in Europe*, in *Cyprus Human Rights Law Review*, 2014, 106 ss.

⁽³¹⁾ Come indicato in Premessa (*supra* par. 1), non ricomprendiamo invece in questa categoria organi che non appartengono al tipo puro di organi giudiziari, perché le loro decisioni non sono formalmente vincolanti, anche se hanno un ruolo e un funzionamento che li avvicinano singolarmente ad essi (quali la possibilità di deferimento da parte degli Stati e l'emissione di decisioni basate sul diritto da parte di un terzo indipendente e imparziale). Questi organi, generalmente descritti come mezzi 'quasi-giudiziari', esistono sia in campo economico (ad esempio, il meccanismo di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, O.M.C., basato sulla costituzione di *panels* e l'istituzione come organo permanente di un *Appellate Body*) sia nel campo dei diritti umani, dove sono particolarmente numerosi (solo nell'ambito dell'O.N.U. esistono nove organismi principali di composizione delle controversie: c.d. *human rights treaty bodies*).

⁽³²⁾ C.P.R. ROMANO, K.J. ALTER, Y. SHANY, *Annex 1: International Judicial Bodies: Recapitulation*, in C.P.R. ROMANO, K.J. ALTER, Y. SHANY (eds.), *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford, 2013, 899 ss. Sulle ragioni

bunali amministrativi, che quindi non regolano controversie fra Stati; ma la risoluzione delle controversie interstatali attraverso il ricorso a corti e tribunali è cresciuta gradualmente oltre che con la creazione di nuovi meccanismi istituiti a tal fine, anche attraverso l'utilizzazione delle corti e dei tribunali già esistenti. Si è trattato tuttavia di un fenomeno probabilmente temporaneo, la cui forza – come vedremo ⁽³³⁾ – sembra essersi in gran parte esaurita ⁽³⁴⁾.

Ci soffermeremo quindi, segnatamente, sulla giurisdizione della Corte internazionale di giustizia e le caratteristiche dell'arbitrato internazionale ⁽³⁵⁾.

del fenomeno, può leggersi E.A. POSNER, J.C. YOO, *Judicial Independence in International Tribunals*, in *California Law Review*, 2005, 1 ss; e L.R. HEIFER, A.-M. SLAUGHTER, *Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo*, *California Law Review*, 2005, 899 ss. Sui suoi effetti, R.O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER, *Legalized Dispute Resolution: Interstate and Transnational*, in *International Organization*, 2000, 457 ss.; M. FINNEMORE, S.J. TOOPE. *Alternatives to 'Legalization': Richer Views of Law and Politics*, *International Organization*, 2001, 743 ss.

⁽³³⁾ Sul punto *infra*, par. 7.

⁽³⁴⁾ Dal 2010, è stato istituito un solo tribunale internazionale, la Corte della Comunità economica eurasiatica, poi sostituita dalla Corte dell'Unione economica eurasiatica. *Ibidem*. Nel senso indicato nel testo, A. LANG, *op. cit.*, 48, secondo il quale: «*The 'temporary golden age' of international courts is likely over. States seeking to provide oversight mechanisms and individual remedies at the international level are likely to opt for less intrusive and more flexible alternatives to adjudication*». In argomento, possono leggersi, M.R. MADSEN, P. CEBULAK, M. WIEBUSCH, *Backlash Against International Courts: Explaining the Forms and Patterns of Resistance to International Courts*, in *International Journal of Law in Context*, 2018, 197 ss.; E. VOETEN, *Populism and Backlashes Against International Courts*, in *Perspectives on Politics*, 2020, 407 ss.; D. ABEBE, T. GINSBURG, *The Dejudicialization of International Politics?*, in *International Studies Quarterly*, 2019, 521 ss.

⁽³⁵⁾ Per una analisi comparativa della procedura applicabile nei vari organismi di risoluzione delle controversie interstatali, compresi i tribunali internazionali e regionali, e l'arbitrato, si veda E. DE BRABANDERE (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach (Studies on International Courts and Tribunals)*, Cambridge, 2021.

a) *Corte internazionale di giustizia*

La Corte internazionale di giustizia è stata istituita sulla base dello Statuto allegato alla Carta dell'O.N.U., di cui sono parte *ipso facto* tutti i membri dell'O.N.U., ma di cui possono far parte anche Stati non membri (è stato il caso della Svizzera dal 1948 fino alla sua adesione alla Carta O.N.U. nel 2002). La Carta la definisce «*the principal judicial organ of the United Nations*» (art. 92).

È composta di quindici giudici nominati con una votazione conforme dell'Assemblea generale e del Consiglio di sicurezza, seguendo una ripartizione, non scritta nello Statuto, di carattere geo-politico. Il Presidente è nominato internamente dai giudici per tre anni. Accanto ai quindici giudici, ci sono i giudici *ad hoc*, i quali possono essere nominati per una particolare causa, per assicurare che gli Stati parte della controversia abbiano una qualche forma di rappresentanza nella Corte (art. 31 Statuto); se nessuno dei due Stati parte della controversia ha un proprio cittadino, entrambe le parti possono nominare un giudice *ad hoc* – e quindi si possono avere fino a 17 giudici. La Corte può in qualunque momento formare una camera (*chambre*) di cinque giudici (art. 26 Statuto), di cui due anche in questo caso aventi la nazionalità degli Stati parte della controversia. È questa una particolarità della funzione giudiziaria internazionale, che non incide sul suo esercizio indipendente e imparziale, ma è prevista – anche per altri tribunali internazionali, come la Corte europea dei diritti dell'uomo – a garanzia degli Stati parte della controversia ed avvicina la funzione giudiziale alla situazione dell'arbitrato.

Oltre alla funzione di risoluzione delle controversie (c.d. funzione contenziosa), la Corte internazionale di giustizia ha una funzione consultiva, che si estrinseca in pareri non vincolanti su questioni giuridiche⁽³⁶⁾. Entrambe possono esercitarsi solo in re-

⁽³⁶⁾ La funzione consultiva può essere esercitata su richiesta del Consiglio di sicurezza o dell'Assemblea generale (i quali possono chiedere un parere su qualunque questione giuridica) nonché di altri organi dell'O.N.U. e istituti specializzati auto-

lazione a controversie giuridiche, cioè suscettibili di essere risolte attraverso l'accertamento della regola applicabile al caso concreto; quando invece, come spesso accade, ci sono elementi di carattere politico, che non trovano fondamento nelle regole giuridiche, per questa parte, la controversia non è sottoponibile alla Corte, ma rimane la possibilità di ricorso ai negoziati o altri mezzi diplomatici.

Come si è accennato (*supra*, par. 3), vari sono i modi in cui gli Stati possono attribuire competenza alla Corte, sia prima che – più raramente – dopo l'insorgere della controversia. In questa seconda ipotesi rientrano il compromesso e la proroga di competenza.

Il *compromesso* è un istituto sostanzialmente simile a quello previsto nel nostro codice di procedura civile per l'arbitrato fra privati (ai sensi dell'art. 807 c.p.c.): è un accordo con il quale gli Stati decidono di deferire alla Corte tutta o solo parte della controversia fra di loro insorta, perché la decida – con la differenza fondamentale che in questo caso l'accordo non ha anche l'effetto (negativo) di sottrarre la controversia alla competenza di un (altro) giudice, ma solo quello (positivo) attributivo di competenza alla Corte internazionale di giustizia.

La *proroga di competenza* (c.d. *forum prorogatum*) si realizza quando il consenso delle parti di attribuire alla Corte la competenza in relazione ad una controversia già sorta, si forma in un momento successivo all'instaurazione del procedimento. Ciò avviene se a seguito dell'introduzione della causa da parte dello Stato attore in mancanza di previa base consensuale, lo Stato convenuto

rizzati dall'Assemblea generale (limitatamente alle questioni giuridiche che sorgono nell'ambito della loro attività). Un'ipotesi particolarissima di esercizio della funzione consultiva riguarda le controversie fra Stati e organizzazioni internazionali. Poiché a queste ultime è precluso l'accesso alla funzione contenziosa – solo gli Stati possono essere parti di controversie internazionali dinanzi alla Corte internazionale di giustizia – tali controversie possono tuttavia essere portate di fronte alla Corte nell'esercizio della sua funzione consultiva – previo accordo fra lo Stato e l'organizzazione internazionale parti della controversia a considerare vincolante (e quindi risolutivo) il parere reso dalla Corte.

si costituisce e accetta la competenza della Corte, anziché eccepire il difetto di giurisdizione. Si tratta di un'ipotesi che non si realizza molto spesso, ma che può verificarsi quando la parte convenuta ha interesse a mostrarsi come uno Stato che non si sottrae alla soluzione giudiziale della controversia da parte della Corte internazionale di giustizia ⁽³⁷⁾.

Assai più frequenti sono le ipotesi in cui il consenso è espresso preventivamente, tramite il c.d. trattato di regolamento giudiziario, la clausola compromissoria oppure le dichiarazioni di cui all'art. 36 Statuto della Corte. Taluni di questi strumenti anziché attribuire direttamente un potere di azione, obbligano gli Stati alla stipulazione di un compromesso. Generalmente, tuttavia, essi sono interpretati dalla Corte internazionale di giustizia come attributivi del *potere di azione*, quindi senza necessità di stipulare un compromesso. Si parla al riguardo di *giurisdizione obbligatoria*, nel senso ormai noto: non vi è obbligo, cioè, di adire la Corte, ma a fronte dell'esercizio, da parte di uno Stato, del potere di adire *unilateralmente* la Corte, sussiste l'obbligo dell'altro (o degli altri Stati) parte della controversia di sottoporsi alla sua giurisdizione ⁽³⁸⁾.

Il *trattato di regolamento giudiziario* è un accordo fra due o più Stati che attribuisce competenza alla Corte per tutte le controversie, o le categorie di controversie ivi previste, fra gli Stati parte.

⁽³⁷⁾ Così in due casi avviati nei confronti della Francia da parte di due *ex* colonie francesi, Gibuti e la Repubblica del Congo: *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, 2008; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, 2010 (<<https://www.icj-cij.org/contentious-cases>>, 01.05.2023).

⁽³⁸⁾ Come è stato efficacemente affermato, la giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia è lo strumento attraverso il quale Davide e Golia sono messi sullo stesso piano ai fini della risoluzione delle controversie giuridiche tra di loro. J. BEN *et al.*, *Debate: Compulsory Jurisdiction in International Dispute Settlement: Beyond David versus Goliath?*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 111, 2017, 129 ss.

L'esempio più rilevante per l'Italia è la Convenzione europea per la risoluzione pacifica delle controversie del 1957⁽³⁹⁾ – ad oggi in vigore fra 14 Stati membri del Consiglio d'Europa – secondo cui possono essere sottoposte alla Corte internazionale di giustizia «*all international legal disputes which may arise between them including, in particular, those concerning: a) the interpretation of a treaty; b) any question of international law; c) the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; d) the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation*» (art. 1).

Questa disposizione della Convenzione, ratificata dall'Italia il 29 gennaio 1960 e dalla Germania il 18 aprile 1961, ha costituito, fra l'altro, la base consensuale per il noto caso *Germania c. Italia* a proposito delle immunità giurisdizionali dello Stato tedesco⁽⁴⁰⁾, in relazione alle cause di risarcimento danni intentate dinanzi ai tribunali italiani per le deportazioni e i lavori forzati nel corso della II guerra mondiale.

Con la *clausola compromissoria* sono generalmente deferite alla Corte internazionale di giustizia (o ad un altro giudice o arbitro internazionale) tutte le controversie relative all'interpretazione e applicazione del trattato in cui essa è inserita.

Un esempio storicamente importante e di grande rilevanza nella prassi è la clausola giudiziaria di cui all'art IX Convenzione sulla prevenzione e punizione del crimine di genocidio del 1948⁽⁴¹⁾, secondo cui le controversie tra le Parti contraenti relative

⁽³⁹⁾ *European Convention for the Peaceful Settlement of Disputes*, Strasbourg, 29 aprile 1957, *European Treaty Series No. 23*.

⁽⁴⁰⁾ Corte Intern. Giust., Judgment 3 February 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, 2012 – rispetto alla cui esecuzione la Germania ha introdotto nel 2022 un nuovo procedimento, pendente alla data in cui si scrive: *Questions of jurisdictional immunities of the State and measures of constraint against State-owned property (Germany v. Italy)*, <<https://www.icj-cij.org/contentious-cases>> (01.05.2023).

⁽⁴¹⁾ *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Paris, 9 December 1948, *United Nations Treaty Series*, vol. 78, 277 ss.

all'interpretazione, all'applicazione o all'adempimento della Convenzione, comprese quelle relative alla responsabilità di uno Stato per il genocidio o per qualsiasi degli altri atti ivi enumerati, saranno sottoposte alla Corte internazionale di giustizia su richiesta di una qualsiasi delle parti della controversia. Come si è detto, si tratta di giurisdizione obbligatoria, nel senso che la clausola compromissoria attribuisce a ciascuno Stato parte del trattato il potere di azione, ossia di adire unilateralmente la Corte.

Questa disposizione ha costituito, da ultimo, la base per il ricorso dell'Ucraina nei confronti della Federazione russa, successivamente all'invasione del 23 febbraio 2022 ⁽⁴²⁾.

Fra gli Stati che hanno depositato una riserva in relazione all'art. IX per escludere la giurisdizione obbligatoria della Corte internazionale di giustizia (circa una quindicina, fra cui gli Stati Uniti, degli oltre 150 Stati parte della Convenzione) non figurano più né la Federazione Russa né l'Ucraina, che l'hanno ritirata nel 1989 – dopo averla formulata allora come Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche e Repubblica Socialista Sovietica Ucraina (insieme alla Repubblica Socialista Sovietica Bielorussa). Storicamente, infatti, i Paesi socialisti che avevano dapprima contestato la competenza della Corte internazionale di giustizia, hanno mutato il loro atteggiamento, proponendo la conclusione di un trattato di regolamento giudiziario ovvero accettando clausole compromissorie come quella contenuta nella Convenzione sulla prevenzione e repressione del genocidio.

Il ricorso dell'Ucraina contro la Russia è particolarmente interessante perché prospetta, per la prima volta, dinanzi alla Corte un'azione di accertamento negativo: la domanda ucraina è infatti volta a far dichiarare l'insussistenza in territorio ucraino di atti di genocidio ai danni della popolazione russofona nelle regioni di Luhansk e Donetsk – genocidio che, come noto, ha costituito la

⁽⁴²⁾ Corte Intern. Giust., *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, <<https://www.icj-cij.org/contentious-cases>> (01.05.2023).

giustificazione ufficiale, da parte della Federazione russa, del riconoscimento delle c.d. Repubblica Popolare di Donetsk e Repubblica Popolare di Luhansk e della successiva ‘operazione militare speciale’, e continua ad essere rappresentato per giustificare l’occupazione e la prosecuzione del conflitto⁽⁴³⁾. La Corte internazionale di giustizia, che secondo il principio generale della *Kompetenz-Kompetenz* ha competenza a statuire in maniera vincolante per le parti sulla propria competenza, non si è ancora pronunciata in via definitiva. Nell’ordinanza sulle misure cautelari richieste dall’Ucraina⁽⁴⁴⁾, ha tuttavia riconosciuto l’esistenza *prima facie* «*of a dispute relating to the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention*» ai sensi dell’art. IX Convenzione, con una motivazione che lascia poche incertezze sull’affermazione in via definitiva della sussistenza della sua giurisdizione.

Un altro – ultimo – strumento di attribuzione di competenza alla Corte internazionale di giustizia (anch’esso invocato, peraltro, dall’Ucraina nel ricorso sopracitato), è previsto nell’art. 36, par. 2, del suo Statuto, secondo cui tutti gli Stati parte dello Statuto possono «*at any time declare that they recognize as compulsory ipso facto and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, the jurisdiction of the Court*». A differenza degli altri fin qui esaminati (in particolare, compromesso e clausola compromissoria), si tratta di uno strumento suscetti-

⁽⁴³⁾ Nel procedimento, hanno formulato dichiarazioni di intervento a sostegno dell’Ucraina, 33 Stati: nell’ordine, Lettonia, Lituania, Nuova Zelanda, Regno Unito, Germania, Stati Uniti, Svezia, Francia, Romania, Italia, Polonia, Danimarca, Irlanda, Finlandia, Estonia, Spagna, Australia, Portogallo, Austria, Lussemburgo, Grecia, Croazia, Repubblica ceca, Bulgaria, Malta, Norvegia, Belgio, Canada e Paesi Bassi, Slovacchia, Slovenia, Cipro e Liechtenstein.

⁽⁴⁴⁾ Corte Intern. Giust., Order 16 March 2022, Request for the indication of provisional measures, *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* <<https://www.icj-cij.org/contentious-cases>> (01.05.2023).

bile di operare esclusivamente in relazione alla Corte internazionale di giustizia.

Formalmente, esso consiste in *dichiarazioni unilaterali* con le quali gli Stati accettano la competenza della Corte per le controversie o categorie di controversie ivi indicate, con Stati che abbiano fatto, in tutto o in parte, la medesima dichiarazione. Rispetto alle categorie indicate nell'art. 36, par. 1 cit. ⁽⁴⁵⁾, infatti, uno Stato può escludere talune controversie formulando apposita riserva. La regola è che per le controversie rispetto alle quali uno Stato non accetta di essere convenuto, non può nemmeno agire come attore; la competenza cioè sussiste sulla base della reciprocità, per le parti comuni delle dichiarazioni.

Nella prassi, si registra una tendenza generale verso una crescita della competenza della Corte internazionale di giustizia.

Come si è accennato, i Paesi socialisti che storicamente la avevano contestata, hanno mutato la loro posizione. I Paesi occidentali, invece, tradizionalmente favorevoli all'esercizio della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia, dopo aver assunto un atteggiamento più critico nei confronti della stessa, hanno di nuovo rovesciato la loro posizione. Il Regno Unito, in particolare, si è fatto promotore dell'accettazione della giurisdizione della Corte specificamente attraverso le dichiarazioni unilaterali di cui all'art. 36, par. 2, Statuto. Ad oggi, sono 73 gli Stati che hanno depositato presso il Segretario generale dell'O.N.U. tale dichiarazione ⁽⁴⁶⁾. L'Italia l'ha depositata il 24 novembre 2014, con una accettazione generale che opera in relazione a qualunque altro Stato che abbia formulato la medesima dichiarazione, per tutte le controversie insorte successivamente al deposito e relative a situazioni

⁽⁴⁵⁾ L'art. 36, par. 2, nell'ultima parte, fa riferimento a tutte le controversie giuridiche («*all legal disputes*») relative a: «*the interpretation of a treaty; any question of international law; the existence of any fact which, if established, would constitute a breach of an international obligation; the nature or extent of the reparation to be made for the breach of an international obligation*».

⁽⁴⁶⁾ Il relativo elenco è disponibile sul sito della Corte internazionale di giustizia all'indirizzo <<https://www.icj-cij.org/declarations>> (01.05.2023).

o fatti successivi a tale data, con due sole eccezioni. La prima riserva riguarda l'esclusione delle controversie per le quali le parti abbiamo previsto il ricorso, in via esclusiva, ad un altro metodo di risoluzione delle controversie. La seconda eccezione concerne le ipotesi in cui l'altro Stato parte della controversia abbia accettato la giurisdizione della Corte esclusivamente in relazione a quella specifica controversia oppure meno di 12 mesi prima dell'introduzione del ricorso alla Corte ⁽⁴⁷⁾.

Dal punto di vista dell'applicazione pratica, fino alla fine del secolo scorso, gli Stati sono stati molto riluttanti ad utilizzare la competenza della Corte, ricorrendovi soprattutto per le controversie di carattere territoriale o relative alla delimitazione dei poteri degli Stati. Più recentemente, la Corte è stata investita di controversie non solo più numerose ma anche di considerevole importanza dal punto di vista del contenuto e del rilievo politico delle questioni coinvolte (attinenti, ad esempio, all'uso della forza, alle discriminazioni razziali, al genocidio ecc.).

Il numero di controversie decise dalla Corte internazionale di giustizia rimane, tuttavia, estremamente limitato, se comparato con quello complessivo delle controversie internazionali fra Stati. Il dato non è privo di significato, perché – come si avrà modo di chiarire ulteriormente più avanti – dal grado di utilizzazione della Corte e degli altri mezzi giudiziali e arbitrali dipende il rilievo della funzione di prevenzione delle controversie internazionali, cui tutti i mezzi di risoluzione dovrebbero per il solo fatto di esistere, contribuire.

b) Arbitrato

Come nel diritto privato, gli arbitri nell'ordinamento internazionale non sono precostituiti. Normalmente, l'arbitrato internazionale fra Stati è *ad hoc*, cioè gli arbitri sono scelti dagli Stati quando sorge la controversia, senza il supporto amministrativo e regolamentare di un'istituzione arbitrale. Ma può essere anche

⁽⁴⁷⁾ Il testo della Dichiarazione può leggersi in <<https://www.icj-cij.org/declarations/it>> (01.05.2023).

preorganizzato (e quindi amministrato); per esempio, quando si svolge nell'ambito della Corte permanente di arbitrato.

Nonostante il nome, la Corte permanente di arbitrato non è né una corte né un tribunale arbitrale, ma un'organizzazione internazionale, la cui istituzione risale al 1899, con lo scopo di fornire alla comunità internazionale una serie di servizi relativi alla risoluzione delle controversie. Fra le sue funzioni, rientra anche quella di amministrare gli arbitrati fra Stati; a tal fine la Corte predispone elenchi di arbitri e regolamenti che le parti possono rendere applicabili alla procedura arbitrale⁽⁴⁸⁾.

Il fondamento del vincolo della sentenza arbitrale è l'accordo delle parti, che può esprimersi attraverso un compromesso *ad hoc*, un trattato generale di arbitrato, o una clausola compromissoria inserita in un trattato – esattamente come per il ricorso alla Corte internazionale di giustizia (con la differenza che, come si è detto, per l'arbitrato non esiste il meccanismo delle dichiarazioni unilaterali). Ad esempio, secondo la Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare⁽⁴⁹⁾, di cui sono parte 168 Stati, l'arbitrato è il mezzo principale per la soluzione delle controversie fra gli Stati parte.

L'arbitro o tribunale arbitrale investito di una controversia fra Stati può pronunciare secondo diritto o sulla base dell'equità, a seconda della volontà delle parti che stabiliscono la sua competenza.

Anche la validità della sentenza arbitrale dipende dall'accordo, che la definisce implicitamente. Se l'arbitro sconfinava dai propri poteri, perché, ad esempio, non rispetta il contraddittorio, l'invalidità può essere sanata dall'acquiescenza della parte che potrebbe far valere il motivo di invalidità – sennonché nell'ordinamento internazionale non esiste una funzione giurisdizionale or-

⁽⁴⁸⁾ Queste ed altre informazioni sono reperibili sul sito ufficiale della Corte permanente di arbitrato: <<https://pca-cpa.org>>.

⁽⁴⁹⁾ *United Nations Convention on the Law of the Sea*, Montego Bay, 10 December 1982, *United Nations Treaty Series*, No. 81, 1999.

ganizzata, e pertanto solo eccezionalmente una nuova controversia sulla validità della sentenza arbitrale potrà essere instaurata davanti alla Corte internazionale di giustizia (o un altro giudice o arbitro).

Come il ricorso alla Corte internazionale di giustizia, il fenomeno dell'arbitrato ha avuto sviluppi alterni ⁽⁵⁰⁾.

6. Implicazioni del carattere (necessariamente) consensuale della funzione giurisdizionale internazionale. – Quanto sopra esposto mostra, ad avviso di chi scrive, che la caratteristica più precipua di *tutti* i meccanismi di risoluzione delle controversie internazionali è la *consensualità*. Ciò che evidentemente costituisce un ribaltamento di prospettiva rispetto alla soluzione delle controversie sul piano degli ordinamenti interni.

Tutti i mezzi *diplomatici* di risoluzione delle controversie possono essere liberamente seguiti o non seguiti – lo stesso obbligo generale di negoziare non si traduce necessariamente, come si è visto, in un risultato significativo. Anche se le parti decidono di farvi ricorso, sono mezzi che facilitano, ma non conducono necessariamente a, un accordo risolutivo della controversia.

⁽⁵⁰⁾ Per uno studio empirico in relazione alle controversie territoriali, dei meccanismi e delle caratteristiche che influenzano le decisioni degli Stati nella scelta dei metodi di risoluzione pacifica (lo stato di diritto interno piuttosto che il *record* di vittorie e sconfitte), si vedano E.J. POWELL, K.E. WIEGAND, *Strategic Selection: Political and legal mechanisms of territorial dispute resolution*, in *Journal of Peace Research*, 2014, 361 ss.; E.J. POWELL, *Islamic Law States and Peaceful Resolution of Territorial Disputes*, in *International Organization*, 2015, 777 ss. Sul ricorso e sulle potenzialità dell'arbitrato per la risoluzione pacifica delle controversie transfrontaliere in materia di acqua dolce, T. MESHEL, *The evolution of interstate arbitration and the peaceful resolution of transboundary freshwater disputes*, in *Journal of Dispute Resolution*, 2016, 361 ss. Sulla relazione fra interdipendenza economica e risoluzione pacifica delle controversie commerciali fra Stati, M.R. GARFINKEL, C. SYROPOULOS, *International Trade and Stable Resolutions of Resource Disputes*, *CESifo Working Paper No. 10040*, 2022, <<https://ssrn.com/abstract=4259637>> (01.05.2023).

Nell'uno e nell'altro caso, la controversia continua, a meno che non si estingua per stanchezza, acquiescenza o comunque a causa del mutato atteggiamento di una o di entrambe le parti.

Gli scenari non mutano radicalmente neppure quando è prevista la possibilità di esperire mezzi giudiziali e/o arbitrari di risoluzione della controversia.

Il ricorso ad un metodo giurisdizionale di risoluzione delle controversie è, come si è visto, obbligatorio quando il consenso è prestato prima che la controversia sorga, o per una determinata categoria di controversie (spesso direttamente collegata al trattato che contiene la clausola giurisdizionale) o unilateralmente per tutte le controversie tranne quelle soggette a riserva (quando possibile), come nel contesto delle dichiarazioni di accettazione della giurisdizione della Corte internazionale di giustizia (che solo 74 Stati hanno formulato e mantenuto fino ad oggi). Gli altri casi di composizione attraverso la pronuncia di un terzo vincolante per le parti sono facoltativi, nel senso che il consenso viene dato solo dopo che la controversia è sorta.

Anche quando è obbligatorio (*'compulsory'*), tuttavia, il mezzo giurisdizionale potrebbe non essere esperito.

Come abbiamo avuto modo di osservare, una serie di fattori (attinenti a considerazioni di carattere politico, all'incertezza sul diritto applicabile, ecc.) contribuisce a limitare il ricorso da parte degli Stati ai mezzi giurisdizionali di risoluzione delle controversie internazionali, in misura assai più significativa di quanto non avvenga rispetto al ricorso al giudice da parte dei privati sul piano interno.

Nonostante la differenza fondamentale fra gli uni e gli altri, non vi è dunque una contrapposizione netta, ma un *continuum* fra metodi amichevoli e risoluzione giudiziale (o arbitrare) delle controversie – che, infatti, nella prassi si ritrovano variamente combinati. La complementarità dei diversi metodi di risoluzione delle controversie appare sviluppata in particolare, includendo i mezzi diplomatici all'interno delle procedure aggiudicative. A questo pro-

posito, l'incastro, che lascia una o più finestre di opportunità per i mezzi amichevoli durante l'arbitrato o all'interno del procedimento giudiziario per consentire alle parti di cercare una soluzione amichevole, sembra preferibile alla successione, che porta dai mezzi amichevoli ai procedimenti giurisdizionali. Questa pratica è favorita dalle norme di alcuni tribunali internazionali (ad esempio, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo e dei popoli) o addirittura prevista sistematicamente, come presso la Corte europea dei diritti dell'uomo.

La suddetta continuità non riguarda solo il comune *fondamento consensuale* di tutti i mezzi di risoluzione e il tipo di considerazioni che possono giocare un ruolo nella decisione di uno Stato (attore) circa il loro *esperimento nel caso concreto*. Essa concerne anche la partecipazione, talora problematica, degli Stati (convenuti) ai relativi procedimenti e, soprattutto, il rispetto delle decisioni (giudiziali o arbitrali), che sono vincolanti e dovrebbero risolvere la controversia fra le parti.

Per quanto riguarda la *partecipazione*, è sempre esistita, ma nella prassi recente si registra un aumento del numero di *default*, ossia di mancata comparizione o inadempienze alle richieste della corte o tribunale da parte degli Stati convenuti.

È il caso, ad esempio, della Cina nel procedimento arbitrale sul Mar cinese meridionale, instaurato dalle Filippine sulla base della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare⁽⁵¹⁾, e, da ultimo, della Russia nel procedimento sopra ricordato⁽⁵²⁾, instaurato dall'Ucraina dinanzi alla Corte internazionale di giustizia.

⁽⁵¹⁾ Permanent Court of Arbitration, Case No. 2013-19, *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)*, <<https://pca-cpa.org/en/cases/7/>> (01.05.2023). Sulle origini della controversia Y. WEI, *China and Its Neighbors: Exasperating Territorial Disputes*, in *Willamette Journal of International Law and Dispute Resolution*, 2014, 105 s.

⁽⁵²⁾ Corte Intern. Giust., *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* (<<https://www.icj-cij.org/contentious-cases>>, 01.05.2023).

Circa il *rispetto delle decisioni*, è importante notare che uno Stato può essere più restio a conformarsi alla soluzione di controversie risolte con il metodo contenzioso da un giudice o arbitro, che a quelle risolte in via diplomatica con il proprio diretto contributo.

Tendenzialmente, gli Stati si conformano alle sentenze pronunciate nei loro confronti. Ove si manifesti, tuttavia, la difficoltà di far rispettare una decisione a livello internazionale è un problema per l'efficacia della funzione giurisdizionale, ma è anche una conseguenza della caratteristica strutturale dell'ordinamento internazionale. Per quanto semplicistica, resta valida infatti l'affermazione che questo si basa su una giustizia senza polizia.

Nella maggior parte dei casi, il controllo sull'esecuzione non esiste o è affidato a organismi di natura politica – come per la mancata esecuzione delle sentenze della Corte internazionale di giustizia, per il quale l'art. 94 della Carta O.N.U. prevede il ricorso all'azione del Consiglio di Sicurezza; un meccanismo che nella pratica non è mai stato utilizzato dagli Stati. Le eccezioni sono rare, come nell'O.M.C. (dove, peraltro, l'intero sistema di risoluzione delle controversie è bloccato per il mancato rinnovo dei componenti dell'Organo d'Appello a causa del veto degli Stati Uniti⁽⁵³⁾). Perfino in un sistema integrato e del tutto *sui generis* come l'U.E.⁽⁵⁴⁾, è stato necessario ricorrere all'arma del bilancio per cercare di eseguire alcune sentenze della Corte di giustizia atinenti al rispetto dello stato di diritto in Polonia e Ungheria⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ M. ELSIG, R. POLANCO, P. VAN DEN BOSSCHE (eds.), *International Economic Dispute Settlement: Demise or Transformation?*, Cambridge, 2021.

⁽⁵⁴⁾ M. CREMONA, A. THIES, R.A. WESSEL (eds.), *The European Union and International Dispute Settlement*, Oxford, 2017; A. ROSAS, *International Dispute Settlement*, in *German Yearbook of International Law*, 2003, 284 ss.

⁽⁵⁵⁾ Per una interessante comparazione tra la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'O.M.C. e dell'U.E., si veda J. TALLBERG, J. MCCALL SMITH, *Dispute settlement in world politics: States, supranational prosecutors, and compliance*, in *European Journal of International Relations*, 2014, 118 ss.

Vi è da parte di alcuni tribunali internazionali un crescente interesse e coinvolgimento nel controllo dell'esecuzione delle proprie decisioni, sia a seguito della revisione dei trattati che li istituiscono (è il caso della Corte europea dei diritti dell'uomo), sia per un certo attivismo da parte loro (attraverso l'accettazione di nuove domande per la mancata attuazione di una decisione precedente). In questi casi, tuttavia, il rischio è di un fenomeno circolare, per cui i tribunali possono riscontrare una mancanza di esecuzione senza essere in grado di porvi rimedio.

Riassumendo. Anche se si tratta della classificazione più comune in dottrina, la distinzione fra mezzi diplomatici e mezzi giurisdizionali appare meno fondamentale se la si considera nel contesto non solo di ciò che sta a monte di tutti i mezzi di risoluzione, ma anche di ciò che sta a valle, ovverosia dell'esito del loro esperimento.

A monte – come più volte ripetuto – vi è sempre il consenso delle parti della controversia: nessun mezzo si impone ad uno Stato senza che il suo consenso sia stato prima o dopo, espressamente o per fatti concludenti, manifestato. Sotto questo profilo, non vi è differenza fra il ricorso ai negoziati e, in ipotesi, alla Corte internazionale di giustizia.

Anche a valle – dove la differenza fra le due categorie di mezzi dovrebbe manifestarsi – quando è disponibile un meccanismo che porta a una decisione vincolante, il suo *enforcement*, cioè la sua effettiva applicazione, dipende dal consenso dello Stato interessato.

In ultima analisi, non solo l'*uso* ma anche l'*efficacia* dei metodi internazionali di risoluzione delle controversie internazionali dipendono, in concreto, dalla volontà degli Stati (salva, naturalmente, la responsabilità internazionale dello Stato che non si conforma alla sentenza emessa in una controversia di cui è parte).

7. *Convergenze e divergenze con gli ordinamenti interni.* – Secondo il punto di vista sopra ricordato ⁽⁵⁶⁾, i mezzi giurisdizionali di risoluzione delle controversie internazionali rappresentano, rispetto a quelli amichevoli, un'evoluzione progressiva del diritto internazionale, al cui interno i mezzi strettamente giudiziali costituiscono, a loro volta, un'evoluzione altrettanto progressiva rispetto all'arbitrato ⁽⁵⁷⁾. In questa prospettiva, lo stesso diritto internazionale appare un *diritto primitivo*, se paragonato ai diritti nazionali che riconoscono per ogni controversia il ricorso alla tutela giurisdizionale.

L'assunto di base di molti studiosi di diritto internazionale è che i giudici siano istituzionalmente più adatti a proteggere lo stato di diritto internazionale, e che le alternative quasi-giudiziarie e non giudiziarie siano meno auspicabili, se non insufficienti o addirittura dannose ⁽⁵⁸⁾.

Il fatto che la tutela giurisdizionale si fondi sul consenso degli Stati interessati e la funzione giurisdizionale internazionale sia assai poco istituzionalizzata è considerato una criticità, o debolezza, dell'ordinamento internazionale.

⁽⁵⁶⁾ *Supra*, nt. 15.

⁽⁵⁷⁾ Sempre secondo il *White Paper*, cit., 21-22: «*Non-adjudicatory methods, which were historically precursors and themselves varied – conciliation, mediation, good offices – have been joined by adjudicatory methods. The latter have also evolved. Arbitration preceded the model of permanent courts and tribunals*».

⁽⁵⁸⁾ Per una valutazione in questo senso, si veda J.E. ALVAREZ, *Mythic Courts*, in *iCourts Working Paper Series*, No. 2014, 2020, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3685739> (01.05.2023); L. DICKINSON, *The Relationship Between Hybrid Courts and International Courts: The Case of Kosovo*, in *New England Law Review*, 2002, 1059 ss. Una manifestazione di questo punto di vista incentrato sul giudice è il dibattito sull'istituzione di una Corte mondiale dei diritti umani. Si veda, ad esempio, M. NOWAK, *It's Time for a World Court of Human Rights*, in M.C. BASSIOUNI, W.A. SCHABAS (eds.), *New Challenges for the UN Human Rights Machinery. What Future for the UN Treaty Body System and the Human Rights Council Procedures?*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2011, 17 ss., che considera le decisioni 'non giuridicamente vincolanti' di 'organi quasi-giudiziari' come una 'debolezza' ('*weakness*') del sistema di tutela dell'O.N.U., che si contrappone a una più auspicabile 'corte mondiale'.

Criticità tanto più evidente nel corrente momento storico, segnato non solo dall'arresto della moltiplicazione delle corti e dei tribunali internazionali che aveva caratterizzato la fine del secolo scorso, ma anche da una crescente diffidenza, se non un vero e proprio arretramento, di molti Stati rispetto alla funzione giurisdizionale e al suo esercizio.

Gli Stati si allontanano dalla modalità giudiziale di risoluzione delle controversie a favore delle vie diplomatiche.

La recente paralisi dell'Organo d'Appello dell'O.M.C., sopra ricordata, illustra bene questo fenomeno che potremmo chiamare di *de-giudizializzazione*: le proposte di riforma anziché ripristinarne il funzionamento, vanno in realtà verso un ritorno alla conciliazione giudiziaria dell'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (G.A.T.T.) del 1947.

Inoltre, oggi, quando gli Stati negoziano i sistemi di trattati, tendono ad inserire meccanismi di conformità o di monitoraggio piuttosto che meccanismi di risoluzione delle controversie, e comunque meccanismi diplomatici e non giudiziali.

Un esempio per tutti è l'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico ⁽⁵⁹⁾, che al pari della precedente Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul medesimo argomento ⁽⁶⁰⁾, si limita a creare un «meccanismo per facilitare l'attuazione e promuovere il rispetto» dell'Accordo. Per la risoluzione delle controversie relative alla sua interpretazione e applicazione, è previsto, in caso di fallimento dei negoziati o altri mezzi diplomatici, il ricorso alla conciliazione obbligatoria; mentre il potere di adire unilateralmente la Corte internazionale di giustizia o ricorrere all'arbitrato è rimesso ad un ulteriore consenso degli Stati parte della controversia – e delle 195 Parti con-

⁽⁵⁹⁾ *Paris Agreement*, Paris, 12 December 2015, *United Nations Treaty Series*, vol. 3156.

⁽⁶⁰⁾ *United Nations Framework Convention on Climate Change*, New York, 9 May 1992, *United Nations Treaty Series*, vol. 1771, 107 ss. (<<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVII/XXVII-7.en.pdf>>, (01.05.2023).

traenti dell'Accordi Parigi (194 Stati, più l'U.E.), solo i Paesi Bassi hanno effettuato una dichiarazione di accettazione in tal senso ⁽⁶¹⁾.

Questo rischio di smantellamento dei meccanismi giurisdizionali di risoluzione delle controversie a livello internazionale è naturalmente un problema ulteriore, che si aggiunge a quello sopra esaminato, di far rispettare le decisioni giudiziarie o arbitrali, la cui applicazione in mancanza di un meccanismo generale di *enforcement* dipende ancora una volta dal consenso degli Stati.

Secondo taluno, la fine della 'temporanea età dell'oro' dei tribunali internazionali sarebbe da attribuire al mutato contesto geopolitico, con il venir meno dell'impero statunitense e del dominio dell'Occidente e l'emergere di un ordine mondiale multipolare con la Cina come nuova superpotenza; perché gli Stati sarebbero sempre più diffidenti nei confronti della perdita di controllo che i tribunali indipendenti tipicamente comportano ⁽⁶²⁾. Secondo altri, l'ascesa dei regimi autoritari determinerebbe un carattere sempre più autoritario del diritto internazionale, il che significherebbe meno «*third-party dispute resolution mechanisms in the form of a court*» ⁽⁶³⁾.

Il senso della riflessione qui proposta è innanzitutto di offrire una *prospettiva diversa* da quella che guarda al diritto internazionale come a un diritto primitivo che per tale sua primitività lascerebbe spazio all'uso della forza.

Se si seguono le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, il diritto internazionale appare, in realtà, profondamente *avanzato*, perché per la risoluzione delle controversie si fonda su – e promuove

⁽⁶¹⁾ Le ratifiche e la dichiarazione dei Paesi Bassi sono disponibili nel sito <<https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-7-d.en.pdf>> (01.05.2023).

⁽⁶²⁾ W. SANDHOLTZ, *A New Age of International Courts*, in *Tulsa Law Review*, 2016, 471 ss.; K. ALTER, *Critical Junctures and the Future of International Courts in a Post-Liberal World Order*, in A. KENT, N. SKOUTARIS, J. TRINIDAD (eds.), *The Future of International Courts: Regional, Institutional and Procedural Challenges*, Abingdon, New York, 2019, 33 ss.

⁽⁶³⁾ T. GINSBURG, *Authoritarian International Law?*, in *American Journal of International Law*, 2020, 221 ss., 238.

ve – un'idea di uguaglianza e parità di armi pacifiche (quelle vere sono, ahimè, una altra cosa!) fra le parti. Si tratta di una visione non più utopistica di quella alla base del principio di uguaglianza, nella sua duplice dimensione formale e sostanziale, enunciato nell'art. 3 Cost. italiana e in tutte le costituzioni moderne (nonché implicitamente – e con formulazioni diverse – nelle clausole di non discriminazione contenute nei trattati internazionali sui diritti dell'uomo).

In questa prospettiva, l'affievolimento o indebolimento della funzione giurisdizionale internazionale non ha niente a che vedere – mi preme sottolinearlo – con il cambiamento del contesto geopolitico o la svolta autoritaria del diritto internazionale. Anziché della perdita di centralità dell'Occidente a favore della egemonia di altri, il fenomeno può al contrario essere letto come il segno della riscoperta delle sue vere radici – che l'Occidente, a partire dall'U.E., dovrebbe rivendicare come proprie.

Per quanto possa apparire a prima vista paradossale, non sono solo le controversie fra Stati che necessitano del consenso degli interessati per la loro efficace composizione.

Anche rispetto alle controversie fra privati sul piano interno, la tendenza generale è verso la ricerca di soluzioni fondate il più possibile sul consenso delle parti – tendenza di cui la riforma c.d. Cartabia in Italia è solo una delle più recenti manifestazioni.

Se si segue questa impostazione, ciò che è generalmente ritenuto primitivo nel sistema di risoluzione delle controversie internazionali, in realtà non lo è affatto, ma è vero il contrario: la consensualità dei mezzi e delle soluzioni che costituisce il punto di partenza del diritto internazionale rappresenta per il diritto italiano e di molti altri Paesi il punto di arrivo o la linea di tendenza cui aspirare!

La differenza fondamentale è un'altra.

Il diritto internazionale origina nella prassi degli Stati, prevalentemente attraverso la conclusione di trattati. Gli Stati sono

quindi al tempo stesso i principali legislatori e destinatari delle norme internazionali ⁽⁶⁴⁾.

Il diritto nazionale è, invece, per definizione, un diritto etero-imposto, che si impone ai consociati quale prodotto delle procedure legislative e regolamentari previste nella Carta fondamentale.

Questa differenza, ad avviso di chi scrive, rafforza l'esigenza per le controversie fra parti private di trovare una soluzione cui le stesse abbiano contribuito, piuttosto che imposta da un terzo. E spiega il crescente favore per i meccanismi alternativi di risoluzione (le c.d. A.D.R.) all'interno di un numero sempre più vasto di ordinamenti nazionali (fra cui appunto l'Italia, con la riforma Carabia).

Se, infatti, la via negoziale è la via maestra per la soluzione dei conflitti sulla base di un diritto alla cui formazione le parti in controversia hanno contribuito, a maggior ragione lo sarà per le controversie fra soggetti che sono sudditi rispetto al diritto applicabile: la sudditanza rispetto al diritto applicabile aumenta cioè il bisogno di partecipazione alla soluzione delle relative controversie. E come nell'ordinamento internazionale, il livello di conformità delle controversie fra privati risolte in via amichevole è più alto di quelle risolte con il metodo contenzioso.

8. *Considerazioni conclusive.* – Vi è una convergenza fra ordinamento internazionale e ordinamenti interni. Nel primo, dopo quella che è stata definita come l'età d'oro dei tribunali internazionali – con il fenomeno noto nella dottrina internazionale come *proliferation of international courts and tribunals* – pare di assistere ad una sorta di ritorno alle origini, con il prevalere di soluzioni amichevoli su quelle giurisdizionali (dinanzi ad arbitri o corti permanenti). Parallelamente, anche in molti ordinamenti interni, fra cui quello italiano, si regi-

⁽⁶⁴⁾ Questa affermazione non implica adesione alle vecchie tesi 'volontariste', generalmente ritenute superate, secondo cui tutto il diritto internazionale promana dalla volontà, e quindi dal consenso, espresso o tacito, degli Stati.

stra una tendenza ad abbandonare la via giudiziaria come via principale, se non esclusiva, di risoluzione delle controversie, per favorire metodi e soluzioni extra-giudiziali – un fenomeno che abbiamo indicato in via generale come *de-giudizializzazione*.

Se due sistemi, da punti di partenza opposti e con percorsi diversi, in questo momento storico si muovono nella stessa direzione – o comunque si evolvono secondo linee di tendenza simili – verso il prevalere della giustizia consensuale, allora forse questo può essere letto come un segno che sia la direzione giusta.

Abstract

Tutti i mezzi di risoluzione delle controversie internazionali fra Stati, ivi compresa l'aggiudicazione, si basano sul consenso delle parti interessate. L'era post-Guerra Fredda ha visto una crescita senza precedenti dei sistemi di risoluzione delle controversie da parte di terzi (giudice o arbitro). Negli anni più recenti, tuttavia, stiamo assistendo ad un affievolimento della funzione giurisdizionale internazionale.

Questo contributo analizza e spiega analogie e differenze con la risoluzione delle controversie fra privati sul piano degli ordinamenti nazionali. E offre un contributo alla questione se la *de-giudizializzazione* in atto in Italia, così come altrove, oltre che nell'ordinamento internazionale, costituisca un passo nella giusta direzione.

All means of dispute settlement between States, including adjudication, are based on the consent of the parties concerned. The post-Cold War era saw an unprecedented growth of third-party (judge or arbitrator) dispute resolution systems. In more recent years, however, we are witnessing a weakening of the international judicial function.

This paper analyses and explains similarities and differences between dispute settlement between States and dispute resolution between private parties at the national level. Whilst doing so, it makes a contribution to the question of whether the de-judicialisation taking place in Italy and else-

where, as well as in the international legal system, can be considered a step in the right direction.

I CONTRATTI ISTITUZIONALI DI SVILUPPO (CIS)
E I MODELLI DI RISOLUZIONE E PREVENZIONE
DEI CONFLITTI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Sabrina Tranquilli ()*

SOMMARIO: 1. Premessa: un breve inquadramento dei contratti istituzionali di sviluppo (CIS) quale strumento di attuazione di interventi strategici. – 2. Il modello ‘accentrato-sostitutorio’ di risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni. – 3. Il modello ‘consensuale-paritario’ di risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni. – 4. I CIS come strumento di prevenzione dei conflitti tra Amministrazioni. – 5. La ‘consulenza-difensiva’ dell’Avvocatura di Stato in funzione di prevenzione delle liti tra Amministrazioni. – 6. Conclusioni.

1. Premessa: un breve inquadramento dei contratti istituzionali di sviluppo (CIS) quale strumento di attuazione di interventi strategici. – Il presente contributo ha l’obiettivo di analizzare alcune delle peculiarità relative alla risoluzione (stragiudiziale) dei conflitti tra Pubbliche Amministrazioni, partendo, in particolare, dal modello delineato dai contratti istituzionali di sviluppo (CIS). Tali contratti, frequentemente utilizzati, specialmente nell’ultimo decennio, dal legislatore per ‘rilanciare’ l’economia (soprattutto a livello locale) e dare impulso a importanti interventi infrastrutturali, costituiscono, come si evidenzierà, per certi profili, un modello funzionale a superare diverse criticità che affliggono il sistema di risoluzione dei con-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 47-80. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Ricercatrice di Diritto Amministrativo nell’Università degli Studi di Napoli Parthenope.

flitti e delle liti tra Amministrazioni (1). Sono ampiamente noti e non è necessario qui ripercorrere gli effetti positivi sull'ordinamento derivanti dalla definitiva risoluzione dei conflitti in sede stragiudiziale sia per l'alleggerimento del sistema processuale (2) che per evitarne la *ripetibilità* (3).

Prima di analizzare il modello 'CIS' nel sistema generale di risoluzione negoziata dei conflitti tra Amministrazioni, occorre brevemente inquadrare la relativa disciplina generale anche in considerazione del fatto che, nonostante il loro frequente utilizzo, tali contratti sono rimasti, in parte, in ombra nella letteratura e nell'analisi giuridica.

I CIS costituiscono un esempio emblematico della revisione dei moduli di pianificazione amministrativa in forma negoziata (4). Tali strumenti sono stati introdotti dall'art. 6 d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88 (5), nell'ambito delle disposizioni in materia di risorse aggiuntive

(1) Sulla distinzione tra 'conflitto' e 'lite' v. S. DALLA BONTÀ, *Conflitto e lite ambientale: una definizione difficile: mediazione e processo (civile) a confronto*, in *Riv. giur. amb.* 2022, 395; sui motivi (e sugli effetti) dell'eccessivo utilizzo della sede giurisdizionale quale luogo prioritario per la soluzione delle liti tra pubbliche amministrazioni sia consentito il rinvio a S. TRANQUILLI, *Il malum discordiae del potere amministrativo. Contributo allo studio dei conflitti e delle liti tra Pubbliche Amministrazioni*, Napoli, 2022.

(2) Sul punto M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in questa *Rivista*, 2021, 119; con particolare riferimento allo strumento della transazione pubblicistica v. A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020.

(3) Sulla ripetizione spesso seriale dei conflitti tra Amministrazioni, sia consentito ancora il rinvio a S. TRANQUILLI, *Il malum discordiae del potere amministrativo*, cit., *passim*.

(4) S. AMOROSINO, *Gli accordi di programma tra amministrazioni (ed i contratti di programma nelle pianificazioni di sviluppo)*, in *Stato ed economia: Scritti in ricordo di Donatello Serrani*, Milano, 1984, 24.

(5) L'art. 6, al primo comma, stabilisce in particolare che «1. Per le finalità di cui all'articolo 1, nonché allo scopo di accelerare la realizzazione degli interventi di cui al presente decreto e di assicurare la qualità della spesa pubblica, il Ministro delegato, d'intesa con il Ministro dell'economia e delle finanze e con gli altri Ministri interessati, stipula con le Regioni e le amministrazioni competenti un 'contratto istitu-

ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali a livello territoriale, la cui disciplina è stata poi ripresa da successivi interventi normativi ⁽⁶⁾ anche recenti. Si tratta di contratti che cercano di gestire l'intenso pluralismo amministrativo coinvolgendo molteplici attori istituzionali e, nella maggior parte dei casi, diversi livelli di governo, operando in ambiti (spesso strategici) in cui è altamente probabile l'emersione di conflitti tra diversi interessi pubblici. Nella loro versione originaria, i CIS nascono con la principale finalità di accelerare la realizzazione di progetti strategici di particolare importanza, volti a promuovere lo sviluppo economico e la coesione sociale e territoriale e «rimuovere gli squilibri economici, sociali, istituzionali e amministrativi del Paese e di favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona». La programmazione e l'attuazione di tali interventi sono sostenute dal Fondo per lo sviluppo e la coesione o da finanziamenti europei. Si tratta di un modello utilizzato anche in altri ordinamenti, come quello francese in cui sono frequentemente in uso il *Contrat de Pays* (CDP) e il *Contrat Territorial d'Objectifs* (CTO), i quali comprendono la declinazione di orientamenti strategici su scala nazionale e regionale da attuarsi a livello locale.

Alcune prime modifiche alla disciplina istitutiva del 2011 sono state operate dall'art. 9 *bis* d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito dalla

zionale di sviluppo' che destina le risorse del Fondo assegnate dal CIPE e individua responsabilità, tempi e modalità di attuazione degli interventi (...).

⁽⁶⁾ L'art. 9 *bis* d.l. 22 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98 ha previsto che per accelerare la realizzazione di nuovi progetti strategici, sia di carattere infrastrutturale sia di carattere immateriale, di rilievo nazionale, interregionale e regionale, aventi natura di grandi progetti o di investimenti articolati in singoli interventi tra loro funzionalmente connessi, in relazione a obiettivi e risultati, finanziati con risorse nazionali, dell'Unione europea e del Fondo per lo sviluppo e la coesione di cui all'art. 4 d.lgs. 31 maggio 2011, n. 88, le amministrazioni competenti possono stipulare un contratto istituzionale di sviluppo. I CIS sono stati ulteriormente valorizzati dall'art. 7 d.l. 20 giugno 2017, n. 91, convertito, con modificazioni, dalla l. 3 agosto 2017, n. 123, recante «Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno», contenente disposizioni in materia di valorizzazione dei CIS.

l. 9 agosto 2013, n. 98 ⁽⁷⁾, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», in particolare per assegnare un ruolo primario al Ministro per la Coesione territoriale, alle amministrazioni titolari di progetti strategici e, in qualità di soggetto attuatore, ad Invitalia che supporta le amministrazioni con attività economiche, finanziarie e tecniche, nonché in qualità di Centrale di committenza e stazione appaltante. Proprio per il loro valore strategico l'art. 14 d.l. 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. Decreto semplificazioni-*governance*) convertito dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, ha esteso anche a tali contratti le norme di accelerazione e semplificazione introdotte per l'attuazione del PNRR. La l. 29 dicembre 2021, n. 233, di conversione in legge con modificazioni, del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, ha inoltre sancito che i CIS costituiscono uno strumento di attuazione 'rafforzata' degli interventi finanziati dal PNRR in particolare per gli ambiti di competenza del Ministero della Salute. Quest'ultimo, a fine maggio 2022, ha quindi sottoscritto ventuno CIS con le Regioni e Province Autonome. È tuttavia necessario evidenziare una significativa carenza, da parte del legislatore (sia sovranazionale che interno) che, pur disegnando una fitta trama – complessa e multilivello – di (nuove) relazioni organizzative, in cui il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi qualitativi e dei traguardi quantitativi del PNRR è legata a 'doppio filo' con la 'gestione' (se non pacifica almeno equilibrata) ed

(7) Tale disposizione stabilisce che «Per le finalità di cui all'art. 9, nonché per accelerare la realizzazione di nuovi progetti strategici, sia di carattere infrastrutturale sia di carattere immateriale, di rilievo nazionale, interregionale e regionale, aventi natura di grandi progetti o di investimenti articolati in singoli interventi tra loro funzionalmente connessi, in relazione a obiettivi e risultati, finanziati con risorse nazionali, dell'Unione europea e del Fondo per lo sviluppo e la coesione di cui all'articolo 4 decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88, le amministrazioni competenti possono stipulare un contratto istituzionale di sviluppo. 2. Al fine di cui al comma 1, il contratto istituzionale di sviluppo è promosso dal Ministro per la coesione territoriale o dalle amministrazioni titolari dei nuovi progetti strategici, coerenti con priorità programmatiche di rango europeo, nazionale o territoriale, ed è regolato dai commi 2 e seguenti dell'articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88, come modificato dal presente articolo, in quanto compatibili con il presente articolo (...)».

efficiente dei rapporti tra le Amministrazioni e i soggetti coinvolti nella sua attuazione, non si preoccupa in maniera specifica di disciplinare come debbano risolversi gli eventuali conflitti che ne scaturiscano.

Il numero dei CIS sottoscritti per incentivare e gestire progetti infrastrutturali, di sviluppo economico, produttivo e imprenditoriale, turismo, cultura e valorizzazione delle risorse naturali, ambiente, occupazione e inclusione sociale è ormai rilevante⁽⁸⁾. Si tratta di contratti che definiscono i tempi di attuazione degli interventi (cronoprogramma), le responsabilità dei contraenti, i criteri di valutazione e monitoraggio e le sanzioni per eventuali inadempimenti. Le diverse Amministrazioni centrali e regionali che sottoscrivono un CIS concentrano il loro impegno per la realizzazione di investimenti di rilevante dimensione finanziaria e concentrazione territoriale

⁽⁸⁾ Alcuni CIS sono stati previsti direttamente dalla legge, si v. ad esempio, la l. 3 agosto 2017, n. 123 che ha convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 20 giugno 2017, n. 91, recante disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno ha previsto che per la realizzazione di interventi urgenti previsti per la città di Matera designata ‘Capitale europea della cultura 2019’, su richiesta del comune di Matera. Come risulta dal sito dell’Agenzia per la coesione territoriale a ottobre 2022 sono definiti i seguenti CIS di cui è possibile consultare documenti e stato di attuazione sul sito della stessa Agenzia: CIS Itinerario stradale Sassari – Olbia (siglato il 6 marzo 2013); CIS Direttrice ferroviaria Messina – Catania – Palermo (siglato il 28 febbraio 2013); CIS Direttrice ferroviaria Salerno – Reggio Calabria (siglato il 18 dicembre 2012); CIS Direttrice ferroviaria Napoli – Bari – Lecce del Taranto (siglato il 2 agosto 2012); Contratti Istituzionali di Sviluppo per la valorizzazione di specifici territori: CIS Roma (siglato il 6 luglio 2022); CIS Brindisi – Lecce costa Adriatica (siglato il 28 giugno 2022); CIS Calabria ‘Svelare bellezza’ (siglato il 21 giugno 2022); CIS Vesuvio – Pompei – Napoli (siglato il 17 maggio 2022); CIS Terra dei Fuochi (siglato il 26 gennaio 2022); CIS Aree Sisma – Cratere Centro Italia (approvato il 14 settembre 2021); CIS per la Regione Molise (siglato il 19 ottobre 2019); CIS Area di Foggia – Capitanata (siglato il 13 agosto 2019); CIS Abruzzo (siglato il 16 maggio 2018); CIS Matera – Capitale Europea della Cultura 2019 (siglato il 26 settembre 2017); CIS per l’area di Taranto (siglato il 30 dicembre 2015); con la Delibera CIPE n. 10 del 2018 è stata assegnata al Ministero della Cultura (MiC) una dotazione finanziaria pari a 360 milioni di euro per l’attivazione di specifici CIS finalizzati alla riqualificazione e alla rigenerazione dei centri storici di Cosenza, Napoli, Palermo e Taranto.

(come, ad esempio, un'unica grande infrastruttura a valenza nazionale o interregionale). Il CIS è sottoscritto dal Ministro delegato alla coesione, d'intesa con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e con gli altri Ministri interessati, dai Presidenti delle Regioni interessate, nonché dalle altre Amministrazioni competenti e dai concessionari di pubblici servizi eventualmente coinvolti.

Per la realizzazione degli interventi, le amministrazioni possono avvalersi di soggetti attuatori (come Invitalia S.p.A., Ferrovie dello Stato Italiane S.p.A., Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Anas S.p.A.). La *governance* dei CIS infrastrutturali prevede un Comitato di coordinamento e un Comitato di attuazione e sorveglianza. Per i CIS territoriali, a partire dal CIS Taranto, è stata delineata una *governance* che contempla l'istituzione di un Tavolo istituzionale, composto dalle Amministrazioni sottoscrittrici del contratto con funzioni di programmazione e sorveglianza, e, in ogni caso, la nomina di un Responsabile unico del contratto (RUC), con funzioni di impulso e di coordinamento delle attività.

Per quanto qui interessa, il sistema di risoluzione dei conflitti e delle liti che dovessero sorgere rispetto all'esecuzione di tali contratti è peculiare e si articola su diversi livelli. In primo luogo il d.lgs. n. 88 del 2022 stabilisce che «in caso di inerzia o inadempimento delle amministrazioni pubbliche responsabili degli interventi individuati ai sensi del presente decreto, anche con riferimento al mancato rispetto delle scadenze del cronoprogramma e, comunque, ove si renda necessario al fine di evitare il disimpegno automatico dei fondi erogati dall'Unione europea», il Governo esercita i poteri sostitutivi di cui all'art. 120, 2° comma, Cost. secondo le modalità procedurali individuate dall'art. 8 l. 5 giugno 2003, n. 131, e dagli artt. 5 e 11 l. n. 400 del 1988, anche attraverso la nomina di un commissario straordinario.

Ai fini del presente studio particolare importanza assumono le clausole inserite nei CIS che disciplinano le modalità di risoluzione delle eventuali controversie. Si stabilisce, infatti, che «[n]el caso di controversie di qualsiasi natura, anche relative a conflitti di interessi

tra le Parti, che dovessero insorgere in ordine alla interpretazione e applicazione del presente contratto, le Parti si impegnano a comporre amichevolmente e secondo equità le controversie medesime. 2. Resta inteso che eventuali controversie non pregiudicheranno in alcun modo la regolare esecuzione delle attività previste, né consentiranno alcuna sospensione delle prestazioni dovute dalle Parti. 3. Salvo ed impregiudicato quanto previsto al comma 1 del presente articolo, per ogni controversia scaturente dal presente contratto il foro competente sarà quello di Roma». Le clausole compromissorie previste nei CIS consentono alle parti di (impedire l'*escalazione* del conflitto e) raggiungere una soluzione 'concordata' risolvendo il conflitto amministrativo senza denunciarlo 'ufficialmente' all'esterno. 'Portare' all'esterno il conflitto amministrativo 'ufficializzandolo' per il tramite dell'avvio di un 'procedimento conflittuale' o di una 'lite' nei confronti di una o più Amministrazioni è infatti una scelta tutt'altro che irrilevante e non a 'costo zero' per l'Amministrazione.

Si tratta dunque di un sistema di (prevenzione e) risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni che si snoda tra due diversi modelli: il primo di tipo 'accentrato', il secondo 'negoziato'.

Quando questi modelli falliscono non riuscendo a risolvere il conflitto tra Amministrazioni oppure le parti ritengono di non utilizzarli (talvolta per ragioni politiche), non può che subentrare la sede processuale tramutando il conflitto in 'lite'. Uno specifico riferimento ai CIS è non a caso presente anche nel codice del processo amministrativo relativamente al mantenimento dell'efficacia del contratto anche a seguito dell'eventuale annullamento del provvedimento che lo sorregge. Il chiaro *favor* verso il mantenimento e la stabilità del contratto è stabilito dall'art. 125 c.p.a., modificato proprio nel 2011 ⁽⁹⁾, in cui si prevede al 4° comma, che il 3° comma dello stesso articolo – laddove permette di non caducare il contratto ⁽¹⁰⁾ – si ap-

⁽⁹⁾ D.lgs. 15 novembre 2011, n. 195.

⁽¹⁰⁾ Il 3° comma dell'art. 125 c.p.a. stabilisce che «Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già sti-

plica anche alle controversie relative: «(...) b) alle procedure di progettazione, approvazione e realizzazione degli interventi individuati nel contratto istituzionale di sviluppo ai sensi dell'articolo 6 del decreto legislativo 31 maggio 2011, n. 88». Tale aspetto, tuttavia, esula dalla presente indagine volta invece ad analizzare i modelli di prevenzione e risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni in sede non giurisdizionale.

2. *Il modello 'accentrato-sostitutorio' di risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni.* – I CIS utilizzati per l'attuazione del PNRR utilizzano un sistema 'duale' di risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni. Il primo modello, di tipo 'accentrato', assegna la risoluzione dei conflitti a un ufficio o ad una struttura di raccordo o di coordinamento centrale. Il secondo, invece, segue un modello di risoluzione 'paritaria' e 'negoziata' dei conflitti tra le Amministrazioni, improntato all'informalità. Apparentemente l'ordinamento non sembra assegnare ai due modelli un criterio preferenziale.

L'ordinamento amministrativo talvolta accentra in un unico organo o soggetto poteri di risoluzione del conflitto. A tale potere corrisponde tuttavia l'attribuzione di funzioni o attività che cercano in via diretta o indiretta di prevenire il conflitto amministrativo. Ne costituiscono un esempio i poteri del Prefetto che benché abbia perso la centralità nell'apparato amministrativo detenuta in passato ⁽¹¹⁾, conserva ancora, oltre a rilevanti poteri d'ordine, compiti di prevenzione del conflitto tra amministrazioni statali e tra quelle locali ⁽¹²⁾.

pulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, 3° comma».

⁽¹¹⁾ U. POTOTSCHNIG, *Gli organi dell'amministrazione statale. Profili generali*, in *Archivio dell'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica*, 1962, 41, per il quale negli anni si è assistito ad una 'marcata erosione del Prefetto quale organo governativo locale'; S. CASSESE, *Centro e periferia in Italia. I grandi tornanti della loro storia*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1986, 594.

⁽¹²⁾ Sul ruolo del prefetto nell'ordinamento amministrativo, si v. L. FREZZINI, voce *Prefetto e sotto-prefetto*, in *Dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1909, 308; R. MALINVERNO,

Senza qui potersi addentrare nei suoi tanti e molteplici compiti, basti evidenziare i diversi poteri di iniziativa ad indire conferenze di servizi direttamente collegate alla sua 'attività di mediazione' tra le Amministrazioni locali e gli uffici periferici dello Stato qualora venga a conoscenza di disfunzioni o anomalie nell'attività amministrativa tali da poter arrecare un grave pregiudizio alla qualità dei servizi resi alla collettività⁽¹³⁾. In questo caso, qualora non sia raggiunta un'intesa con gli uffici coinvolti diretta ad eliminare tali disfunzioni o anomalie, il prefetto convoca una conferenza per l'individuazione delle misure necessarie ad evitare il grave pregiudizio alla qualità dei servizi resi alla collettività anche ai fini del rispetto della leale collaborazione con le autonomie territoriali. Sia in sede di conferenza, che con interventi diretti, il Prefetto invita, ove occorra, il responsabile dell'ufficio amministrativo periferico dello Stato interessato a adottare i provvedimenti necessari, assegnando per l'adempimento un congruo termine. In caso di inottemperanza, il Prefetto, al fine di provvedere direttamente, richiede l'assenso del Ministro competente,

voce *Prefetto*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XII, Torino, 1968, 592; P. CASULA, *I Prefetti nell'ordinamento italiano. Aspetti storici e tipologici*, Milano, 1972; V. MAZZARELLI, voce *Prefetto e prefettura (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 964; S. CASSESE, *Il ruolo del prefetto nella società in evoluzione*, in *Consiglio di Stato*, 1991, 1941; ID., *Il prefetto come autorità amministrativa generale*, in *Le Regioni*, 1992, 2, 331; G. BALSAMO, R. LAURO, *Il prefetto della Repubblica*, Rimini, 1992; C. GELATI, *Linee evolutive dell'istituto prefettizio*, in *Nuova Rassegna*, 1997, 1313; A. BUONCRISTIANO, *Il decreto legislativo recante il nuovo ordinamento della carriera prefettizia*, in *Amministrazione pubblica*, 2000, 105; G. CASONI, *I controlli del Prefetto sulle deliberazioni degli enti locali a seguito dell'abrogazione dell'art. 130 della Costituzione*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 65; A. FORLEO, B. DI GIANNATALE, E. CUCCODORO, *L'Amministrazione condivisa: l'Ufficio territoriale del Governo e il nuovo ruolo del Prefetto*, in *Nuova Rassegna*, 2003, 817; C. MEOLI, *Il prefetto nell'ordinamento italiano*, Firenze, 1984; ID., *Il Prefetto fra Stato centrale e ceti dirigenti locali*, in *Nuova rassegna*, 2004, 2321; T. TESSARO, *Il controllo del Prefetto sugli atti del Comune*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 68; V. ZAPPALORTO, *Rappresentanti dello Stato e prefetti nello Stato orizzontale: le esigenze di una nuova governance*, in *Instrumenta*, 2004, 1033.

⁽¹³⁾ V. artt. 3 e 7 d.p.r. 3 aprile 2006, n. 180, recante il Regolamento in materia di Prefetture-Uffici territoriali del Governo, in attuazione dell'art. 11 d.lgs. 30 luglio 1999, n. 300.

informando contestualmente il Presidente del Consiglio dei ministri. Una volta acquisito l'assenso, il Prefetto, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, adotta i provvedimenti necessari⁽¹⁴⁾.

Anche i CIS seguono il modello accentrato di risoluzione dei conflitti, come delineato dagli artt. 12 e 13 d.l. n. 77 del 2021, convertito con modifiche dalla l. 29 luglio 2021, n. 108 (di seguito d.l. n. 77)⁽¹⁵⁾ stabilendo che la risoluzione dei conflitti avvenga tramite il modello della 'sostituzione' delineata dai commi 1° e 3° dell'art. 12 dello stesso d.l. I CIS di cui all'art. 54, 2° *bis* comma, d.l. n. 77 consentono al Ministero della Salute di sottoscrivere CIS con le singole Regioni e Province autonome per stabilire i tempi, le modalità di attuazione e di controllo sugli interventi che rientrano nella sua titolarità. Lo schema generale del CIS per l'attuazione della 'Missione 6' del PNRR assegna ad un Tavolo Istituzionale (presieduto dal Ministro della Salute e composto dal Presidente della Regione/Provincia Autonoma, dal Ministro dell'Economia e delle Finanze, o da rispettivi delegati) il compito di esaminare gli eventuali ritardi e inadempienze rispetto alle tempistiche indicate nelle schede di intervento e segnalati dal Responsabile Unico del Contratto (RUC) e di fornire, in caso, un'informativa con propria delibera al Ministero della Salute. Ricevuta tale informativa spetta poi al Ministero valutare la sussistenza dei presupposti per proporre l'attivazione degli interventi sostitutivi previsti dall'art. 12, 1° comma, d.l. n. 77 cit., o valutare la sussistenza dei presupposti per la sostituzione diretta nei confronti dei soggetti attuatori diversi dalle Regioni o Province Autonome (art. 12, 3° comma, d.l. n. 77 cit.).

⁽¹⁴⁾ Laddove il Ministro competente non abbia manifestato il proprio assenso nei trenta giorni decorrenti dalla data di ricevimento della richiesta, il Presidente del Consiglio dei ministri può deferire, ai sensi dell'art. 5, 2° comma, lett. c *bis*), l. 23 agosto 1988, n. 400, la questione al Consiglio dei ministri, che, tenuto conto degli interessi pubblici coinvolti, può autorizzare l'intervento sostitutivo del prefetto.

⁽¹⁵⁾ Per un commento a tali disposizioni sia consentito il rinvio a S. TRANQUILLI, *Interventi sostitutivi e strumenti per il superamento del dissenso nell'attuazione del PNRR*, in *Rivista giuridica di Urbanistica, Diritto e territorio*, 2021, 743-66.

Si tratta di un modello che si trova replicato in diverse ipotesi tra cui (ma non esclusivamente) quelle che fronteggiano situazioni emergenziali ⁽¹⁶⁾. La ‘sostituzione’ ordinaria rappresenta, infatti, uno strumento che consente (ad un’Amministrazione) di intervenire per salvaguardare un interesse che accomuna in modo paritario più Amministrazioni ⁽¹⁷⁾ consentendole, dopo un’interlocuzione più o meno articolata con l’ente (che sarà sostituito), di superare unilateralmente il conflitto amministrativo. Le ipotesi sono innumerevoli tanto nell’ordinamento statale ⁽¹⁸⁾ che regionale ⁽¹⁹⁾. Rispetto ai po-

⁽¹⁶⁾ Si pensi all’art. 2 dell’ordinanza della Protezione civile 18 ottobre 2000, dove si prevede che in caso di conflitto tra un ente locale o un soggetto attuatore degli interventi e un’Amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili, in deroga alla disciplina in materia di conferenza di servizi la decisione possa essere assunta dallo stesso ente o soggetto attuatore previo assenso del Ministro competente per materia.

⁽¹⁷⁾ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2004, 279.

⁽¹⁸⁾ V. nell’ordinamento statale l’art. 152 d.lgs. n. 152 del 2006.

⁽¹⁹⁾ V. ad esempio, i ‘poteri sostitutivi’ previsti dai commi sesto e ss. dell’art. 14 l. Regione Lombardia 11 marzo 2005, n. 12, recante norme in materia di governo del territorio in base al quale «6. L’infruttuosa decorrenza del termine posto dal comma 1 per l’adozione del piano attuativo costituisce presupposto per la richiesta di intervento sostitutivo. 7. Il potere d’intervento sostitutivo è esercitato dalla Regione, ovvero dalle province a far tempo dall’efficacia del rispettivo piano territoriale di coordinamento provinciale. 8. Al fine di attivare il procedimento di cui al comma 7, chi ha presentato il piano attuativo, verificata l’inerzia comunale, può, con atto notificato o trasmesso in plico raccomandato con avviso di ricevimento, intimare al comune di provvedere nel termine di quindici giorni dal ricevimento della richiesta. 9. Decorso infruttuosamente il termine previsto dal comma 8, chi ha presentato il piano attuativo può inoltrare al dirigente della competente struttura regionale o provinciale istanza per la nomina di un commissario ad acta; il dirigente provvede sulla richiesta nel termine di quindici giorni dal ricevimento dell’istanza, invitando il comune ad assumere il provvedimento conclusivo del procedimento di adozione del piano attuativo entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione stessa, che si intende quale avvio del procedimento sostitutivo ai sensi dell’articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi). 10. Il Presidente della Giunta regionale o provinciale o l’assessore competente, se delegato, scaduto inutilmente il termine di trenta giorni di cui al comma 9, nomina, nei successivi quindici giorni, un commissario ad acta, scelto tra i soggetti iscritti all’albo di cui all’articolo 31. 11. Entro il termine di trenta giorni dalla nomina, il commissario ad acta assume, in via sostitutiva, gli atti e i provvedi-

teri sostitutivi ‘straordinari’ la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che l’assetto delineato dall’art. 120, 2° comma, Cost. non impedisce che esistano anche poteri sostitutivi esercitabili dalle Regioni nei confronti degli enti locali «al fine di salvaguardare interessi unitari che sarebbero compromessi dall’inerzia o dall’inadempimento medesimi» (20). Ne discende, dunque, che – come precisato dalla stessa Corte – l’intervento sostitutivo è possibile solo ad opera dell’organo di governo (regionale o provinciale) che se ne assuma la responsabilità politica e amministrativa (21) e unicamente rispetto ad

menti necessari per la conclusione del procedimento di adozione del piano attuativo; gli oneri derivanti dall’attività del commissario ad acta sono posti a carico del comune inadempiente».

(20) V. Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in particolare punto 3.2. della parte in diritto, dove si precisa che il potere sostitutivo regionale rinviene, pertanto, la propria base costituzionale non solo nell’art. 120, ma anche nell’interpretazione sistematica degli artt. 117, 3° e 4° comma e 118, 1° e 2° comma, Cost., e che «anche l’eventuale previsione di eccezionali sostituzioni di un livello ad un altro di governo per il compimento di specifici atti o attività, considerati dalla legge necessari per il perseguimento degli interessi unitari coinvolti, e non compiuti tempestivamente dall’ente competente, non può che rientrare, in via di principio, e salvi i limiti e le condizioni di cui si dirà, nello stesso schema logico, affidato nella sua attuazione al legislatore competente per materia, sia esso quello statale o quello regionale. Se così non fosse, si avrebbe infatti l’assurda conseguenza che, per evitare la compromissione di interessi unitari che richiedono il compimento di determinati atti o attività, derivante dall’inerzia anche solo di uno degli enti competenti, il legislatore (statale o regionale) non avrebbe altro mezzo se non collocare la funzione ad un livello di governo più comprensivo, assicurandone ‘l’esercizio unitario’ ai sensi del primo comma dell’articolo 118 della Costituzione: conseguenza evidentemente sproporzionata e contraria al criterio generale insito nel principio di sussidiarietà».

(21) Corte cost., 21 ottobre 2003, n. 313, in particolare punto 9 della parte in diritto, dove si afferma che «in linea di massima, qualora siano in ipotesi da ammettere poteri sostitutivi regionali, nei confronti degli enti locali, ulteriori rispetto a quelli facenti capo al Governo, quali previsti dall’art. 120 della Costituzione, attuato ora dall’art. 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3), tali poteri sarebbero in ogni caso da ascrivere a organi di governo dell’ente che, nell’ambito di responsabilità più generali riconosciutegli, agisce in sostituzione: nel caso in questione, a organi della Regione, non ad apparati amministrativi (v. sentenza n. 381 del 1996)».

attività prive di discrezionalità nell'*an* ⁽²²⁾. L'ordinamento deve strutturare (e, dunque, disciplinare formalmente) il 'procedimento conflittuale' nel rispetto delle garanzie partecipative dell'ente che viene eventualmente sostituito ⁽²³⁾.

In linea generale, l'ordinamento mantiene, tuttavia, generalmente un *favor* per l'esercizio dei poteri da parte dell'ente 'ordinariamente' competente ⁽²⁴⁾. In alcuni casi, proprio per evitare la sostituzione, la 'fase di composizione' che la precede viene 'rafforzata', ad esempio, con l'intervento di un organo consultivo che rappresenti anche le parti eventualmente in conflitto (Consiglio delle autonomie locali ⁽²⁵⁾). In tal senso va letto proprio l'art. 12, 2° comma, d.l. n. 77 cit. (in materia di attuazione del PNRR) in cui, per impedire che venga-

⁽²²⁾ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in particolare punto 4 della parte in diritto, dove si precisa che «[i]n primo luogo, le ipotesi di esercizio di poteri sostitutivi debbono essere previste e disciplinate dalla legge (...), che deve definirne i presupposti sostanziali e procedurali. In secondo luogo, la sostituzione può prevedersi esclusivamente per il compimento di atti o di attività 'prive di discrezionalità nell'*an* (anche se non necessariamente nel *quid* o nel *quomodo*)' (...), la cui obbligatorietà sia il riflesso degli interessi unitari alla cui salvaguardia provvede l'intervento sostitutivo: e ciò affinché essa non contraddica l'attribuzione della funzione amministrativa all'ente locale sostituito».

⁽²³⁾ Corte cost., 27 gennaio 2004, n. 43, in particolare punto 4 della parte in diritto, dove si precisa che «[l]a legge deve, infine, apprestare congrue garanzie procedurali per l'esercizio del potere sostitutivo, in conformità al principio di leale collaborazione (...), non a caso espressamente richiamato anche dall'articolo 120, secondo comma, ultimo periodo, della Costituzione a proposito del potere sostitutivo 'straordinario' del Governo, ma operante più in generale nei rapporti fra enti dotati di autonomia costituzionalmente garantita. Dovrà dunque prevedersi un procedimento nel quale l'ente sostituito sia comunque messo in grado di evitare la sostituzione attraverso l'autonomo adempimento, e di interloquire nello stesso procedimento».

⁽²⁴⁾ M. BOMBARDELLI, *La sostituzione*, cit., 303.

⁽²⁵⁾ V. art. 11, 3° comma, l. 10 aprile 2004, n. 4, ai sensi del quale «Il Consiglio delle autonomie locali esprime parere alla Giunta regionale nei casi di esercizio del potere sostitutivo nei confronti degli enti locali per il compimento di atti obbligatori relativi all'esercizio delle funzioni conferite dalla Regione, nonché sui seguenti atti: a) accordi di programma-quadro e intese istituzionali di programma che coinvolgono l'assetto e lo sviluppo territoriale locale; b) regolamenti di interesse degli enti locali; c) criteri di riparto delle risorse agli enti locali; d) atti di indirizzo e atti di programmazione che incidono sulle funzioni degli enti locali».

no esercitati i poteri sostitutivi da parte del Governo nei confronti degli altri livelli territoriali (inadempienti rispetto all'attuazione del Piano), il Ministro per gli Affari regionali può 'promuovere le opportune iniziative' anche in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nonché in sede di Conferenza unificata ⁽²⁶⁾.

L'ente sostituito potrà eventualmente reagire alla sostituzione impugnando il provvedimento con cui l'Amministrazione abbia esercitato la sostituzione, rispettivamente dinanzi alla Corte Costituzionale (nel caso in cui l'esercizio della sostituzione da parte dell'Amministrazione statale leda una competenza 'esclusiva' di quella regionale) o al giudice amministrativo ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ V. l'art. 12, 1° comma, d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modifiche dalla l. 29 luglio 2021, n. 108, ai sensi del quale «[i]n caso di mancato rispetto da parte delle regioni, delle province autonome di Trento e di Bolzano, delle città metropolitane, delle province e dei comuni degli obblighi e impegni finalizzati all'attuazione del PNRR e assunti in qualità di soggetti attuatori, consistenti anche nella mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio dei progetti del Piano, ovvero nel ritardo, inerzia o difformità nell'esecuzione dei progetti, il Presidente del Consiglio dei ministri, ove sia messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR e su proposta della Cabina di regia o del Ministro competente, assegna al soggetto attuatore interessato un termine per provvedere non superiore a trenta giorni. In caso di perdurante inerzia, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri o del Ministro competente, sentito il soggetto attuatore, il Consiglio dei ministri individua l'amministrazione, l'ente, l'organo o l'ufficio, ovvero in alternativa nomina uno o più commissari ad acta, ai quali attribuisce, in via sostitutiva, il potere di adottare gli atti o provvedimenti necessari ovvero di provvedere all'esecuzione dei progetti, anche avvalendosi di società di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, o di altre amministrazioni specificamente indicate». L'art. 12, 2° comma, stabilisce poi che «[f]ermo restando l'esercizio dei poteri sostitutivi di cui al comma 1, e nei casi ivi previsti, il Ministro per gli affari regionali e le autonomie può promuovere le opportune iniziative di impulso e coordinamento nei riguardi di regioni, province autonome di Trento e di Bolzano, città metropolitane, province e comuni, anche in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano nonché di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281».

⁽²⁷⁾ V. Cons. giust. amm., 13 settembre 2011, n. 545.

3. *Il modello 'consensuale-paritario' di risoluzione dei conflitti tra Amministrazioni.* – I CIS prevedono, accanto al modello sostitutorio, delle specifiche clausole di risoluzione 'amichevole' delle controversie che dovessero insorgere relativamente all'interpretazione e applicazione del contratto. Tale scelta rispecchia pienamente la tendenza dell'ordinamento che, in linea generale, ha progressivamente affiancato al metodo accentrato di risoluzione dei conflitti quello consensuale-collegiale, ponendo le parti su un piano di parità o demandando la competenza alla risoluzione del conflitto a specifiche strutture di raccordo⁽²⁸⁾. La stessa Presidenza del Consiglio, inserendosi nel solco di una prassi volta alla valorizzazione del 'metodo-conferenza' come strumento decisionale che andava emergendo in alcuni settori dell'ordinamento, ha iniziato a spingere le Amministrazioni, nell'esercizio delle sue funzioni di coordinamento, ad organizzare più frequentemente riunioni proprio per «eliminare interferenze, sovrapposizioni o duplicazioni di interventi ed avviare a soluzione eventuali conflitti e incertezze nella ripartizione delle competenze»⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Sull'evoluzione del modello consensuale nell'ordinamento amministrativo, F. CAMMEO, *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico*, in *Giur. it.*, 1990, IV, 1 s.; E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 18 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

⁽²⁹⁾ Circ. 2 aprile 1964, n. 79430 rivolta ai Prefetti e alcuni Commissari straordinari dove si evidenzia con il «ricorso a frequenti e variamente estese, riunioni collegiali si potranno attenuare ed eliminare interferenze, sovrapposizioni o duplicazioni di interventi ed avviare a soluzione eventuali conflitti e incertezze nella ripartizione delle competenze e si potrà utilmente provvedere alla delineaazione in comune di un programma di azione il cui sviluppo potrà essere continuamente seguito nella globalità dei suoi effetti. In sede collegiale si potranno altresì concertare direttive di massima e deliberare congiuntamente l'adozione di provvedimenti, di competenza di diversi organi, cospiranti alla soluzione di questioni di maggiore importanza o di più urgente attualità».

Con l'erompere delle 'arene deliberative' ⁽³⁰⁾ si è progressivamente diffuso l'utilizzo di 'moduli procedurali aperti', in parte de-formalizzati, che ormai possono essere considerati veri e propri modelli chiave nel diritto amministrativo contemporaneo ⁽³¹⁾. In questo modo le Amministrazioni hanno sviluppato la capacità di ponderare contestualmente gli interessi in gioco allargando considerevolmente

⁽³⁰⁾ Prima del recepimento da parte del legislatore del metodo decisionale in conferenza avvenuto con l'introduzione dell'art. 14 della (versione originaria della) l. n. 241 del 1990, l'utilizzo della 'conferenza' come strumento volto alla prevenzione dei contrasti tra le posizioni degli organi e delle Amministrazioni coinvolte in un procedimento o in procedimenti connessi si rintraccia nella materia urbanistica intorno agli anni Cinquanta del secolo scorso, nell'ambito dei procedimenti di approvazione dei piani urbanistici, ad opera del Ministero dei Lavori pubblici, che al fine di prevenire possibili attriti tra i diversi organi ministeriali deputati ad esprimersi ed i Comuni promotori dei piani, aveva utilizzato la prassi di convocare, presso di sé, una conferenza centrale definita 'di servizi'. Tale forma di conferenza costituiva una collaborazione non organica tra amministrazioni, simile al modello dei comitati interministeriali. Dal punto di vista normativo l'origine del sistema delle conferenze trova una base giuridica nella l. n. 1822 del 1939 in cui si prevedeva la convocazione di una conferenza formale presso l'amministrazione della Motorizzazione civile nel procedimento di concessione di autolinee e nella l. n. 1643 del 1962 istitutiva dell'ENEL, la quale aveva introdotto la possibilità di convocare delle riunioni periodiche, al fine di consultare i rappresentanti degli enti locali e delle associazioni di categoria sulle numerose questioni di politica energetica e tariffaria. Forme di conferenza sono state previste dalla l. n. 441 del 1987, relativa al procedimento di approvazione regionale degli impianti di smaltimento rifiuti e dalla l. n. 205 del 1989 sui mondiali di calcio. Nello specifico, la conferenza regolata da questa legge avrebbe potuto essere convocata dal Presidente del Consiglio dei ministri o dal Sindaco, al fine di verificare la conformità dei progetti degli impianti sportivi ai vari vincoli (culturali, ambientali, ecc.) esistenti sulle aree da utilizzare per costruire le opere; sull'origine della conferenza di servizi nell'ordinamento amministrativo nella prassi e sulle prime formalizzazioni dell'istituto, si v. D. D'ORSOGNA, *Conferenza di servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 63 ss.; G. F. CARTEI, *Servizi (conferenza di)*, in *Dig. it., disc. pubbl.*, 1999, vol. XIV 65 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, voce *Conferenza di servizi (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Annali II, 2, Milano 2007, 276; F. MERUSI, *Il coordinamento e la collaborazione degli interessi pubblici e privati dopo le recenti riforme*, in *Dir. amm.*, 1993, 22 ss.

⁽³¹⁾ B. CAVALLO, *Procedimento amministrativo ed attività pattizia*, in ID. (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipativa e pubblica trasparenza*, Torino, 2003, 119 ss.

«la zona che separa l’emanazione dell’atto dalla porta del giudice»⁽³²⁾.

Si è così assistito ad un potenziamento seppur ‘asistematico’ degli strumenti di risoluzione negoziata dei conflitti improntati al raggiungimento di una posizione condivisa tra le Amministrazioni, in grado di garantire un sufficiente consolidamento degli interessi delle parti tale da prevenire l’insorgere di futuri conflitti. In quest’ottica i principi di leale collaborazione e del contraddittorio, che hanno assunto una crescente centralità grazie agli sforzi della dottrina e della giurisprudenza sia costituzionale che amministrativa, sono finalizzati, se correttamente applicati, a stabilizzare la bilancia del confronto, portando le parti ad un dialogo paritario, improntato al raggiungimento di una soluzione quanto più possibile soddisfacente degli interessi in gioco⁽³³⁾. In questo modello rientrano evidentemente i modelli decisionali (come le intese e le conferenze) che costituiscono, come più volte evidenziato dalla Corte Costituzionale, dei ‘metodi’ decisionali aperti e atipici che sostengono le ordinarie relazioni tra Amministrazioni, la cui estensione e ampiezza dipendono dalle concrete modalità di esercizio delle competenze e del potere amministrativo⁽³⁴⁾. Tale modello spinge anche verso la prevenzione del conflitto in senso dinamico, riconoscendo nelle differenze un elemento di forza da ricomporre in unità parziali e momentanee, attraverso strumenti che consentano un margine adeguato di flessibilità e di adattabilità dell’azione dei pubblici poteri rispetto alla complessità della società e dell’ordinamento⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ L’espressione è di V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell’ordinamento amministrativo*, Milano, 1992, 241.

⁽³³⁾ V. a questo proposito F. BENVENUTI, *L’istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 202; ID., voce *Contraddittorio (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, 747 ss.; F. FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996.

⁽³⁴⁾ Corte cost., 28 luglio 2020, n. 169.

⁽³⁵⁾ M.A. CABIDDU, *Principio di legalità e amministrazione consensuale*, in *Amministrare*, 2008, 36.

4. *I CIS come strumento di prevenzione dei conflitti tra Amministrazioni.* – I CIS si inseriscono inoltre nel sistema degli accordi quali strumenti di prevenzione dei conflitti tra Amministrazioni. Una delle modalità più ricorrentemente utilizzate dalle Amministrazioni per prevenire l'insorgenza di nuovi conflitti è, infatti, proprio la stipula di accordi amministrativi. In generale, come noto, sottoscrivendo accordi *ex art. 15 l. n. 241 del 1990*, le Amministrazioni, poste in posizione equiordinata, possono raggiungere una posizione condivisa, su ambiti e materie di interesse comune, strumentale al miglior svolgimento delle funzioni amministrative ovvero ad una più efficiente ed economica gestione di servizi pubblici di cui abbiano assunto la titolarità ⁽³⁶⁾.

Quella degli accordi è divenuta una categoria complessa che comprende al suo interno diverse figure quali, oltre alle tipologie previste dal suddetto art. 15, i patti territoriali, i contratti d'area, i contratti di programma e i protocolli d'intesa, accumulati dalla disciplina generale dell'art. 15 l. n. 241 del 1990 seppur con oggetto diversificato e con differenti obiettivi ⁽³⁷⁾. Come nel contratto, le Amministrazioni stipulanti partecipano all'accordo in posizione di sostanziale equi-ordinazione, e solo quando vi sia una 'sinergica convergenza' su attività di interesse comune, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna parte.

La particolare natura giuridica degli accordi tra Amministrazioni quali strumenti giuridici funzionali alla regolazione di un rapporto pubblicistico tra soggetti titolari di interessi comuni condiziona il regime giuridico concretamente applicabile.

Quest'ultimo, oltre ad essere condizionato dalla natura pubblicistica dell'oggetto regolato, risente del contenuto dispositivo suscettibile di essere concordato tra le parti, configurandosi sia accordi, prevalentemente, di natura politico-istituzionale, necessitanti di suc-

⁽³⁶⁾ V. sul punto Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2020, n. 5352.

⁽³⁷⁾ S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2016, 403; ad esempio la ripartizione delle entrate tributarie. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 20 maggio 2021, n. 1244.

cessivi atti per il perseguimento degli obiettivi comuni indicati, sia accordi dal contenuto dettagliato, volti a definire i reciproci impegni assunti dalle parti per la realizzazione dell'interesse comune.

Le conseguenze derivanti dalle condotte assunte da ciascuna parte nell'ambito di un accordo *ex art. 15 l. n. 241 del 1990* risentono, dunque, oltre che dalla natura giuridica degli strumenti convenzionali, anche del contenuto concordato, in specie avuto riguardo al grado di dettaglio delle clausole convenute e degli impegni reciprocamente assunti dalle parti.

L'accordo prevede, in genere, anche gli strumenti per il superamento del conflitto che dovesse emergere nel corso della sua esecuzione stabilendo che in caso di inadempimento di una delle parti, l'Amministrazione che voglia svincolarsi dal contratto non possa unilateralmente sospenderne l'efficacia ⁽³⁸⁾.

Ai fini della sospensione è infatti necessario pervenire ad un ulteriore accordo tra le parti. Trattandosi di un patto volto alla cura di interessi pubblici, la valutazione sul venire meno dell'adeguatezza dello strumento per perseguire quegli interessi pubblici necessita di un ulteriore confronto, espressione di volontà di entrambe le parti. Proprio perché l'accordo sancisce una cooperazione al massimo livello rappresentativo delle Amministrazioni coinvolte anche il recesso unilaterale (o una sua impropria sospensione) contrasta con gli artt. 11 e 15 l. n. 241 del 1990 e con il principio di leale collaborazione. In un recente caso, il giudice amministrativo ha escluso che un'Amministrazione (nella specie un Comune) parte di un accordo negoziale (nella specie un protocollo d'intesa) potesse sospenderne unilateralmente l'efficacia in ragione dell'inadempimento della con-

⁽³⁸⁾ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *quater*, 22 novembre 2019, n. 13444, dove, in merito alla sospensione da parte del Comune di un protocollo di intesa siglato tra lo stesso Comune e la Regione Lazio per darsi linee comuni per il futuro assetto del territorio e delle opere di urbanizzazione da realizzare, si afferma che «non sussiste un potere di una delle due parti pubbliche di sospendere quello che si configura come un accordo tra Amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. n. 241 del 1990».

troparte⁽³⁹⁾. Il giudice amministrativo ha correttamente dichiarato illegittima la sospensione unilaterale dei provvedimenti di pianificazione da parte di un ente comunale. La modifica o sospensione dell'accordo soggiace infatti alla stessa procedura già seguita nell'ambito del suo *iter* di approvazione e una rivalutazione dell'assetto del territorio già concordata con un altro ente, espressione di interessi anch'essi propri di quella porzione territoriale (e nel caso della Regione, anche più ampi rispetto a quelli comunali) avrebbe necessitato una rivalutazione congiunta e procedimentalizzata (ossia l'adozione da parte del Consiglio Regionale e l'approvazione da parte della Giunta Regionale).

Diverso invece il caso qualora l'Amministrazione ritenga che l'accordo non fosse già in origine o non sia più funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico comune sotteso alla pattuizione⁽⁴⁰⁾.

Una disciplina del tutto particolare – simile a quella dei CIS – è stabilita dall'art. 34 TUEL per gli accordi di programma tra Amministrazioni. L'accordo di programma oltre ad obbligare le parti stipulanti ad ottemperare agli impegni assunti con l'accordo medesimo «può prevedere altresì procedimenti di arbitrato», nonché «interventi surrogatori di eventuali inadempienze dei soggetti partecipanti». Si tratta evidentemente di uno strumento *sui generis* che consente la risoluzione del conflitto amministrativo senza la sua formaliz-

⁽³⁹⁾ Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2020, n. 7373. In particolare, si trattava dell'accordo concluso tra il Presidente della Regione Lazio e il Sindaco di Marino per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, volte a garantire un corretto ed equilibrato sviluppo del territorio di riferimento.

⁽⁴⁰⁾ V. C. PIO SANTACROCE, *La stabilità degli accordi tra pubbliche amministrazioni*, Padova, 2014. In questo caso la giurisprudenza afferma che la rispondenza al pubblico interesse costituisce la causa giustificatrice del recesso, sicché una sua carenza originaria ovvero una sua rivalutazione in costanza di rapporto sarebbe idonea a condizionare, rispettivamente, la validità e la perdurante efficacia del vincolo consensuale. Ciascuna Amministrazione, pertanto, ove ritenga che l'accordo non sia (o non sia più) funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico comune sotteso alla pattuizione, potrebbe riesaminare la legittimità o l'opportunità della propria partecipazione all'accordo, agendo in autotutela al fine di sciogliersi dal relativo vincolo consensuale.

zazione in un procedimento conflittuale o in una lite. Ai sensi del successivo 7° comma dell'art. 34 TUEL la vigilanza sull'esecuzione dell'accordo di programma e gli eventuali interventi sostitutivi sono svolti da un collegio (presieduto dal Presidente della Regione o dal Presidente della Provincia o dal Sindaco) e composto da rappresentanti degli enti locali interessati, nonché dal commissario del Governo della regione o dal prefetto della provincia interessata (se all'accordo partecipano amministrazioni statali o enti pubblici nazionali). Nella prassi talvolta è proprio lo stesso organismo di vigilanza a svolgere le funzioni di collegio arbitrale, mentre in altri ricorrono alle regole processualcivilistiche previste per la nomina del collegio arbitrale (artt. 812 e 813 c.p.c.). La normativa, tuttavia, non precisa quali sono i rapporti tra la devoluzione al collegio arbitrale e la tutela giurisdizionale.

La giurisprudenza amministrativa ha evidenziato che il deferimento della controversia al collegio arbitrale – proprio in quanto consentito da una disposizione legislativa – non confligge con l'esistenza della giurisdizione esclusiva sugli accordi tra Amministrazioni ⁽⁴¹⁾. Lo stesso giudice ha quindi dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'Amministrazione dinanzi al giudice per far valere l'inadempimento all'accordo proprio in quanto nello stesso era prevista una clausola arbitrale. Anche in un altro caso esaminato dal giudice amministrativo, relativamente al ricorso proposto da un Comune contro un altro Comune per lamentare la mancata esecuzione di un accordo di programma, il giudice amministrativo ha dichiarato inammissibile il ricorso in quanto la controversia era stata

(41) Con riferimento agli accordi di programma previsti dall'art. 27 l. n. 142 del 1990, v. T.A.R. Campania, Salerno, 21 luglio 2005, n. 1314, confermata da Cons. Stato, sez. VI, 21 settembre 2006, n. 5565. Nella specie il giudice amministrativo ha affermato che «la previsione della giurisdizione esclusiva per le controversie in materia di 'formazione, conclusione ed esecuzione' degli accordi di cui all'art. 15 l. n. 241 del 1990 (ex artt. 11, comma 5, e 15, comma 2, l. n. 241 del 1990) non confligge con l'art. 27, comma 2, l. n. 142 del 1990, ma fa da semplice *pendant* alla facoltà delle parti stipulanti, da tale ultima norma contemplata, di prevedere la risoluzione delle liti eventualmente insorgenti mediante procedimenti di arbitrato».

previamente deferita al collegio di vigilanza in funzione arbitrale e l'Amministrazione ricorrente non aveva impugnato il relativo verbale in sede giurisdizionale ⁽⁴²⁾.

5. La 'consulenza-difensiva' dell'Avvocatura di Stato in funzione di prevenzione delle liti tra Amministrazioni. – Si può infine rintracciare anche un terzo modello che tuttavia è finalizzato non tanto (e non solo) alla prevenzione dei conflitti ma più propriamente alla prevenzione delle liti (in sede giurisdizionale) tra Amministrazioni largamente in uso anche nell'ambito del PNRR. Si tratta dell'attività di consulenza-difensiva svolta dall'Avvocatura dello Stato nel suo ruolo di consulente e difensore delle Amministrazioni. Tale funzione, oltre a sfociare in una vera e propria attività di 'mediazione', si affianca e talvolta, come si vedrà, spesso sovrappone, a quella, di indirizzo generale, svolto dalle sezioni consultive del Consiglio di Stato (e dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia) nei confronti delle Amministrazioni nell'interesse dell'ordinamento.

Tra i soggetti 'istituzionalmente' preposti a prevenire (sia il conflitto ma soprattutto) le liti di fronte al giudice costituzionale e amministrativo (quando sussistono i presupposti per risolvere diversamente il contrasto tra le parti rispetto alla proposizione del ricorso) rientra sicuramente l'Avvocatura dello Stato. In via di principio, tale funzione di prevenzione si rinviene all'interno della declinazione

⁽⁴²⁾ V. T.A.R. Emilia-Romagna, sez. Parma, 16 aprile 2014, n. 101: nel caso di specie il Comune di Mezzani, in un primo tempo, rimetteva la questione all'esame del Collegio di Vigilanza previsto dall'art. 11 dell'accordo (che si esprimeva in senso sfavorevole) e, a distanza di circa tre mesi, proponeva ricorso al T.A.R. chiedendo l'accertamento dell'obbligo del Comune di Parma di rispettare l'impegno assunto nell'accordo con condanna della medesima Amministrazione al pagamento degli importi dovuti. Il Comune di Parma si costituiva in giudizio eccependo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del verbale del Comitato di Vigilanza e, nel merito, l'infondatezza della pretesa avanzata.

delle sue attribuzioni e, in particolare, nel suo duplice ruolo di consulente e difensore delle Amministrazioni⁽⁴³⁾.

Le funzioni di consulenza-difensiva assegnate all'Avvocatura dall'art. 13 r.d. n. 1611 del 1933 le conferiscono espressamente, infatti, un ruolo attivo nella gestione delle liti tra Amministrazioni (deve infatti «consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi»), il quale le consente prima ancora dell'instaurazione del ricorso di primo grado o d'appello o di resistenza in giudizio, nella fase di necessaria interlocuzione preliminare con le Amministrazioni, di indirizzarle, laddove ve ne siano i presupposti, verso la migliore soluzione possibile, anche proponendo soluzioni alternative rispetto alla via giurisdizionale⁽⁴⁴⁾.

Oltre che dalle attribuzioni dell'Avvocatura, tale funzione di indirizzo nella gestione e risoluzione del conflitto (per non farlo sconfinare in lite) emerge anche dall'art. 12, 1° e 2° comma, l. n. 103 del 1979 in cui si presuppone che nel corso dell'interlocuzione tra la stessa Avvocatura e l'Amministrazione possa emergere un contrasto in ordine all'opportunità della proposizione del ricorso o della resistenza in giudizio (ma a ben vedere si deve ritenere anche per le altre iniziative processuali quali la rinuncia o l'intervento in causa). Tale disposizione stabilisce che a decidere su tale contrasto debba essere

⁽⁴³⁾ G. BELLI, *Avvocatura dello Stato*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 670 ss., dove si sottolinea che l'Avvocato dello Stato si trova «in una particolare situazione di collaborazione ai fini dell'attuazione della giustizia, che è tra gli scopi dello Stato di diritto e le sue funzioni si avvicinano di più a quelle del magistrato che a quelle del libero professionista».

⁽⁴⁴⁾ L'art. 13 sopracitato stabilisce infatti che «l'Avvocatura dello Stato provvede alla tutela legale dei diritti e degli interessi dello Stato; alle consultazioni legali richieste dalle amministrazioni ed inoltre a consigliarle e dirigerle quando si tratti di promuovere, contestare o abbandonare giudizi: esamina progetti di legge, di regolamenti, di capitoli redatti dalle amministrazioni, qualora ne sia richiesta; predisporre transazioni d'accordo con le amministrazioni interessate o esprime parere sugli atti di transazione redatti dalle amministrazioni: prepara contratti o suggerisce provvedimenti intorno a reclami o questioni mossi amministrativamente che possano dar materia di litigio»; sul punto v. G. ALBENZIO, *Il mandato dell'Avvocatura dello Stato nei giudizi civili, amministrativi ed internazionali*, in *Rass. Avv. Stato*, 2021, 1 ss.

l'organo politico, spostando dunque, anche in questo caso, la decisione finale dal piano tecnico-amministrativo al livello politico ⁽⁴⁵⁾.

Nel caso delle Amministrazioni statali il suddetto art. 12 prevede che sul contrasto debba decidere il Ministro competente per materia con determinazione non delegabile. Si tratta tuttavia di una soluzione che suscita dubbi di compatibilità costituzionale laddove si ritenga operante anche nei confronti di tutte quelle amministrazioni statali che hanno un certo grado di indipendenza e lontananza dall'Amministrazione ministeriale ⁽⁴⁶⁾.

Qualora invece il contrasto con l'Avvocatura sorga con un'amministrazione regionale o non statale il contrasto deve essere risolto internamente all'Amministrazione sulla base del proprio statuto (secondo cui «[l]e divergenze di cui al primo comma che insorgano tra l'avvocatura dello Stato e le amministrazioni regionali, ovvero le altre amministrazioni pubbliche non statali o gli enti pubblici, sono definite con la determinazione degli organi delle regioni o delle predette amministrazioni ed enti, competenti a norma dei rispettivi statuti»).

Sono davvero pochi i casi in cui le divergenze tra l'Avvocatura e l'Amministrazione in ordine alla possibilità di proporre ricorso o

⁽⁴⁵⁾ L'art. 12, 1° comma, l. 103 del 1979 stabilisce che «Le divergenze che insorgono tra il competente ufficio dell'avvocatura dello Stato e le amministrazioni interessate, circa la instaurazione di un giudizio o la resistenza nel medesimo, sono risolte dal ministro competente con determinazione non delegabile». Con riferimento alle Amministrazioni non statali al successivo comma si prevede che: «Le divergenze di cui al primo comma che insorgano tra l'avvocatura dello Stato e le amministrazioni regionali, ovvero le altre amministrazioni pubbliche non statali o gli enti pubblici, sono definite con la determinazione degli organi delle regioni o delle predette amministrazioni ed enti, competenti a norma dei rispettivi statuti».

⁽⁴⁶⁾ Il problema non si pone tuttavia per le liti che si instaurano tra le autorità amministrative indipendenti e le Amministrazioni statali in quanto non essendo possibile un doppio patrocinio dell'Avvocatura di Stato nella stessa causa, le Autorità si rivolgono ad un avvocato del libero foro: v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 15 marzo 2013, n. 2720; R. CHIEPPA, *Speciale legittimazione a ricorrere della Autorità garante della concorrenza e del mercato e patrocinio dell'Avvocatura dello Stato*, in *Giur. cost.*, 2013, 33.

resistere in giudizio sono giunte fino al giudice amministrativo. Quando ciò è avvenuto, la giurisprudenza (tanto della Corte di Cassazione che amministrativa) hanno affermato la mera rilevanza interna del contrasto che rimane circoscritto ai rapporti fra Amministrazione ed Avvocatura, senza determinare alcun effetto esterno sul processo ⁽⁴⁷⁾.

In via generale, la giurisprudenza evidenzia infatti che l'esistenza della volontà dell'Amministrazione di ricorrere e resistere in giudizio deve considerarsi presunta dall'attività processuale svolta dall'Avvocatura e dunque il contrasto interno non interessi il processo e non debba per questo essere oggetto di sindacato giurisdizionale.

Anche se, in via generale, la rappresentanza processuale dell'Amministrazione continua a essere mantenuta dal vertice politico, a livello interno la decisione di proporre ricorso costituisce una determinazione che viene di regola assunta dai dirigenti generali delle Amministrazioni. Sono infatti questi ultimi a dialogare direttamente con l'Avvocatura o, come avviene nei procedimenti tributari, a difendere direttamente l'Amministrazione in giudizio.

⁽⁴⁷⁾ La giurisprudenza, sia del giudice amministrativo sia della Corte di Cassazione, ha avuto modo di affermare ripetutamente (v. Cons. Stato, sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2986; Id., sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4116; Cass. civ., sez. II, 22 aprile 2008, n. 10374; Id., sez. I, 22 febbraio 1990, n. 1308; Cass., sez. un., 18 marzo 1987, n. 2712 e 21 luglio 1999, n. 484; Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 1997, n. 1 e 2 marzo 1984, n. 125; Id., sez. VI, 22 maggio 1981, n. 226) che, sebbene l'iniziativa giudiziaria dell'Avvocatura dello Stato richieda il consenso dell'Amministrazione rappresentata (come si desume dall'art. 12 l. 3 aprile 1979, n. 103, secondo cui «le divergenze che insorgono tra il competente Ufficio dell'Avvocatura dello Stato e le amministrazioni interessate, circa la instaurazione di un giudizio o la resistenza nel medesimo, sono risolte dal Ministro competente con determinazione non delegabile»), tale consenso non abbisogna della sua traduzione in un atto formale, posto che la legge non richiede l'esistenza di un atto di procura per l'esercizio dello *ius postulandi* da parte degli avvocati dello Stato, restando preclusa al giudice ogni indagine intesa ad accertare l'eventuale difformità tra rappresentanza processuale ed effettiva volontà dell'amministrazione, titolare dell'interesse sostanziale, in ordine a una determinata controversia.

Tanto dimostra, anche sotto questo profilo, il superamento del carattere gerarchico della relazione intercorrente tra organo politico e dirigenza⁽⁴⁸⁾. Se tanto è giustificabile rispetto alle liti tra privato e Amministrazione (più 'standardizzate' e ricorrenti), la proposizione dell'azione nei confronti di un'altra Amministrazione può assumere non solo una rilevante consistenza politica, ma anche avere un rilevante impatto sul sistema dei rapporti tra Amministrazioni. Tali circostanze, tuttavia, sembrano del tutto trascurate dall'ordinamento che, forse in ragione della preoccupazione di alleggerire l'organo politico da tale tipo di decisioni specie quando sono prevalentemente di tipo tecnico, non effettua alcuna distinzione. Sarebbe tuttavia maggiormente rispondente ai principi costituzionali che la decisione di promuovere un'azione nei confronti di un'altra Amministrazione provenisse sempre dal vertice politico.

La rilevanza politica che può avere l'azione giurisdizionale proposta da un'Amministrazione nei confronti di altre Amministrazioni emerge, del resto, dall'esame delle direttive fornite dalla Presiden-

⁽⁴⁸⁾ V. l'art. 16, 1° comma, lett. f), d.lgs. n. 165 del 2001 in base al quale «I dirigenti di uffici dirigenziali generali, comunque denominati, nell'ambito di quanto stabilito dall'articolo 4 esercitano, fra gli altri, i seguenti compiti e poteri (...) f) promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere, fermo restando quanto disposto dall'articolo 12, 1° comma, legge 3 aprile 1979, n. 103»; su tale disposizione si v. Cons. St., sez. I, 2 luglio 2019, n. 1943; Cass. civ., Sez. un., 6 luglio 2006, n. 15342, dove si precisa che l'art. 16, lett. f), d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nel disporre che i dirigenti di uffici dirigenziali generali (o strutture sovraordinate) «promuovono e resistono alle liti ed hanno il potere di conciliare e di transigere, fermo restando quanto disposto dall'articolo 12, comma primo, della legge 3 aprile 1979, n. 103», precisa il riparto di competenze tra organi di gestione e organi di governo, ma non modifica certamente il criterio di individuazione dell'organo che rappresenta legalmente l'amministrazione, rientrando nell'ambito delle competenze dirigenziali i soli poteri sostanziali di gestione delle liti. Lo Stato, infatti, agisce ed è chiamato in giudizio in persona del ministro competente o in persona del Presidente del Consiglio, mentre le strutture interne ai ministeri non sono dotate di soggettività sul piano dei rapporti esterni, come del resto è comprovato dall'espresso disposto dell'art. 11, 1° comma, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (nel testo novellato dall'art. 1 l. 25 marzo 1958, n. 260), il quale prescrive che la notifica degli atti giudiziari presso gli uffici dell'avvocatura dello Stato debba essere effettuata nella persona del ministro competente.

za del Consiglio rivolte alle Amministrazioni statali in cui si sollecciano queste ultime ad acquisire il preventivo parere della stessa Presidenza prima di azionare «tutte le iniziative giurisdizionali, diverse dall'ordinaria attività di difesa in giudizio», che possano avere anche solo potenzialmente un impatto generale sull'ordinamento ⁽⁴⁹⁾.

Si è già visto, del resto, che il deposito della delibera del Consiglio dei ministri in cui il Governo decida di sollevare il conflitto di attribuzione nei confronti di altri poteri dello Stato o delle Regioni è obbligatoria nei giudizi di fronte alla Corte costituzionale e che la mancata corrispondenza tra quanto deliberato e quanto contestato in giudizio produce in quella sede l'inammissibilità del ricorso.

L'attività di prevenzione dei contrasti è spiegata dall'Avvocatura di Stato con particolare sensibilità qualora si contrappongano più Amministrazioni statali. L'emersione di un contrasto e di una lite, infatti, si riverserebbe direttamente in un conflitto di interessi nel patrocinio dell'Avvocatura.

Nella casistica giurisprudenziale non si rinvencono infatti ricorsi giurisdizionali proposti da Ministeri contro altri Ministeri. Nei casi in cui si contrappongano due e più Amministrazioni che siano entrambe patrocinate dall'Avvocatura il conflitto di interessi che non le consentirebbe di difenderle entrambe in giudizio non dovrebbe comunque precluderle di indirizzare entrambe verso il raggiungimento di soluzioni maggiormente soddisfattive che prediligano la via extra-giurisdizionale.

Qualora invece solo un'Amministrazione sia patrocinata dall'Avvocatura, sebbene non possa assumere un ruolo attivo di conciliazione tra le parti, può consigliare indirizzare l'Amministrazione assistita verso le migliori soluzioni anche extra-giurisdizionali.

⁽⁴⁹⁾ Circ. 19 marzo 1966, n. 31978, dove si fa riferimento, ad esempio, alla proposizione di conflitti di giurisdizione, l'assunzione della difesa delle funzioni per fatti conseguenti all'esercizio delle loro funzioni e la costituzione di parte civile nei confronti degli stessi, la deduzione in corso di giudizio di eccezioni di illegittimità costituzionale.

Nella prassi sono state istituite – proprio in ausilio all’attività dell’Avvocatura di Stato – delle sedi che consentono alle Amministrazioni di confrontarsi tra loro in ordine alle iniziative processuali nell’ottica di delineare una posizione comune o omogenea. Tanto avviene in particolare con riferimento alle iniziative che riguardano la difesa dello Stato di fronte alla Corte di Giustizia dell’Unione europea e alle Amministrazioni euro-unitarie.

L’art. 42 l. n. 234 del 2012 attribuisce infatti alla Presidenza del Consiglio dei ministri e al Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, d’intesa con i Ministeri interessati, le decisioni riguardanti gli interventi nei procedimenti in corso innanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione europea a tutela di situazioni di rilevante interesse nazionale.

Il Dipartimento per le Politiche Europee, d’intesa con il Ministero Affari Esteri e Cooperazione internazionale e l’Agente di Governo dinanzi alla Corte di Giustizia dell’Unione Europea, convoca periodicamente (e con una certa frequenza ⁽⁵⁰⁾) delle apposite ‘riunioni di coordinamento’ con l’obiettivo di attivare un raccordo sistematico tra le Amministrazioni interessate e l’Avvocatura Generale dello Stato tutte le volte in cui occorra tutelare situazioni di rilevante interesse nazionale innanzi agli Organi di Giustizia dell’U.E.

L’obiettivo di tali riunioni è proprio quello di prevenire o ridurre il possibile contenzioso innanzi agli organi giurisdizionali europei e di fornire, al contempo, un utile strumento all’Avvocatura Generale dello Stato nella fase della predisposizione degli atti difensivi e delle memorie di intervento.

Bisogna poi distinguere le ipotesi in cui le parti avrebbero potuto (ma non hanno voluto) risolvere la lite fuori dal processo dai casi in cui l’intervento del giudice è richiesto per rimuovere uno stato di in-

⁽⁵⁰⁾ Il Dipartimento convoca una o più riunioni mensili stabilendo preliminarmente un lasso di tempo variabile di 15-20 giorni in cui le Amministrazioni possono presentare le proprie osservazioni. Le sintesi degli esiti delle riunioni sono periodicamente pubblicate sul sito <<https://www.politicheeuropee.gov.it/it/attivita/contentzioso-europeo/riunioni-di-coordinamento/>>.

certezza normativa e regolare, con l'autorevolezza propria del giudicato, un determinato rapporto. In questo secondo caso l'interesse delle parti è prevalentemente basato dallo stato di incertezza oggettiva sulla normativa applicabile, che può prescindere dall'esistenza di un contrasto concreto tra gli interessi.

Qualora le Amministrazioni lamentino un'incertezza normativa fanno infatti valere in giudizio un interesse puramente oggettivo che, salve alcune eccezioni stabilite in via legislativa, non dovrebbe di regola trovare tutela in sede giurisdizionale ⁽⁵¹⁾.

Non a caso, si è visto, anche la Corte Costituzionale utilizza l'interesse a ricorrere come 'filtro' del conflitto di attribuzione proprio per non allargare l'accesso ai conflitti puramente 'virtuali' (*i.e.* alle liti di solo diritto). Qualora la lite scaturisca dall'incertezza sulla normativa che regola i rapporti tra due o più Amministrazioni, le sedi più idonee – conformemente all'art. 100 Cost. ⁽⁵²⁾ – a risolvere i dubbi interpretativi dovrebbero essere quelle degli organi consultivi dell'Amministrazione (Consiglio di Stato, Consiglio di Giustizia per

⁽⁵¹⁾ Di tale limite è del resto consapevole lo stesso giudice amministrativo che (Cons. Stato, sez. V, n. 498 del 2015) ha correttamente dichiarato inammissibile la domanda «indirizzata a richiedere al giudice amministrativo (e non alla Consulta o alla Corte di Giustizia UE, che hanno invece la relativa competenza) una sentenza meramente interpretativa di norme di legge», la pronuncia tuttavia (incomprendibilmente poi) conclude affermando che la domanda giurisdizionale «potrebbe radicare la giurisdizione del giudice adito soltanto ove sia formulata pro futuro, vale a dire sia funzionale a risolvere un conflitto tra enti in merito alla competenza ad assumere il servizio oggetto del giudizio per il futuro».

⁽⁵²⁾ Il ruolo del giudice amministrativo come garante istituzionale della giustizia nell'Amministrazione viene da tempo richiamato negli studi di M.A. SANDULLI, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in <www.astrid.it> e <www.anticorruzione.it>, 2013; ID., *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in *Federalismi.it*, 2017, 3; ID., *A proposito del sindacato della Corte di cassazione sulle decisioni dei giudici amministrativi*, in <www.sipotra.it>; ID., *Le novità del rito sui contratti pubblici*, in *Libro dell'anno del Diritto*, 2015; ID., *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, vol. I, Milano, 2013, 2 ss.

la Regione Sicilia ⁽⁵³⁾ o Avvocatura di Stato ⁽⁵⁴⁾), ma non quelle giurisdizionali ⁽⁵⁵⁾.

Anche la Presidenza del Consiglio dei ministri, dopo aver invitato le Amministrazioni statali a interpellare il Consiglio di Stato nelle

⁽⁵³⁾ Sono del resto molti i casi in cui le Amministrazioni sottopongono al Consiglio di Stato in sede consultiva quesiti di ordine generale per sciogliere, in via preventiva, un dubbio sulla corretta interpretazione di una disposizione normativa, si v. *ex multis* Cons. Stato, sez. I, 2018, n. 3999, in *Giur. comm.*, 2010, 916, con nota di L. ARNAUDO.

⁽⁵⁴⁾ Il criterio distintivo tra la funzione consultiva (facoltativa) svolta dal Consiglio di Stato e quella prestata dall'Avvocatura di Stato è stato recentemente tracciato da Cons. Stato, sez. I, n. 1807 del 2020, dove si è precisato che il primo «non è destinato (...) a supportare le scelte decisionali delle Amministrazioni, quante volte esse ritengano, a loro discrezione, di avvalersi della consulenza del Consiglio stesso, dal momento che la funzione consultiva svolta nell'interesse non dell'ordinamento generale, ma dell'Amministrazione assistita, compete all'Avvocatura dello Stato. Il Consiglio di Stato fornisce il proprio parere solo su questioni di massima, la cui soluzione potrà guidare la successiva azione amministrativa nel suo futuro esplicarsi». Dopo le modifiche introdotte dall'art. 17 l. n. 127 del 1997, il parere facoltativo riguarda peraltro solo «le attività che più incisivamente impegnano l'azione del Governo o degli altri organi di maggior rilevanza dello Stato-ordinamento e non può essere attivata da una mera pretesa o esigenza dell'amministrazione interessata, la quale, al contrario, deve esporre, nella sua richiesta di parere, i rilevanti motivi di interesse pubblico strumentali alle attività fondamentali o comunque più significative, che quasi impongono il ricorso al parere facoltativo, il quale, altrimenti, andrebbe a sovrapporsi all'esclusiva autonomia e responsabilità dirigenziale». Viene esclusa quindi la possibilità di emettere pareri su aspetti minimali relativi ad «un ordinario segmento del procedimento amministrativo (...), in quanto il supporto consultivo, da un lato, non può e non deve sostituirsi all'amministrazione nel dovere di provvedere (...) e, dall'altro, non può invadere l'ambito di operatività delle attribuzioni dell'Avvocatura dello Stato nella sua funzione generale di consulenza alle pubbliche amministrazioni»; sul tema si v. C. BARBATI, *L'attività consultiva nelle trasformazioni amministrative*, Bologna, 2010, 96 ss.; M. OCCHIENA, N. POSTERARO, *Pareri e attività consultiva della pubblica amministrazione: dalla decisione migliore alla decisione tempestiva*, in *Il diritto dell'economia*, 2019, 35.

⁽⁵⁵⁾ V. A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 167 e 227, dove si precisa che qualora il potere di ricorso sia espressamente attribuito *ex lege* all'Amministrazione l'interesse all'esercizio dell'azione viene dalla legge istituzionalizzato nel potere stesso di esercitare l'azione, evidenziandone comunque l'assoluta eccezionalità.

questioni che presentano una particolare difficoltà di soluzione, ha rimarcato il confine tra la funzione consultiva di quest'ultimo e l'attività di consulenza difensiva svolta dall'Avvocatura proprio per evitare – incorrendo in una sorta di eterogenesi dei fini – duplicazioni e dispersioni di attività e difformità di indirizzi nel comportamento delle singole Amministrazioni ⁽⁵⁶⁾.

6. *Conclusioni.* – I modelli delineati per la risoluzione dei conflitti costituiscono un coacervo di strumenti frequentemente e variamente utilizzati dalle Amministrazioni per l'assunzione delle decisioni amministrative in via programmatica o definitiva. La permanenza del modello accentrato-sostitutorio si giustifica per il fatto che i tempi necessari al raggiungimento di una soluzione condivisa tra più autorità, tuttavia, non sempre sono sostenibili ⁽⁵⁷⁾. Al di là delle ipotesi in cui emergano particolari esigenze di celerità, si può, tuttavia, in linea generale affermare che l'esplosione delle 'arene deliberative' e delle competenze affidate alle conferenze di servizi ha prodotto un sistema eterogeneo e composito, funzionale alla risoluzione immediata dei conflitti e, dunque, alla prevenzione dei 'procedimenti conflittuali' e delle liti tra Amministrazioni ⁽⁵⁸⁾.

La predisposizione di tanti e diversi tavoli di confronto permanenti tra Amministrazioni e livelli di governo le cui riunioni vengono calendarizzate con una tempistica frequente spinge le Amministrazioni ad un dialogo più assiduo sconosciuto in passato e, specialmente nel caso in cui il conflitto amministrativo sia ancora in una fase iniziale, ad attendere il confronto prima di 'formalizzarlo'. La prassi dimostra tuttavia che, qualora il conflitto abbia una spiccata

⁽⁵⁶⁾ Circ. 19 marzo 1966, n. 31978.

⁽⁵⁷⁾ Si tratta di una dinamica nota e ben rappresentata dalla dottrina che ha individuato nel rapporto tra gli interessi l'esigenza di realizzare o proteggere beni o valori, che non possono avere attuazione pari o congiunta, ma solo attuazione differenziata secondo un rango di subordinazione, su cui si v. E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *Nov.mo Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, 839.

⁽⁵⁸⁾ R. CARIDÀ, *Leale collaborazione e sistema delle conferenze*, cit., 115.

venatura politica, l'attesa dell'interlocuzione diviene recessiva rispetto all'esigenza di formalizzare all'esterno il conflitto (ad esempio instaurando una lite dinanzi al giudice costituzionale o amministrativo).

I CIS continuano ad essere fortemente valorizzati dal legislatore, in un'ottica preventiva, specialmente in relazione alle decisioni amministrative che riguardano i progetti di particolare complessità e per gli insediamenti produttivi di beni e servizi come le grandi opere, spesso soggette a visioni antagonistiche che dividono decisori pubblici e cittadini. Tale strumento rappresenta un modulo procedimentale tipicamente attuativo del principio di leale collaborazione e si delinea come strumento di raccordo orizzontale e forma paradigmatica di cooperazione di diversi livelli di governo nell'esercizio in concreto delle funzioni amministrative. La formazione del CIS consta del resto di un *iter* procedimentale che si concretizza in un imprescindibile dialogo tra soggetti nel quale la «codeterminazione» del provvedimento finale da adottare si traduce in un accordo che non può «strutturalmente ridursi all'esercizio di un potere unilaterale»⁽⁵⁹⁾. Ciò che accomuna i due modelli di risoluzione dei conflitti previsti nell'ambito dei CIS è che – tanto nel modello accentrato che in quello negoziato – la risoluzione degli stessi dovrebbe essere preceduta dall'esperimento di specifici strumenti di mediazione quali, ad esempio, la designazione di commissioni paritetiche o di soggetti 'terzi', a cui possono aggiungersi ulteriori garanzie della bilateralità, come, ad esempio, la partecipazione della Regione alle fasi preparatorie del provvedimento statale. La sottoscrizione del CIS dovrebbe dunque di per sé essere incompatibile con il superamento unilaterale del conflitto tra le parti⁽⁶⁰⁾.

Sotto tale profilo i CIS si inseriscono nell'ordinamento anche come strumento di prevenzione di nuovi conflitti, consentendo agli uffici di non 'trincerarsi' dietro la c.d. burocrazia difensiva e adotta-

⁽⁵⁹⁾ V. *ex multis* Corte cost., 14 ottobre 2005, n. 383.

⁽⁶⁰⁾ *Ex plurimis* Corte cost., 26 marzo 2010, n.121; Id., 6 febbraio 2007, n. 24; Id., 27 luglio 2005, n. 339.

re, laddove possibile, tecniche informali di interlocuzione per evitare la cristallizzazione di posizioni conflittuali ⁽⁶¹⁾.

Abstract

Il contributo analizza i due modelli di risoluzione dei conflitti tra Pubbliche Amministrazioni delineati nei contratti istituzionali di sviluppo (CIS). Tale strumento, ricorrentemente usato dal legislatore, anche per l'attuazione del PNRR, per interventi strategici, specialmente nell'ambito della coesione territoriale, consente alle Amministrazioni coinvolte di definire i rispettivi ambiti di intervento anche prevenendo eventuali conflitti tra le stesse. I CIS prevedono sia un modello accentrato-sostitutorio di risoluzione dei conflitti, che uno negoziato. Il saggio evidenzia che, pur non essendo previsto un criterio prioritario tra i due modelli, in entrambi i casi, tuttavia, assume carattere essenziale la dialettica tra le parti improntata al principio di leale collaborazione.

The paper examines the two models of conflict resolution between public administrations set out in the Institutional Development Contracts (IDC). These contracts – recurrently used by the Italian lawmaker, also for the implementation of the Recovery and Resilience Plan (NRRP) for strategic interventions, especially in the area of territorial cohesion – allow the Administrations involved to define their respective spheres of intervention while also preventing possible conflicts between them. IDCs provide for both a centralised-substitutive model of conflict resolution and a negotiated one. This article shows that, although there is no overriding criterion between

⁽⁶¹⁾ L'informalità è spesso erroneamente ostacolata come una pericolosa deriva verso l'atipicità. Il rapporto tra tipicità-formalità e legalità ha origini e ricadute teoriche complesse come emerge dalla nota analisi di C. SCHIMITT, *Legalità e legittimità*, trad. it., Bologna, 2018; come sottolinea E. FERRARI, *Nozione e fondamento costituzionale della tipicità degli atti amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2019, 548; tuttavia il principio di tipicità degli atti amministrativi non ha ricevuto grande attenzione negli ultimi anni negli studi di diritto amministrativo; sul tema v. L. PISCITELLI, *Sulla nozione di tipicità degli atti amministrativi*, Genova, 2003.

the two models, in both cases the dialectic between the parties based on the principle of loyal cooperation is essential.

VERSO UNA TEORIA GENERALE DEGLI ACCORDI PROCESSUALI.

PREMESSE RICOSTRUTTIVE (*)

*Guillermo Schumann Barragán (**)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Gli accordi processuali. – 2.1. Gli accordi processuali come categoria giuridica. – 2.2. La complessa natura giuridica degli accordi processuali. – 3. Gli accordi processuali: una classificazione. – 3.1. Gli accordi processuali dispositivi: la regolamentazione negoziale del processo e delle attività del giudice. – 3.2. Gli accordi processuali obbligatori: la regolamentazione negoziale delle condotte delle parti. – 4. Gli accordi processuali: criteri di validità. – 4.1. Gli accordi processuali dispositivi: criteri di validità. – 4.2. Gli accordi processuali obbligatori: criteri di validità. – 5. Gli accordi processuali: efficacia processuale e sostanziale. – 5.1. L'efficacia processuale degli accordi processuali dispositivi. – 5.2. L'efficacia processuale e sostanziale degli accordi processuali obbligatori. – 5.3. L'*exceptio doli processualis* come strumento per conseguire l'efficacia processuale delle obbligazioni di non fare. – 6. L'integrazione degli accordi processuali nell'ordinamento processuale di diritto positivo. – 7. Indagine su alcuni specifici accordi processuali. – 7.1. L'accordo processuale sul ricorso per cassazione diretto (*per saltum*). – 7.2. L'accordo processuale sui mezzi di prova. – 8. Gli accordi processuali: un'analisi economica del diritto. – 9. Conclusioni.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 81-110. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Traduzione di Silvana Dalla Bontà.

(**) *Profesor Ayudante* di Diritto Processuale civile nell'*Universidad Complutense de Madrid*.

1. *Introduzione.* – È valido un accordo con cui le parti si obbligano a non produrre un documento quale mezzo di prova? Lo è quello con cui esse si obbligano a non impugnare una futura sentenza, a non richiedere misure cautelari, a non esperire azioni esecutive? E un accordo con cui le parti modificano un termine processuale entro cui si deve rispondere alla domanda giudiziale altrui o proporre un mezzo di impugnazione ordinario? Qual è l'oggetto di questi accordi? Quali conseguenze processuali o sostanziali derivano dalla loro mancata osservanza? Tutti questi accordi presentano un tratto comune: sono accordi processuali con cui le parti intendono influire sul processo.

Obiettivo di queste pagine è quello di affacciare una teoria generale dell'accordo processuale. In particolare, esse volgeranno attenzione alle seguenti questioni: (i) cos'è un accordo processuale; (ii) da cosa dipende la sua validità; (iii) che efficacia spiega; (iv) come si inserisce nel quadro dell'ordinamento processuale di diritto positivo. Da ultimo, si dirigerà l'indagine (v) a due accordi processuali specifici – il che permetterà di applicare la teoria generale illustrata a due casi concreti – e (vi) alla funzione economica assolta in concreto dagli accordi processuali ⁽¹⁾.

2. *Gli accordi processuali.* – Gli accordi processuali sono negozi giuridici – *i.e.* accordi di volontà – tramite cui le parti intendono influire su un determinato processo ⁽²⁾. Il ruolo centrale dell'autonomia privata e la possibilità di esercitarla fuori e prima del processo su cui si vuole influire costituiscono la differenza tra gli accordi

⁽¹⁾ Per una più approfondita disamina del tema si permetta rinvio a G. SCHUMANN BARRAGÁN, *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid, 2022.

⁽²⁾ H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik des zivilprozessrechtlichen Vertrages*, Bonn, 1968, 129; STEIN-JONAS/KERN, *Vor § 128*, XXIII ed., Rn. 330-335; G. WAGNER, *Prozeßverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht*, Tübingen, 1998, 46-7; G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen in Zivilprozess*, Bonn, 1935, 37.

processuali e i (meri) atti processuali⁽³⁾. In questo senso, ciò che rileva nella definizione di accordo processuale è il fatto che l'autonomia privata voglia idealmente la produzione di determinate conseguenze processuali – quelle che nella dottrina tedesca vengono indicate come «*gewolltene prozeßrechtliche Wirkungen*»⁽⁴⁾.

A e B concludono un contratto con il quale si obbligano a non impugnare una futura sentenza. L'accordo deve qualificarsi come accordo processuale, in quanto la volontà delle parti si riverbera sulla sfera processuale e mira alla produzione di determinati effetti processuali – *i.e.* l'esclusione del secondo grado di giudizio.

2.1. Gli accordi processuali come categoria giuridica. – Come noto, è l'ordinamento giuridico tedesco ad aver riservato maggiore attenzione e promosso con maggiore intensità l'elaborazione teorica e pratica degli accordi processuali (*Prozeßverträge*): ne sono prova i riferimenti che ad essi si dedicano tanto nei manuali di diritto processuale civile quanto nei commentari alla *Zivilprozessordnung*. La giurisprudenza tedesca – e in particolare il *Bundesgerichtshof* — ha(nno) rivestito un ruolo determinante nel riconoscere e consoli-

⁽³⁾ A. BERNARDO SAN JOSÉ, *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, Granada, 2002, 14-5; M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*, Madrid, 2010, 73.

⁽⁴⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 29; G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 34; M. TRENKER, *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, Wien, 2020, 5-7, 814-7; W. NIESE, *Doppelfunktionelle Prozesshandlungen*, Göttingen, 1950, 91-3; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik*, cit., 44, 79; G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 23, 39, 167; H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Berlin, 1976, 189; O. KNECHT, *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, [s.n.], Freiburg im Br., 1937, 61-2, 66; V. DICKHOFF, *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozess*, Berlin, 1941, 30-3, 64-5; G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 28 ss.; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik*, cit., 79; L. ROSENBERG, *Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Introducción*, trad. E. Carlos, E. Krotoschin, Buenos Aires, 1955, 360; L. CADIET, *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justifica en Francia*, in *3 Civil Procedure Review* 3 (2012); A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, II ed., Salvador da Bahia, 2018, 71-2.

dare l'istituto degli accordi processuali. Il loro sviluppo è stato debitoro di anni di indagine scientifica che ad essi si è dedicata. I contributi, tra gli altri, di Josef Kohler ⁽⁵⁾, Werner Niese ⁽⁶⁾, Gerhard Schiedermaier ⁽⁷⁾, Gottfried Baumgärtel ⁽⁸⁾, Hans-Jüregen Hellwig ⁽⁹⁾, Peter Schlosser ⁽¹⁰⁾ e Gerhard Wagner ⁽¹¹⁾ costituiscono testimonianza evidente dell'interesse rivolto dalla letteratura tedesca all'accordo processuale.

Gli accordi processuali, tuttavia, non sono di certo una realtà sconosciuta negli ordinamenti spagnolo ed italiano. L'arbitrato e il patto di scelta del foro, a rimanere agli esempi più classici, sono negozi giuridici che senza dubbio si annoverano tra gli accordi processuali. Lo sono, inoltre, gli accordi processuali tipici o istituzionalizzati, con riguardo ai quali l'ordinamento prevede meccanismi giuridici per assicurarne l'efficacia processuale in caso di mancato adempimento (sul punto v. *infra*).

Ciononostante, pare a chi scrive che negli ordinamenti spagnolo ed italiano sia mancato un chiaro intento di sviluppare gli accordi processuali come una categoria giuridica *per se*, ossia come un insieme di negozi giuridici che condividono una serie di elementi strutturali e criteri comuni di validità ed efficacia ⁽¹²⁾.

⁽⁵⁾ J. KOHLER, *Gesammelte Beiträge zum Zivilprozeß*, Berlin, 1984.

⁽⁶⁾ W. NIESE, *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Borna-Leipzig, 1930.

⁽⁷⁾ G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit.

⁽⁸⁾ G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Berlin-Frankfurt, 1957.

⁽⁹⁾ H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik*, cit.

⁽¹⁰⁾ P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen, 1968.

⁽¹¹⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit.

⁽¹²⁾ M. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, *El convenio arbitral*, cit., 75; R. CAPOINI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 109.

2.2. *La complessa natura giuridica degli accordi processuali.* – L'accordo processuale è un istituto dalla natura giuridica complessa che si colloca al crocevia tra diritto civile e diritto processuale, ossia tra il diritto privato e il diritto pubblico ⁽¹³⁾. Affonda le sue radici in istituti cardine di entrambe le branche del diritto, quali sono il negozio giuridico, il contratto, gli atti processuali, l'attività giurisdizionale, il processo o le norme imperative e dispositive – sostanziali o processuali. L'accordo processuale si pone così in relazione con diversi ambiti dell'ordinamento e per questo comporta che istituti di diritto sostanziale e processuale soggiacciano a dinamiche particolari. Ciò spiega la complessità della natura giuridica degli accordi processuali.

Un accordo processuale validamente concluso può produrre effetti sostanziali e processuali di diverso tipo. Ne consegue che di questa sua natura giuridica complessa si deve tener conto in ogni momento applicativo. Per questo, lo studio degli accordi processuali impone di indagare partitamente la validità, l'efficacia processuale e, come si vedrà, l'efficacia sostanziale di ciascuno di essi.

È possibile che ci sia un accordo processuale valido che sia processualmente inefficace; e che pur tuttavia espliciti effetti sul piano sostanziale – che, ad esempio, faccia nascere l'obbligo di risarcire i danni derivati dal suo inadempimento (sul punto v. *infra*).

Si supponga che A e B si obblighino a non proporre impugnazione contro una sentenza di prime cure. B non adempie alla sua obbligazione e, una volta che la sentenza sia stata pronunciata, la rende oggetto di appello. Ove l'ordinamento non preveda nessuno strumento specifico per rendere inammissibile l'appello proposto da B in spregio dell'accordo processuale, ciò che di regola accadrà, sarà che tale accordo rimarrà privo di conseguenze processuali – *i.e.* non si spiegheranno gli effetti che le parti volevano: l'esclusione del secondo grado di giudizio. Ciononostante, si è innanzi ad un accordo valido. La proposizione dell'appello da parte di B presuppone il

⁽¹³⁾ W. NIESE, *Prozesshandlungen*, cit., 6, 59.

mancato adempimento di un'obbligazione materiale che comporterà effetti sul piano sostanziale (a riguardo v. *infra*).

3. *Gli accordi processuali: una classificazione.* – Si sogliono classificare gli accordi processuali in due categorie: accordi processuali a carattere dispositivo (nella dottrina tedesca: *prozessuale Verfügungsverträge*) e accordi processuali a carattere obbligatorio (nella lettura tedesca: *prozessuale Verpflichtungsverträge*)⁽¹⁴⁾.

In termini generali, gli accordi processuali intendo influire su (i) la regolamentazione del processo, (ii) l'attività dell'organo giurisdizionale o (iii) il comportamento processuale delle parti. Gli accordi che intendono influire sul processo o sull'attività dell'organo giurisdizionale sono accordi processuali di tipo dispositivo. Diversamente, sono di tipo obbligatorio quelli che mirano a disciplinare la condotta delle parti⁽¹⁵⁾.

Come qualsiasi classificazione, anche in tal caso si tratta di una sistematizzazione meramente artificiosa. Pur tuttavia, non si può dire essa assolve ad una finalità meramente teorica. Al contrario, queste due sub-categorie sono d'ausilio nell'identificazione di quegli elementi, criteri di validità ed efficacia che si mostrano comuni a vari accordi processuali.

3.1. *Gli accordi processuali dispositivi: la regolamentazione negoziale del processo e dell'attività del giudice.* – Gli accordi processuali

⁽¹⁴⁾ R. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 35; STAUDINGER/RODI (2019), *Anh zu §§ 305-310*, Rn. 5; C.A. KERN, *Procedural contracts in Germany*, in A. DO PASSO CABRAL, P. HENRIQUE NOGUEIRA (coord.), *Negócios Processuais*, Salvador, 2015, 181-4; J. PONDÉ FONSECA, *The Changing Role of Courts between the Privatization of Adjudication and the Privatization of Procedure*, in L. CADIET, V. HESS, M. REQUEJO ISIDRO (eds.), *Approaches to Procedural Law. The Pluralism of Methods*, Baden-Baden, 2017, 154-5; H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse*, cit., 66-71; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 79-82.

⁽¹⁵⁾ A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 194-203.

sulla disciplina del processo sono quelli con cui le parti intendono influire sulle forme con cui esso si spiega. La volontà delle parti si riverbera direttamente sull'ordine processuale inteso come sequela concatenata di atti e snodi regolati dalla legge. Esempi di tale tipologia di accordi processuali sono gli accordi che estendono o riducono i termini processuali; quelli con cui ci si accorda sull'eliminazione di una fase del procedimento – ad esempio, l'udienza nel giudizio.

Accordi con cui si incide sull'attività dell'organo giurisdizionale sono quelli con cui le parti intendono influire su condotte attive o passive che il giudice deve porre in essere nel corso del processo. In tal senso, si pensi all'accordo processuale con cui le parti convengono che il giudice non potrà escutere testimoni o che ordini l'assunzione di determinati mezzi di prova.

Gli accordi processuali sullo svolgimento del processo e le attività dell'organo giurisdizionale – sulla cui ammissibilità maggiormente si controverte – sono quindi accordi processuali di carattere dispositivo. La loro validità ed efficacia dipendono dall'esistenza di una norma processuale dispositiva che attribuisca all'autonomia privata una tale forza normativa (sul punto v. *infra*)⁽¹⁶⁾. Per questo, tali accordi presuppongono che le parti abbiano un potere di disposizione sul processo o sull'attività del giudice⁽¹⁷⁾.

3.2. Gli accordi processuali obbligatori: la regolamentazione negoziale delle condotte delle parti. – Gli accordi processuali possono incidere anche su un determinato processo regolando il comportamento delle parti. Ciò avviene mediante la costituzione in capo alla parte di un obbligo di compiere o meno determinati atti processuali in un processo pendente o futuro.

Ne sono esempi l'accordo processuale con cui le parti si obbligano a non dedurre un determinato mezzo di prova; a non instare

⁽¹⁶⁾ G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 47-8.

⁽¹⁷⁾ STEIN-JONAS/KERN, *Vor* § 128, cit., Rn. 346.

per una misura cautelare; a non impugnare o dare esecuzione ad una sentenza.

Gli accordi processuali a carattere obbligatorio, quindi, sono accordi con cui la parti si obbligano a compiere o meno determinati atti ⁽¹⁸⁾. Il loro oggetto è dato da una condotta attiva o passiva che le parti sono libere di porre in essere nella sfera processuale. La validità di questi accordi, come si vedrà, dipende dalla valida disposizione dei poteri processuali ad opera della parte ⁽¹⁹⁾.

4. *Gli accordi processuali: criteri di validità.* – Qualificare gli accordi processuali quali dispositivi od obbligatori serve per differenziare ed esaminare i criteri di validità con riguardo a ciascuno di essi, come si dimostrerà nell'indagine a seguire.

4.1. *Gli accordi processuali dispositivi: criteri di validità.* – Come anticipato, gli accordi processuali a carattere dispositivo presuppongono una disposizione ad opera della parte di situazioni giuridico-processuali che sia ammessa da una norma processuale. La loro validità dipende dall'esistenza di una norma processuale c.d. dispositiva che attribuisca all'autonomia privata delle parti forza normativa.

Nell'ordinamento processuale vi sono norme processuali imperative e dispositive, distinzione che risale ai datati studi di Oskar von Bulöw ⁽²⁰⁾. L'indagine dell'ammissibilità degli accordi proces-

⁽¹⁸⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 35; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 80; L. ROSENBERG, *Tratado I*, cit., 36; A.J. BELOHLAVEK, *The Definition of Procedural Agreements and the Importance to Define the Contractual Nature of the Arbitration Clause in International Arbitration*, in *2 Yearbook on International Arbitration* 36 (2012); M. TRENKER, *Einvernehmliche*, cit., 823-4.

⁽¹⁹⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 55-6; R. CAPONI, *Autonomia privata e processo*, cit., 102-3.

⁽²⁰⁾ O. BULÖW, *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *AcP*, 1881, 1-109; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik*, cit., 82; W.

suali inizia, infatti, con l'identificazione del c.d. diritto processuale a natura dispositiva.

Secondo questa ricostruzione della dottrina tedesca, le norme processuali dispositive autorizzano i soggetti processuali a influire sulla situazione processuale indicata dalla norma. È la norma, infatti, che attribuisce efficacia giuridico-processuale all'autonomia privata delle parti⁽²¹⁾. La norma giuridica dispositiva è composta da due elementi: dall'attribuzione alla parte del potere di modulare gli effetti giuridici della norma (nella letteratura tedesca: *Ermächtigungsnorm*) e da una regolamentazione sussidiaria, che troverà applicazione nel caso in cui le parti non facciano uso del potere loro attribuito dalla norma (nella dottrina tedesca: *subsidiäre Regelung*)⁽²²⁾.

Esemplificazione di una norma processuale dispositiva sarebbe la seguente: «Le parti, di comune accordo, potranno stabilire che il procedimento si svolga secondo le forme del giudizio verbale o ordinario. In assenza di accordo, il procedimento si svolgerà secondo le regole generali fissate dalla *Ley de Enjuiciamiento Civil*». In questa norma processuale, infatti, esistono una norma attributiva alle parti di una facoltà dispositiva e, al contempo, una disciplina sussidiaria.

In questi casi, l'autonomia privata non ha il potere di invalidare la norma giuridica. La validità della norma – e quindi, anche della norma processuale – è fuori dal potere dispositivo delle parti. Alorché, a fronte di una norma processuale a carattere dispositivo, le parti si allontanano dalla regolamentazione sussidiaria che essa pre-

NIESE, *Prozesshandlungen*, cit., 63-70; G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 50-3; L. ROSENBERG, *Tratado I*, cit., 35-6; A. CHIZZINI, *Konventionalprozess e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 49-50; A. FABBI, *New 'Sources' of Civil Procedure Law: First Notes of a Study*, in L. CADIET, B. HESS, M. REQUEJO ISIDRO, (eds.), *Procedural Science at the Crossroads of Different Generations*, Baden-Baden, 2015, 79-80, nt. 33 e 34; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 109-112, 122-6.

⁽²¹⁾ STEIN-JONAS/KERN, *Vor § 128*, cit., Rn. 330-5.

⁽²²⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 55.

vede, esse non la stanno violando, bensì stanno semplicemente facendo uso del potere dispositivo che la norma attribuisce loro ⁽²³⁾.

La validità degli accordi processuali dispositivi dipende quindi dalla validità della disposizione di una norma processuale (nella dottrina tedesca: *Normdisposition*) ⁽²⁴⁾. Tale norma incorpora la facoltà delle parti di disporre e l'accordo processuale rappresenta il mezzo attraverso cui detta facoltà viene esercitata dalle parti ⁽²⁵⁾.

Posto che negli ordinamenti processuali vige il principio di legalità – v. art. 1 *Ley de Enjuiciamiento Civil* («LEC») – gli accordi processuali devono necessariamente collocarsi nella cornice di diritto positivo (v. *infra*). Pertanto, solamente quando la norma processuale attribuisce efficacia giuridica all'autonomia privata che incida sulla regolamentazione del processo o sull'attività del giudice, allora l'accordo processuale sarà valido ed efficace.

Il giudice, a differenza dei privati, è vincolato dal diritto positivo alla legge: egli può porre in essere soltanto condotte ammesse dall'ordinamento. Per questo, in caso di norme processuali a carattere dispositivo che attribuiscono alla volontà delle parti efficacia processuale, il vincolo del giudice al contenuto dell'accordo processuale non deriva dall'accordo delle parti *per se*, bensì dalla soggezione del giudice a quella norma processuale dispositiva che consente alle parti di disporre negozialmente della sua condotta ⁽²⁶⁾.

Uno studio sugli accordi processuali a carattere dispositivo comporta la necessità di esaminare la natura giuridica della norma processuale che in astratto attribuisce alla volontà delle parti potere dispositivo; individuare quali norme giuridiche dell'ordinamento processuale hanno natura dispositiva e, conseguentemente, indagare

⁽²³⁾ M. FENECH, J. CARRERAS, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1962, 436.

⁽²⁴⁾ A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 79-80; H. KONZEN, *Rechtsverhältnisse*, cit., 191-2.

⁽²⁵⁾ W. NIESE, *Prozesshandlungen*, cit., 79.

⁽²⁶⁾ F. JR. DIDIER, *Negocios jurídicos procesales atípicos en el nuevo código procesal civil brasileño*, in *7 International Journal of Procedural Law*, 41 (2017).

come si articola l'esercizio di questo potere di disposizione delle parti mediante l'accordo processuale ⁽²⁷⁾.

4.2. *Gli accordi processuali obbligatori: criteri di validità.* – Come detto, gli accordi processuali a carattere obbligatorio sono accordi con cui le parti si obbligano a compiere o non compiere determinati atti processuali in un processo pendente o futuro ⁽²⁸⁾. La validità di questi accordi dipende dalla valida disposizione dei poteri processuali delle parti ⁽²⁹⁾.

Per riprendere le parole di Andrés De la Oliva, «il legislatore non costruisce la serie o successione di atti che segnano il processo sancendo che gli atti delle parti siano un obbligo (se così, fisserebbe dei veri doveri giuridici in capo alle parti): li considera atti liberi» ⁽³⁰⁾.

L'ordinamento processuale riconosce all'individuo la libertà di realizzare o meno certe condotte processuali e di esercitare o meno i suoi diritti processuali – diritti soggettivi di diritto pubblico di natura legale ordinaria o costituzionale – riconosciuti dall'ordinamento. Le norme processuali che regolano questi comportamenti processuali che le parti sono libere di porre in essere o meno sono definite norme che attribuiscono una libertà di scelta alle parti (nella letteratura tedesca: *freistellende Normen*) ⁽³¹⁾.

⁽²⁷⁾ G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 54 e 62; G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 57; H.-J. HELLWIG, *Zur Systematik*, cit., 83-4.

⁽²⁸⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 35; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 80; L. ROSENBERG, *Tratado I*, cit., 36; A.J. BELOHLAVEK, *The Definition of Procedural Agreements*, cit., 36; M. TRENKER, *Einvernehmliche*, cit., 823-4.

⁽²⁹⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 55-6; R. CAPONI, *Autonomia privata e processo*, cit., 102-3.

⁽³⁰⁾ A. DE LA OLIVA SANTOS, I. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, J. VEGAS TORRES, *Curso de Derecho Procesal Civil I. Parte General*, IV ed., Madrid, 2019, 246; W. NIESE, *Doppelfunktionelle*, cit., 64.

⁽³¹⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 56; G. BAUMGÄRTEL, *Wesen und Begriff*, cit., 188-9, 209, 268.

L'individuo, per esempio, «*potrà chiedere al giudice*» tutele giurisdizionali concrete (art. 5 LEC); «*potr[à] rinunciare, desistere dal processo, riconoscere il diritto, avvalersi della mediazione o dell'arbitrato e transigere l'oggetto del processo*» (art. 19 LEC); l'attore «*potrà cumulare nel medesimo atto introduttivo quante domande egli può esperire nei confronti del convenuto*» (art. 71 LEC); «ogni attore, in via principale o riconvenzionale, *potrà chiedere al giudice (...) l'adozione di misure cautelari*» (art. 721 LEC); «le parti *potranno proporre i mezzi di impugnazione previsti dalla legge*» (art. 448 LEC).

La libertà delle parti – che rinvie le sue radici nel principio dispositivo e nel principio di impulso di parte su cui si fonda tecnicamente il processo – impregna le possibilità di attuazione di dette norme ⁽³²⁾. Per questo, le norme che regolano la condotta processuale delle parti sono per la maggior parte norme attributive di una libertà di scelta alle parti. Su questa concezione si basano le nozioni di atto, diritto e onere processuale, e perciò essa costituisce il fondamento del nostro ordinamento processuale.

Come ricordato, il processo civile a carattere dispositivo ha come scopo la tutela dei diritti e degli interessi dei privati. Non esiste un interesse pubblico all'attuazione dell'ordinamento – *nemo iudex sine actore* ⁽³³⁾. La natura privata dell'oggetto che si tutela ispira i principi tecnico-giuridici su cui si edifica il processo civile, nonché le condotte che le parti tengono in suo seno ⁽³⁴⁾.

Alla luce di quanto detto, può concludersi che la validità degli accordi processuali a carattere obbligatorio dipenderà dalla possibilità dell'individuo di disporre giuridicamente della sua condotta

⁽³²⁾ *Exposición de Motivos VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil*. In questo senso, G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen*, cit., 79-80; P. SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln*, cit., 9-11; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 127.

⁽³³⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 56; W. NIESE, *Doppelfunktionelle*, cit., 82.

⁽³⁴⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 64.

dentro al processo – nella lettura tedesca si parla di «*Befugnisdisposition*»⁽³⁵⁾.

Al contempo si deve evidenziare come la disposizione dei o la rinuncia ai diritti processuali ha natura obbligatoria – direbbe la dottrina tedesca: «*Die Befugnisdisposition ist folglich als Verpflichtungsgeschäft zu qualifizieren*»⁽³⁶⁾. In questo senso, tecnicamente, la parte non sta disponendo del diritto processuale. Le parti piuttosto dispongono giuridicamente della loro condotta, ossia delle loro facoltà, riconosciute loro dalla norma processuale, di fare o non fare qualcosa. Detta in altri termini, le loro disposizioni negoziali si realizzano entro l'ambito di libertà legalmente riconosciuto all'individuo dall'ordinamento.

Un'indagine analitica della disciplina processuale spagnola e italiana consentirà di rinvenire un elenco delle condotte processuali che le parti sono libere di porre in essere e che, per lo meno in astratto, sarebbero suscettibili di divenire oggetto di un accordo processuale a carattere obbligatorio.

In sintesi, la validità degli accordi processuali che vogliono regolare negozialmente il comportamento delle parti dipende da una valida disposizione ad opera delle parti dei poteri processuali loro riconosciuti dalle norme processuali attributive di tali poteri.

Come afferma Christoph A. Kern con riguardo all'ammissibilità di questa tipologia di accordi processuali: «*Less difficult are contracts which create obligations for a party with regard to this party's behavior in pending or future proceedings ('prozessuale Verpflichtungsverträge') (...). In this case, the contract does not alter the procedural rules as such. It only demands a certain behavior of a party when the procedural rules allow the party to act in one or another way. In other words, the contract remains within the boundaries of the procedural rules and only stipulates for a cer-*

⁽³⁵⁾ E. TEUBNER, T. KÜNZEL, *Prozeßverträge*, in *MDR*, 1988, 721, 726; W. NIESE, *Prozesshandlungen*, cit., 75, 80; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 80-1, 108.

⁽³⁶⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 86, 276.

tain behavior within the range of possible behavior provided for by the procedural law. (...). They create obligations with respect to the proceedings, but they do not immediately modify the applicable procedural rules (...) for contracts creating an obligation with respect to proceedings, the principle of freedom of contract applies. This means that such contracts can be concluded with respect to any admissible procedural behavior of the parties. A special provision granting parties the power to agree on a certain issue is not necessary» (37).

5. *Gli accordi processuali: efficacia processuale e sostanziale.* – Una volta individuati i tipi di accordi processuali e i criteri di loro validità, è necessario ora volgere attenzione alla loro efficacia. In astratto, gli accordi processuali possono avere efficacia sostanziale o processuale, ossia possono produrre effetti sul piano processuale o sostanziale.

Come detto, tradizionalmente si è commesso l'errore di considerare validi solamente gli accordi processuali che siano processualmente efficaci. Si tratta di una visione riduttiva che non arriva a comprendere la concreta operatività di un istituto complesso quale quello degli accordi processuali. Solo una corretta distinzione tra piano della validità e dell'efficacia processuale e sostanziale apre, infatti, ad una corretta comprensione del fenomeno dell'accordo processuale nella sua interezza.

5.1. *L'efficacia processuale degli accordi processuali dispositivi.* – Gli accordi processuali a carattere dispositivo non danno origine a nessuna obbligazione tra le parti: non presentano, cioè, nessun substrato sostanziale. Attraverso detti accordi le parti dispongono (soltanto) di una situazione giuridico-processuale. Si pensi, a titolo esem-

(37) C.A. KERN, *Procedural contracts*, cit., 184.

plificativo, alla norma processuale dispositiva che attribuisce alle parti di estendere o ridurre un termine processuale od eliminare una fase del processo.

Dal momento che non sussiste in tali accordi nessun substrato sostanziale, essi hanno solo efficacia processuale. Pertanto, saranno efficaci processualmente soltanto quegli accordi che sono validi in ragione dell'esistenza di una norma processuale di tipo dispositivo. Sarà d'altronde proprio quest'ultima a prevedere gli effetti processuali prodotti dall'accordo.

5.2. L'efficacia processuale e sostanziale degli accordi processuali obbligatori. – Di maggior interesse è lo studio dell'efficacia degli accordi processuali a carattere obbligatorio, ossia di quegli accordi, lo si ricordi, con cui le parti disciplinano la loro condotta in seno al processo.

Gli accordi processuali obbligatori hanno un'efficacia sia processuale che sostanziale. Dal momento che un accordo processuale valido comporta la nascita di obbligazioni sostanziali, si intende come, di regola, tutti gli accordi processuali validi abbiano un'efficacia obbligatoria. In altri termini, da essi deriva un'obbligazione sostanziale, ad esempio, a dedurre o meno un mezzo di prova, a non instare per una misura cautelare o a non impugnare una sentenza.

Nel caso in cui tali accordi processuali siano adempiuti spontaneamente, di norma si produrranno anche gli effetti processuali voluti dalle parti.

A e B si accordano per non proporre appello contro la sentenza di prima istanza. Nel caso in cui entrambe le parti adempiano alla prestazione dovuta, l'accordo spiegherà gli effetti processuali voluti dalle parti, *i.e.* escludere la seconda istanza e conseguire la stabilità della sentenza.

Nel caso in cui l'accordo non sia adempiuto spontaneamente, si aprono due possibilità. La prima si dà se l'ordinamento prevede

rimedi per conseguire gli effetti processuali che l'adempimento *in natura* dell'accordo avrebbe avuto. In questi casi, ci si trova innanzi ad accordi processuali tipici o istituzionalizzati, dal momento che l'ordinamento contempla strumenti specifici per assicurare la loro efficacia in caso di mancato adempimento.

A e B si accordano sul fatto che, prima di adire la via giudiziale, dovranno tentare di risolvere la loro controversia avvalendosi di un mediatore. Nell'ipotesi in cui A proponga domanda giudiziale senza tentare la mediazione e quindi non adempia alla sua obbligazione, B potrà ottenere gli effetti processuali che l'adempimento volontario avrebbe comportato attraverso l'istanza di una pronuncia del giudice di rigetto in rito della domanda (art. 39 LEC).

La seconda possibilità è quella che l'ordinamento non contempla strumenti processuali per conseguire l'efficacia processuale dell'accordo non adempiuto. In tal caso, l'accordo non avrà alcuna efficacia processuale. L'unica opzione per la parte interessata all'adempimento dell'accordo sarà quindi quella di avviare un processo c.d. secondario per ottenere tutela sul piano civilistico: pretendere, cioè, la condanna all'adempimento *in natura* dell'obbligo di fare o non fare; la risoluzione dell'accordo e il risarcimento del danno per il pregiudizio subito. In questo caso, l'accordo processuale (valido) avrà (solo) effetti sostanziali.

A e B si accordano per non produrre in un determinato processo un documento come mezzo di prova. B introduce comunque il documento nel processo. Posto che, in linea di principio, nell'ordinamento spagnolo B non può contare su nessun rimedio processuale per impedire che il documento abbia ingresso nel processo come mezzo di prova, l'accordo processuale non spiegherà i suoi effetti processuali. Ciononostante, B potrà agire in giudizio contro A per chiedere la risoluzione dell'accordo processuale e il risarcimento del danno per il pregiudizio subito dalla produzione nel processo del documento.

In queste ipotesi di accordi processuali atipici o non istituzionalizzati, assume rilievo la possibilità per le parti di includere

nell'accordo processuale clausole penali a rinforzo dell'adempimento spontaneo dell'obbligazione sostanziale assunta.

Il processo in cui l'accordo processuale pretende di spiegare i suoi effetti processuali può definirsi processo primario. Quello attraverso cui si fa valere la sua efficacia sostanziale – ad esempio, la condanna al pagamento del risarcimento del danno per il pregiudizio subito per il mancato adempimento – si può definire processo secondario ⁽³⁸⁾.

5.3. *L'exceptio doli processualis come strumento per conseguire l'efficacia processuale delle obbligazioni di non fare.* – Tradizionalmente ci si è chiesti se l'obbligo di buona fede processuale – e in concreto l'*exceptio doli processualis* – possa costituire un meccanismo utile a conseguire l'efficacia processuale delle obbligazioni di non fare che nascono da accordi processuali a carattere obbligatorio ⁽³⁹⁾. Ci si domanda, cioè, se una volta posto in essere l'atto contrario all'accordo processuale, la parte pregiudicata dall'inadempimento possa opporsi all'atto processuale compiuto in spregio dell'accordo attraverso l'*exceptio doli processualis*.

Nell'ordinamento spagnolo deve ritenersi possibile il ricorso a detta eccezione per conseguire l'efficacia di obbligazioni di non fare nascenti da accordi processuali (art. 247 LEC) – ad esempio, diretti a non produrre un documento come mezzo di prova o a non proporre appello contro una sentenza di primo grado ⁽⁴⁰⁾. È contrario,

⁽³⁸⁾ G. WAGNER, *Prozeßverträge*, cit., 212; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 272-4.

⁽³⁹⁾ W. NIESE, *Prozesshandlungen*, cit., 84-7; M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Madrid, 2013, 119.

⁽⁴⁰⁾ J. PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, 2003, 126-30; O. FUENTES SORIANO, *Comentario del art. 247*, in V. GIMENO SENDRA (dir.), *Proceso Civil Práctico. Tomo I. Volumen II*, Cizur Menor, 2018, 1112; J.M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del art. 7*, in C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ *et al.* (dirs.), *Comentario del Código Civil. Tomo I*, Madrid, 1991, 53.

infatti, alla buona fede processuale porre in essere una condotta opposta ad altra anteriore che sia ferma e concludente – in questo caso: la conclusione dell'accordo processuale – e che generò nell'altra parte il legittimo affidamento a che quella condotta non venisse posta in essere.

L'atto processuale attuato in spregio dell'accordo processuale presuppone una condotta contraria alla buona fede che dovrebbe essere impedita o fatta oggetto di opposizione mediante l'*exceptio doli processualis*. Ove non potesse conseguirsi l'efficacia processuale attraverso questo o altro strumento, l'accordo processuale avrà soltanto efficacia sostanziale. E per questo si potranno chiedere in un processo c.d. secondario le tutele civilistiche tradizionalmente esperibili a fronte di un inadempimento contrattuale (a riguardo v. *supra*).

6. *L'integrazione degli accordi processuali nell'ordinamento processuale di diritto positivo.* – Lo studio degli accordi processuali è sempre stato segnato da preconcetti che hanno ostacolato analisi e corretta identificazione della loro vera natura.

Alla luce di quanto sinora esaminato, si può ora evidenziare come riconoscimento ed ammissibilità degli accordi processuali non presuppongano una privatizzazione del processo, così come la violazione dell'ordine pubblico e del principio di legalità processuale (art. 1 LEC).

Ogni ordinamento processuale, sulla base di decisioni di politica del diritto, attribuisce un maggior o minor ambito di operatività all'autonomia privata, attraverso la previsione di norme a carattere dispositivo o norme che attribuiscono alle parti una libertà di scelta (sul punto v. *supra*). È in questo spazio di autonomia riconosciuto all'individuo che si spiegano gli accordi processuali. Questi muovono da e si integrano nell'ordinamento processuale di diritto positivo; non aspirano in alcun modo a sovvertirlo.

Como ben dice Fernando Gascón Inchausti, il processo civile è uno strumento artificiale creato dal legislatore perché con esso si possa dare tutela giurisdizionale effettiva⁽⁴¹⁾. Per questo, la configurazione dei principi tecnico-giuridici che lo informano risponde a decisioni di politica del diritto – *i.e.* a valutazioni del legislatore – che variano a seconda dello spazio e del tempo: son principi contingenti⁽⁴²⁾.

Gli accordi processuali sono uno strumento di attuazione dell'autonomia privata nel processo civile che, come detto, è però delimitata dall'ordinamento giuridico attraverso norme dispositive o attributive alle parti di una libertà di scelta. Per questo, essi si integrano e necessariamente sviluppano entro l'ambito definito dal legislatore processuale.

7. Indagine su alcuni specifici accordi processuali. – Una teoria generale degli accordi processuali dovrebbe consentire di individuare i criteri da cui dipendono validità, efficacia processuale e sostanziale – e relazione tra queste – degli accordi processuali; dovrebbe permettere di analizzare i loro elementi essenziali – consenso, oggetto e causa – e di spiegare il loro funzionamento nel contenzioso transfrontaliero. Solo così è possibile realizzare uno studio sui concreti accordi processuali.

In riferimento a ciascun accordo si deve pertanto esaminare l'operatività che l'autonomia privata ha per il tramite delle norme processuali dispositive o attributive di una libertà di scelta delle parti, avendo riguardo allo specifico istituto che viene di volta in volta in gioco nell'accordo – ad esempio, un mezzo di prova, le

⁽⁴¹⁾ F. GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, Curso académico 2020-2021, 68, reperibile al seguente indirizzo: <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/62238/>>.

⁽⁴²⁾ A. DE LA OLIVA SANTOS, *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Cizur Menor, 2012, 39-42; ID., *El papel y los poderes del juez en el proceso civil*, in *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, 2010, 39.

misure cautelari, i mezzi di impugnazione, e così via. Solo successivamente si tratterà di vedere come quelle disposizioni si incanalano nell'accordo processuale.

Un'esposizione completa della teoria generale degli accordi processuali o di uno specifico accordo processuale supera intenzioni e limiti di queste pagine. Ciononostante, per dare concretezza a talune delle questioni suesposte, può essere utile esaminare almeno brevemente due diversi concreti accordi processuali e verificare come in tale analisi influisca quanto teorizzato sinora.

7.1. L'accordo processuale sul ricorso per cassazione diretto (per saltum). – Il ricorso per cassazione diretto o *per saltum* è quello che si propone in via immediata contro sentenze emesse in primo grado. Con questo tipo di ricorso per cassazione si 'salta' la seconda istanza che si apre con l'appello ⁽⁴³⁾.

L'accordo processuale sul ricorso per cassazione diretto è quello con cui le parti si accordano a che l'eventuale sentenza di prima istanza sia suscettibile soltanto di ricorso per cassazione in via immediata. In ragione della sua finalità, si può ritenere che questo accordo sia essenzialmente un accordo processuale a carattere dispositivo, attraverso cui le parti dispongono della regolamentazione del processo: il salto della seconda istanza e l'accesso diretto al ricorso per cassazione ⁽⁴⁴⁾.

Perciò, la validità e l'efficacia di questo accordo dipenderanno dal fatto che esista una norma processuale dispositiva che consenta

⁽⁴³⁾ G. SCHUMANN BARRAGÁN, *El recurso de casación directo: de un análisis histórico y comparado a una propuesta de lege ferenda*, in *Justicia. Revista de Derecho procesal*, 2021, 252, reperibile al seguente indirizzo: <<https://eprints.ucm.es/id/eprint/66900/>>.

⁽⁴⁴⁾ In verità si tratta di un accordo a natura mista – obbligatorio e dispositivo – in quanto le parti, oltre a disporre del processo, si obbligano a non proporre appello e a svolgere ricorso diretto in cassazione. Tuttavia, si intende qui concentrarsi soltanto sulla dimensione dispositiva di questo accordo processuale.

alle parti, esplicitamente o implicitamente, di saltare il secondo grado di giudizio.

Dal momento che non esiste nell'ordinamento spagnolo una norma siffatta, deve ritenersi che tale accordo sia nullo e inefficace. Nell'ordinamento tedesco, al contrario, il ricorso per cassazione in via diretta è espressamente previsto al § 566 ZPO. Ebbene, l'esistenza di una norma processuale che consente alle parti di disporre della seconda istanza fa sì che nell'ordinamento tedesco questo contratto sia valido ed efficace ⁽⁴⁵⁾.

In questo modo si vede come l'esistenza o meno di una norma processuale dispositiva influisce su validità ed efficacia dell'accordo processuale sul ricorso per cassazione diretto: un accordo processuale a carattere dispositivo.

7.2. L'accordo processuale sui mezzi di prova. – Gli accordi processuali sui mezzi di prova – nella letteratura tedesca: *Beweismittelverträge* – sono quegli accordi con cui le parti si obbligano a dedurre o meno nel processo un determinato mezzo di prova.

Con questi accordi le parti possono obbligarsi, per esempio, a non produrre un determinato documento che ritengano riservato in quanto contenente un segreto industriale; a non chiamare a testimoniare un determinato testimone o il rappresentante di una persona giuridica soggetto ad un obbligo contrattuale di riservatezza; a che un fatto possa essere provato soltanto mediante un determinato mezzo di prova; a che un testimone non venga escusso con riguardo ad un determinato fatto che le parti vogliono mantenere segreto.

Gli accordi sui mezzi di prova sono a carattere obbligatorio perché intendono influire su una condotta processuale delle parti: da essi nascono obbligazioni di fare o non fare.

In primo luogo, preme esaminare la validità di questi accordi. Come noto, l'allegazione e la fissazione dei fatti principali di causa

⁽⁴⁵⁾ Sul ricorso per cassazione diretto nell'ordinamento tedesco v. G. SCHUMANN BARRAGÁN, *El recurso de casación directo*, cit.

sono un onere per le parti, così che le norme sulla prova sono per la maggior parte norme che attribuiscono una libertà di scelta alle parti (quelle che la dottrina tedesca chiama, come detto, «*freistellende Normen*») ⁽⁴⁶⁾. Questo spiega perché sono le parti ad allegare e provare i fatti costitutivi del loro diritto (art. 216 LEC), perché «[l]e prove si assumono su istanza di parte» (art. 282 LEC). È ciascuna parte che «*potrà* chiedere al giudice l'interrogatorio dell'altra parte» (art. 301 LEC); quella che «*potrà* chiedere all'altra l'esibizione di documenti» (art. 328 LEC); quella che «*potrà* introdurre nel processo le perizie di esperti» (art. 335 LEC) o quella che «*potrà* chiedere di escutere come testimoni le persone che abbiano notizia dei fatti controversi» (art. 360 LEC). È giustamente la libertà della parte di fare o non fare qualcosa che qualifica detta attività processuale come un onere processuale. Allorché si sia di fronte a condotte che le parti hanno la libertà di tenere o meno, gli accordi processuali che abbiano ad oggetto mezzi di prova si devono ritenere validi.

Con riguardo alla loro efficacia, e in caso di loro mancato adempimento, in primo luogo si deve verificare se esiste nell'ordinamento (spagnolo) un rimedio processuale tipizzato che consenta alle parti di ottenere la dichiarazione di inammissibilità del mezzo di prova dedotto in giudizio in spregio dell'accordo. Ove non sia così – come è nel caso dell'ordinamento spagnolo – si dovrà vedere se l'*exceptio doli processualis* potrà servire a dare attuazione alle obbligazioni di fare o non fare oggetto dell'accordo processuale. Se nemmeno in tal modo si conseguano gli effetti processuali voluti, l'accordo spiegherà soltanto effetti sostanziali. In questo caso, pertanto, potrà iniziarsi un c.d. processo secondario nei confronti della parte inadempiente per ottenere l'adempimento forzoso, la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno subito – ad esempio, la perdita del segreto industriale divulgato. A questo riguardo deve ricordarsi l'utilità che può esplicitare la previsione nell'accordo pro-

⁽⁴⁶⁾ W. NIESE, *Prozesshandlungen*, cit., 80.

cessuale di clausole penali che garantiscano l'adempimento delle obbligazioni di fare o non fare determinati atti processuali (sul punto v. *supra*).

La necessaria distinzione tra validità, efficacia processuale ed efficacia sostanziale consente di spiegare il funzionamento di un istituto complesso come gli accordi processuali. L'inesistenza di una norma nell'ordinamento processuale spagnolo che permette alle parti di accordarsi sull'esclusione di un mezzo di prova suole portare alla precipitosa conclusione che questi accordi siano nulli. Invero, non è così, perché si è visto che la validità dell'accordo dipende dalla valida disposizione ad opera delle parti di un comportamento in seno al processo – queste sono libere di porre o non porre in essere una determinata condotta e quindi possono ben obbligarsi tra loro a tenerla o non tenerla. Altra cosa è l'inesistenza di una norma che permetta di conseguire dal giudice la dichiarazione di inammissibilità del mezzo di prova dedotta dalla parte in spregio dell'accordo: l'inesistenza di un tale rimedio comporterà infatti la mera inefficacia processuale dell'accordo, ma non certo la sua nullità, come ciò non esclude che l'accordo possa farsi valere sul piano sostanziale.

Da questo esempio si vede quindi come limitare la visuale sugli accordi processuali solo alla loro efficacia processuale sia prospettiva riduttiva, che impedisce di cogliere il fenomeno nella sua interezza.

8. *Gli accordi processuali: un'analisi economica del diritto.* – Gli accordi processuali assolvono ad una funzione economica nel traffico giuridico. Con essi le parti possono influire sul processo e così su determinati rischi connessi alla controversia⁽⁴⁷⁾. Questa giustificazione sociale ed economica degli accordi processuali costituisce

⁽⁴⁷⁾ Dato lo sviluppo che l'analisi economica del diritto – *Law & Economics* – ha ricevuto nell'ordinamento statunitense, si intende sia in questo che si è riscontrata la maggiore attenzione alla dimensione economica degli accordi processuali.

uno dei motivi principali che spinge la politica legislativa ad incidere sulla loro istituzionalizzazione – *i.e.* sulla loro tipizzazione e sulla previsione di rimedi processuali volti a garantirne l'efficacia processuale. Doverosa è quindi un'analisi economica degli accordi processuali.

Dal punto di vista funzionale, gli accordi processuali consentono di raggiungere uno o più di questi obiettivi: (i) adeguare la soluzione della lite giuridica al tipo di controversia; (ii) aumentare la cooperazione tra le parti; (iii) aumentare la certezza dell'esito del processo; (iv) ridurre la litigiosità pretestuosa ed abusiva; (v) incentivare l'adempimento contrattuale; (vi) creare valore economico. Di interesse è esaminare ciascuno di questi obiettivi partitamente.

Come regola generale le leggi processuali disciplinano un processo ordinario di cognizione quale via per trattare la maggior parte delle cause.

È evidente però che non tutte le controversie né tutte le tutele giurisdizionali che si chiedono sono uguali. Consapevole di ciò, la LEC prevede taluni procedimenti caratterizzati da alcune specialità, la cui finalità è quello di adeguare il procedimento al concreto tipo di tutela richiesto.

Il valore della causa, la materia intorno alla quale nasce il conflitto e la complessità giuridica sono, oltre al resto, talune delle varianti che qualificano una controversia giuridica. Gli accordi processuali possono servire a questa funzione: adattare il procedimento alla natura della controversia che in esso viene trattata.

Ai sensi dell'art. 190 codice di procedura civile brasiliano, «è permesso a parti pienamente capaci di accordarsi su modifiche del procedimento *per adattarlo alle specificità della controversia*» (evidenziazione aggiunta). Questa è una delle ragioni di politica del diritto che fondano l'ammissione generalizzata degli accordi processuali nell'ordinamento brasiliano ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁸⁾ A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 219-27.

Oltre che a consentire un tale adeguamento, gli accordi processuali aumentano la cooperazione tra le parti. La relazione tra gli individui di regola non è la stessa prima e dopo la nascita del conflitto. Generalmente, al momento della stipula del contratto principale – che di norma costituisce il momento in cui si concludono gli accordi processuali – le parti mostrano un atteggiamento collaborativo che muove verso un comune obiettivo: la soddisfazione di un mutuo interesse attraverso il corretto sviluppo della relazione contrattuale. Una volta che sorge la controversia, invece, la relazione e gli interessi delle parti cambiano: queste assumono posizioni avversariali con il che diventa difficile giungere ad accordi che consentano uno scioglimento del conflitto.

La possibilità di addivenire ad accordi processuali nel momento in cui si conclude il contratto principale alimenta la cooperazione tra le parti e permette di raggiungere accordi con effetti processuali che, nel comune interesse delle parti, sarebbero impossibili una volta nato il conflitto ⁽⁴⁹⁾.

Nel momento della conclusione del contratto principale, inoltre, le parti versano in uno stato di ignoranza – ‘*behind a veil of ignorance*’ – con riguardo ad un possibile successivo processo. Questo impedisce loro di sapere con certezza quali conseguenze su di loro avrà l’accordo processuale – benché, ovviamente, avranno ben chiara la sua efficacia in astratto allorché sorga una controversia.

Una volta che questa nasca, invece, le parti possono già misurare le probabilità di accoglimento delle loro pretese alla luce della realtà di quanto accaduto, delle fonti di prova che esse posseggano e dell’interpretazione data alla legge con riguardo alla questione controversa. Per questo è più difficile giungere ad accordi processuali alla soglia del processo. Al contrario, nel momento della stipulazione del contratto principale le parti non hanno alcuna certezza sulla

⁽⁴⁹⁾ A. KLEMENT, D. KAPELIUK, *Changing the Litigation Game: An Ex Ante Perspective on Contractualized Procedures*, in 6 *Texas Law Review* 1484 (2013); EID., *Contractualizing Procedure*, 2008, 20; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 181, 189, 215-9.

futura controversia ed è proprio questa loro ‘ignoranza’ a permettere ad entrambe le parti una valutazione dell’accordo processuale in termini più obiettivi ed astratti ⁽⁵⁰⁾.

È certo che in alcuni settori dell’economia esistono relazioni giuridiche da cui nascono controversie che possono considerarsi ‘tipiche’. Un operatore economico, forte della sua esperienza, può prevedere i rischi di un eventuale futuro conflitto e le sue caratteristiche. In ogni caso, *ceteris paribus*, questa informazione è a disposizione di entrambi i contraenti – con la conseguenza che essa influenzerà in ugual modo la valutazione oggettiva *ex ante* dell’accordo processuale. Inoltre, le parti non potranno mai arrivare a misurare con esattezza l’impatto reale che l’accordo processuale avrà in termini di loro opportunità processuale con riguardo al risultato del processo.

Questo dipende da vari fattori: oltre al resto, dal successo della difesa tecnica; dall’accesso ai mezzi di prova; dai precedenti giurisprudenziali di quel determinato foro; dalla capacità economica dei contraenti. L’attività giurisdizionale, d’altronde, non comporta un’applicazione automatica delle norme dell’ordinamento giuridico. Al contrario, essa richiede alle parti un dispiego probatorio ed argomentativo e al giudice un’attività di giudizio. Gli accordi processuali eliminano – o quanto meno controllano – alcune di queste variabili e pertanto possono dotare di maggiore prevedibilità il risultato del processo, e quindi ridurre l’incertezza che lo ammantava ⁽⁵¹⁾.

Una maggiore certezza circa il risultato del processo disincentiva quindi la litigiosità temeraria od abusiva, dal momento che favorirà che dia inizio al processo soltanto la parte che realmente ritenga di

⁽⁵⁰⁾ A. KLEMENT, D. KAPELIUK, *Contractualizing Procedure*, cit., 17; R.G. BONE, *Party Rulemaking: Making Procedural Rules through Party Choice*, in 6 *Texas Law Review* 1355-6 (2012); BGH, III. *Zivilsenat, Urteil*, 17.10.2019 – III ZR 42/19.

⁽⁵¹⁾ A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 228-31, 237-41; A. CABRAL, *Designing Procedure by Contract: Litigation Agreements in Contemporary Civil Procedure*, in 9 *International Journal of Procedural Law* 373-5 (2019).

aver ragione⁽⁵²⁾. E questo dovrebbe tradursi in un maggior incentivo all'adempimento della relazione contrattuale stabilita tra le parti o ad una risoluzione stragiudiziale della controversia⁽⁵³⁾.

A e B stipulano un accordo processuale con cui si obbligano, in caso di controversia, ad usare come mezzo probatorio la relazione di un perito designato previamente da entrambe le parti. È prevedibile che le parti sceglieranno come perito un professionista che ritengono esperto della materia, oggettivo e imparziale. Questo elimina la possibilità che nel corso del processo si nominino periti di parte che aumentano il costo della lite; che si complichino il dibattito processuale e che si arrivi a 'tentare la sorte' nel processo. È molto difficile invece che, una volta sorta la controversia e iniziato il processo – e così misurata la forza di ciascuna posizione o le probabilità di successo nella contesa processuale – le parti giungano ad un simile accordo.

Inoltre, gli accordi processuali consentono di creare valore economico⁽⁵⁴⁾. Con essi si creano obbligazioni di fare o non fare nel processo che possono intrecciarsi sinallagmaticamente con altre di contenuto patrimoniale, come, ad esempio, una diminuzione del prezzo del bene oggetto di disposizione. Sulla base della teoria del marginalismo economico può dirsi che una parte si obbligherà a fare o non fare qualcosa in un eventuale processo perché ciò che riceve in cambio al vincolo a tale obbligo comporta per lei un maggior valore di quello della prestazione cui si obbliga.

A e B stipulano un contratto di compravendita di un immobile che presenta alcuni vizi: dal punto di vista economico non stupisce che A e B si accordino per la rinuncia da parte dell'acquirente all'esercizio di quelle azioni giudiziali dirette a far valere i vizi del

⁽⁵²⁾ A. KLEMENT, D. KAPELIUK, *Changing the Litigation Game*, cit., 1483; EID., *Contractualizing procedure*, cit., 16, 19.

⁽⁵³⁾ EID., *Contractualizing procedure*, cit., 21-2.

⁽⁵⁴⁾ A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais*, cit., 243; ID., *Designing Procedure*, cit., 375.

bene compravenduto, in cambio di una riduzione del prezzo di vendita.

Gli accordi processuali non comportano un aumento dei costi pubblici o un pregiudizio all'efficienza nell'amministrazione della giustizia. Come visto, infatti, essi hanno ad oggetto comportamenti processuali delle parti nella cornice delle possibilità già previste dal sistema ⁽⁵⁵⁾.

Da ultimo deve segnalarsi che gli accordi processuali potenziano l'attrattività della giurisdizione statale rispetto ai metodi alternativi di soluzione del conflitto. Non v'è dubbio, infatti, che, per esempio, la flessibilità del procedimento arbitrale rappresenti uno dei suoi principali elementi di appetibilità. Le parti possono adattare il procedimento arbitrale alle caratteristiche della controversia e, in questo modo, possono influire su costi, tempo e prevedibilità del risultato. L'incorporazione di una tale flessibilità nel processo civile tramite accordi processuali potenzia il valore della giurisdizione statale in comparazione con altri sistemi eteronomi di soluzione delle controversie ⁽⁵⁶⁾.

L'istituzionalizzazione degli accordi processuali potrebbe influire anche sulla promozione dell'ordinamento spagnolo ed italiano quali fori internazionali di risoluzione delle controversie. Nel contesto globalizzato di interconnesse relazioni economiche quale è quello attuale, si è infatti intensificata la concorrenza regolatrice tra Stati ⁽⁵⁷⁾. Negli ambiti in cui hanno libertà di intervenire, si spera che le parti scelgano la legge applicabile e un foro utile ed efficace nella regolamentazione della loro relazione commerciale e nella soluzione della controversia che nasca da tale relazione.

È in questo scenario che si manifesta la concorrenza regolatrice tra Stati che porta ciascuno Stato a cercare di regolamentare le rela-

⁽⁵⁵⁾ R.G. BONE, *Party Rulemaking*, cit., 1383, 1394.

⁽⁵⁶⁾ A. CABRAL, *Designing Procedure*, cit., 373-5.

⁽⁵⁷⁾ Con riguardo al fenomeno della concorrenza tra ordinamenti nella regolamentazione giuridica v. H. EIDENMÜLLER (ed.), *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München, 2013.

zioni economiche e le controversie che da queste gemmino rendendo più appetibile il proprio ordinamento giuridico e la propria giurisdizione: è questo, d'altronde, il modo di esercitare la propria influenza sul commercio e sull'economia internazionale. Gli accordi processuali dotano il sistema di flessibilità e nel confronto con gli altri ordinamenti potrebbero dare un vantaggio a quello spagnolo e italiano.

9. *Conclusioni.* – Gli accordi processuali non sono realtà sconosciute negli ordinamenti spagnolo e italiano. Benché tradizionalmente abbiano qui rinvenuto un minor sviluppo quale categoria giuridica, esistono in entrambi gli ordinamenti accordi processuali con cui le parti influiscono sullo svolgimento del processo.

L'accordo processuale è un istituto complesso che pone in relazione ambiti diversi dell'ordinamento privato e processuale. Solo un partito esame della validità, efficacia processuale ed efficacia sostanziale dell'accordo processuale permetterà di comprendere tale istituto nella sua interezza. Al contrario, però, è dato riscontrare come lo studio degli accordi processuali sia ruotato intorno ad una serie di preconcetti che sogliono ripetersi.

Diversamente, invece, si deve riconoscere che gli accordi processuali si integrano nell'ordinamento di diritto positivo. Non presuppongono una privatizzazione del processo, un travolgimento dell'ordine pubblico o del principio di legalità processuale. All'apposto, si fondano sull'autonomia privata delle parti che il legislatore processuale riconosce agli individui attraverso norme a carattere dispositivo e norme che attribuiscono una libertà di scelta alle parti.

Abstract

Gli accordi processuali sono negozi giuridici con cui le parti intendono influire su un determinato processo. Pur non essendo tali accordi scon-

sciuti negli ordinamenti spagnolo ed italiano, pare manchi in questi la spinta a definirli quale categoria giuridica *per se*, ossia come un insieme di negozi giuridici che condividono una serie di elementi strutturali e criteri comuni di validità ed efficacia. Obiettivo dell'indagine offerta è quello di affacciare una teoria generale dell'accordo processuale e di declinare i risultati teorici raggiunti all'esame di taluni, selezionati accordi processuali, aprendo ad una verifica della loro utilità ed opportunità anche alla luce dell'analisi economica del diritto e della crescente concorrenza regolatoria degli Stati nella disciplina delle relazioni giuridiche transfrontaliere e dell'individuazione della giurisdizione che in caso di controversia ne decida.

Procedural agreements are legal transactions with which the parties pursue certain procedural effects. Although such agreements are not unknown in the Spanish and Italian legal systems, there seems to be a lack of drive in these to define them as a legal category per se, i.e. as a set of legal transactions that share a series of structural elements and common criteria of validity and effectiveness. The aim of this paper is to outline a general theory of procedural agreements and to apply the theoretical results achieved to a few, selected procedural agreements. In doing so, this paper aims to assess the usefulness and appropriateness of such agreements, also in the light of the economic analysis of the law and of the growing regulatory competition of States vis-à-vis cross-border legal relations as well as jurisdiction, in case a dispute arises.

PERCORSI DI VALORIZZAZIONE
DELL'ARBITRATO IRRITUALE
NEL DIRITTO DEL LAVORO
IN UNA PROSPETTIVA DIACRONICA

Alessandro Giuliani ()*

SOMMARIO: 1. L'irritualità dell'arbitrato nel diritto del lavoro nella peculiare declinazione dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970. – 2. L'arbitrato irrituale alla luce del complessivo disegno riformatore delineato dalla l. n. 533 del 1973. – 3. L'afflato 'riformatore' della l. n. 183 del 2010 tra astratta volontà liberalizzatrice e concreto depotenziamento delle tipologie arbitrali. – 4. Alcune prospettive di valorizzazione dell'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro

1. L'irritualità dell'arbitrato nel diritto del lavoro nella peculiare declinazione dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970. – È noto che l'arbitrato irrituale in materia di lavoro ha trovato nell'art. 7 l. n. 300 del 1970 ⁽¹⁾ una realizzazione di pregio, sia sotto il profilo della tecnica normativa, che di quello della coerenza interna, anche in relazione all'idoneità a garantire un elevato livello di tutela dei diritti

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 111-149. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Ricamatore di Diritto del Lavoro nell'Università Politecnica delle Marche.

(¹) Tale istituto peraltro costituisce in parte una sorta di evoluzione sul piano legislativo, benché circoscritta all'ambito dell'impugnazione delle sanzioni disciplinari, della procedura arbitrale già prevista in materia di licenziamenti dapprima dall'Accordo interconfederale sui licenziamenti individuali sottoscritto il 18 ottobre 1950 da Confindustria, Cgil, Cisl e Uil nonché successivamente dall'Accordo interconfederale sui licenziamenti per riduzione di personale firmato da Confindustria, Intersind, Asap, Cgil, Cisl e Uil il 29 aprile 1965.

del lavoratore ⁽²⁾, sebbene non siano recentemente mancati dubbi sulla possibilità di ricondurre anche tale tipologia arbitrale all'interno della ritualità, per effetto dell'art. 808 *ter* c.p.c. introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006 ⁽³⁾.

Sennonché, come ribadito da giurisprudenza ormai costante, il carattere negoziale del lodo previsto dall'art. 7 Stat. lav. emergerebbe dalla presenza di una procedura, simultaneamente conciliativa e arbitrale ⁽⁴⁾, con la quale le parti devolvono al collegio la soluzione di controversie attraverso un negozio che accerta la volontà comune delle parti, impegnandosi a considerare la decisione come espressione della loro volontà ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ Cass. civ., sez. lav., 2 febbraio 2009, n. 2576, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 2, 161 ss., ha affermato che il procedimento arbitrale promosso da un lavoratore per l'impugnazione di una sanzione disciplinare ai sensi dell'art. 7 Stat. lav., sebbene espressamente previsto dalla legge, ha carattere irrituale, pertanto eccezionalmente equiparabile a quello previsto dalla contrattazione collettiva. Da ciò discenderebbe che l'art. 412 *quater* c.p.c. (nella versione precedente all'entrata in vigore della l. n. 183 del 2010) andrebbe interpretato nel senso che esso disciplina un unico regime di impugnazione del lodo irrituale, a prescindere dalla fonte legale che lo prevede, così che sarebbe ammissibile il ricorso per cassazione avverso la sentenza pronunciata in primo ed unico grado dal tribunale che abbia rigettato l'impugnativa del lodo arbitrale.

⁽³⁾ In tal senso, si segnala Trib. Ancona, sez. lav., 7 settembre 2021, n. 232, a quanto consta inedita, secondo il quale a seguito della riforma operata dalla l. delega n. 80 del 2005, attuata con il d.lgs. n. 40 del 2006, sarebbe ormai superata la qualificazione come irrituale dell'arbitrato previsto dall'art. 7 Stat. lav. Per effetto di tale intervento normativo, tale fattispecie sarebbe limitata ai soli casi in cui ad essa intendano ricorrere entrambe le parti in base a una «disposizione espressa per iscritto» (art. 808 *ter* c.p.c.), che nel caso di specie sarebbe mancata. Conseguentemente, prosegue nel ragionamento il tribunale d'origine, l'arbitrato previsto dall'art. 7 Stat. lav. non potrebbe essere ricondotto nell'alveo degli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c. introdotti dalla l. n. 183 del 2010 e, attraverso di essi, all'art. 808 *ter*, dal momento che tali disposizioni fanno espressamente salve le «procedure di conciliazione e di arbitrato previste dalla legge» e disegnano fattispecie in cui sarebbe essenziale la presenza di un vero e proprio mandato, non previsto nell'art. 7 citato.

⁽⁴⁾ Cfr. Trib. Cosenza, sez. lav., 5 marzo 2020, n. 505, in *De Jure.it*.

⁽⁵⁾ In tal senso si esprime Trib. Novara, sez. lav., 15 novembre 2018, n. 245, in *De Jure.it*.

Già dalla collocazione topografica all'interno dello Statuto dei diritti dei lavoratori emerge una visione di sistema del legislatore della l. n. 300 del 1970, che costituisce il recepimento legislativo dei diritti fondamentali in materia di lavoro sanciti dalla Costituzione repubblicana, sia sotto il profilo delle garanzie nel rapporto che con riferimento alla libertà e attività sindacale.

Per altro verso, l'art. 7, come altresì noto, non è soltanto una disposizione di carattere processuale, bensì anche a contenuto sostanziale, prevedendo la regolamentazione dell'esercizio del potere disciplinare⁽⁶⁾ da parte del datore di lavoro⁽⁷⁾. La sapiente combinazione di un piano normativo incidente sui diritti sostanziali e uno relativo alla loro tutela processuale non è un caso isolato nella l. n. 300 del 1970, dal momento che essa è stata prevista anche all'art. 28, con riferimento alla repressione della condotta antisindacale, dove vengono delineate sia la fattispecie sostanziale di comportamento sanzionato che il rimedio tipico a livello giurisdizionale, nonché, in parte, anche all'art. 18, 11° comma⁽⁸⁾.

⁽⁶⁾ La portata e le ricadute del potere disciplinare nella gestione del rapporto di lavoro sono state indagate, precedentemente all'entrata in vigore della l. n. 300 del 1970, tra gli altri da G.F. MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957; C. ASSANTI, *Le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro*, Milano, 1963; M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

⁽⁷⁾ Cfr., tra gli altri, L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, 1 ss.; L. MENGONI, *I poteri dell'imprenditore*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 387 ss.; G. VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, 1 ss.; R. FOGLIA, *La Corte costituzionale ed il licenziamento disciplinare*, in *Dir. lav.*, 1982, 2, 401 ss.; M.P. LIDONNI, *Il licenziamento disciplinare al vaglio della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, 2, 319 ss.; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Padova, 1993; M. MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002. Analizza origini e ratio di tale potere datoriale V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Torino, 2012, spec. 7 ss.

⁽⁸⁾ Tale disposizione, peraltro, a seguito delle modifiche apportate al predetto art. 18 dalla l. n. 92 del 2012, ha posto dubbi interpretativi sulla persistente configurabilità di tale istanza e del relativo procedimento incidentale a fronte del nuovo rito sui licenziamenti (c.d. Fornero), che prevede la sommarietà del procedimento

Se è vero che la procedura arbitrale di cui all'art. 7 Stat. lav. è prevista in alternativa alla via giudiziaria per le controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti disciplinari, a sua volta essa è considerata come un'ipotesi diversa rispetto agli arbitrati individuati e disciplinati dalla contrattazione collettiva. Sotto il profilo strutturale è assicurata la presenza di un rappresentante per ciascuna delle parti e di un terzo membro scelto consensualmente, ovvero, in mancanza di accordo, nominato dal Direttore dell'ufficio, così che l'arbitrato in discorso si caratterizza per una doppia dimensione, al contempo sindacale ed amministrativa, quasi a rimarcarne la portata garantista.

Secondo la giurisprudenza di legittimità ormai consolidata, qualora il lavoratore dapprima scelga la via arbitrale ex art. 7 Stat. lav., potrà comunque agire giudizialmente entro i termini previsti in via generale, fintanto che il collegio arbitrale non emetta il lodo, al fine dell'accertamento dell'illegittimità della sanzione disciplinare. Tale alternatività tra via giudiziale e via arbitrale va infatti intesa nel senso che la pendenza si configuri soltanto qualora il collegio si sia pronunciato ⁽⁹⁾, sebbene non si ignori un orientamento giurispru-

come regola generale ed anzi richiama le ipotesi ex art. 18 Stat. lav. come proprio ambito di applicazione. A. DI STASI, *L'interesse collettivo e la vis espansiva della legittimazione processuale*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Giovanni Garofalo*, Bari, 2015, 291 ss., ha condivisibilmente sostenuto la persistente vigenza di detta disposizione, tra l'altro mai espressamente abrogata, dal momento che nulla escluderebbe la possibilità che il giudice pronunci, in base ad una valutazione immediata degli elementi di prova forniti dal datore di lavoro, l'ordinanza interinale di reintegrazione, procedendo poi alla trattazione della causa nel merito nella fase sommaria. Il tema della legittimazione attiva del sindacato nella proposizione della predetta istanza congiunta è stato affrontato, prima dell'entrata in vigore della l. n. 92 del 2012, anche da Trib. Bari, ord. 26 novembre 2003, in *Lav. giur.*, 2004, n. 11, con nota di A. MURATORIO.

⁽⁹⁾ Cass. civ., sez. lav., 20 febbraio 1999, n. 1452, in *Arch. Civ.*, 1999, 563 ss.; Cass. civ., sez. lav., 10 aprile 1990, n. 3023, in *Foro it. Rep.*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 651; Cass. civ., sez. lav., 8 febbraio 1990, n. 891; Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 1987, n. 2588, in *Foro it. Rep.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1108; Cass. civ., sez. lav., 14 gennaio 1987, n. 214, in *Foro it. Mass.*, 1987, c. 40; Cass. civ., sez. lav., 3 dicembre 1981, n. 6414, in *Giust. civ.*, 1982, I, 962.

denziale più risalente secondo il quale il momento preclusivo dell'azione giudiziaria coinciderebbe con la costituzione del collegio di conciliazione e arbitrato, e cioè con la nomina dei rispettivi componenti da parte degli interessati ⁽¹⁰⁾.

Emerge, innanzitutto, una differenza rispetto alla via giudiziaria dal punto di vista dei termini di attivazione della procedura, che deve essere promossa a pena di decadenza nei venti giorni successivi alla comunicazione dell'applicazione della sanzione disciplinare, anche con l'assistenza dell'organizzazione sindacale alla quale il lavoratore sia iscritto ovvero conferisca mandato. Ciò, evidentemente, fa sì che il lavoratore dovrà attivarsi immediatamente nel caso in cui voglia contestare la legittimità del provvedimento, ma a fronte di tale termine stringente saranno molteplici i benefici, che invece non opereranno nel caso di richiesta tardiva di costituzione del collegio arbitrale ⁽¹¹⁾.

Come noto, la prima conseguenza consiste nel fatto che, nel momento in cui si dia l'impulso alla costituzione del collegio, si produce automaticamente la sospensione della sanzione disciplinare fintanto che esso non si pronunci ⁽¹²⁾. Si tratta, a ben vedere, di una sorta di effetto cautelare o inibitorio che si produce *ex lege* per il solo fatto di azionare la procedura, prescindendo tale efficacia sospensiva sia da una specifica richiesta del lavoratore, che da una pronuncia sul punto da parte del collegio arbitrale.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 17 settembre 1993, n. 9568, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, 1407 ss.

⁽¹¹⁾ Così G. PERA, *Commento* sub art. 7, in C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1972, 90. *Contra*, nel senso dell'inammissibilità di una procedura arbitrale tardiva v. R. BORTONE, *Sub art. 7*, in L. GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, Milano, 1979, 59 ss.

⁽¹²⁾ Secondo Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 1997, n. 4921, l'avvenuta esecuzione della sanzione disciplinare non comporta l'acquiescenza da parte del lavoratore, che si trova in una situazione di mera soggezione rispetto all'esplicazione dei poteri datoriali.

Qualora si ritenga applicabile tale rimedio anche avverso un provvedimento disciplinare espulsivo ⁽¹³⁾, rispetto ad una ordinaria azione di impugnazione, il lavoratore dovrà chiaramente ‘ricorrere in corsa’, sebbene a seguito delle modifiche introdotte in merito alla proposizione del ricorso giudiziale dalla l. n. 183 del 2010 e dalla successiva l. n. 92 del 2012 la differenza non sia più tra il termine decadenziale di venti giorni e quello prescrizione di cinque anni, dal momento che quest’ultimo è stato sostituito dal doppio termine di decadenza (sessanta giorni per l’impugnazione stragiudiziale e i successivi centotanta per quella giudiziale, salvo l’esperienza del tentativo facoltativo di conciliazione davanti all’Ispettorato territoriale del lavoro, che ha l’effetto di sospendere i suddetti termini).

Dall’altro lato, a fronte di tale tempistica alquanto ridotta, il lavoratore, azionando lo strumento arbitrale, potrà innanzitutto fruire dell’intervenuta definitiva inefficacia del provvedimento impugnato, qualora il datore di lavoro non aderisca alla procedura senza proporre il ricorso giudiziale. Tale previsione rende la procedura arbitrale in discorso particolarmente appetibile per il lavoratore, che nel caso di mancata costituzione del collegio potrà sostanzialmente ottenere il medesimo effetto dell’accoglimento dell’impugnazione e che si giustifica con una sorta di principio di presunzione di innocenza traslato alla materia disciplinare.

Sotto altro profilo, non sfugge l’ampia portata di detta norma, dal momento che con la semplice impugnazione e richiesta di costituzione del collegio si potrebbe produrre l’effetto di determinare l’inefficacia perfino del licenziamento disciplinare, attratto all’interno della procedura per opera dell’attività interpretativa della Corte costituzionale ⁽¹⁴⁾, sebbene si discuta sull’estendibilità della

⁽¹³⁾ Nel senso della non applicabilità della procedura in discorso al licenziamento, v. Cass. civ., sez. lav., 23 giugno 2001, n. 8619, in *Giur. it. Rep.*, 2001; Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 1992, n. 4456, *ibid.*, 1992; Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 1984, n. 1841, *ibid.*, 1984; Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 1976, n. 1632, in *Giust. civ.*, 1976, 1, 1277 ss.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Corte cost., sentenza 29-30 novembre 1982, n. 204, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dei primi tre commi dell’articolo in parola, qualora interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, con nota

procedura arbitrale anche all'impugnazione della sanzione espulsiva, esclusa da un certo orientamento giurisprudenziale⁽¹⁵⁾. Si osserva, inoltre, che l'effetto sospensivo è così pervasivo da rimanere intatto anche qualora a sua volta il datore di lavoro adisca l'autorità giudiziaria entro il termine previsto per la nomina del proprio arbitro⁽¹⁶⁾.

Tale regime di sospensione va poi coordinato con quello sull'efficacia del licenziamento disciplinare previsto dalla l. n. 92 del 2012, che fa retroagire gli effetti all'apertura del procedimento disciplinare, norma peraltro di dubbia applicazione con riferimento ai lavoratori assunti con il c.d. contratto a tutele crescenti, stante il mancato richiamo della relativa disposizione.

Se, dunque, è vero che l'impugnazione sospende gli effetti del provvedimento e, nel caso in parola, del licenziamento, qualora la pronuncia del collegio arbitrale confermi la legittimità del recesso, gli effetti si produrranno all'esito di essa, a decorrere dall'apertura del procedimento disciplinare; qualora invece il provvedimento disciplinare *sub specie* di licenziamento sia dichiarato illegittimo, esso rimarrebbe *tamquam non esset*. Ciò detto, non sfugge la criticità di coniugare la sospensione interinale degli effetti della sanzione con la necessità di garantire immediata efficacia al licenziamento per giusta causa, problema che potrà essere superato mediante lo strumento

in *Mass. Giur. lav.*, 1982, 555; in *Giur. it.*, 1983, 1, 1039.

⁽¹⁵⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 23 giugno 2001, n. 8619, in *Giur. it. Rep.*, 2001; Cass. civ., sez. lav., 11 aprile 1992, n. 4456, *ibid.*, 1992; Cass. civ., sez. lav., 16 marzo 1984, n. 1841, *ibid.*, 1984; Cass. civ., sez. lav., 8 maggio 1976, n. 1632, in *Giust. civ.*, 1976, 1, 1277; Pret. Matera, 7 maggio 1987, in *Giur. merito*, 1989, 1, 632.

⁽¹⁶⁾ La Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che il datore di lavoro che non voglia aderire alla procedura e che parimenti non intenda lasciare che la sanzione disciplinare divenga inefficace, deve ricorrere al giudice entro il medesimo termine previsto per la nomina dell'arbitro. Cfr. Corte cost., 13 dicembre 1989, n. 586, in *Foro it.*, 1990, 2, c. 362. In dottrina v. tra gli altri L. MENGHINI, *L'impugnazione del licenziamento e delle sanzioni disciplinari: brevi osservazioni su questioni vecchie e nuove*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, 2, 241; G. PERA, *I giudici, costituzionali e ordinari, non leggono le leggi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1990, 2, 11 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Corte costituzionale e licenziamento disciplinare*, in *Lav. dir.*, 1992, 99 ss.

della sospensione cautelare in attesa dell'esito della procedura arbitrale⁽¹⁷⁾, che contempera l'esigenza aziendale di tenere fuori dall'azienda il lavoratore incolpato di un fatto grave con quella del lavoratore ad un trattamento non pregiudizievole rispetto alle altre sanzioni disciplinari⁽¹⁸⁾.

È poi interessante notare come la suddetta procedura acquista nuove importanti potenzialità con il progressivo ridimensionamento della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi. Ed infatti, atteso il potere riconosciuto al collegio, ma non al giudice in difetto di apposita domanda formulata dal datore di lavoro⁽¹⁹⁾, di degradare la sanzione irrogata⁽²⁰⁾, non vi sarebbero ostacoli a che il licenziamento disciplinare possa per ipotesi essere convertito in una sanzione di minor gravità, con l'effetto che il rapporto verrebbe ad essere ricostituito come se il licenziamento non fosse mai avvenuto. Ciò produrrebbe gli effetti di una pronuncia indirettamente reintegratoria, così che per tale via verrebbe recuperata la tutela reale anche nei casi in cui questa non opererebbe, sebbene non si tratti tecnicamente di una pronuncia ai sensi e per gli effetti dell'art. 18 Stat. lav., bensì di una declaratoria di inefficacia del recesso con conseguente ricostituzione del rapporto di lavoro come se non fosse mai venuto meno.

Una volta che si ammetta la possibilità di una pronuncia restitutoria in caso di degradazione del licenziamento in una sanzione

⁽¹⁷⁾ Per un'ampia e approfondita ricostruzione di detto istituto si rimanda a G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, vol. II, Milano, 2009, 201 ss.

⁽¹⁸⁾ Secondo la giurisprudenza di legittimità, la sospensione dell'efficacia della sanzione disciplinare non impedisce che la mancanza possa essere considerata ai fini dell'applicazione della recidiva, sebbene l'art. 7 Stat. lav. non discerna tra effetti diretti e indiretti della sospensione medesima. Cfr. Cass. civ., sez. lav., 27 aprile 1996, n. 3915, in *Mass. Giur. Lav.*, 1996, 575 ss.; Cass. civ., sez. lav., 20 agosto 1991, n. 8973, in *Foro it. Rep., Lavoro (rapporto)*, 1991, 1511.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 11 febbraio 2019, n. 3896.

⁽²⁰⁾ Per una ricostruzione del vasto dibattito in dottrina e giurisprudenza sul punto si rimanda a G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. Lo Statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, cit., 229 ss.

conservativa, secondo una lettura sistematica improntata al principio di ragionevolezza, tale soluzione dovrà adottarsi a maggior ragione nel caso in cui il provvedimento sanzionatorio vada annullato *tout court*, così che pure per tale via si riespanderebbe la tutela reintegratoria, anche nel caso di datori di lavoro che non possiedano i requisiti dimensionali previsti dall'art. 18 Stat. lav.

Si ritiene che quello appena indicato potrebbe costituire un beneficio davvero cruciale per il lavoratore che intenda avvalersi della procedura *ex art. 7 Stat. lav.*, rendendola preferibile, quanto meno sotto tale profilo, rispetto al ricorso giudiziale, tanto da ribaltare la tradizionale idea per la quale l'arbitrato porterebbe con sé un grado minore di tutela rispetto alla giurisdizione statale.

Non si nega che, con riferimento ai datori di lavoro sottratti all'ambito di applicazione della tutela c.d. reale, in quanto privi dei requisiti dimensionali previsti dall'art. 18 Stat. lav.⁽²¹⁾, una siffatta interpretazione ponga criticità, nel senso che per tale via il licenziamento sarebbe sanzionato con un regime ben più pesante rispetto a quanto non avvenga nel caso di applicazione della tutela meramente economica.

Senonché, considerati il *favor* per la procedura arbitrale *ex art. 7 Stat. lav.* espresso dal legislatore in più punti della disciplina, la specialità di essa in quanto alternativa al giudizio e avente al proprio interno anche finalità di carattere conciliativo, nonché i tempi molto celeri della stessa, che si esaurisce verosimilmente in pochi mesi, la tutela restitutoria avrà comunque effetti circoscritti al periodo strettamente intercorrente tra il licenziamento e la pronuncia del collegio, sebbene sia certamente molto incisiva la portata sanzionatoria del lodo che annulli il provvedimento disciplinare. Inoltre, il datore di lavoro potrebbe pur sempre non aderire alla procedura e pro-

⁽²¹⁾Cfr. A. CHIACCHIERONI, *Il nuovo intervento della Corte costituzionale in materia di licenziamento disciplinare: verso il superamento del recesso 'ad nutum'?*, in *Giur. it.*, 1990, 425 ss.; G. GRAMICCIA, *Licenziamento disciplinare, area di libera recedibilità e nuova disciplina dei licenziamenti individuali (appunti per un dibattito)*, in *Mass. Giur. lav.*, 1990, 491 ss.

muovere il ricorso giudiziale entro il medesimo termine previsto per tale adesione, così obliterando eventuali tendenze espansive del rimedio restitutorio.

Per altro verso, tale potenzialità testimonia ancora una volta le prospettive di sviluppo che può conoscere l'arbitrato in materia di lavoro, a maggior ragione a fronte di un tendenziale abbassamento dei livelli di tutela sostanziale previsti dalla legislazione più recente, a partire da quella sulle tutele contro i licenziamenti illegittimi (l. n. 92 del 2012 e d.lgs. n. 23 del 2015).

Qualora si consideri, poi, quanto detto relativamente alle possibili implicazioni positive per il lavoratore con riferimento all'arbitrato rituale deciso secondo equità, anche in questo caso la via arbitrale potrebbe costituire un elemento di riacquisizione in sede (para)giurisdizionale di diritti gradualmente compressi nell'ambito della disciplina sostanziale.

2. L'arbitrato irrituale alla luce del complessivo disegno riformatore delineato dalla l. n. 533 del 1973. – Se la l. n. 533 del 1973 rappresenta un intervento normativo organico che ha definito e disciplinato il processo del lavoro quale rito speciale di tutela giurisdizionale dei diritti del lavoratore davanti al giudice statale²², non è immune da tale regolamentazione la procedura arbitrale, che nelle intenzioni del legislatore ne doveva uscire riespansa, dopo la sostanziale marginalizzazione del periodo corporativo⁽²³⁾.

In tale prospettiva vengono sistematicamente riaperti spazi alla contrattazione collettiva nonché anche alla legislazione successiva, mediante la previsione-quadro di cui all'art. 4, che modifica la disciplina codicistica in materia di arbitrato rituale prevedendone

⁽²²⁾ Ricostruisce in maniera dettagliata il dibattito dottrinale precedente l'approvazione di tale legge V.A. Poso, *Il 1° agosto 1973 la riforma "giusta" e "civile" del processo del lavoro diventa legge della nostra Repubblica che sul lavoro è fondata*, in *Lav. dir. soc.*, 26 luglio 2023.

⁽²³⁾ Cfr. F. CORSINI, *L'arbitrato rituale nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2003, 613 ss.

l'esperibilità anche con riferimento ai rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c.

Tale incentivazione dello strumento arbitrale fa il paio con la riformulazione della disciplina della fattispecie irrituale, la cui operatività viene condizionata da un'apposita previsione della fonte legale⁽²⁴⁾, con salvezza delle disposizioni preesistenti e impregiudicate quelle future⁽²⁵⁾, ovvero da parte del livello contrattual-collettivo.

Nonostante il carattere promozionale della l. n. 533 cit. nei confronti delle procedure irrituali previste a livello di contrattazione collettiva, accessibili senza pregiudizio per la facoltà delle parti di adire l'autorità giudiziaria⁽²⁶⁾, sembra sottesa una non piena fiducia nei confronti dell'istituto, di cui viene evidenziata la parziale inidoneità a garantire la medesima effettività di tutela assicurata dalla giurisdizione statale⁽²⁷⁾, a maggior ragione se si considera che la pronuncia ha i medesimi effetti di un contratto, con conseguente insuscettibilità di costituire tecnicamente cosa giudicata.

D'altra parte, al legislatore dell'epoca era ben chiara la collocazione da dare allo strumento arbitrale nel sistema delle modalità di soluzione delle controversie, tanto da prevedere la nullità dei lodi pronunciati in violazione delle disposizioni inderogabili di legge e

⁽²⁴⁾ Cfr. V. BERTOLDI, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Napoli, 2018, 633 ss.; EAD., *L'arbitrato in materia di lavoro (paradossi e problemi irrisolti)*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2012, 87 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. R. MURONI, *Arbitrato in materia di lavoro*, in V. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L.G. RADICATI DI BRONZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010, 383 ss.

⁽²⁶⁾ Sul punto cfr. Cass. civ., sez. lav., 13 aprile 1995, n. 4219, in *Not. Giur. Lav.*, 1995, 828 ss.; Cass. civ., sez. un., 14 novembre 2002, n. 16044, in *Not. giur. lav.*, 2003, 133 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. S. VALL, *Il problema dell'arbitrato e la disciplina in materia di lavoro*, Padova, 1990, 15 ss.; R. VACCARELLA, *Conclusioni. Atti del Convegno 'L'arbitrato in materia di lavoro: fonti e impugnazioni'*, Università Luiss, Roma 17 novembre 2009, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, 389 ss.; A. VALLEBONA, *L'arbitrato irrituale per le controversie di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, 362 ss.

contratto collettivo ⁽²⁸⁾ e vietare radicalmente una decisione secondo equità ⁽²⁹⁾.

Occorre poi indagare la reale e attuale portata della scarna previsione di cui all'art. 5, 1° comma, l. n. 533 del 1973, che risulta dall'abrogazione degli altri due commi operata dall'art. 43 d.lgs. n. 80 del 1998 e dell'art. 72 d.lgs. n. 165 del 2001. In considerazione del generale disegno di rimeditazione e riscrittura delle fattispecie arbitrali, anche in relazione a quanto previsto dalla l. n. 183 del 2010 ⁽³⁰⁾, parte della dottrina ha finito per sostenere che l'arbitrato ex art. 5 l. n. 533 del 1973 è stato «svuotato del suo originario significato» ⁽³¹⁾, anche in assenza di un'espressa abrogazione.

Nonostante sia indubitabile il cambiamento culturale e di tecnica legislativa intervenuto tra la disciplina dettata dalla l. n. 533 del 1973 e la riforma del 2010, è pur vero che la fattispecie individuata dall'art. 5 cit. continua a rappresentare principio e disposizione fondamentale nella logica complessiva del sistema di tutela arbitrale nelle controversie lavoristiche.

⁽²⁸⁾ Sul dibattito dottrinale in punto di invalidità conseguente alla violazione da parte del lodo di norme inderogabili di legge e sull'applicazione dell'impugnazione ex art. 2113 c.c., previsione poi abrogata, si rimanda a F. CORSINI, *L'arbitrato nelle controversie individuali di lavoro*, in D. BORGHESI (a cura di), *Il processo del lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Il diritto del lavoro. Commentario*, Torino, 2005, 140 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. G. SIGILLÒ MASSARA, *Tutele alternative dei diritti dei lavoratori*, Torino, 2017, 15 ss.; G. PERONE, *Il nuovo processo del lavoro*, Padova, 1975, 523 ss.; R. FLAMMIA, *Arbitrato e conciliazione in materia di lavoro*, in *Enc. giur.*, 1988, 1 ss.

⁽³⁰⁾ Riflette sulle fattispecie arbitrali introdotte dalla l. n. 183 del 2010, P. TOSI, *L'arbitrato nel 'collegato lavoro' alla legge finanziaria 2010*, in *Lav. giur.*, 2010, 1171 ss.

⁽³¹⁾ Così V. BERTOLDI, *L'arbitrato in materia di lavoro*, cit., 131 ss., che sostiene altresì che a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 183 del 2010, la violazione derivante dall'inosservanza dei presupposti per l'arbitrabilità della controversia (diversi da quelli della disponibilità del diritto) sarebbe ricondotta all'interno del regime dell'annullabilità di cui all'art. 808 *ter*, 2° comma, c.p.c. nel rispetto del termine breve di cui all'art. 412 c.p.c.

Si potrebbe allora sostenere che proprio per la sua formulazione in termini generali essa continua a garantire alla contrattazione collettiva un ampio spazio di autonomia nella disciplina degli strumenti arbitrali irrituali. In particolare, la persistente vigenza della disposizione in commento potrebbe essere colta nella fattispecie irrituale avente ad oggetto l'impugnazione del licenziamento del dirigente, dove la speciale disciplina trova conferma e presupposto anche dall'attualità di tale previsione⁽³²⁾.

Quest'ultima appare, per altro verso, testimoniata dalla circostanza che numerosi CCNL riconoscono una peculiare tutela al dirigente licenziato illegittimamente mediante il riferimento alla nozione di giustificatezza⁽³³⁾, la cui sussistenza sarà oggetto di cognizione e sindacato da parte di un apposito collegio arbitrale, con conseguente riconoscimento del diritto all'indennità supplementare, compresa all'interno di una forbice minima e massima in rela-

⁽³²⁾ Hanno approfondito le varie questioni connesse alla tutela arbitrale contro il licenziamento del dirigente A. ALIBRANDI, *Osservazioni sul giudizio arbitrale in tema di licenziamento dei dirigenti*, in *Arch. civ.*, 1987, 865 ss.; ID., *Sulla procedura di arbitrato per il licenziamento dei dirigenti di azienda*, in *Arch. civ.*, 1988, 88 ss.; S. MAGRINI, *Problemi in tema di licenziamento del dirigente*, in *Dir. lav.*, 1993, I, 3 ss. In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. lav., 28 agosto 1979, n. 4701, in *Mass. Giur. lav.*, 1980, 292 ss., con nota di S. MAGRINI, *L'arbitrato sul licenziamento del dirigente*.

⁽³³⁾ Il tema del licenziamento del dirigente è da tempo oggetto di un'approfondita riflessione da parte della dottrina, sia con riferimento alla portata concreta del principio di giustificatezza, sia con riguardo al tipo di tutela riconosciuta in caso di illegittimità del licenziamento. Tra gli altri, v. A. ROTA, «Anche» il dirigente deve impugnare il licenziamento nei termini di cui all'art. 6, l. n. 604/1966, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 287 ss.; F. FERRARO, *L'impugnazione del licenziamento del dirigente dopo il 'Collegato lavoro'*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 66 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento dirigenziale tra giustificatezza e licenziamento ad nutum*, in *Lav. giur.*, 2010, 779 ss.; L. CORAZZA, *Licenziamento del dirigente d'azienda e obbligo di specificazione contestuale dei motivi previsto dal contratto collettivo: verso la completa rarefazione delle tutele del dirigente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 817 ss.; E. MENEGATTI, *La «giustificatezza» del licenziamento del dirigente*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 212 ss.; G. PERA, *Sulla giustificazione del licenziamento del dirigente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, 812 ss.

zione al grado di fondatezza/infondatezza del licenziamento, in favore del lavoratore.

Nella lettura fornita dalla giurisprudenza in maniera sostanzialmente uniforme tale procedura arbitrale sarebbe irrituale⁽³⁴⁾, sia perché l'organo previsto dalla fonte contrattual-collettiva non sarebbe un arbitratore, avendo il potere di conoscere della liceità di una fattispecie già in sé compiuta, sia perché in tal senso depongono le discipline delineate dai contratti collettivi.

Mentre la questione, un tempo molto dibattuta, relativa alla possibilità per il dirigente di ricorrere alla magistratura in alternativa all'organo arbitrale è stata ormai risolta affermando la fungibilità tra le due tipologie di tutela⁽³⁵⁾, permangono invece criticità con riferimento alla nozione di giustificatezza elaborata dalla contrattazione collettiva⁽³⁶⁾. Proprio in ragione della significativa ampiezza della stessa, si ritiene corretto affermare che la tutela arbitrale sia esperibile tanto nelle ipotesi di licenziamento con preavviso quanto in quelle di licenziamento in tronco. Per altro verso, la contrattazione collettiva può ben definire l'ambito della categoria⁽³⁷⁾ nonché i livelli di protezione contro il licenziamento illegittimo⁽³⁸⁾, anche *sub specie* di indennità supplementare⁽³⁹⁾.

⁽³⁴⁾ Cass. civ., sez. lav., 20 aprile 1998, n. 4014, in *Not. Giur. Lav.*, 1998, 449 ss.; Cass. civ., sez. lav., 13 novembre 1992, n. 12223, in *Riv. arb.*, 1994, 71 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 28 marzo 2002, n. 4566, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 105 ss., con nota di M. MARIANI, *Sui rapporti tra la giurisdizione arbitrale e quella ordinaria*; Cass. civ., sez. un., 11 febbraio 1987, n. 1463, in *Orient. giur. lav.*, 1987, 68 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. F. BASENGHI, *Il licenziamento del dirigente*, Milano, 1991, 19 ss.

⁽³⁷⁾ Cfr. M. DELL'OLIO, *I dirigenti e la stabilità*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 24 ss.

⁽³⁸⁾ Cfr. M. TREMOLADA, *Il licenziamento libero*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretta da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2017, 466 ss.

⁽³⁹⁾ Cfr. A. ZOPPOLI, *Le limitazioni convenzionali al potere di recesso: il caso dei dirigenti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2002, 75 ss.; N. DE MARINIS, *Il licenziamento del dirigente tra specialità del rapporto e omologazione delle tutele*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 214 ss.

Si assiste, allora, ad una significativa espansione del potere riconosciuto al collegio arbitrale, così che si può fondatamente affermare che nel nostro ordinamento lavoristico l'arbitrato irrituale presenta notevoli aspetti di interesse teorico e concreta utilizzabilità, proprio a partire dalla struttura e dalla logica delineate dalla fattispecie *ex art. 5 l. n. 533 del 1973*. In particolare, proprio in virtù dell'ampiezza tipica delle norme destinate a regolare le fattispecie più diverse⁽⁴⁰⁾, è dato cogliere un continuo dialogo dinamico tra fatto e diritto⁽⁴¹⁾.

⁽⁴⁰⁾ Per certi versi, tale disposizione ha potenzialità illimitate, tanto da poter essere presa a riferimento anche per gli arbitrati in materia di lavoro sportivo, che esulano dalla presente trattazione ma per i quali si rimanda, tra gli altri, a C. CECHELLA, *L'arbitrato del lavoro sportivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1988, 958 ss. M.T. SPADAFORA, *Contratto di lavoro sportivo: clausole compromissorie e razionalizzazione del sistema di giustizia sportiva*, in *Giur. merito*, 2004, 848 ss.; ID., *Diritto del lavoro sportivo*, Torino, 2012; F. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano, 1975; V. VIGORITI, *L'arbitrato sportivo in materia economica*, in *Riv. arb.*, 2000, 18 ss.; ID., *Arbitrato sportivo*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2008, 363 ss.; F. LUISO, *L'arbitrato sportivo fra ordinamento statale e ordinamento federale, nota a Coll. arb. Padova 26 ottobre 1990*, in *Riv. arb.*, 1991, 840 ss.; F. PICONE, *Arbitrato sportivo e conciliazione extragiudiziale*, in *Riv. dir. sport.*, 1991, 15 ss.; G. VIDIRI, *Il contratto di lavoro sportivo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2001, 987 ss.

⁽⁴¹⁾ Rimangono parimenti fuori della presente trattazione in virtù della loro natura affatto speciale gli arbitrati relativi alle controversie tra soci lavoratori e cooperative, tema sul quale si rimanda, tra gli altri, a M. BARBIERI, *Cinque anni dopo: il rapporto di lavoro del socio di cooperativa tra modifiche legislative, dottrina e giurisprudenza*, in P. CURZIO (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006, 523 ss.; G. CANAVESI, *Rapporto sociale, rapporto mutualistico e prestazione lavorativa del socio lavoratore di cooperativa*, in M. PERSIANI (diretto da), *I nuovi contratti di lavoro*, Torino, 2010, 823 ss.; E. GRAGNOLI, *Collegamento negoziale e recesso intimato al socio-lavoratore*, in *Lav. giur.*, 2007, 444 ss.; L. IMBERTI, *Il socio lavoratore di cooperativa*, Milano, 2012; S. PALLADINI, *Il lavoro nelle cooperative oltre il rapporto mutualistico*, Padova, 2006; P. TULLINI, *Mutualità e lavoro nelle recenti riforme della società cooperativa*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 711 ss.; L. FERLUGA, *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Milano, 2005.

3. L'afflato 'riformatore' della l. n. 183 del 2010 tra astratta volontà liberalizzatrice e concreto depotenziamento delle tipologie arbitrali. – Nell'ambito di una tendenza generalmente agita dal legislatore, che ha visto il passaggio da una legislazione fondata sull'idea fondamentale della tutela nel rapporto di lavoro ad una tendenzialmente rivolta a individuarla nel mercato ⁽⁴²⁾, andrebbe tenuto nella debita considerazione il nesso tra la riduzione dei livelli di protezione previsti dalla disciplina legale, la fuga della regolazione dalla fonte legale statale in favore di un regime di eccezioni alla norma generale da parte della contrattazione collettiva e la volontà di abbattere il tasso di contenzioso mediante la disincentivazione anche economica dell'accesso alla giustizia nonché di proporre soluzioni alternative alla via giudiziale.

Sebbene non sfugga che si tratti di una serie di disposizioni e ambiti tra loro diversi, parimenti non può negarsi che, nonostante imprecisioni tecniche e incoerenze sistematiche, il filo conduttore della legislazione sia quello di tentare di disinnescare il contenzioso, comunque apparentemente già indebolito nelle società occidentali contemporanee, tra capitale e lavoro, in ossequio ad una concezione economicistica del diritto. Se questa è, dunque, la linea evolutiva della disciplina in materia di diritto del lavoro, occorre sempre tenere a mente il ruolo di vero e proprio invitato di pietra ricoperto dal diritto dell'Unione europea ⁽⁴³⁾, che anche sotto le spoglie della *soft law* continua a incidere e pungolare il legislatore nazionale affinché segua la via della c.d. *flexicurity* ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Sul tema cfr. tra gli altri P. CHIECO, 'Riforme strutturali' del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2015, 359 ss.; A. OLIVIERI, *Le tutele dei lavoratori dal rapporto al mercato del lavoro*, cit., 37 ss.

⁽⁴³⁾ Anche attraverso l'attività della Corte di Giustizia, v. G. URSO, *L'influenza delle sentenze della Corte di Giustizia sul processo del lavoro*, in C. ROMEO (a cura di), *Processo del lavoro*, Torino, 2016, 509 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 39 ss., secondo la quale con le più recenti discipline di 'riforma' del diritto del lavoro il legislatore si è fatto «zelante interprete di quel

Nel suddetto ambito si inserisce a pieno titolo la l. n. 183 del 2010, che proprio in virtù di quanto detto pocanzi, interviene su profili dell'ordinamento lavorista tra loro eterogenei, sulla base di una precisa volontà di svuotare gradualmente il rapporto di lavoro dal tipico assetto di diritti e garanzie per il lavoratore ⁽⁴⁵⁾.

Viene così implementato e valorizzato l'arbitrato irrituale ⁽⁴⁶⁾, tanto da determinarne un'eccessiva proliferazione, che finisce invece paradossalmente per renderlo poco utilizzabile. In questo contesto, con la nuova formulazione dell'art. 412 c.p.c., si prevede che in qualunque fase del tentativo di conciliazione ovvero al suo termine in caso di insuccesso, le parti possano devolvere agli arbitri la controversia, affidandola alla commissione di conciliazione ⁽⁴⁷⁾. Il *favor* legislativo emerge, per altro verso, dalla previsione secondo la quale le parti possono indicare la soluzione anche parziale sulla quale c'è

modello mediterraneo di *flexicurity* gradito alla *governance* europea, alla quale viene offerto in cambio di allentamenti del patto di stabilità».

⁽⁴⁵⁾ Cfr. F. AMATO, S. MATTONE, *Il 'collegato lavoro': ancora una legge per la riduzione dei diritti*, in F. AMATO, S. MATTONE (a cura di), *La controriforma della giustizia del lavoro*, Milano, 2011, 14 ss. Per una riflessione sulle novità introdotte dalla l. n. 183 del 2010 in materia di licenziamenti v. tra gli altri O. MAZZOTTA, *La giustizia del lavoro nella visione del 'collegato': la disciplina dei licenziamenti*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, XXVIII; M. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti, soggettivi e oggettivi, e sanzioni: una introduzione con le novità del 'collegato lavoro'*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, Padova, 2011, XXXVIII s.; G. PELLACANI, *Il cosiddetto 'collegato lavoro' e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 1, 230 ss.

⁽⁴⁶⁾ Sul precedente assetto normativo previsto in materia di arbitrati irrituali di fonte contrattuale-collettiva dagli artt. 412 *ter* e 412 *quater* c.p.c. oggi abrogati v. D. BORGHESI, *Arbitrato per le controversie di lavoro*, in F. CARPI (diretto da), *Arbitrati speciali*, cit., 18 ss.

⁽⁴⁷⁾ G. CANALE, *Arbitrato e 'collegato lavoro'*, in <www.judicium.it>, 10, con riferimento alla disciplina del primo modello, riflette sull'incoerenza sistematica del legislatore: «lo stesso organo che ha esperito il tentativo di conciliazione può divenire l'arbitro incaricato di risolvere la controversia con il lodo e manca completamente una disciplina sul punto della (in)utilizzabilità, nel corso dell'arbitrato, di quanto appreso nel corso del tentativo di conciliazione».

l'accordo e riconoscendo il credito che spetta al lavoratore qualora ciò sia possibile.

Altro elemento di particolare appetibilità della procedura è costituito dalla previsione secondo la quale, nel conferimento del mandato per la risoluzione arbitrale della controversia, le parti nello stabilire il termine per l'emanazione del lodo dovranno obbligatoriamente non superare i sessanta giorni dal conferimento del mandato, a pena di revoca dell'incarico, così che una diversa pattuizione tra le parti si ritiene debba considerarsi inefficace. Ciò significa che nelle intenzioni del legislatore la via arbitrale dovrebbe garantire un grado di rapidità nella soluzione della lite incomparabilmente maggiore rispetto a quello tipico del giudizio ordinario, che dunque dovrebbe indurre le parti a preferirla⁽⁴⁸⁾.

Ulteriore questione di rilievo è la previsione secondo la quale le parti possono chiedere di «decidere secondo equità, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e dei principi regolatori della materia, anche derivanti da obblighi comunitari». Tali richiami ai principi sono stati inseriti a seguito del messaggio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica, al fine di temperare la portata innovativa della disciplina.

Ed infatti, sebbene la natura contrattuale del lodo emanato a conclusione della procedura arbitrale in discorso emerga dalla previsione della produzione tra le parti degli effetti previsti dall'art. 1372 c.c., ciò non toglie che esso sia altresì espressamente schermato dall'impugnazione tipica delle rinunce e transazioni ai sensi dell'art. 2113, 4° comma, c.c.⁽⁴⁹⁾.

Così, se sembra indubbio che si tratti di un tipico lodo irrituale, parimenti non potrà negarsi che esso finirà per spiegare effetti vin-

⁽⁴⁸⁾ G. SIGILLÒ MASSARA, *Tutele alternative*, cit., 40 afferma che l'arbitrato così come il tentativo di conciliazione facoltativo dovrebbero assumere nell'ottica legislativa «un ruolo certamente preminente (sebbene la risolutività di tale intervento sia tutta da dimostrare) quale strumento alternativo di risoluzione delle controversie».

⁽⁴⁹⁾ Cfr. G. CANALE, *Arbitrato e 'collegato lavoro'*, cit., 10; G. SIGILLÒ MASSARA, *Tutele alternative*, cit., 45.

colanti tra le parti come se fosse una sentenza, pur con le debite differenze in punto di esperibilità dei mezzi di impugnazione previsti dall'art. 808 *ter* c.p.c. ⁽⁵⁰⁾ nonché di esecutività, che verrà dichiarata dal tribunale in funzione di giudice del lavoro in caso di mancata impugnazione nei termini, di rigetto di questa ovvero di dichiarazione scritta delle parti di accettazione della decisione arbitrale ⁽⁵¹⁾.

Altra fattispecie introdotta dalla l. n. 183 del 2010 è quella dell'arbitrato c.d. sindacale *ex art.* 412 *ter* c.p.c., che si svolge presso le sedi e con le modalità previste dalla contrattazione collettiva sottoscritta dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative. Tale disposizione rischia forse di apparire pleonastica, piuttosto che una disposizione dalla portata realmente innovativa.

Ed infatti, si ritiene che se la volontà legislativa fosse stata quella di incentivare l'arbitrato nell'ambito della contrattazione collettiva, si sarebbe forse potuto valorizzare la portata dell'art. 5 l. n. 533 del 1973, norma sufficientemente chiara ed ampia da garantire alle organizzazioni sindacali il necessario margine di manovra per la regolazione in sede contrattuale ⁽⁵²⁾.

Per altro verso, non sfugge che l'*aliquid novi* della disposizione consiste nel riferimento al criterio della maggiore rappresentatività

⁽⁵⁰⁾ Sul tema Corte cost., 20 luglio 2016, n. 196, in *Giur. cost.*, 2016, 4, 1416 ss., ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 808 *ter* c.p.c., censurato, per violazione degli artt. 3, 24, 101 e 111 Cost., nella parte in cui limita l'impugnabilità del lodo, reso all'esito dell'arbitrato irrituale, ai casi di gravame in esso previsti, tra i quali non sono previsti i vizi del consenso, l'incapacità e l'omessa motivazione.

⁽⁵¹⁾ Secondo D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del 'Collegato lavoro'*, in <www.iudicium.it>, 2011, 32, «l'«impugnazione» del lodo di cui agli artt. 412 e 412-*quater*, nonché di quello emanato in esito agli arbitrati gestiti dagli organi di certificazione, è ricondotta all'archetipo dell'art. 808-*ter* c.p.c., nel senso che la parte soccombente può far valere le doglianze previste dalla norma citata davanti al tribunale, che ne conosce come giudice di primo grado, secondo il rito del lavoro».

⁽⁵²⁾ Ricostruisce in chiave sistematica i collegamenti tra le varie discipline in materia di arbitrati irrituali di lavoro V. BERTOLDI, *Il regime di impugnazione dei lodi irrituali in materia di lavoro*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, 369 ss.

delle associazioni titolate alla regolamentazione pattizia⁽⁵³⁾, elemento che invero poteva essere inserito all'interno dell'art. 5 cit.; parimenti non può non rilevarsi che una siffatta disposizione apre criticità nel senso di moltiplicare in maniera poco razionale gli arbitrati di fonte contrattual-collettiva, così che sarebbe dato individuare una fattispecie generale prevista dalla l. n. 533 del 1973 e una speciale nel codice di rito, con effetti di sovrapposizione e criticità di coordinamento.

A fronte del rinvio alla fonte collettiva non vengono posti limiti all'ambito di arbitrabilità delle controversie, né viene previsto alcunché in merito all'efficacia e all'impugnabilità del lodo e alla possibilità di decidere secondo equità. Se tale vuoto è indice ancora una volta di una tecnica normativa a tratti lacunosa, si ritiene ragionevole un'interpretazione che, in considerazione della portata generale dell'intervento, della relazione intercorrente con le altre fattispecie arbitrali e del carattere necessariamente contrattuale della disciplina, la qualifichi come un'altra ipotesi di arbitrato irrituale, al cui modello andrà fatto riferimento sia per il regime di esecutività che per quello di impugnazione.

Senonché, non sfugge che l'ampia libertà lasciata alle parti collettive testimonia una grande fiducia del legislatore nei confronti sia dello strumento arbitrale in parola che delle parti sociali chiamate a gestirlo, tanto che parte della dottrina ritiene che queste ultime possano rinviare tanto alla disciplina prevista per l'arbitrato rituale di cui agli artt. 809 ss. c.p.c., quanto a quella in materia di arbitrato irrituale⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ Per un approfondimento in chiave storica e giuridica dell'evoluzione dei concetti di rappresentatività maggiore e comparata si rimanda a A. DI STASI, *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, Torino, 2012, 21 ss.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. sul tema M. ROSANO, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva (art. 412 ter c.p.c.)*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, cit., 162; A. CORVINO, M. TIRABOSCHI, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di*

Parimenti, secondo una lettura sistematica e in linea con il percorso evolutivo delle discipline susseguites in materia, anche nel caso di tale tipologia arbitrale non potrà che farsi riferimento ai limiti di arbitrabilità delle controversie previsti in via generale con riferimento ai rapporti di lavoro *ex art.* 409 c.p.c. D'altro canto, sotto il profilo della possibilità di decidere secondo equità⁽⁵⁵⁾, trattandosi di una regola vincolata al rispetto dei principi generali della materia e dell'ordinamento, si ritiene che nulla vieti tale possibilità purché nei limiti anzidetti ed in funzione di un'equità funzionale all'implementazione dell'uguaglianza sostanziale.

Per altro verso, non sfugge il mancato richiamo da parte dell'art. 412 *ter* c.p.c. agli artt. 412 e 412 *quater* relativi all'impugnabilità del lodo entro il termine di trenta giorni davanti al tribunale che decide con sentenza in unico grado, nonché al deposito di esso nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato, da cui discende l'efficacia del titolo esecutivo.

A partire da tale omissione e dall'asserita natura rituale dell'arbitrato in discorso, è stato sostenuto che il suddetto lodo, avendo natura irrituale, è assoggettato alla disciplina di cui all'art. 808 *ter* c.p.c., che da un lato non ne contempla l'esecutività, mentre dall'altro ne prevede l'impugnazione con un'ordinaria azione di cognizione nei termini prescrizionali⁽⁵⁶⁾.

Senonché si tratta di una disciplina poco chiara, anche in punto di impugnazione dei lodi arbitrali, tanto che è stato affermato, adoperando una chiave di lettura sistematica, che se è vero che gli arbitrati previsti da tale disposizione sono «rimessi alla fantasia della contrattazione collettiva, l'unica risposta possibile è che tale fantasia non potrà mai esercitarsi creando e dettando norme processuali, e

lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro), Milano, 2011, 162 ss.

⁽⁵⁵⁾Approfondisce il tema della decisione secondo equità nell'arbitrato del lavoro M. MISCIONE, *Quale arbitrato d'equità in materia di lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2010, 1298 ss.

⁽⁵⁶⁾D. BORGHESI, *L'arbitrato ai tempi del 'Collegato lavoro'*, cit., 2.

perciò questi altri ipotizzati arbitrati non potranno che conformarsi secondo gli schemi o dell'art. 412 o del 412 *quater*»⁽⁵⁷⁾.

Quest'ultima disposizione individua, quindi, un terzo modello di arbitrato irrituale che presuppone una lite già insorta, dettando una disciplina processuale che definisce in maniera stringente gli adempimenti e i relativi termini in capo alle parti, secondo una logica per molti versi simile al modello delineato dall'art. 412 c.p.c., ma piuttosto lontana dalla flessibilità tipica dell'arbitrato libero⁽⁵⁸⁾.

Se, dunque, il ricorso sottoscritto personalmente ovvero da un rappresentante cui la parte abbia conferito mandato, senza che sia necessaria la difesa tecnica, verrà notificato alla controparte e dovrà contenere l'oggetto della domanda, i fatti e le norme poste dal ricorrente a sostegno della propria pretesa, le richieste istruttorie e le prove documentali, il valore della controversia, nonché, ovviamente, la nomina dell'arbitro di parte, viene espressamente contemplata la possibilità di chiedere che la controversia sia decisa secondo equità, ma pur sempre nei limiti dei principi generali dell'ordinamento e della materia, anche di origine euro-unitaria.

Ciò, evidentemente, implica la necessità di un'attività ricostruttrice del patrimonio fondamentale di norme, principi e diritti non scalfibili dall'autonomia negoziale delle parti e dal potere decisorio degli arbitri, nemmeno con lo strumento equitativo. Si tratta, però, di un'opera dagli esiti non scontati, che sebbene finalizzata a imprimere al sistema giuridico un carattere di ordinata razionalità, rischia invero di lasciare all'interprete la possibilità di ricreare tanti e diversi 'diritti del lavoro'.

Anche il resto della disciplina relativa all'introduzione e allo svolgimento della procedura è alquanto analitico, quasi simile a

⁽⁵⁷⁾ Così S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 334.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. C.A. NICOLINI, *Altre modalità di conciliazione ed arbitrato (Art. 412-*quater* cod. proc. civ.)*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, cit., 176 ss.

quella di un ordinario giudizio⁽⁵⁹⁾. Ed infatti, essa è chiara nell'obiettivo di salvaguardare, da un lato, il principio del contraddittorio, prevedendo una procedimentalizzazione scandita temporalmente per consentire alle parti di dedurre e replicare, dall'altro, di garantire la terzietà dell'organo arbitrale mediante la previsione della composizione del collegio da parte di un rappresentante di ciascuna delle parti oltre al presidente.

Lo stretto legame tra arbitrato e soluzione conciliativa emerge poi dalla previsione secondo la quale all'udienza il collegio arbitrale esperisce il tentativo di conciliazione, con conseguente applicazione, in caso positivo, delle disposizioni dell'art. 411, 1° e 3° comma, c.p.c. Sarà così possibile sottoscrivere un accordo limitato anche soltanto ad una parte della domanda, il cui verbale verrà sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione, mentre qualora si svolga in sede sindacale ne verrà curato il deposito presso l'ufficio territoriale del lavoro, che a sua volta provvederà a depositarlo nella cancelleria del tribunale competente dove, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, verrà dichiarato esecutivo con decreto.

Per altro verso, qualora la conciliazione non abbia esito positivo, il collegio, se necessario, interroga le parti e procede ad istruire la causa, altrimenti ne dispone l'immediata discussione orale così che la controversia sarà decisa entro venti giorni mediante un lodo sottoscritto dagli arbitri ed autenticato, avente tra le parti gli effetti di cui agli artt. 1372 e 2113, 4° comma, c.c.

Sotto tale profilo, emerge dunque ancora una volta la forte affinità tra il modello arbitrale in discorso e quello individuato dall'art. 412 c.p.c., tanto che anche in questo caso il lodo sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 808 *ter* c.p.c. ed è previsto il medesimo regime di esecutività, con una scelta che, sospesa tra contrattualità irrituale

⁽⁵⁹⁾ Cfr. M. SCILLIERI, *Altre modalità di conciliazione e arbitrato*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, cit., 148 ss.

e regime di efficacia esecutiva rituale, rende ibrida la natura dell'arbitrato in discorso ⁽⁶⁰⁾.

Non sfugge, però, che il legislatore all'art. 412 *quater* c.p.c. ha stabilito che l'impugnazione vada presentata davanti al tribunale del lavoro entro il termine breve di trenta giorni decorrenti dalla sua notificazione, con un procedimento che si concluderà con una sentenza non suscettibile di essere appellata. Si tratta, a ben vedere, di una disposizione che non contribuisce a restituire un quadro normativo dotato di chiarezza ed intellegibilità, ma semmai aggiunge un ulteriore elemento di criticità ed a-sistematicità nella complessiva disciplina delle procedure arbitrali.

Altro elemento significativo della regolamentazione della fattispecie in discorso è il fatto che dopo il rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica è stato inserito il richiamo agli effetti di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c., prevedendo per tale via una schermatura del lodo che conduce ad una significativa assimilazione *in parte qua* dell'arbitrato alla conciliazione, sebbene ciò non debba indurre a pensare che si tratti di un effettivo e complessivo riavvicinamento, che rischierebbe invero di svilire i caratteri tipici e i tratti distintivi coesenziali a ciascuno dei due istituti.

La peculiarità della disciplina dettata dall'art. 412 *quater* c.p.c. relativamente alle «altre modalità di conciliazione e arbitrato» emerge poi dalla previsione di una dettagliata normativa – non prevista invece nelle altre tipologie arbitrali – in tema di spese, che fissa il compenso del presidente del collegio in relazione al valore della controversia dichiarato nel ricorso, il cui onere di pagamento è posto in carico alle parti, per metà ciascuna, con una stringente predeterminazione del luogo di adempimento (la sede del collegio), delle modalità di pagamento (assegni circolari intestati al presidente), nonché dei termini (almeno cinque giorni prima dell'udienza). Per altro verso, invece, si pone a carico di ciascuna parte l'onere di compensare il proprio arbitro.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. G. SIGILLÒ MASSARA, *Tutele alternative*, cit., 63.

Quanto, poi, alle spese legali e quelle per il compenso del presidente e dell'arbitro di parte, esse, quantificate in relazione al valore della controversia, sono liquidate nel lodo ai sensi degli artt. 91, 1° comma, e 92 c.p.c., così che, a ben vedere, la tipologia arbitrale in commento rischia di essere nei fatti disincentivata, in considerazione dei costi presumibilmente non inferiori a quelli previsti per un giudizio ordinario.

Se è vero, quindi, che la predeterminazione legale anche sotto il profilo delle spese rende l'arbitrato *ex art. 412 quater* c.p.c. meno competitivo rispetto a quelli in cui tale materia è disciplinata dalla contrattazione, non si nega che possa costituire un elemento interessante la previsione che incarica la contrattazione collettiva a livello nazionale di istituire un fondo per il rimborso al lavoratore delle spese per il compenso del presidente del collegio e del proprio arbitro di parte.

Una quarta tipologia di arbitrato è, infine, prevista dall'art. 31, 10° comma, l. n. 183 del 2010, che riconosce alle parti del rapporto di lavoro la possibilità di pattuire clausole compromissorie *ex art. 808* c.p.c., rinviando peraltro alle modalità di espletamento degli arbitrati previsti dagli artt. 412 e 412 *quater* c.p.c., eventualmente anche secondo equità⁽⁶¹⁾. Sennonché, la peculiarità della procedura in discorso consiste nel fatto che si prevede che la devoluzione in arbitri sia assoggettata ad un doppio vincolo, consistente, da un lato, nella necessaria previsione generale da parte della contrattazione collettiva prodotta dalle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e, dall'altro, nella certificazione della clausola compromissoria, a pena di nullità,

⁽⁶¹⁾ L'equità anche con riferimento alla procedura arbitrale irrituale costituisce un tema indagato dalla dottrina, che ha riflettuto sui diversi ma connessi concetti di equità integrativa ed equità sostitutiva. V. tra gli altri F. CRISCUOLO, *Arbitrato d'equità e norme inderogabili*, in *Riv. arb.*, 1992, 330 ss.; I. PICCININI, *Equità e diritto del lavoro*, Padova, 1997; E.F. RICCI, *Note sul giudizio di equità*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 387 ss.; F. FESTI, *L'arbitrato di equità*, in *Contratto impr.*, 2006, 155 ss.; C. TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità*, Milano, 2006, 360 ss.; G. RUFFINI, *Lodo secondo diritto e arbitrato di equità*, in *Riv. arb.*, 2004, 135 ss.

da parte degli organi di certificazione previsti dall'art. 76 d.lgs. n. 276 del 2003 ⁽⁶²⁾, che possono istituire camere arbitrali per la definizione con arbitrato irrituale *ex art. 808 ter c.p.c.* delle controversie nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c. nonché all'art. 63, 1° comma, d.lgs. n. 165 del 2001 ⁽⁶³⁾.

Senonché, emerge subito che nell'ambito di un medesimo disegno riformatore della disciplina relativa all'arbitrato in materia di lavoro il legislatore abbia fatto riferimento qui alla nozione di rappresentatività comparata, mentre nella disciplina di modifica dell'art. 412 *ter c.p.c.* a quello di maggiore rappresentatività, determinando invero criticità di coordinamento. Per altro verso, non sfugge che in linea con una tendenza ormai consolidata a partire

⁽⁶²⁾La c.d. certificazione dei contratti è d'altra parte una materia nella quale può rinvenirsi una funzione ibrida, di natura conciliativa e accertativa, cfr. A. PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro*, vol. II, *Mercato del lavoro. Tipologie contrattuali. Rapporto di lavoro. Contenzioso e controlli. Trattamenti previdenziali e assistenziali*, Torino, 2015, 265 ss.; M. NOVELLA, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *Lav. dir.*, 2014, 34 ss.; L. NOGLER, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2004, 203 ss.; V. SPEZIALE, *Certificazione*, in P. BELLOCCHI, F. LUNARDON, V. SPEZIALE (a cura di), *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali. Certificazione dei rapporti di lavoro. Titoli VII, VIII e IX, Artt. 61-86*, in F. CARINCI (coordinato da), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Milano, IV, 2004, 140 ss.; M. TIRABOSCHI, *La c.d. certificazione dei lavori 'atipici' e la sua tenuta giudiziaria*, in *Lav. dir.*, 2003, 1, 101 ss.; A. TURSÌ, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai Decreti Legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005, 595 ss.

⁽⁶³⁾Ragionano sulle molteplici criticità della l. n. 183 del 2010 in materia di certificazione e arbitrato, tra gli altri, V. SPEZIALE, *La riforma della certificazione e dell'arbitrato nel 'collegato lavoro'*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 129 ss.; M. TATARELLI, *Le novità del Collegato lavoro: clausole generali, certificazione, tipizzazioni di licenziamento, decadenze, indennità per il termine illegittimo*, in *Mass. Giur. lav.*, 2010, 880 ss.; M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183 del 2010*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Il diritto del lavoro dopo il 'collegato'*, Terni, 2011, 15 ss.; V. LIPPOLIS, *Certificazione dei contratti di lavoro: le novità contenute nel collegato lavoro*, in *Giur. lav.*, 2010, 32 ss.

dall'art. 5 l. n. 533 del 1973, il riferimento al livello contrattuale, sia in questo caso che in quello della procedura di cui all'art. 412 *ter* c.p.c., non stabilisce una preventiva limitazione, trattandosi di una formulazione aperta ⁽⁶⁴⁾.

È dunque centrale, nella fattispecie arbitrale in commento, il ruolo delle suddette commissioni di certificazione, che vengono incaricate della funzione di verificare che le parti (*rectius*, il lavoratore), eventualmente assistite da un legale di fiducia ovvero da un rappresentante dell'organizzazione sindacale o professionale a cui sia stato conferito mandato, abbiano voluto effettivamente prevedere la clausola compromissoria. Per altro verso, l'attenzione del legislatore affinché non si verifichi un utilizzo abusivo di tale strumento emerge nella previsione secondo la quale, per garantire la libera adesione delle parti alla clausola arbitrale, sia vietato prevederla e sottoscriverla prima della conclusione del periodo di prova, qualora previsto, ovvero se non siano trascorsi almeno trenta giorni dalla stipula del contratto di lavoro.

Parimenti, la medesima finalità preventiva di un utilizzo non genuino della clausola è riscontrabile nella disposizione secondo la quale la suddetta clausola non possa avere ad oggetto controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro, sebbene non sfugga che la portata di detta limitazione dell'autonomia contrattuale delle parti non sia priva di incertezze, perché non circoscrive il richiamo al regime di impugnazione del licenziamento, ma anzi è ragionevole ritenere, per identità di *ratio*, che possa esservi ricompresa ad esempio anche l'ipotesi dell'impugnazione del termine illegittimamente apposto al contratto di lavoro.

Per altro verso, criticità non minori vengono poste dal coordinamento della disciplina in parola con quella di cui all'art. 412

⁽⁶⁴⁾ Si prevede, quindi, che qualora non vengano stipulati i suddetti accordi interconfederali ovvero i contratti collettivi, il Ministro del Lavoro proceda a convocare le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, al fine di promuovere l'accordo. Qualora questo non venga raggiunto, è previsto il potere sostitutivo del Ministro esercitato con apposito decreto.

c.p.c., sebbene ai sensi del dodicesimo comma dell'art. 31 cit. venga espressamente previsto il richiamo dei commi 3° e 4° di detta disposizione, in quanto compatibili, anche se dal silenzio della norma potrebbe fondatamente affermarsi che sia applicabile, sempre nel limite della compatibilità, anche il resto dell'articolo⁽⁶⁵⁾. Vero è che, in forza della previsione di una disciplina di carattere regolamentare da parte delle camere arbitrali, la fattispecie arbitrale in discorso potrebbe invero costituire uno strumento più rapido ed efficace rispetto agli altri modelli di arbitrato nonché al giudizio ordinario⁽⁶⁶⁾.

Nonostante, quindi, la previsione di una disciplina articolata e a tratti eccessivamente analitica, sembra poter scorgere qualche elemento di unità e chiarezza. Ed infatti, appare comune alle tipologie arbitrali suddette la conclusione mediante un lodo contrattuale, con l'efficacia di cui all'art. 1372 c.c., emesso a seguito di percorso caratterizzato dalla doppia componente conciliativa e arbitrale⁽⁶⁷⁾, nell'ambito di una procedura disciplinata ora più analiticamente dalla fonte legale, ora a mezzo di una più ampia delega in favore della contrattazione collettiva.

Da un punto di vista sistematico, il rapporto tra le fattispecie introdotte dalla l. n. 183 del 2010 e l'art. 808 *ter* c.p.c. è di non completa sovrapposibilità, sebbene non sfuggano forti e ripetuti analogie e rimandi, in particolare sotto il profilo del regime delle impugnazioni⁽⁶⁸⁾. Nonostante permangano taluni caratteri speciali, come una marcata tendenza del legislatore a normare le fattispecie, da un lato, e

⁽⁶⁵⁾ Secondo G. MAMMONE, *Sub art. 412 quater c.p.c.*, in G. AMOROSO, V. DI CERBO, R. FOGLIA, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. IV, Milano, 2012, 151 ss., mancando il relativo richiamo non sarebbe ammissibile il giudizio secondo equità nella procedura in discorso.

⁽⁶⁶⁾ A. PESSI, *Gli arbitrati in materia di lavoro*, Napoli, 2012, 214 ss.

⁽⁶⁷⁾ Il doppio filo che lega conciliazione e procedure arbitrali è ben chiaro in dottrina, v. tra gli altri M. BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel Collegato Lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125 ss.; R. MURONI, *La nuova disciplina della conciliazione e dell'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Corriere giur.*, 2011, 276 ss.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. C. PUNZI, *L'arbitrato per la soluzione delle controversie di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 66, 1 ss.

la non infondata prospettabilità anche di un arbitrato rituale *ex art.* 412 *ter* c.p.c., dall'altro, i confini e le caratteristiche della ritualità e irrivalità si confondono, tanto da poter metterne in crisi la stessa distinzione.

L'assetto della disciplina relativa alla tutela arbitrale dei diritti appare, quindi, assai frastagliato e privo di un effettivo principio ordinatore, che finisce invero per rendere il ricorso al giudice ordinario la via più sicura dal punto di vista della certezza sistematica, in esatta antitesi rispetto ai *desiderata* del legislatore, così che sarà l'interprete a dover delineare nell'intricata materia disciplinata dalla l. n. 183 del 2010 una prospettiva esegetica che valorizzi le opportunità offerte dai nuovi strumenti, affinché siano garantiti livelli coerenti di tutela.

Non può, infatti, tacersi che con la l. n. 183 del 2010, invece di addivenire finalmente ad un progetto organico di regolazione degli strumenti arbitrali in materia di lavoro, si siano prodotte nuove criticità ed incoerenze, che denotano tutti i limiti di una legislazione in parte priva di una logica di sistema⁽⁶⁹⁾. Tale assunto è, per altro verso, confermato con riferimento all'arbitrato irrivaluale previsto dall'art. 5 l. n. 108 del 1990⁽⁷⁰⁾, che non viene abrogato dalla riforma del 2010, ma del quale non è affatto chiara la sorte⁽⁷¹⁾.

Detta disposizione, come noto, fa riferimento ad una ipotesi di arbitrato attivabile all'esito di un tentativo obbligatorio di conciliazione nell'ambito delle controversie relative all'impugnazione di licenziamenti irrogati da datori di lavoro assoggettati al regime di tutela obbligatoria, tanto che la domanda giudiziale non è procedibile

⁽⁶⁹⁾ Cfr. V. BERTOLDI, *L'arbitrato in materia di lavoro*, cit., 87 ss.

⁽⁷⁰⁾ Su tale procedura e in generale sulla legge in discorso v. *funditus* R. DE LUCA TAMAJO, M. D'ANTONA (a cura di), *Legge 11 maggio 1990, n. 108: disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Milano, 1991; G. PERA, *Le disposizioni processuali della legge n. 108 del 1990 sui licenziamenti*, in *Giust. civ.*, 1990, 239 ss.; G. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro. Lo statuto dei lavoratori e la disciplina dei licenziamenti*, II, Milano, 2009, 1629 ss.

⁽⁷¹⁾ Si interroga sulla questione E. MASSI, *Tentativo facoltativo di conciliazione e Legge n. 108/90 per le piccole imprese*, in *Circ. lavoro prev.*, 2010, 8 ss.

se non è preceduta dalla richiesta di conciliazione nell'ambito delle procedure previste dalla contrattazione collettiva ovvero dagli artt. 410 e 411 c.p.c. Si prevede, inoltre, che qualora il tentativo di conciliazione fallisca, ciascuna parte, entro il termine di venti giorni, può deferire la controversia, anche attraverso l'associazione sindacale, al collegio arbitrale previsto dal contratto collettivo nazionale di lavoro applicabile ovvero, in mancanza, ad un collegio composto da un rappresentante scelto da ciascuna parte e da un presidente, la cui rapida pronuncia (da effettuarsi entro trenta giorni) ha efficacia di titolo esecutivo.

Da un lato, infatti, è vero che in considerazione della mancata abrogazione esplicita e della compatibilità di detto strumento con la disciplina delineata dal 'Collegato lavoro' anche sotto il profilo della facoltatività, lo stesso dovrebbe ritenersi ancora esistente. Dall'altro, non sfugge che il richiamo all'ipotesi del tentativo obbligatorio di conciliazione e alle procedure previste dagli artt. 410 e 411 c.p.c., sembra rendere la procedura in discorso ormai superata e riassorbita all'interno del complesso sistema 'multimodale' di tutela conciliativa ed arbitrale delineato dalla l. n. 183 del 2010.

4. Alcune prospettive di valorizzazione dell'arbitrato irrituale nelle controversie di lavoro. – Nel volgere del secolo scorso si è consumato il cambio di passo da un diritto del lavoro garantista a una disciplina orientata a ridurre gli spazi di tutela in ossequio ad una diversa prospettiva, che mette gradualmente da parte il principio per il quale si deve intervenire a riequilibrare l'originario assetto di disuguaglianza tra le parti del rapporto di lavoro.

L'assunto posto a fondamento dell'azione legislativa è che questo sia essenzialmente il prodotto di un contratto tra le parti, mentre si perde via via l'idea secondo la quale esso costituisce piuttosto un campo di forze il più delle volte contrapposte in interessi e pretese divergenti, che pur tuttavia necessitano di una composizione. In altre parole, nel momento in cui si afferma la necessità della ri-

mozione dell'ideologia e dei suoi corollari normativi dall'orizzonte del discorso e della riflessione giuridica, è proprio allora che la portata ideologica delle nuove discipline lavoriste si esprime nel massimo grado.

Non sfugge, infatti, come anche il linguaggio muti il proprio significato, quasi invertendo il senso stesso delle parole: la riforma non è più acquisitiva di diritti per il lavoratore, ma ne implica una più o meno graduale riduzione⁽⁷²⁾; la modernità è un ritorno a schemi e logiche precedenti al diritto del lavoro novecentesco; le tutele crescenti sono il punto più basso di una ipotetica curva dei diritti nel rapporto di lavoro⁽⁷³⁾. In questo contesto, la retorica romantica dell'equilibrio virtuoso impresso al mercato dalla mano invisibile è strumentale al disegno di escludere dall'ambito del ragionamento e del discorso la persistente contrapposizione dialettica tra la tensione alla massimizzazione del profitto, da un lato, e la necessità di partecipare quanto più possibile alla fruizione della ricchezza prodotta nel pieno rispetto della persona che lavora, dall'altro.

In questo contesto, il legislatore, che dovrebbe essere espressione della sovranità popolare, antepone una (asserita) razionalità economica alle garanzie sociali, si muove tra logiche diverse se non addirittura contrarie a quelle delineate dalla Carta costituzionale e progressivamente mette al centro il mercato a scapito dei diritti sociali.

Di ciò è prova la linea evolutiva del diritto del lavoro a partire dalla l. n. 196 del 1997 e, più organicamente, con il d.lgs. n. 276 del 2003, che pur con finalità e sensibilità in parte diverse, finiscono per

⁽⁷²⁾ A. DI STASI, *Riforma, riformare, riformismo, riformisti*, in ID., *Sul diritto e sul lavoro*, Ancona, 2013, 75, si chiede emblematicamente: «Ma perché non modificare il lessico? Si utilizza ormai da un ventennio il termine riforma per dire il suo contrario».

⁽⁷³⁾ A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 91 ss., si interroga sulla compatibilità con la Costituzione del d.lgs. n. 23 del 2015, anche alla luce della c.d. tecnica del bilanciamento utilizzata dalla giurisprudenza costituzionale.

indebolire progressivamente l'impianto protettivo del diritto del lavoro repubblicano.

Se, quindi, da un lato, la flessibilità diventa la parola centrale del discorso politico e della sua attuazione in termini di diritto sostanziale, tanto che è rigido e dunque negativo tutto ciò che vorrebbe correggere le intrinseche distorsioni del mercato e del rapporto di lavoro⁽⁷⁴⁾, a ciò corrisponde una serie di mutamenti, anche sotto il profilo della tutela giurisdizionale.

Di fronte al fallimento – più teorizzato che dimostrato – dello Stato di garantire attraverso i giudici la tendenziale coincidenza tra essere e dover essere, tra fatto e diritto, si espande la prospettiva di lasciar fare ai privati, sia mediante una regolazione contrattuale delle controversie, che attraverso una forma di cognizione e decisione della lite più celere e confacente agli interessi delle parti.

Da un lato, dunque, il diritto del lavoro perde in parte i riferimenti tipici dell'inderogabilità e della stabilità del rapporto di lavoro e a ciò fa da controcanto, nell'ambito della tutela dei diritti, l'incentivazione delle modalità alternative di risoluzione delle controversie.

Sebbene si colgano anche elementi di continuità con le precedenti esperienze conciliative ed arbitrali, non sfugge però che si apre un'importante breccia nella concezione giuridica classica, propria dello Stato moderno, secondo la quale il giudice è l'espressione anche fisica della potestà giurisdizionale statale, titolato a risolvere le controversie nelle quali siano coinvolti i diritti delle persone e in particolare, per quanto qui rileva, dei lavoratori e dei datori di lavoro. Ciò perché, storicamente, l'ordinamento repubblicano si è costruito attorno ad un rapporto chiaro e circolare: la sovranità popolare che fonda il sistema democratico si esprime, mediante i propri rappresentanti, nella legge che sarà applicata dal giudice nel rispetto della Costituzione.

⁽⁷⁴⁾G. CANAVESI, *Appunti sulla nozione giuridica di 'mercato del lavoro'*, in *WP CSDLE 'Massimo D'Antona'*, 2018, 349 esamina e sviluppa l'ampio e articolato concetto di mercato del lavoro.

Preso atto, quindi, che il legislatore interviene per dirottare la domanda di giustizia dalla giurisdizione statale alla regolazione privata, disincentivando anche economicamente l'accesso alla prima e fornendo, alla seconda, elementi di agevolazione e celerità, occorrerà interrogarsi sul grado di effettività della tutela dei diritti del lavoratore nel nuovo assetto giuridico caratterizzato dall'abbattimento dei livelli di protezione del lavoro e di compressione degli spazi di tutela giudiziale.

L'introduzione di stringenti termini di decadenza per l'instaurazione del contenzioso, il superamento seppur parziale del principio di gratuità del processo del lavoro, l'impulso ad una sempre maggiore flessibilizzazione del rapporto con conseguente riduzione dei concreti spazi per l'azione giudiziaria, la previsione della forfettizzazione del danno risarcibile in caso di ripristino del rapporto di lavoro illegittimamente interrotto in luogo del diritto all'intero, nonché il tendenziale superamento della tutela restitutiva in caso di licenziamento illegittimo, costituiscono le molteplici sfaccettature di un unico complesso disegno di indebolimento della portata sostanziale e garantista del diritto del lavoro⁽⁷⁵⁾.

Se ciò è vero, non può però negarsi che in questa volontà di tornare ad un assetto giuridico precedente a quello originato dalla stagione acquisitiva del secondo Novecento, il legislatore non è libero, ma deve tener conto pur sempre dei precetti costituzionali, peraltro in un dialogo mai interrotto con il sistema multilivello dei diritti fondamentali⁽⁷⁶⁾. La Carta costituzionale, infatti, prendendo atto

⁽⁷⁵⁾ Con riferimento alle discipline adottate a seguito dell'approvazione della l. n. 183 del 2014 (c.d. *Jobs Act*) parla di «non indifferente arretramento sul piano delle tutele» G. ARRIGO, *La tecnica e l'ideologia. Per una storia delle recenti riforme del lavoro*, in A. DI STASI (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle riforme del Diritto del lavoro*, Torino, 2018, 17.

⁽⁷⁶⁾ L. TORSELLO, *Persona e lavoro nel sistema Cedu. Diritti fondamentali e tutela sociale nell'ordinamento multilivello*, Bari, 2019, 212, auspica che le Alte Corti «abbiano la volontà di coltivare le convergenze, piuttosto che esasperare le divergenze tra i diversi ordinamenti, tendendo verso una uniformità di trattamento finalizzata a garantire livelli minimi di tutela».

della contrapposizione tra capitale e lavoro, incarica la Repubblica di correggere lo squilibrio di poteri e di opportunità tra le parti attraverso meccanismi redistributivi e di implementazione dell'uguaglianza sostanziale. Ciò perché il lavoratore, tramite la propria attività, partecipa alla vita collettiva, si associa alla comunità, diventa cittadino, oltre evidentemente a ricevere gli adeguati mezzi di sostentamento per sé e la propria famiglia.

In altri termini, il legislatore non può dimenticare la doppia dimensione del lavoro: da un lato, quella tipicamente economica, dove il lavoratore è fattore della produzione, fa parte del capitale umano, è contraente debole di un rapporto originariamente sperequato; dall'altro quella più propriamente democratica, nella quale egli funge da *medium* tra la persona e la società⁽⁷⁷⁾. Ed infatti, come autorevolmente affermato, «uno spazio pubblico (non pubblicitico) per l'azione pubblica' (...) risulta imprescindibile per ripensare su basi più aderenti alla realtà gli snodi culturali, istituzionali e normativi di quella ampia parte della relazione tra l'economia e la società che è mediata dal lavoro o anche, sempre più spesso, dal problema della mancanza di un lavoro o di un lavoro decente»⁽⁷⁸⁾.

In tale ottica, l'intervento della Corte costituzionale è apparso cruciale nel bilanciare tendenze legislative ablativo di diritti, tanto che ha – seppur parzialmente – riaperto spazi di tutela processuale con riferimento all'accesso alla giustizia, ampliando le ipotesi di compensazione delle spese di lite, con effetti indiretti anche sulle procedure arbitrali, così come ha disinnescato il meccanismo di fissa e matema-

⁽⁷⁷⁾ A. DI STASI, *Ammortizzatori sociali e solidarietà post industriale*, Torino, 2013, 220, sostiene condivisibilmente che «la cittadinanza non comprende solo i diritti civili e politici ma anche quelli sociali. E, in tal senso, la cittadinanza andrebbe considerata come obiettivo e non come presupposto nell'ottica di una solidarietà post industriale».

⁽⁷⁸⁾ Così, M. TIRABOSCHI, «*Il lavoro non è una merce*»: una formula da rimediare, in *Var. Temi. dir. lav.*, 2020, numero straordinario, 1181.

tica predeterminazione dell'indennità risarcitoria nel caso di licenziamento illegittimo nel c.d. contratto a tutele crescenti⁽⁷⁹⁾.

Dal punto di vista normativo e giurisprudenziale, dunque, emergono segnali per un progressivo ancorché limitato ripristino di più elevati livelli di tutela del lavoratore, anche grazie alle modifiche essenzialmente migliorative ad opera del d.l. n. 87 conv. in l. n. 96 del 2018, che su tutti ha ampliato i termini di impugnazione giudiziale del contratto a termine, reintrodotta seppur in parte le relative causali giustificative⁽⁸⁰⁾, diminuito il numero complessivo di proroghe e la durata massima del suddetto rapporto, nonché incrementato sensibilmente l'indennizzo previsto in caso di licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti.

In questo contesto, l'accesso a forme alternative di risoluzione delle controversie, pur nell'ambito di una complessiva assistemacità ed a tratti incoerenza della disciplina, potrebbe costituire invero un'ulteriore via per l'implementazione dell'effettività dei diritti dei lavoratori.

Nell'ottica di una valorizzazione dello strumento arbitrale (ma anche conciliativo), sarebbe auspicabile una rimeditazione dell'art. 8 d.l. n. 138 del 2011 che, caratterizzato da una tecnica normativa poco chiara e altamente problematica, finisce per creare un ambito di

⁽⁷⁹⁾ Esamina l'impianto sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi, previsto originariamente dal d.lgs. n. 23 del 2015, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 2, 310 ss. Per un esame della disciplina introdotta dal predetto d.lgs. si rimanda a G. GAMBERINI, L.M. PELUSI, M. TIRABOSCHI, *Contratto a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti*, in M. TIRABOSCHI (a cura di), *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act*, Milano, 2016, 21 ss.

⁽⁸⁰⁾ Sebbene sia intervenuto sul punto il d.l. n. 48 del 2023, conv. in legge n. 85 del 2023 con una rimodulazione delle causali e un sostanziale rinvio alla contrattazione collettiva, cfr. D. GAROFALO, M. TIRABOSCHI, *Disciplina del contratto di lavoro a termine e riflessi operativi sulla somministrazione di lavoro (art. 24, d.l. n. 48/2023)*, in E. DAGNINO, C. GAROFALO, G. PICCO, P. RAUSEI (a cura di), *Commentario al d.l. 4 maggio 2023, n. 48, c.d. "decreto lavoro"*, Bergamo, 2023, 7 ss.

incertezza sulla reale portata dell'inderogabilità⁽⁸¹⁾ e indirettamente dell'indisponibilità⁽⁸²⁾, concetti che invece dovrebbero essere dotati della più ampia nitidezza per rendere l'accordo conciliativo veramente inattaccabile⁽⁸³⁾.

Per altro verso, un'opera di risistemizzazione di tali principi sarebbe utile ed auspicabile proprio con riferimento all'arbitrato, il cui raggio d'azione è ontologicamente in rapporto con la disponibilità dei diritti e la derogabilità delle disposizioni. Con particolare riguardo alla via arbitrale, non si è mancato di rilevare come essa, pur essendo intenzione del legislatore implementarne l'utilizzo, si trovi in una condizione dove le criticità e le aporie sono tante e tali da renderla paradossalmente foriera di ulteriori contenziosi, così che si assiste ad una sorta di auto-boicottaggio dell'arbitrato medesimo.

Ed allora, pur evidenziando i profili di interesse dello strumento arbitrale, non si può tacere la necessità di sottoporlo ad una revisione, che lo renda semplice e dunque in linea con l'esigenza di un procedimento rapido, certo e razionale. In tale prospettiva, si ritiene che il modello al quale occorre attingere continui ad essere quello delineato dall'art. 7 Stat. lav., che, da un lato, anche grazie ad una disciplina chiara e non invasiva, lascia intatti i caratteri tipici

⁽⁸¹⁾G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Torino, 2010, 293 teorizza «il passaggio dall'inderogabilità, intesa come modo di affermazione dei diritti (e di risoluzione dei conflitti) dipendente dalla collocazione della norma nell'ordinamento, alla ragionevolezza, come criterio che presiede al bilanciamento ed alla risoluzione dei conflitti in modo casistico e flessibile, disegnando un orizzonte nuovo in cui sfuma ogni possibile gerarchia fra norme».

⁽⁸²⁾Si tratta di temi e problemi invero centrali ai fini della complessiva ricostruzione della materia lavoristica, cfr. A. ZOPPOLI, *Verso il tramonto dell'inderogabilità?*, in R. ROMEI, L. CORAZZA (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Bologna, 2014, 37 ss.

⁽⁸³⁾R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, 43 ss., afferma che nell'art. 2113 c.c. sarebbe individuabile una sorta di crasi tra inderogabilità e indisponibilità, dal momento che la prima «trova il suo fondamento (e la sua giustificazione) nel tipo di interessi tutelati e quindi nei fini perseguiti dalla norma».

dell'irritualità, mentre dall'altro prevede alcuni benefici concreti per il lavoratore che intenda avvalersene.

In altre parole, se l'obiettivo è di ampliare l'accesso alla via arbitrale, occorre renderne chiari gli effetti, offrendo altresì garanzie almeno equivalenti se non addirittura maggiori rispetto a quelle cui si avrebbe diritto davanti al giudice. Non va, infatti, dimenticato che la via giudiziale da un punto di vista sistematico rimane centrale e costituzionalmente necessitata, così che ogni strumento di tutela ad essa alternativo dovrà compensare in termini di effettività dei diritti la rinuncia all'ordinario processo davanti al giudice statale⁽⁸⁴⁾.

L'art. 7 Stat. lav., in questo senso, coglie nel segno, prevedendo un regime di particolare favore sia sotto il profilo della sospensione dell'efficacia della sanzione, sia sotto quello della decadenza del provvedimento disciplinare a fronte dell'inerzia del datore di lavoro, sia infine con riferimento al potere del collegio di mutare la sanzione in una tipologia meno grave, con importanti effetti indirettamente restitutori nel caso si applichi lo strumento arbitrale all'impugnativa del licenziamento.

In tale prospettiva appare essenziale altresì la valorizzazione della funzione sindacale «per impostare in modo equilibrato la questione più che mai attuale dell'effettività delle tutele e per valorizzare la capacità delle parti sociali non solo di definire le regole del lavoro ma anche di verificarne e sostenerne la amministrazione nella vita quotidiana delle persone che lavorano»⁽⁸⁵⁾.

Sembra, dunque, ragionevole concludere che, se la scelta del legislatore è nel senso di valorizzare le modalità di risoluzione alterna-

⁽⁸⁴⁾ R. PESSI, *La protezione giurisdizionale del lavoro nella dimensione nazionale e transnazionale: riforme, ipotesi, effettività*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 2, 195 ss., analizzando la giurisprudenza di legittimità parla di «una nuova concezione della giurisdizione in senso sostanziale strettamente connessa alla effettività della tutela».

⁽⁸⁵⁾ Così T. TREU, *Gli insegnamenti di Gino Giugni*, in AA.VV., *La composizione extragiudiziale delle controversie individuali e collettive di lavoro. Atti del Convegno AIDLASS per ricordare Gino Giugni a dieci anni dalla sua scomparsa. Roma, 12 dicembre 2019*, in *Arg. dir. lav.*, 2020, 156.

tive delle controversie, ciò implica che dal punto di vista sostanziale i diritti del lavoratore devono essere ripristinati nella loro effettività, anche in considerazione del fatto che l'azione combinata della riduzione dei livelli di tutela e dell'utilizzo di strumenti di soluzione alternativa produce, come detto, un vero e proprio cortocircuito normativo, diametralmente opposto a quello dichiaratamente voluto⁽⁸⁶⁾.

Per altro verso, una disciplina in materia di arbitrato ispirata ai canoni della chiarezza sistematica e della semplicità tecnica, nonché corredata da disposizioni finanche migliorative della garanzia di tutela ed effettività dei diritti del lavoratore, appare invero la *condicio sine qua non* per rendere tali strumenti all'altezza del compito affidato⁽⁸⁷⁾.

In questo contesto, i principi fondamentali delineati in materia sociale e del lavoro dalla Costituzione repubblicana dovranno costituire la base giuridica essenziale della regolazione dei diritti sostanziali e

⁽⁸⁶⁾ F. BANO, *Arbitrato e diritto del lavoro. Funzioni e disfunzioni della giustizia privata nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2014, 125 ss., parla condivisibilmente di disfunzioni dell'arbitrato, nel più ampio contesto di intrinseca debolezza del lavoratore in relazione alla giustiziabilità dei propri diritti.

⁽⁸⁷⁾ Sotto tale profilo potrebbe assumere un certo grado di importanza anche la legittimazione riconosciuta agli arbitri rituali di sollevare questioni di legittimità costituzionale a seguito della Corte cost., 22 novembre 2001, n. 376. Per un commento cfr. M. ESPOSITO, *Si aprono le 'porte del cielo': dall'arbitrato al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica?*, in *Giur. cost.*, 2001, 6, 3757 ss.; M. FORNACIARI, *Arbitrato come giudizio 'a quo': prospettive di una possibile ulteriore evoluzione*, in *Corriere giur.*, 2002, 8, 1010 ss.; G. MAZZANTINI, M.C. MARZOCCA, *Legittimazione dell'Autorità quale giudice 'a quo' di fronte alla Corte costituzionale e alla Corte di Giustizia europea*, in <www.associazionedeicostituzionalisti.osservatorio.it>, 2018, 2; A. PATRONI GRIFFI, *Accesso incidentale alla Corte costituzionale e tutela dei diritti: note minime anche a proposito delle authorities*, in <www.giustizia-amministrativa.it>; R. PINARDI, *Quando l'arbitro diventa portiere (della Corte): notazioni minime sulla 'naturale' elasticità della nozione di giudice 'a quo'*, in *Giur. cost.*, 2001, 3747 ss.; E.F. RICCI, *La 'funzione giudicante' degli arbitri e l'efficacia del lodo*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.; A. SARANDREA, *La eterogeneità del contenuto come figura sintomatica della carenza dei presupposti costituzionali del decreto-legge o come autonomo vizio di legittimità costituzionale?*, in *Giur. cost.*, 2001, 3771 ss.

della relativa tutela giurisdizionale ovvero negoziale, affinché il diritto del lavoro possa continuare ad essere un effettivo baluardo di difesa solidaristica delle persone dalle logiche altrimenti disgreganti di una visione univocamente ispirata a ragioni economiche.

Abstract

L'articolo, compiendo una disamina diacronica dell'istituto dell'arbitrato irrituale nell'ambito delle controversie di lavoro, mette in evidenza le criticità di una disciplina piuttosto disorganica e non sempre coerente nel rapporto tra premesse teoriche e concreta attuazione, ma tendenzialmente incline a riconoscere un ruolo non secondario alla risoluzione alternativa delle controversie mediante il predetto strumento arbitrale. In particolare, vengono messe in rilievo le potenzialità del procedimento delineato dall'art. 7 l. n. 300 del 1970, dalla cui implementazione potrebbe uscire valorizzata tale modalità di risoluzione delle liti lavoristiche, secondo un più ampio disegno di ridefinizione di alti livelli di garanzia dei diritti del lavoratore anche al di fuori della tradizionale tutela giurisdizionale.

Through a diachronic examination of applicable law, the article addresses critical issues in informal arbitration in the context of labour disputes. The legal framework of informal arbitration reveals a piecemeal scenario marked by discrepancies between legal provisions and implementation thereof. Against this backdrop, informal arbitration contributes to fostering a culture of alternative dispute resolution within the Italian legal system. The article focuses in greater detail on the procedure set out in Article 7 of Italian Law no. 300 of 1970 and its potential to boost the effectiveness of informal arbitration in labour disputes, thus enhancing the protection of workers' rights beyond the judicial process.

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA
E LE CONTROVERSIE DI LAVORO.

VERSO UN NUOVO RUOLO DELL'AVVOCATO
NEL RIEQUILIBRIO DELLE SITUAZIONI
DI ASIMMETRIA NEGOZIALE?

Claudio Scognamiglio ()*

SOMMARIO: 1. L'asimmetria del rapporto di lavoro e la negoziazione assistita. – 2. L'estensione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro. – 3. Il dibattito precedente alla recente scelta normativa. – 4. La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro nel quadro delle *alternative dispute resolution*. – 5. L'ambito di applicazione ed il ruolo del consulente del lavoro. – 6. L'applicazione dell'art. 2113, 4° comma, c.c. all'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita. – 7. L'accordo e la disciplina generale delle invalidità. – 8. La trasmissione dell'accordo agli organismi disciplinati dall'art. 76 d.lgs. n. 276 del 2003. – 9. Conclusioni.

1. L'asimmetria del rapporto di lavoro e la negoziazione assistita. – Soffermandosi, in uno scritto del 1967, sulla specialità del diritto del lavoro, uno dei fondatori di quest'ultimo, così come oggi lo conosciamo, ed un Maestro sia del diritto del lavoro che del diritto civile, individuava senza incertezze la funzione essenziale del diritto del lavoro nella tutela dei lavoratori, sottolineando che «storicamente e

nella sua essenza profonda il diritto del lavoro si è formato ed è posto per questa tutela, corrispondente ad una specifica esigenza di protezione e difesa di chi deve lavorare alle dipendenze altrui per guadagnarsi la vita» e che «il motivo di tutela dei lavoratori, che si svolge dalle prime leggi protettive fino alla norma costituzionale sul diritto di sciopero, non è del resto se non una speciale e complessa versione del principio di tutela del contraente più debole e più ancora dei principi di effettiva libertà e concreta eguaglianza, oggi garantite dalla Costituzione e specialmente dall'art. 3»⁽¹⁾.

In termini perfino più netti, ed in epoca meno risalente, un altro studioso caratterizzava la storia stessa del diritto del lavoro come «storia di una 'debolezza contrattuale'», nella quale «l'assenza di autonomia individuale e la necessità di una forte integrazione eteronoma assumono il significato di una scontata conseguenza della prima»: cosicché «l'assenza di potere diviene fonte di un rapporto squilibrato, caratterizzato da uno stato di soggezione e da una sostanziale espropriazione nel governo della gestione del rapporto e fonte altresì dei suoi antidoti giuridici, segnatamente la norma inderogabile ed una parziale indisponibilità dei diritti»⁽²⁾.

Si può, dunque, in effetti dire che la riflessione sulla «debolezza contrattuale» abbia costituito una costante della scienza giuslavoristica, comunque tutt'altro che ignara – già nella stagione, così fervida, degli anni '70 – dell'esistenza, nell'ambito dei rapporti di diritto civile, di altre situazioni di sottoprotezione sociale ed altresì consapevole delle differenze tra queste e quelle delle quali il diritto del

⁽¹⁾ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1967, 15, 17 ss.; in prospettiva di analisi diacronica, si veda anche R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, 246, il quale colloca alle origini stesse del processo di produzione normativa che ha condotto al formarsi del diritto del lavoro l'esigenza di protezione avverso lo sfruttamento dei lavoratori «abbandonati dalla inadeguatezza dello strumento contrattuale alla mercé dei datori di lavoro che detengono il potere economico»; ID., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 2006, 315 ss.

⁽²⁾ Cfr. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro. Atti del X Congresso Nazionale di diritto del lavoro*, Milano, 1994, 4.

lavoro è chiamato ad occuparsi, almeno nei termini in cui le stesse, in quel periodo storico, si delineavano. Infatti, nel tornante degli anni '70, «lavoratore e cittadino si allontanano nella stessa misura in cui se il secondo è destinatario dell'eguaglianza formale, solo il primo potrà avvalersi della 'rivoluzione promessa' con l'attuazione dell'eguaglianza sostanziale»⁽³⁾. Del tutto correttamente, dunque, nel quadro di un suggestivo tentativo di sistemazione degli anni '70 del diritto privato⁽⁴⁾, i lavoratori subordinati sono stati collocati – accanto alle donne, ai consumatori ed ai locatori – nell'area dei soggetti antagonisti: quasi a voler sottolineare che, per ciascuna di queste categorie, si pone, sia pure evidentemente in termini non coincidenti, il problema della loro contrapposizione rispetto a categorie titolari, nei loro confronti, di un potere, variamente modulato, di supremazia.

Ciò che, nella prospettiva da ultimo accennata, caratterizza il diritto civile, rispetto al diritto del lavoro, è piuttosto la consapevolezza, maturata nel settore del diritto civile in epoca più recente rispetto a quanto non sia accaduto in quello del diritto del lavoro, che «il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione socio – economica delle parti contraenti», dovendo invece essere ricercato nella «asimmetria di potere contrattuale»: infatti, vi è «asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quella tra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore»⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Così O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro*, cit., 5.

⁽⁴⁾ Cfr. L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 313 ss.

⁽⁵⁾ Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, II ed., Torino, 2011, 86-7, da dove sono tratte le citazioni riportate nel testo.

Il tema dell'introduzione della negoziazione assistita anche nella materia delle controversie di lavoro si presta ad essere considerato nel solco di questa premessa, perché – come si vedrà – le ragioni che hanno condotto ad inserire questa tecnica di risoluzione alternativa delle controversie solo nel contesto della recente riforma si colgono probabilmente proprio sul piano della (perdurante, fino appunto agli ultimi approdi normativi) diffidenza del legislatore per uno strumento ritenuto forse non pienamente in grado di riequilibrare l'asimmetria di posizioni tra le parti del rapporto di lavoro nella prospettiva della composizione di una lite.

Se l'ipotesi di lettura formulata fosse corretta, l'argomento oggetto di queste brevi considerazioni assumerebbe profili di interesse destinati a stagliarsi al di sopra di una riflessione puramente tecnica su un ulteriore strumento di definizione negoziata di una controversia, risolvendosi in un'altra occasione di meditare sulle strategie per mezzo delle quali il legislatore affronta, nella prospettiva delle modalità alternative di risoluzione delle dispute, il problema della asimmetria di potere negoziale.

2. *L'estensione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro.* – Una delle principali novità del d. l.gs. n. 149 del 2022, attuativo della legge delega n. 206 del 2021, è senz'altro l'estensione della negoziazione assistita alle controversie di lavoro.

L'intento deflattivo del contenzioso giudiziale ha convinto (questa volta) il legislatore – nell'ambito della, più ampia, prospettiva di incentivazione dell'utilizzo delle forme di risoluzione consensuale delle controversie finalizzata a migliorare l'efficienza della giustizia ⁽⁶⁾ – a permettere la risoluzione delle controversie di lavoro anche attraverso tale strumento.

⁽⁶⁾ Il riferimento è, in particolare, non solo agli strumenti 'autonomi' di risoluzione delle controversie, ma anche a quelli in tema di arbitrato e di conciliazione giudiziale.

L'auspicio, che, d'altronde, è comune a pressochè tutte le novità entrate in vigore nel contesto della riforma, è quello che, diminuendo i ricorsi all'autorità giudiziaria, la risoluzione delle controversie da parte della giustizia ordinaria possa divenire più celere.

Grazie all'introduzione dell'art. 2 *ter* nel d. l. n. 132 del 2014, ora le parti, per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., fermo restando quanto disposto dall'art. 412 *ter* c.p.c., possono (e non devono) ricorrere alla negoziazione assistita, senza che ciò costituisca condizione di procedibilità della domanda giudiziale, con l'assistenza di un avvocato ed anche di un consulente del lavoro. L'accordo in ipotesi raggiunto all'esito della procedura di negoziazione dovrà essere trasmesso ad uno degli organismi di cui all'art. 76 d. lgs. n. 276 del 2003 e sarà assoggettato all'art. 2113, 4° comma, c.c.

3. Il dibattito precedente alla recente scelta normativa. – In realtà, l'esclusione della materia del lavoro dalle liti 'negoziabili' era stata a più riprese oggetto di critica e di doglianze, soprattutto da parte degli avvocati giuslavoristi, che guardavano evidentemente con favore ad una linea di sviluppo in grado di assicurare loro un ruolo anche nella prospettiva dell'esplicazione di questa modalità peculiare di autonomia privata assistita.

Anche dal punto di vista della funzionalità pratica degli istituti, l'esigenza di celerità nella definizione delle controversie è, del resto, particolarmente sentita in una materia caratterizzata da diritti di particolare rilievo già all'interno della tavola di valori disegnata dalla Costituzione, quali sono quelli intorno ai quali ruota la gran parte delle controversie che traggono la propria ragion d'essere, nel senso più ampio, da un rapporto di lavoro: si pensi soltanto ai diritti afferenti la materia della retribuzione di spettanza del lavoratore, per i quali la possibilità di una realizzazione sollecita degli stessi è un aspetto di fondamentale rilievo anche dal punto di vista dell'effettività della tutela. Eppure, se l'applicabilità della negoziazione assistita alla materia del lavoro era stata originariamente pre-

vista dall'art. 7 d.l. n. 132 del 2014, in sede di conversione in legge essa era stata eliminata ⁽⁷⁾.

La resistenza a tale estensione dell'istituto era stata alimentata anche dalle forti perplessità sollevate dal Consiglio Superiore della Magistratura, nel parere al d.l. n. 132 del 2014, inviato il 18 settembre 2014 alla sesta Commissione giustizia del senato. In quella occasione, il Csm aveva dubitato della attitudine della negoziazione assistita a colmare l'asimmetria di potere negoziale tra lavoratore e datore di lavoro ⁽⁸⁾, in un contesto nel quale questa funzione era assegnata, storicamente, alle organizzazioni sindacali. Più nel dettaglio, in quella occasione ⁽⁹⁾, il Csm aveva svolto i propri rilievi critici, osservando che un'eventuale novità normativa sul punto avrebbe potuto essere letta nel senso di dare luogo ad un riassetto di significativa portata dell'intero settore del diritto del lavoro, sotto il profilo politico – culturale prima ancora che della soluzione legislativa concretamente prefigurata: e questo proprio dal punto di vista dell'individuazione delle tecniche per mezzo delle quali risolvere il problema del divario di forza negoziale, oltre che economica tra datore di lavoro e lavoratore. La valutazione del Csm prendeva le mosse dalla constatazione in forza del quale, secondo la risalente interpretazione, ai fini dell'applicazione dell'art. 2113 c.c., è necessario distinguere un gruppo di diritti assolutamente indisponibili (definiti primari o strettamente personali), i cui atti dispositivi sarebbero totalmente nulli e resterebbero fuori del campo di applicazione della

⁽⁷⁾ L'art.2, comma 2, lett. b), d. lgs. anteriforma disponeva che la convenzione di negoziazione deve precisare «l'oggetto della controversia, che non deve riguardare diritti indisponibili o vertere in materia di lavoro».

⁽⁸⁾ Lo ricorda anche D. DALFINO, *Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie*, in G. COSTANTINO (a cura), *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021*, n. 206, Bari, 2022, 65 ss. Cfr. anche P. LICCI, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Lav. Diritti Europa*, 2021.

⁽⁹⁾ Cfr. il Parere del Csm sul d.l. n. 132 del 2014, prot. Csm n. 46733/2014, 25 ss.

norma⁽¹⁰⁾ ed altri diritti, di natura patrimoniale (c.d. secondari), che, invece, pur essendo posti da norme inderogabili, non sono assolutamente irrinunciabili: tali devono intendersi non quelli direttamente discendenti dalla disposizione inderogabile bensì quelli da essa derivanti in conseguenza della sua violazione; in relazione a questi ultimi opererebbe la norma dell'art. 2113 c.c. con conseguente mera annullabilità dell'atto dispositivo⁽¹¹⁾. Secondo il Csm, con riguardo alla speciale impugnativa della transazione tra datore di lavoro e lavoratore, prevista dall'art. 2113, 3° comma, c.c., l'intervento del giudice, dei sindacati o dell'ufficio provinciale del lavoro «è in sé idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, che rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni e le rinunce intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti previsti da norme inderogabili, e ciò sia allorché detto organismo partecipi attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, sia quando in un proprio atto si limiti a riconoscere, in una transazione già delineata dagli interessati in trattative dirette, l'espressione di una volontà non coartata del lavoratore». A suo tempo, il Csm aveva così ritenuto che, con la negoziazione assistita, potesse vacillare l'intero impianto della disciplina del rapporto di lavoro, basato sulla premessa secondo la quale, in presenza di una sproporzione di potere contrattuale tra le parti, la disciplina dei diritti derivanti dal rappor-

⁽¹⁰⁾ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1983, 269; V. SIMI, *Sull'incapacità giuridica del lavoratore a dimettere diritti in costanza di rapporto*, in *Dir. lav.*, 1968, 191.

⁽¹¹⁾ R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1979; F. MAZZIOTTI, *Le controversie del lavoro e della sicurezza sociale. Commento alla legge 11 agosto 1973, n. 533*, Napoli, 1974; G. BRANCA, *Sulla indisponibilità dei diritti del lavoratore garantiti dalla Costituzione*, in *Foro pad.*, 1958, I, 803 ss.; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità ed inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Padova, 1977.

to di lavoro non può essere affidata alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti ⁽¹²⁾.

Occorre precisare, per avere le principali coordinate necessarie per inquadrare correttamente la questione, che la limitazione all'impugnabilità delle transazioni contenuta nell'art. 2113, ultimo comma, c.c. è sempre stata fatta discendere, nel caso di conciliazione in sede sindacale, dalla natura stessa del sindacato, posto a protezione dell'interesse del lavoratore, mentre, nelle altre ipotesi, dalla partecipazione al procedimento di un soggetto terzo ed imparziale,

⁽¹²⁾ Il Csm si era espresso in questo modo: «È, pertanto, lampante la soluzione di continuità rispetto ad un passato ordinamentale in cui tutte le possibilità di negoziazione di diritti disponibili nati da norme inderogabili sono state assoggettate ad un'alternativa procedimentale in cui la condizione del contraente debole era comunque garantita dalla presenza di una parte terza ed imparziale, pubblica o privata, in grado di offrire adeguata vigilanza in ordine all'equità della soluzione concordata. Così, la norma originariamente prevedeva la validità e l'efficacia della negoziazione avvenuta, oltre che davanti al giudice, dinanzi alle Commissioni di conciliazione istituite presso la Direzione provinciale del lavoro (art. 411 cod. proc. civ.) o presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative (art. 412-ter cod. proc. civ.), ovvero innanzi al collegio di conciliazione ed arbitrato irrituale costituito con le modalità garantite di cui all'art. 412-quater cod. proc. civ.. Con il testo in commento si consente, invece, che le prerogative del lavoratore sancite da norme inderogabili possano essere oggetto di valida trattativa e definizione privata con la sola presenza dell'avvocato delle parti cui, per definizione, non può essere riconosciuto il carattere di imparzialità né il ruolo di garanzia nei confronti della parte più debole del rapporto, che fino ad ora si era voluto offrire al prestatore di lavoro». La valutazione del Csm aveva riguardato anche il ruolo dell'avvocato nell'ambito dello strumento della negoziazione, affermando che fosse «estraneo ai compiti ed alle responsabilità dell'avvocato la tutela imparziale dei valori generali dell'Ordinamento e dei principi inderogabili, se non nella misura in cui convengono, nella situazione concreta, agli interessi dell'assistito», rimettendosi «sostanzialmente alla valutazione concreta della convenienza patrimoniale dell'accordo la possibilità di derogare alle tutele del rapporto di lavoro ed ai diritti che il legislatore ha fino ad ora ritenuto irrinunciabili» e dovendo escludersi «che il difensore possa essere onerato del dovere di verificare che la rinuncia del prestatore di lavoro (...) pur in ipotesi conveniente nell'immediato per il proprio assistito, in ragione delle condizioni materiali in cui avviene, si ponga in contrasto con i principi generali di tutela che governano la materia dei rapporti di lavoro».

ritenuta in grado di porre il lavoratore, quale parte debole del rapporto che necessita di assistenza nel momento in cui rinuncia ai propri diritti, in una posizione di garanzia.

Ci si era allora chiesti se, senza entrare nel merito e nella effettività dell'assistenza sindacale, la posizione del lavoratore fosse garantita in maniera minore dall'attività del difensore rispetto a quella di un sindacalista che, spesso, ed oltretutto, viene conosciuto dal medesimo lavoratore solo al momento della conciliazione ⁽¹³⁾.

Fatto sta che il legislatore della riforma ha – evidentemente – superato ora le perplessità che solo otto anni fa avevano impedito l'introduzione dell'istituto oggetto di queste riflessioni; e forse in questa novità normativa si può cogliere – dal punto di vista delle ragioni sottostanti alla scelta normativa – un ulteriore punto di emersione della crisi del ruolo storico del sindacato, accanto all'intento, e forse prima ancora di esso, di predisporre un ulteriore strumento per risolvere il problema che potremmo descrivere – mutando il linguaggio degli economisti – in termini di eccesso dal lato della domanda di tutela giurisdizionale.

4. *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro nel quadro delle alternative dispute resolution.* – La negoziazione assistita si va così ad aggiungere al novero degli strumenti di *alternative dispute resolution*, o di quella che ora viene chiamata giustizia complementare ⁽¹⁴⁾, anche nel mondo delle controversie di lavoro, in un'epoca

⁽¹³⁾ Si sofferma su questo aspetto B. PIACCI, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2022, 669.

⁽¹⁴⁾ Come ricorda M. MARINARO, in *La formazione alla mediazione dei conflitti. Spunti di riflessione e percorsi per la riforma*, in *Riv. arb.*, 2021, 859, nelle linee programmatiche indicate al Parlamento dalla Ministra della Giustizia Professoressa Marta Cartabia il 18 marzo 2021 per la riforma della giustizia civile un ruolo centrale è stato assegnato ai sistemi alternativi di risoluzione delle controversie e, in particolare, alla mediazione dei conflitti, non soltanto per gli «effetti virtuosi di alleggerimento dell'amministrazione della giustizia», ma in funzione della loro «complementarità rispetto alla giurisdizione, di coesistenza» più che di alternativi-

in cui si vuole incentivare la fuga dal processo ⁽¹⁵⁾ e dove una ‘giustizia negoziale’ si contrappone ad una ‘giustizia statale’ ⁽¹⁶⁾.

Il legislatore ha introdotto tale possibilità con la precisazione «fermo restando quanto disposto dall’art. 412 *ter* c.p.c.». Il motivo per il quale sia stato inserito tale inciso – riferito (solo) alla conciliazione e all’arbitrato, nelle materie di cui all’art. 409 c.p.c., presso le sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative – non è molto chiaro ⁽¹⁷⁾. Da un lato, infatti, data la certa diversità degli istituti citati dalla negoziazione assistita, se la suddetta precisazione non fosse stata inserita, non vi sarebbe stato alcun dubbio circa il carattere alternativo degli stessi. Dall’altro lato, va osservato che l’art. 412 *ter* c.p.c. non ricomprende tutti gli altri strumenti di conciliazione delle controversie in materia di lavoro.

Le sedi alle quali le parti possono accedere per tentare la conciliazione sono infatti ben più numerose; oltre a quelle individuate dai contratti collettivi, ci sono le commissioni istituite presso le direzioni territoriali e del lavoro (art. 410 c.p.c.), i collegi di conciliazione e arbitrato composti da due membri scelti dalle parti e da un

tà. Secondo le indicazioni della Ministra della Giustizia, «è tempo di ripensare il rapporto tra processo davanti al giudice e strumenti di mediazione» in una prospettiva sinergica, tenendo presente che «questi strumenti, se ben calibrati, tracciano percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali». In questa logica proprio con riguardo agli «strumenti di mediazione dei conflitti», nella relazione si precisa con riguardo alla formazione che «il tempo che stiamo attraversando offre una occasione importante per coltivare e diffondere una nuova cultura giuridica, aperta a una pluralità di vie della giustizia, da svilupparsi anche attraverso adeguati strumenti di formazione rivolti oltre che al mediatore, anche al difensore e al giudice, e che debbono trovare spazio sin dai primi anni degli studi universitari».

⁽¹⁵⁾ Cfr. le osservazioni di M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e ‘fuga dal processo’*. *Commento del decreto-legge n. 132/2014 convertito in legge n. 162/2014*, Messina, 2014.

⁽¹⁶⁾ Cfr. V. DONATO, *Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdiction*, in *Giust. civ.*, 2019, 871.

⁽¹⁷⁾ Per un’analisi sul punto si veda A. LOMBARDO, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, 2023, in <ius.giuffre.it>.

presidente scelto di comune accordo (art. 412 *quater* c.p.c.), ed anche le commissioni di certificazione.

5. *L'ambito di applicazione ed il ruolo del consulente del lavoro.* – Per quanto concerne, poi, le controversie alle quali fa riferimento il nuovo art. 2 *ter* d.l. n. 132 del 2014, la norma si riferisce espressamente alle «controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile». Il legislatore ha così scelto di rinviare alla disposizione del codice di rito che contiene, come è noto, l'elencazione delle controversie attribuite al giudice del lavoro, lasciando intendere, in questo modo, che il 'nuovo' strumento potrà trovare applicazione non solo alle controversie in materia di rapporto di lavoro subordinato, ma anche a quelle relative ai rapporti cui ha riguardo l'art. 409 n. 3 c.p.c.

Un punto che ha determinato qualche dubbio interpretativo è il coinvolgimento del consulente del lavoro. Secondo alcuni commentatori della riforma, l'inserimento di tale figura, in assenza di adeguamento di disposizioni della l. n. 132 del 2014, porrebbe problemi di ordine sistematico⁽¹⁸⁾: in particolare, ed in via esemplificativa, gli specifici poteri di certificazione dell'autografia sono conferiti all'avvocato, e non anche al consulente. In realtà, si tratta, a ben vedere, di un falso problema: il tenore letterale della norma («ciascuna parte è assistita da almeno un avvocato e può essere anche assistita da un consulente del lavoro») induce a ritenere che si tratti di un aumento delle possibilità dell'assistenza nell'ambito della procedura, e non che anche tramite il consulente si possa pervenire ad un accordo avente gli stessi effetti e che, dunque, sia inoppugnabile⁽¹⁹⁾. Si tratta di una figura, dunque, che astrattamente potrebbe eventualmente agevolare la negoziazione, soprattutto nelle controversie

⁽¹⁸⁾ In questo senso, A. LOMBARDO, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, 2023, in <ius.giuffre.it>.

⁽¹⁹⁾ Di questo parere è anche B. PIACCI, *op. loc. ult. cit.*

nelle quali sono presenti questioni contabili (è il caso, ad esempio, di pretese del lavoratore aventi ad oggetto differenze retributive).

6. L'applicazione dell'art. 2113, 4° comma, c.c. all'accordo raggiunto in sede di negoziazione assistita. – A quest'ultimo riguardo, deve essere segnalato che l'ulteriore aspetto della novità legislativa da sottolineare è proprio l'espreso riconoscimento dell'applicazione dell'art. 2113, 4° comma, c.c. all'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita.

La riforma ha ampliato, nella sostanza, l'area di inoppugnabilità delle rinunce e transazioni del lavoratore, sulla evidente, seppure implicita, premessa, di un'assistenza prestata al lavoratore effettiva e, soprattutto, in grado di offrire adeguate garanzie di una consapevole e libera decisione del lavoratore di chiudere in via definitiva la controversia alle condizioni stabilite.

Tenuta ferma la certa diversità delle figure, e dei doveri (anche deontologici) che l'ordinamento pone a carico (solo) dell'avvocato, si tratta di una interpretazione che si mostra comunque in linea con l'orientamento della giurisprudenza che si è espresso in relazione alla portata del riferimento all'«assistenza sindacale» quale presupposto e condizione per l'inapplicabilità dell'art. 2113 c.c.

Atteso che, come è noto, nel nostro ordinamento, si ritiene che l'assistenza sindacale offra adeguate garanzie di una consapevole e libera decisione del lavoratore di chiudere in via definitiva la controversia alle condizioni stabilite, è evidente quanto sia importante capire cosa debba intendersi, appunto, per assistenza sindacale. E, secondo i giudici di legittimità, occorre una attiva partecipazione del medesimo rappresentante, con una effettiva opera di assistenza a favore del lavoratore, «per ripristinare una sua reale parità con l'impresa» ⁽²⁰⁾.

⁽²⁰⁾ In questo senso, Cass., 3 settembre 2003, n. 12858; Cass., 3 aprile 2002, n. 4730. Non a caso, già in anni ormai molto risalenti, era stata ritenuta invalida la conciliazione sindacale conclusa dal lavoratore con l'assistenza di un esponente di

La Corte di Cassazione ha più volte ribadito che le rinunce e le transazioni aventi ad oggetto diritti del lavoratore previsti da disposizioni inderogabili di legge o di contratti collettive, contenute in verbali di conciliazione conclusi in sede sindacale, non sono impugnabili a condizione che l'assistenza prestata dai rappresentanti sindacali sia stata effettiva, così da porre il lavoratore in condizione di sapere a quale diritto rinunci e in quale misura ⁽²¹⁾.

Tuttavia, secondo la Suprema Corte, premessa la necessaria effettività dell'assistenza del sindacalista al fine di poter essere considerata idonea a sottrarre il lavoratore «da quella condizione di inferiorità che, secondo la *mens legis*, potrebbe indurlo altrimenti ad accordi svantaggiosi», la compresenza del rappresentante sindacale e del lavoratore al momento della conciliazione – secondo la Corte – lascerebbe presumere l'adeguata assistenza del primo, chiamato a detto fine a prestare opera di conciliatore per il conferimento di un mandato implicito del lavoratore necessariamente sottostante all'attività svolta. Spetta, dunque, al lavoratore svolgere deduzioni ed offrire prova del fatto che il rappresentante sindacale, pure presente, non abbia prestato alcuna assistenza.

Ecco, allora, che, sempre nel rispetto dei principi alla base della distribuzione degli oneri probatori, si è dato rilievo ad alcuni indici sintomatici dell'effettività, quali, ad esempio, il rilascio scritto di un mandato, l'eventuale precedente assistenza in occasione di altre controversie, l'esistenza di contatti tra lavoratore e sindacalista ⁽²²⁾.

7. L'accordo e la disciplina generale delle invalidità. – Va comunque rammentato che anche per le rinunce e le transazioni divenute

un sindacato diverso da quello al quale lo stesso lavoratore aveva ritenuto di affidarsi: cfr. Cass., 22 ottobre 1991, n. 11167.

⁽²¹⁾ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24024 e Cass., 4 settembre 2018, n. 21617, nonché Cass., 9 giugno 2021, n. 16154. Per un commento, v. SICCARDI, *Le rinunce e le transazioni di cui all'articolo 2113 c.c., se intervenute in sede protetta, sono sempre valide?*, in *Ilgiuslavorista.it*, 2021.

⁽²²⁾ Cfr. C. App. Torino n. 198/2021, in <dejure.it>.

inoppugnabili per lo spirare del termine di decadenza, o perché concluse in ‘sede protetta’, opera lo statuto generale delle nullità e dell’annullabilità (ad esempio per vizi del consenso). Non a torto, la giurisprudenza, di merito⁽²³⁾ e di legittimità⁽²⁴⁾, si è pronunciata più volte in tal senso, affermando che le conciliazioni concluse in sede protetta in materia di diritti del lavoratore garantiti da disposizioni inderogabili di legge si sottraggono all’impugnazione prevista dall’art. 2113 c.c., ma non ai mezzi ordinariamente concessi alle parti di un contratto per farne valere i vizi che possono inficiarlo, compresi quelli incidenti sulla formazione del consenso. Con la conseguenza che, in presenza di un vizio di nullità o di una causa di annullabilità, per incapacità di intendere o di volere o per vizio del consenso, è irrilevante il fatto che la rinuncia o la transazione sia stata stipulata in una delle sedi protette previste dall’art. 2113, ultimo comma, c.c. In altre parole, tale circostanza non sana la causa di invalidità e, pertanto, la parte interessata può sempre – ovviamente nei limiti previsti dalla più generale disciplina civilistica – impugnare la rinuncia o la transazione.

Pertanto, anche l’accordo stipulato all’esito della negoziazione assistita, in quanto atto negoziale, potrà essere impugnato sulla base dei principi, appunto, civilistici: e, dunque, da questo punto di vista si dischiude un’altra promettente prospettiva di sviluppo del ‘dialogo’ tra diritto civile e diritto del lavoro.

8. La trasmissione dell’accordo agli organismi disciplinati dall’art. 76 d.lgs. n. 276 del 2003. – L’art. 2 *ter* d.l. 132 del 2014 si chiude poi con la previsione della trasmissione dell’accordo, a cura di una delle due parti, entro dieci giorni, ad uno degli organismi di cui all’art. 76 d. lgs. n. 276 del 2003. Si tratta di un adempimento sulle cui finalità

⁽²³⁾ Tra le più recenti, si segnala Trib. Napoli, 30 novembre 2022, n. 6262, in <dejure.it>.

⁽²⁴⁾ In questo senso, già la risalente Cass., 3 dicembre 1991, n. 12929, in <dejure.it>.

si è già cominciato a discutere. Certamente la trasmissione non è richiesta al fine di rendere l'accordo titolo esecutivo, dal momento che l'art. 5 del medesimo decreto nulla dice al riguardo, limitandosi questo a stabilire che «l'accordo che compone la controversia, sottoscritto dalle parti e dagli avvocati che le assistono, costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

Neppure può dirsi che tale invio sia diretto alla certificazione dell'accordo: data l'applicabilità dell'art. 2113, 4° comma, c.c., e, dunque, il regime di non impugnabilità sopra esaminato, sarebbe irragionevole prevedere che un'intesa raggiunta in condizioni di piena assistenza debba poi essere anche certificata.

La genericità con la quale è formulata la previsione (che non specifica neppure i criteri di scelta dell'organismo), ed anche la mancata precisazione di una qualche conseguenza nell'ipotesi di mancato adempimento o di mancato rispetto del termine di dieci giorni, concorrono a far supporre che la trasmissione sia stata inserita con una mera finalità informativa. Va tuttavia notato che il (notevole) numero delle commissioni di certificazione (considerando quelle istituite presso gli Ispettorati territoriali del lavoro, quelle presso gli ordini provinciali dei consulenti del lavoro, quelle, parimenti numerose, stabilite presso enti bilaterali, o università pubbliche o fondazioni universitarie) non permetterebbe un realistico monitoraggio degli invii finalizzato ad una verifica della diffusione dello strumento della negoziazione assistita in materia di lavoro.

9. Conclusioni. – Per concludere, la novità in commento rispecchia, nella sostanza, una prassi che, invero, era ormai più che consolidata: chi opera nel settore sa bene che gli accordi che vengono poi stipulati nelle c.d. sedi protette non sono altro che il frutto dell'attività e delle, spesso intense e serrate, trattative curate dai medesimi avvocati e attraverso le quali si raggiunge un'intesa che viene poi solamente, e semplicemente, formalizzata.

Nel solco di quanto aveva fatto il d.l. 132 del 2014 introducendo la procedura di negoziazione assistita in via generale, il legislatore ha forse (finalmente, ed almeno formalmente) riconosciuto la funzione negoziatoria che il difensore ha sempre svolto anche nell'ambito delle controversie di lavoro.

È pur vero che la rigidità – che comunque persiste anche dopo la riforma – nella disciplina della negoziazione assistita ⁽²⁵⁾, ed il carattere facoltativo espressamente riconosciute nelle controversie di lavoro, costituiscono elementi che potrebbero frenare la diffusione del ricorso a tale strumento.

Quanto l'estensione della negoziazione assistita agevolerà il raggiungimento dell'obiettivo del legislatore della riforma si potrà capire solo dopo un adeguato periodo di osservazione ⁽²⁶⁾. In linea generale, c'è chi ha evidenziato l'importanza di un cambiamento di mentalità anche (se non soprattutto, aggiungerei) dell'avvocato ⁽²⁷⁾, auspicato, del resto, da parte della dottrina, ormai da tempo. Il tentativo di conciliazione svolto dal difensore già nella fase iniziale del colloquio con il cliente, in effetti, ha una funzione non irrilevante di filtro da una duplice prospettiva: da un lato, è in grado di rendere superflua la strada del contenzioso; dall'altro, rappresenta un momento fondamentale per l'informazione delle parti, in primo luogo

⁽²⁵⁾ Per un esame delle principali novità in tema di negoziazione assistita si veda M. DI MARZIO, *Negoziazione assistita in generale*, in <ius.giuffrefl.it>, 2023.

⁽²⁶⁾ Giungono, invece, ad una preventiva conclusione nel senso di un'occasione persa per il legislatore M. CORTI, A. SARTONI, *Legislazione in materia di lavoro – La direttiva europea sui salari minimi adeguati nell'UE. Le novità giuslavoristiche dei decreti 'aiuti' e la (mini) riforma 'Cartabia' del processo del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, 3.

⁽²⁷⁾ Si è espressa in questo senso S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21. L'a. propone la formula, densa e suggestiva, dell'avvocato quale vero *gatekeeper* della nuova visione ed attuazione della giurisdizione la cui centralità «è indiscussa in quella delicata ma essenziale opera di guida nell'indirizzare il conflitto e la lite, narratigli dalla persona – cliente che a lui si rivolge, verso la via di soluzione più appropriata, che, ove se ne diano le coordinate, può essere quella consensuale».

nella prospettazione delle differenti modalità di risoluzione delle controversie ⁽²⁸⁾.

Piero Calamandrei diceva che i giudici dovrebbero considerare gli avvocati come i loro collaboratori più fidi, in quanto svolgono (o forse dovrebbero svolgere) «l'opera più preziosa prima del processo, stroncando con saggi consigli di transazione i litigi all'inizio e facendo tutto il possibile affinché essi non raggiungano quel parossismo morboso che rende indispensabile il ricovero nella clinica giudiziaria» ⁽²⁹⁾. Forse, anche il legislatore è giunto a tale conclusione, evidentemente persuaso ormai che la funzione di riequilibrio delle asimmetrie di potere della quale si diceva da principio possa essere affidata anche ai componenti della classe forense.

Abstract

Il contributo propone spunti di riflessione in relazione alla negoziazione assistita nelle controversie di lavoro introdotta nel contesto della recente riforma della giustizia civile attuata dal d.lgs. n. 149 del 2022. Prendendo le mosse dalla tradizionale funzione del diritto del lavoro, e ricordando la diffidenza del legislatore per tale strumento di risoluzione alternativa delle controversie di lavoro, perdurante fino al suddetto d.lgs. n. 149 del 2022, l'a. analizza il dato normativo per soffermarsi sulle prospettive di dialogo tra diritto civile e diritto del lavoro nonché sul (nuovo?) ruolo

⁽²⁸⁾ Si era espressa in questi termini L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, 571. Secondo l'a., «occorre che si riconosca un ruolo poliedrico dell'avvocato quale figura che orienti il cliente nell'individuazione del metodo migliore di risolvere il conflitto, non necessariamente contenzioso e che sia in grado di assisterlo comunque: sia come consulente di parte nelle conciliazioni (stragiudiziali o giudiziali) sia tramite la difesa nel giudizio in sede contenziosa».

⁽²⁹⁾ P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Milano 1999, 141: l'a. descriveva l'avvocato 'probo' come «l'igienista della vita giudiziari» che svolge un'«opera di disinfezione della litigiosità, che non sale alla pubblicità delle aule».

dell'avvocato e sulla sua idoneità a svolgere la funzione di riequilibrio delle asimmetrie di potere delle parti.

The article offers food for thought on assisted negotiation in labour disputes introduced in the context of the recent reform of civil justice in Italy, which was enacted with Legislative Decree No 149/2022. Starting from the traditional function of labour law, and recalling the legislator's distrust for this alternative resolution instrument for labour disputes – a distrust which lasted until the enactment of Legislative Decree No 149/2022 – the author analyzes the normative data to delve on the prospects of dialogue between civil law and labour law, and on the (new?) role of lawyers and their suitability to perform the function of rebalancing the asymmetries in the parties' power.

INSEGNARE LA MEDIAZIONE NELL'UNIVERSITÀ (*)

Mauro Bove (**)

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. L'insegnamento delle ADR nell'Università. – 3. Oggetto e metodi nell'insegnamento del diritto. – 4. Oggetto e metodi nell'insegnamento delle tecniche negoziali per la soluzione di liti civili. – 5. Riflessione finale.

1. *Il problema.* – Vorrei svolgere qualche riflessione in ordine all'insegnamento nelle Università delle ADR, in particolare quelle negoziali non aggiudicative, ancorché inserendomi in un discorso più ampio relativo ai metodi d'insegnamento del diritto in genere e del diritto processuale civile in particolare (¹).

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 169-185. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Testo della relazione tenuta nel seminario di studi dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile su «Metodi di insegnamento del diritto processuale civile nel tempo dell'incertezza legislativa», tenutosi nell'Università degli Studi Roma Tre, 14 aprile 2023.

(**) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Perugia.

(¹) Sul tema generale dell'educazione del giurista si segnala la seguente bibliografia minima: E. ALLORIO, *Sull'insegnamento universitario e postuniversitario del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1326; P. CALAMANDREI, *Troppi avvocati!*, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 1966, 65 ss., spec. 123 ss.; ID., *L'università di domani*, ivi, 222 ss.; R. CAPONI, *Scuole di specializzazione per le professioni legali e insegnamento del diritto processuale civile*, ora in *Dogmatica giuridica e vita*, II, Milano, 2022, 1157 ss.; ID., *Formazione postlaurea nelle professioni legali*, ivi, 197 ss.; F. CARNELLUTTI, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, 169 ss.; G. DE NOVA, *Appunti sul metodo casistico nell'insegnamento del diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 374 ss.; E. FAZZALARI,

Premessa necessaria di carattere generale è porre la duplice domanda sul: che cosa insegnare e come?

Alla prima domanda non si può semplicemente rispondere che oggetto dell'insegnamento sta nel diritto, perché potrebbe essere dubbio a cosa precisamente ciò rinvii: un insieme di regole o una serie di problemi oppure una serie di casi? Io direi che tutti questi aspetti siano da abbracciare, se è vero che il diritto è ordinazione del reale e quindi visione del reale alla luce ed al fine di quella ordinazione, sia questa assunta con la prospettiva del concreto (l'avvocato, il giudice, il notaio, l'amministratore) sia essa assunta con una prospettiva generale, per fornire regole generali nuove (il legislatore) ovvero trovarle nel sistema (il ricercatore).

Insomma, quale che sia la prospettiva del discorso giuridico che si voglia assumere, quella giuridica è una scienza pratica, che, attingendo alla conoscenza delle regole e dei valori che presiedono alla convivenza di una data comunità di persone, ha sempre lo scopo di risolvere un problema pratico o una serie di problemi pratici attinenti a regole comportamentali imposte o da imporre ai consociati.

Stando alla nostra tradizione, poi, i detti problemi vanno risolti alla luce di un diritto positivo esistente ovvero da porre, che sempre

L'educazione giuridica in Italia, in A. GIULIANI, N. PICARDI, *L'educazione giuridica*, Bari, 2008, 406 ss.; N. IRTI, *La formazione del giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), *Atti del convegno di Roma del 2 luglio 2004*, Milano, 2005, 3 ss.; A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 291 ss.; S. PATTI, *Sul metodo di insegnamento nelle Facoltà di giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1979, IV, 185 ss.; N. PICARDI, *La formazione di base del giurista*, in C. ANGELICI (a cura di), *Atti del convegno di Roma del 2 luglio 2004*, Milano, 2005, 27 ss.; F. TREGGIARI, *Itinerari della casistica. La crestomazia di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, in ristampa dell'edizione napoletana del 1884 del libro del Gianturco, Bologna, 1989; ID., *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'ottocento*, in N. PICARDI, B. SASSANI, F. TREGGIARI (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli, 2002, I, 431 ss.; V. ZENOVIC, *Dal «cosa insegnare» al «come insegnare»*, in V. CERULLI-IRELLI, O. ROSELLI (a cura di), *Unitarietà della scienza giuridica e pluralità dei percorsi formativi*, Napoli, 2006, 39 ss.; E. ZITELMANN, *L'educazione del giurista*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, 289 ss.

attinge o comunque è condizionato dalla cultura, dagli usi, dalle mentalità di un momento storico.

Insegnare il diritto, quindi, significa fornire le basi di quello che sarà un agire professionale che richiede la conoscenza di un apparato di regole esistente, un agire che mirerà a trovare la regola del caso ⁽²⁾ ovvero di una serie di casi analoghi ovvero, ancora, a cambiare le regole preesistenti, perché non più rispondenti ai bisogni della comunità. Questo insegnamento o, visto dalla prospettiva del discente, questo apprendimento consta sempre di un duplice aspetto: uno teorico ed uno pratico.

La comunicazione di un sapere teorico senza la prospettiva del reale, direi dell'umano, rischia di rappresentare un insegnamento di apparati concettuali scollegati da ciò che le regole dovrebbero ordinare, facendo perdere il senso dell'imparare. Se, per dirla con Ernesto Zitelmann, non si può apprendere senza amore, «perché, infine, non s'impara se non col cuore», il discente nulla impara se non comprende a cosa possa servire il suo imparare; quindi, per ciò che a noi interessa, se non comprende che concetti, istituti e regole servono a dare risposte a bisogni umani.

Ma un approccio polverizzato in casi pratici, senza teoria, rischia di far perdere l'operatore nei mille meandri delle vicende umane, senza realmente comprenderle, inquadrarle e quindi correttamente gestirle.

La difficoltà di un corretto insegnamento del diritto, che voglia aspirare ad un buon livello di apprendimento, sta nel trovare un giusto punto di equilibrio tra i due piani indicati, considerando anche due altri aspetti. Il primo, se si vuole, antico: la formazione del giurista ha solo il suo inizio nell'Università, dovendo necessariamente continuare dopo, in modi diversi, a seconda del tipo di professione a cui si aspira. Il secondo direi drammaticamente legato al

(²) Ancorché da punti di vista diversi. Per fare un esempio più interessante per il processualcivilista, l'avvocato seguirà la logica della lotta e si avvarrà delle armi della retorica per convincere, mentre il giudice seguirà la logica della giustizia per comandare.

presente: i materiali con cui il futuro professionista avrà a che fare sono sempre più abbondanti e sempre più caotici, per cui quella razionalità di ordinazione del reale, nel concreto e nel generale, è sempre meno rintracciabile nelle mutevoli e mal confezionate norme scritte e sempre più da cercare ad opera dell'operatore del diritto, a tutti i livelli.

Ovviamente il frutto di una simile ricerca di equilibrio, che poi influenza ogni proposta sul metodo dell'insegnamento, può essere del tutto soggettivo e arbitrario. Ed allora, nel mio soggettivismo, è onesto esplicitare subito il mio punto di vista generale.

Pur facendo salva la prospettiva che proporrò alla fine di questo mio dire, condivido sostanzialmente l'idea di Natalino Irti per cui oggi non è più pensabile che l'Università educi all'essere⁽³⁾ e non al fare. Ma credo anche che il cambio di paradigma e l'enorme complicazione delle fonti del diritto (per la loro pluralità, la loro abbondanza e il loro continuo cambiamento) non debbano farci accettare con rassegnazione e sconforto la desolata profezia di Friedrich Nietzsche, che così si esprimeva: «noi tutti non abbiamo più un senso tradizionale del diritto, perciò dobbiamo accontentarci di diritti arbitrari, che sono espressione della necessità che esista un diritto».

I professori non devono ridurre il loro lavoro, di ricercatori ed insegnanti, a pura esegesi, magari con esemplificazioni, di complessi normativi al momento esistenti, destinati ad invecchiare il giorno successivo al conseguimento della laurea da parte degli studenti. Essi devono, piuttosto, dare loro un principio di razionalità, un metodo perché poi possano 'imparare facendo' per tutto il corso della loro vita, una speranza contro l'anatema di Julius Hermann von Kirchmann per cui bastano due tratti di penna del legislatore per mandare al macero intere biblioteche.

(³) Aspirazione forte nei giuristi tedeschi all'inizio del XIX secolo, che emergeva, ad esempio, nel periodo di fondazione dell'Università di Berlino.

2. *L'insegnamento delle ADR nell'Università.* – In questo contesto incerto una formazione universitaria specifica sulle ADR in generale e, più in particolare, sulle tecniche di contrattazione applicate alla soluzione delle liti civili è assai difficile da pensare e da proporre, sia nell'ambito del corso di laurea in giurisprudenza sia nell'ambito di altri corsi di laurea, che pur potrebbero prevederla.

Difficile da pensare perché sono scarsi gli spazi accademici in cui inserirsi e non sempre si può disporre di docenti idonei allo scopo.

Difficile da proporre perché essa rischia di essere troppo specialistica, oltretutto calata in percorsi formativi che appaiono sempre più generici, a cominciare dallo stesso corso in giurisprudenza, che sempre più sembra mirare a costruire una indistinta figura di giurista, se così possiamo dire 'buona' per tanti mestieri.

Soffermandomi solo sul corso di laurea in giurisprudenza, io credo che per risolvere meglio le difficoltà di partenza e così poter veramente aspirare ad una formazione universitaria nel campo delle ADR sia necessaria una modifica nella struttura del corso. A mio parere, per contemperare esigenze ed obiettivi diversi, si dovrebbe ipotizzare una struttura che implichi due fasi.

La prima fase dovrebbe avere una durata di due anni e dovrebbe costituire la base di ogni formazione giuridica. Dovrebbe, quindi, seguire una seconda fase, non più comune, ma ipotizzata su diversi e separati trienni, rivolti a diversi tipi di ipotetiche professionalità.

In questo quadro sarebbe concepibile una formazione nel campo delle ADR già all'interno dell'università, senza lasciarla esclusivamente a percorsi successivi, come possono aversi in *master* o altre scuole. Ma essa dovrebbe essere divisa, ipotizzando l'insegnamento della giustizia privata nel *curriculum* dedicato alle classiche professioni legali (ma forse non solo in esso) e l'insegnamento delle tecniche di contrattazione nel biennio di base. Invero quest'ultimo dovrebbe far parte della formazione di ogni giurista. Per fare un solo esempio, si pensi quanto può essere importante oggi per un funzionario pubblico avere dimestichezza con i mezzi alternativi per la soluzione delle liti col cittadino o anche tra diverse pubbliche amministrazioni.

Quanto al contenuto ed alla metodologia dell'insegnamento, è bene fare prima una riflessione più ampia, attinente in generale all'insegnamento del diritto.

3. Oggetto e metodi nell'insegnamento del diritto. – L'insegnamento universitario deve fornire i fondamenti della casa che poi ognuno costruirà, considerando che i muri dell'edificio andranno eretti successivamente in un lavoro di costruzione costante per tutto il resto della vita. L'addestramento professionale può essere solo successivo al conseguimento della laurea, ma esso presuppone qualcosa che solo nel corso universitario può essere acquisito, qualcosa la cui lacuna è difficilmente colmabile nelle fasi successive della vita.

Solo nell'Università si possono veramente acquisire le basi concettuali delle materie di riferimento ed apprendere il metodo per il successivo apprendimento permanente, inevitabile nella vita professionale.

Interrogarsi sull'insegnamento di una materia di diritto positivo, quale ad esempio può essere il diritto civile o il diritto processuale civile, significa, allora, interrogarsi sul che cosa, sul fine e sul metodo per raggiungere il fine.

L'oggetto sta evidentemente nell'ordinamento positivo, dato dalle regole risultanti dai fatti di produzione normativa rilevanti nel sistema italiano ⁽⁴⁾ più il lavoro che su di esse compie la giurisprudenza ⁽⁵⁾, perché, invero, per dirla con Oskar von Bülow, la legge contiene solo un progetto, un indirizzo nella ricerca giuridica, che deve essere concretizzato dagli interessati stessi e, se questi non sono d'accordo, dal giudice, per cui l'ordinamento giuridico di una

⁽⁴⁾ Lasciamo perdere qui le fonti sovranazionali, ancorché esse siano sempre più rilevanti.

⁽⁵⁾ Solo per esemplificare nel diritto processuale civile: i principi costituzionali, le forme di tutela e le forme dei processi, le questioni attinenti alla ritualità del processo, il merito del processo, con i fondamenti dell'attività del domandare, del questionare e del provare, nonché con la teoria della cosa giudicata, le complicazioni processuali, i rimedi avverso le decisioni.

comunità umana non si produce solo a causa della legge, ma anche a causa della funzione giurisdizionale.

Il fine è duplice. Per un verso, esso attiene al trasferimento della conoscenza degli istituti e dei concetti di fondo che sono ricavabili dall'ordinamento, per comprendere il senso dei quali, o si potrebbe dire l'utilità e la logica, è anche importante la comparazione, sia con ordinamenti diversi sia in una prospettiva storica. Per altro verso, è necessario insegnare un metodo di approccio ai problemi giuridici, concreti o generali, che poi il discente si troverà di fronte nella vita. Insomma si tratterà, di trasferire, non solo conoscenze astratte, ma anche un metodo per usarle nel pensare giuridico al fine di trovare soluzioni.

Qui non si tratta di confondere insegnamento universitario e addestramento professionale, ma di essere coerenti con l'idea che si ha dell'oggetto da apprendere. Invero, se quella giuridica è una scienza pratica, trasferire conoscenze che non abbiano poi un'utilità per risolvere problemi reali è cosa del tutto inutile.

Da questo punto di vista, posta a monte la conoscenza degli istituti di diritto positivo, lo snodo centrale dell'insegnamento e del conseguente apprendimento sta nell'insegnare a formulare le domande da cui un problema giuridico, concreto o generale, prende forma. Se il giurista nel suo fare concreto o astratto ⁽⁶⁾ dovrà sempre percorrere una via di ricerca per trovare soluzioni pratiche, è evidente come non possa esservi ricerca che possa dare un frutto se non si arriva a formulare la domanda che consente la razionalizzazione del reale con gli occhiali del diritto. È la formulazione della domanda all'interno del percorso conoscitivo del problema che segna il passaggio da un lavoro d'indagine fino a quel momento condotto in modo caotico ad una speculazione che da quel momento in

⁽⁶⁾ Da questo punto di vista il 'fare' ha uno spettro ampio, comprendendo un lavoro di ricerca, la formulazione di un testo di legge, l'approntamento di un provvedimento amministrativo o di un contratto ovvero la stesura di atti processuali di parte o la redazione di una sentenza, fino a comprendere anche il fare assistenza ai litiganti al fine di cercare una via negoziale per la soluzione di una lite.

poi diventa razionale e metodologicamente orientato al suo obiettivo.

Ma, fissati l'oggetto ed il fine dell'insegnamento, resta problematico il metodo. Molto si è scritto sulla contrapposizione tra metodo sistematico e metodo casistico, quindi anche sulla contrapposizione tra la classica lezione *ex cathedra* e le c.d. esercitazioni.

A mio sommo avviso, se, come ho già accennato, credo sia inevitabile continuare a mantenere la distinzione di scopi tra formazione universitaria e formazione professionale in senso più proprio e stretto, penso che rispetto alla prima avesse ragione Riccardo Ostano quando affermava che non c'è contrapposizione tra metodo sistematico e metodo casistico, perché quello esige casi per avvalorare e far comprendere norme e concetti e questo insegna ad inquadrare vicende concrete alla luce di norme generali, che quindi induttivamente sono tratte dai casi stessi.

Insomma, i vari metodi da intrecciare servono comunque ad insegnare gli istituti giuridici, per cui credo che resti ancora valido il fondamento del pensiero di Friedrich C. von Savigny sulla questione in campo o, se si vuole in termini più compiuti, di Rudolf von Jhering, che ben spiegava come il metodo casistico abbia essenzialmente lo scopo di stimolare il dialogo con gli studenti e destarli dalla passività dell'ascolto, per mezzo di discussioni, esercitazioni scritte od orali, lavori di gruppo. Così, per dirla anche con Ernesto Zitelmann, si mette il giovane che studia diritto in contatto col reale, accendendo il desiderio di conoscere: il cuore del discente si attiva e si apre a ciò che riceve perché la persona acquista consapevolezza del senso di ciò che studia, della sua utilità.

In questa prospettiva il c.d. metodo casistico, che sia fondato su casi concreti o inventati (7), non attiene alla formazione professionale, bensì nel corso universitario esso attiene al miglioramento della comunicazione della conoscenza teorica.

(7) Personalmente preferisco la prima scelta.

In sintesi, riprendendo cenni già fatti, esso ha tre scopi. Il primo: far meglio comprendere i concetti astratti ed aiutare la loro necessaria memorizzazione. Il secondo: attivare la partecipazione degli studenti che devono essere indotti a 'questionare' (porre domande, ipotizzare soluzioni, scegliere soluzioni argomentate nella prospettiva della lotta, tipica dell'avvocato, ovvero della decisione, tipica del giudice, o anche della scelta opportuna per la realizzazione di un fine pubblico, tipica del funzionario amministrativo; ovvero, ancora nella prospettiva del miglioramento del diritto, sia in via interpretativa, compito della dottrina e della corte di cassazione, sia in via di normazione, compito del legislatore inteso in senso ampio). Il terzo: motivare lo studio, facendo emergere l'attinenza dei concetti alle vicende dell'umano, collegando l'astratto al concreto, quindi stimolando il piacere della conoscenza del diritto.

Questo, al meglio, può e deve dare lo studio del diritto nell'Università. E con ciò il giovane laureato è attrezzato, non per svolgere una professione, bensì per imparare a svolgerla. Altro è che in Italia il problema della formazione post-universitaria non riesca a trovare soluzioni ragionevoli.

Per fare solo l'esempio della formazione dell'avvocato, non si può non cogliere con stupore ed amarezza la costante attualità delle parole fortemente critiche che Piero Calamandrei spendeva ormai 100 anni fa sulla vita del tirocinante che, senza alcun sostegno economico, vive un periodo della sua vita in studi professionali dove nulla impara. Salvo rare eccezioni.

L'unica idea intelligente che è emersa in Italia, almeno a mio avviso, ha riguardato l'istituzione delle Scuole di specializzazione per le professioni legali. Ma l'esperimento è rimasto astratto e l'esperienza è fallita, certamente per la timidezza del legislatore, ma anche per l'estremo corporativismo delle professioni che hanno difeso le loro scuole, nonché per disinteresse e sfiducia da parte dei professori universitari.

Ciò significa che il problema del compimento nell'educazione del giurista resta, ma esso non può essere risolto anticipando al pe-

riodo universitario compiti che sono estranei e devono rimanere estranei all'insegnamento universitario.

4. Oggetto e metodi nell'insegnamento delle tecniche negoziali per la soluzione di liti civili. – I fondamenti sopra fissati a mio parere devono rimanere fermi anche nell'insegnamento attinente alle ADR. Ma qui le cose possono complicarsi.

Ciò non tanto quando si pensa all'insegnamento della giustizia privata, per la quale interrogarsi sul cosa insegnare e sul come non dovrebbe portare ad esiti diversi rispetto al problema dell'insegnamento del diritto processuale civile. In ogni caso siamo in presenza di un insegnamento di diritto positivo, con una sola precisazione, che coinvolge sia la procedura civile sia l'arbitrato. E cioè: se il processo è un metodo di lavoro, ossia l'organizzazione approntata, in misura più o meno minuziosa, dalla legge di un percorso per giungere ad una forma di tutela di un diritto soggettivo o comunque di un interesse giuridicamente rilevante, che sia schema di protezione, anche indiretta, di un qualche bene della vita, materiale o immateriale, che entra nel processo dinamicamente, gli insegnamenti in parola attengono appunto alla conoscenza ed utilizzabilità di un metodo di lavoro sul diritto sostanziale. Ma, ciò specificato, pure per questi insegnamenti si tratterà di trasferire la conoscenza di regole e concetti, sulla base di diritto scritto e giurisprudenziale, anche in chiave comparatistica e storica, al fine del loro apprendimento, che comprende anche l'apprendimento del modo di utilizzare in concreto quelle regole e quei concetti.

L'unico dubbio che rimane rispetto all'insegnamento dell'arbitrato concerne la sua collocazione: se all'interno del corso generale di diritto processuale ovvero in un insegnamento a parte. La seconda scelta sembra preferibile, ma la sua attuabilità dipende anche dall'organizzazione generale del corso di laurea. E comunque essa, nel quadro della proposta sopra avanzata, dovrebbe prospettarsi in alcuni dei trienni successivi al biennio di formazione comune.

Molto più problematico, a me sembra, è interrogarsi sul come offrire ed impostare l'insegnamento universitario in ordine alle tecniche di contrattazione applicate alla soluzione delle liti civili, insomma, per prendere l'esempio più importante, in ordine alla mediazione. Qui emergono più facce e diversi profili del bisogno di apprendimento, dovuti al peculiare modo di essere del suo oggetto.

La mediazione può essere vista, se così possiamo dire, dall'esterno ossia dal punto di vista della legge statale che la disciplina e la riconosce quale percorso rivolto alla soluzione negoziale della lite civile ovvero al suo interno, osservando il tavolo della trattativa.

Dal primo punto di vista la mediazione è un istituto giuridico, quindi un fenomeno scandito da regole giuridiche che a vari fini ha rilevanza di fronte ad un giudice. Certamente per l'eventualità del suo successo, possibile ma ovviamente non necessario, la legge si occupa di riconoscere la norma concreta risolutiva del conflitto ed anche la documentazione dell'atto che la pone come titolo esecutivo. Inoltre in Italia, essendo il tentativo di mediazione imposto come condizione di procedibilità, *ope legis* in certe materia e *ope iudicis* in tutte le materie civilistiche che facciano emergere diritti disponibili, la legge si occupa di disciplinarla appunto come tale, fissando sia la disciplina della relativa eccezione processuale con la quale, in ipotesi, si possa rilevare il mancato assolvimento della condizione, sia il modo in cui i litiganti devono stare nel percorso affinché si possa ritenere che esso sia stato ritualmente compiuto, ancorché senza successo, e così il giudice statale possa proseguire la sua attività per giungere alla decisione giudiziale della lite.

Tuttavia, non vi è dubbio che il profilo più interessante e complesso sia quello interno, quello che attiene alla gestione del tavolo di trattativa, dove si sperimentano le possibilità di successo ed i rischi dell'insuccesso, inevitabilmente legati al caso singolo. Qui si tratta di imparare a gestire un dialogo assai diverso dal confronto che si ha in un processo.

La diversità deriva tutta dallo scopo e così si riverbera sulla

struttura del dialogo. Lo scopo della mediazione non è la vittoria, dal punto di vista dei litiganti, né la decisione, dal punto di vista del mediatore, bensì è il componimento del conflitto. Il dialogo, allora, ha lo scopo del comprendere e dell'avvicinarsi. Così, se nel processo gli strumenti del dialogo sono dati dalle pretese giuridiche in ordine a diritti soggettivi e dai poteri processuali conferiti dalla legge, quali armi della lotta per il diritto, in mediazione non ci sono né pretese giuridiche né poteri processuali.

In mediazione rilevano solo argomenti convincenti ed utili, ancorché tra questi emergano anche argomenti giuridici, che possano indirizzare alla soluzione non divisiva del conflitto economico ed umano tra le persone⁽⁸⁾. Ed allora il mediatore è colui che sa elevare il livello del dialogo tra le persone, affinché i loro dubbi, i loro bisogni e le loro utilità vengano fuori il più possibile e la situazione di crisi e conflitto evolva e si trasformi in una diversa opportunità di relazione, giuridicamente autordinata dagli stessi interessati.

Chi e come può insegnare le tecniche per favorire una simile liberazione degli animi convulsi che siedono al tavolo del conflitto?

Dal primo punto di vista, direi che non si possa affidare un tale insegnamento ad un giurista, perché qui non si tratta di comunicare conoscenze in ordine a leggi, diritto vivente o concetti giuridici ricavabili dall'ordinamento. È necessario mettere in campo un *team*, che comprenda sì giuristi, ma anche cultori di altre discipline, quali ad esempio esperti del linguaggio e del comportamento.

Dal secondo punto di vista a me sembra ragionevole fissare due punti.

Il primo: se si seguisse la proposta già sopra avanzata, credo che si dovrebbe istituire un insegnamento autonomo da collocare nel biennio dedicato alla formazione comune. Ogni giurista, a prescindere dalle scelte professionali che poi farà nella vita, dovrebbe all'inizio della sua formazione avere contezza di questo modo di affrontare il conflitto. Certamente colui che poi vorrà dedicarsi pro-

⁽⁸⁾ A mio avviso è qui improprio parlare di 'parti', termine che non fa comprendere la dinamica del dialogo che si ha in mediazione.

fessionalmente alla mediazione. Ma anche l'avvocato che, prima di difendere il suo cliente, deve saperlo consigliare sul modo più utile ed opportuno di stare nel conflitto. Anche il giudice, che prima di sentenziare, dovrebbe avere la capacità, se non di gestire un tavolo di trattative, almeno di vedere se nel caso concreto emergano possibilità di accordo e, quindi, attivata una forma di dialogo preliminare, scelga il momento per inviare i litiganti di fronte a professionisti più esperti di lui su questo piano.

Il secondo: il metodo di insegnamento dovrebbe mantenere le coordinate che mi sono sembrate utili più in generale per le materie giuridiche. Invero, anche qui si tratta di insegnare una teoria della negoziazione, per comprendere la quale sono necessarie lezioni classiche e sperimentazione casistica, ma questa sempre al servizio della migliore comprensione di quella metodica.

Insomma, se il 'fare mediazione' sul campo è attività estremamente legata all'intreccio umano ed economico del caso concreto, solo l'ipotizzabilità di una teoria ed una tecnica di essa può giustificare e permettere un insegnamento universitario dedicato. In caso contrario il tutto si ridurrebbe ad addestramento professionale, compito che non deve e non può essere assunto dall'Università, dovendo un simile percorso formativo essere svolto successivamente in altri sedi.

5. Riflessione finale. – Sia consentita una riflessione finale che ponga quanto detto finora sulla formazione del giurista in un contesto più generale, che a me pare sempre più importante da mettere a fuoco.

Traendo uno spunto da Michael Oakeshott, si può dire che l'Università è un luogo dove si svolge un'attività di apprendimento per mezzo dell'organizzazione e della relazione tra soggetti diversi.

Questa definizione dell'idea di Università è composta da parole che rinviano a concetti imprescindibili e tra loro collegati, concetti che, tutti, fondano l'inerenza a quell'idea del concetto di 'comunità'. L'attività di apprendimento ne rappresenta certamente il cuore.

In essa rientra ogni momento riconducibile appunto all'apprendimento, dall'acquisizione di conoscenze alla loro comunicazione, ossia alla loro 'messa in comune', nonché all'attività per mezzo della quale le dette conoscenze possono progredire, possono andare oltre il tempo presente, vedendone, così, il flusso in una linea continua e dinamica, ancorché senza un fine precostituito nel suo contenuto ⁽⁹⁾.

L'attività di apprendimento si collega all'idea di Università solo se essa è organizzata in una comunità e si svolge in relazione tra soggetti diversi in un dato luogo. Insomma, l'idea di Università non si sostanzia solo con il rinvio ad un'attività di apprendimento, bensì necessita di un modo di organizzazione comunitario di quella attività: senza questo 'modo' ci può essere attività di apprendimento ⁽¹⁰⁾, ma non Università.

In questa organizzazione operano diversi soggetti e così giocano diversi tipi di rapporti, tra i quali è qui interessante mettere in luce la relazione tra docenti e studenti.

Abbiamo già detto come l'attività di apprendimento organizzata in una comunità non possa prescindere dalla comunicazione delle conoscenze e ci siamo soffermati sui metodi di una simile comunicazione dal punto di vista di un giurista.

Tuttavia, a prescindere dalla descrizione di metodi, non si può dimenticare come, inevitabilmente, molto in questa comunicazione

⁽⁹⁾ Una ricerca che si precostituisse la meta sarebbe falsata. Si aggiunga che il concetto da cui si parte nega in radice l'opportunità, se non la possibilità stessa, di distinguere tra c.d. università di ricerca e c.d. università di insegnamento, ipotizzandone una, silente ed in fondo irrealistica, separazione.

⁽¹⁰⁾ Invero, un'attività di apprendimento potrebbe anche essere solitaria (si pensi alla titanica figura di Leopardi). L'eremita che studia temi filosofici, teologici, morali o letterari organizza la sua attività di apprendimento, ma senza avere alcuna relazione con altre persone, senza avere alcuna condivisione che implichi un circuito di apprendimento reciproco attraverso il suo darsi o il suo ricevere. Né questa diversità cambierebbe di molto ove lo studioso solitario si facesse precettore di un pupillo. Né dal punto di vista del docente né dal punto di vista del discente, perché una relazione singolare non può avere alcuna organizzazione tale da poter aspirare ad un'espansione dell'esperienza dell'insegnamento e dell'apprendimento.

dipenda dalle persone. L'insegnante può essere solo un comunicatore di nozioni ovvero anche un comunicatore di sistemi di pensiero, traendo quella comunicazione anche dal trasferimento di nozioni: la differenza dipende molto dal livello di conoscenza che il docente ha raggiunto. Ma l'insegnante può essere qualcosa di più, può essere colui che, comunicando determinate conoscenze, quelle che attengono al suo ambito di saperi, offre anche sé stesso, offre, si può dire senza timore di esagerare, la sua anima: qui c'è il Maestro, colui che propone un metodo di approccio al reale, ancorché partendo da un settore specialistico, colui che, avendo di fronte persone libere, ha tuttavia il coraggio di fare la sua proposta, correndo anche il rischio di riceverne una smentita, in un dialogo circolare tra tutti coloro che partecipano.

Insomma, l'esperienza dell'insegnamento è molto condizionata dallo spessore umano sia del docente sia dei discenti.

Ma una cosa dovrebbe essere chiara: anche nell'insegnamento universitario emerge un'attività di apprendimento, che non sta solo nell'acquisizione di coloro che ascoltano, ma anche nella crescita di coloro che pretendono di essere ascoltati.

La comunità tra ricercatori-docenti e studenti è fondamentale, perché solo la circolarità del loro rapporto fa crescere i singoli e tutta la comunità.

E, allora, qui emerge un altro aspetto costitutivo dell'idea di comunità universitaria. Ossia: l'Università è un 'luogo' e, aggiungerei, è un luogo abitato.

Questo aspetto è il più sottovalutato nell'esperienza italiana.

L'attività di apprendimento organizzata in comunità esige certamente buone regole di codesta organizzazione e, si spera, buoni protagonisti ⁽¹¹⁾. Ma essa esige, imprescindibilmente, anche una comunità tra esseri umani che sia reale, concreta, direi fisica.

Ecco l'idea di un luogo abitato, ove almeno studiosi e studenti

⁽¹¹⁾ Qui si dovrebbe aprire il problema del reclutamento e della valutazione degli studiosi nonché il problema della selezione degli studenti. Ma, evidentemente, si tratta di una questione che resta fuori da codeste riflessioni.

vivano insieme, affinché la relazione sia, non solo nelle sedi e nelle occasioni istituzionali, ma sia un'esperienza quotidiana. L'attività di apprendimento (sia nel suo aspetto di ricerca sia nel suo aspetto di insegnamento) finisce per essere diminuita nel suo valore ove essa non metta al centro la crescita dei suoi protagonisti come esseri umani. Essa non si condisce solo di saperi specialistici, ma anche di umanità vissuta e condivisa.

Una simile esperienza quotidiana implica un luogo ove vi siano spazi dedicati alle attività di ricerca, di insegnamento e, più in generale, di dialogo intorno ai saperi che fanno parte del processo di apprendimento. Ma essa non può prescindere anche da tutti gli altri spazi ed attività che stimolano la crescita della persona nel suo insieme. Così, se non si può prescindere dai luoghi ove le persone vivono in tutte le loro funzioni, non si può neanche fare a meno di spazi per il tempo libero, il teatro, il cinema, lo sport, i vari *meeting* che l'Ateneo e/o le sue singole articolazioni possono organizzare ed offrire all'attenzione di tutta la comunità o parti di essa.

Senza questo aspetto, resta il rischio della solitudine. Il percorso di apprendimento che ognuno fa finisce per essere solitario e, così, per avere meno potenzialità. Questo sia nella circolazione relazionale tra docenti e studenti sia nel rapporto tra gli studiosi di varie e diverse discipline.

È possibile che i progressi, scientifici, filosofici, politici, morali, umani siano scanditi da singole persone geniali che riescono ad accelerare la storia del mondo. Ciò è qualcosa che può accadere occasionalmente ed è anche accaduto storicamente. Ma solo l'esistenza di comunità organizzate per l'apprendimento e per la crescita personale di ogni protagonista può dare un minimo di garanzia che la storia sia comunque un lento e regolare cammino.

Natura non facit saltus: questo principio, usato da Gottfried W. von Leibniz per la verità ad altri fini, è ormai un canone generale che può spiegarci come il fluire delle cose possa avere un ordine lento e progressivo. Costruire Università che rispondano a quella idea di comunità assai sommariamente descritta può essere il picco-

lo mattone che l'uomo di oggi può apporre alla costruzione della casa comune, tentando di fermare l'avanzata del caos, o se si vuole il nulla de «La storia infinita», e sperare di riproporre un nuovo tempo di lumi.

Abstract

Il contributo cerca una via per l'inserimento nei corsi universitari dell'insegnamento della mediazione. A tal fine inserisce il tema specifico nell'ambito della più ampia problematica dell'educazione del giurista, per arrivare a formulare una proposta, sia in riferimento alle tecniche di negoziazione applicate alla soluzione delle liti civili, sia, più in generale, in riferimento al problema del trasferimento delle conoscenze, quale momento di crescita, culturale ed umana, per tutti i protagonisti della vita universitaria.

The paper explores ways to integrate the teaching of mediation into university curricula. The discourse ties into the overall issue of legal education and addresses relevant topics such as negotiation strategies for the settlement of civil disputes and university education as a means of cultural and personal growth for all those involved.

LA FUNZIONE ‘MEDIATRICE’
DELL’ARBITRO PER LE CONTROVERSIE FINANZIARIE.

LA SEGRETERIA TECNICA QUALE STRUMENTO
DI RIEQUILIBRIO DELLE PARTI IN LITE

Viviana Di Capua ()*

SOMMARIO: 1. L’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) come modello di tutela giustiziale speciale nell’ambito dei rapporti finanziari. – 2. La composizione specializzata dell’organo giudicante e i nuovi compiti della segreteria tecnica funzionali a riequilibrare la posizione delle parti. – 3. Il procedimento dinnanzi all’ACF e le sue fasi. – 4. Il contenuto, la natura giuridica e gli effetti della decisione finale. – 5. Gli ‘spazi’ aperti nel procedimento per una definizione consensuale della controversia. – 6. Spunti conclusivi per una configurazione dell’ACF come arbitro ‘mediatore’ attraverso una (ulteriore) valorizzazione del ruolo della segreteria tecnica.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 187-226. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Ricercatrice di Istituzioni di Diritto Pubblico presso l’Università degli Studi di Napoli Federico II.

La ricerca nasce con la finalità di far emergere le potenzialità dell’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) nel riequilibrare le posizioni delle parti in lite e nel creare ‘spazi’ di dialogo nel corso del procedimento, funzionali ad una soluzione consensuale della controversia, prima e a prescindere dalla decisione di merito. Ringrazio il Professor Antonio Cassatella per le osservazioni svolte sulla versione originaria dello scritto. Sono altresì grata alla Dottoressa Serenella Maria Pizzoferrato, responsabile dell’Ufficio di Segreteria tecnica dell’ACF, per il confronto e il contributo offerto nella stesura dello scritto. Le opinioni della Dottoressa Pizzoferrato sono espresse a titolo personale e non coinvolgono in alcun modo l’autorità di appartenenza. Naturalmente, mia è ogni responsabilità per eventuali errori ed omissioni.

1. *L'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) come modello di tutela giustiziale speciale nell'ambito dei rapporti finanziari.* – L'istituzione dell'Arbitro per le Controversie Finanziarie (d'ora in avanti, ACF), avvenuta con l'emanazione del d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130⁽¹⁾ e della legge 28 dicembre 2015, n. 208, rappresenta un importante momento di diffusione delle *Alternative Dispute Resolution* (ADR) nel settore bancario e finanziario.

Il crescente ricorso a metodi non giurisdizionali di composizione delle controversie è stato ampiamente indagato dalla dottrina, che suole rinvenirne le origini nella cultura giuridica degli Stati Uniti d'America⁽²⁾. L'ampia diffusione nei mercati soggetti a regolazione,

⁽¹⁾ Che dà attuazione alla direttiva 2013/11/UE sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori (c.d. Direttiva sull'ADR per i consumatori).

⁽²⁾ A. CASSATELLA, *Il ricorso alle A.D.R. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in *Diritto & Formazione*, 2004, 1203 ss., cui si rinvia per un'ampia e articolata disamina, condotta «in una prospettiva 'trasversale' ad alcuni dei principali ordinamenti giuridici», delle ADR per la composizione delle controversie sorte nell'ambito dei rapporti pubblicistici. In argomento, anticipando una parte dei contributi che saranno citati nel prosieguo e senza alcuna pretesa di esaustività, si vedano almeno M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 779 ss.; N. LONGOBARDI, *Modelli amministrativi per la risoluzione delle controversie*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 52 ss.; F. MANGANARO, *Strumenti giuridici alternativi alla tutela giurisdizionale nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *Giustamm* (15.04.2023); M. GIOVANNINI, *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009; F. CINTIOLI, *Le tecniche di alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in AIPDA, *Annuario 2009*, Napoli, 2010, 121 ss.; T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le 'Alternative Dispute Resolutions'*, in *An. giur. econ.*, 2011, 47 ss.; 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.; G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015; F. MARTINES, *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Milano, 2017; A. CASSATELLA, *Rimedi non giurisdizionali*, in R. CHIEPPA, R. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre*

in special modo in quello bancario e finanziario, è stata inoltre incentivata dal diritto dell'Unione europea, che ha condizionato con diversa intensità le scelte politiche dei legislatori nazionali allo scopo, da un lato, di assicurare la sicurezza e la celerità dei traffici giuridici e, dall'altro, di predisporre una tutela adeguata nei confronti dei consumatori che, in questi settori, scontano una condizione di debolezza endemica derivante dalle asimmetrie informative nei rapporti con soggetti specializzati ⁽³⁾.

A questi fattori si sono aggiunte le lamentate inefficienze del sistema giudiziario nella cognizione e soluzione di controversie che richiedono non solo un alto livello di specializzazione tecnica ⁽⁴⁾, ma anche la ricerca di un assetto di interessi compatibile con relazioni destinate a protrarsi nel tempo. In questa cornice, la stessa tutela giurisdizionale dei consumatori è spesso considerata come una sorta di *extrema ratio*, tale da spingere il legislatore ad individuare

2022, n. 201, e *analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023, 463 ss.

⁽³⁾ Fino alla c.d. Brexit dall'Unione europea, a sèguito dei risultati del *referendum* del 23 giugno 2016, il Regno Unito ha rappresentato la nazione di riferimento per le ADR nel settore bancario e finanziario, in considerazione del *financial literacy* della popolazione, dello sviluppo dei mercati finanziari e della capitalizzazione delle imprese. In argomento, cfr. E. FERRAN, *Dispute Resolution Mechanism in the UK Financial Sector*, in *Civil Justice Quarterly*, 2002, 135 ss.; N.J. CREUTZFELDT, B. BRANDFORD, *Dispute Resolution Outside of Courts: Procedural Justice and Decision Acceptance Among Users of Ombuds Services in the UK*, in *Law & Society Review*, 2015, 985 ss.; più in generale, sui rimedi stragiudiziali nell'ordinamento britannico, cfr. M. DELSIGNORE, *I rimedi alternativi alla judicial review oltre Manica*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 919 ss. Per una panoramica dei sistemi di ADR nel settore bancario e finanziario nell'ambito dell'Unione europea, cfr. A. MAGLIARI, *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea. Modelli a confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1356 ss.; C. BRESCIA MORRA, R. SMITS, A. MAGLIARI, *The Administrative Board of Review of the European Central Bank: Experience After 2 Years*, in *Eur. Bus. Org. Law Rew.*, 2017, 567 ss.

⁽⁴⁾ Rileva M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 4, come tra le principali ragioni di successo delle ADR via sia «l'uso massiccio di regole non giuridiche».

tecniche stragiudiziali di tutela che assicurino una composizione rapida della lite e prevengano future controversie di tenore analogo fra le stesse parti.

L'introduzione dell'ACF costituisce il riflesso diretto e più immediato della «perdita del monopolio della giurisdizione del giudice» ⁽⁵⁾ nei mercati finanziari regolati. Come il legislatore demanda a soggetti di alte competenze specialistiche il potere di dettare norme generali in materia, così affida ad organismi tecnici il potere di decidere controversie strettamente tecniche che possono insorgere nello specifico settore di loro dominio ⁽⁶⁾.

L'attuale disciplina dell'ACF rappresenta la risposta al fallimento delle procedure di conciliazione e arbitrato, previste dal d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179 e gestite da un'apposita Camera istituita presso la Consob.

Quegli strumenti si erano, infatti, rivelati inadeguati rispetto agli obiettivi di deflazione del contenzioso e di effettività della tutela stragiudiziale per i quali erano stati istituiti ⁽⁷⁾. Le principali criticità erano state ravvisate nella sommarietà della disciplina legislativa, so-

⁽⁵⁾ Così M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, cit., 492.

⁽⁶⁾ Per un'analisi delle funzioni delle autorità amministrative indipendenti (AAI) nei mercati regolati, si vedano almeno S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti. Un romanzo «quasi» giallo*, Bologna, 2000; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; R. MANFRELLOTTI, *Un altro mattone tolto dal muro: ancora a proposito della legittimazione dei regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Giur. amm.*, 2007, 585 ss.; F. MERUSI, M. PASSARO, *Le autorità indipendenti. Un potere senza partito*, Bologna, 2011; F. LUCIANI (a cura di), *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia*, Napoli, 2011; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010; P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018.

⁽⁷⁾ In questi termini, A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, in B. BELANDO GARÍN, C. BOLDÓ RODA (dir.) e B. ANDRÉS SEGOVIA, E. GONZÁLEZ PONS (coor.), *Vías Extrajudiciales de Protección del Inversor e Instrumentos en la Financiación de Empresas*, Estados Unidos, 2018, 163 ss., spec. 168.

lo parzialmente colmata dai regolamenti della Consob, e nel carattere meramente facoltativo dell'adesione dell'operatore finanziario che, consentendo agli intermediari di rifiutarsi di partecipare alle procedure, determinava, di fatto, il fallimento dell'intero meccanismo⁽⁸⁾.

A quest'ultimo inconveniente aveva posto solo in parte rimedio il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e che, subordinando l'instaurazione del giudizio ordinario al preventivo esperimento di una procedura di mediazione o di conciliazione, aveva trasformato il ricorso alla Camera di conciliazione della Consob da facoltativo a obbligatorio per l'investitore che intendesse avvalersi della tutela giurisdizionale contro l'intermediario.

Dopo la dichiarazione di illegittimità costituzionale, per eccesso di delega legislativa, del d.lgs. n. 28 del 2010 nella parte in cui aveva previsto il carattere obbligatorio della mediazione civile, quale condizione di procedibilità per adire il giudice ordinario, il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 aveva limitato la mediazione civile obbligatoria solo ad alcune materie, tra cui quelle di competenza della Camera di conciliazione della Consob.

⁽⁸⁾ Nel documento *Il Progetto Carta degli Investitori*, redatto dal Tavolo di lavoro congiunto Consob-Associazione dei Consumatori nel gennaio 2014, spec. 22-3, emergeva chiaramente che la partecipazione volontaria degli intermediari alle procedure di conciliazione, nell'esperienza operativa della Camera di conciliazione, avesse fatto emergere alcune debolezze, costituite dai numerosi casi di mancate adesioni degli intermediari ai tentativi di conciliazione e dal ridotto numero di conciliazioni concluse con esito positivo. Un'accurata descrizione delle procedure di conciliazione e arbitrato presso la Consob, sotto il profilo procedurale e organizzativo, unitamente alla disamina delle relative criticità è compiuta da E. GUERINONI, *La conciliazione e l'arbitrato per le controversie nell'intermediazione finanziaria*, in *Contratti*, 2008, 301 ss.; A. NASCOSI, *La nuova Camera di conciliazione e arbitrato presso la Consob*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 5 ss.; S. BASTIANON, *La tutela dell'investitore (non professionale) alla luce delle nuove disposizioni in materia di conciliazione ed arbitrato presso la Consob*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 4 ss.; A. SCARPA, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie bancarie e finanziarie*, in *Contr. impr.*, 2013, 137 ss.

Dalla riforma erano derivati due effetti: al significativo aumento delle istanze di conciliazione ricevute dalla Camera della Consob era corrisposto un definitivo fallimento dell'arbitrato, anche a causa del riconoscimento all'investitore della possibilità di scegliere la mediazione civile avvalendosi di appositi organismi di mediazione riconosciuti dal Ministero della Giustizia, in luogo della procedura di conciliazione prevista dalla normativa speciale.

La scelta di introdurre l'ACF, che ricalca in larga parte il modello dell'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) operante già da alcuni anni per la soluzione delle controversie sorte tra i clienti e le banche e gli altri intermediari in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari ⁽⁹⁾, non è stata affatto casuale, giacché si è posta in linea di continuità con la politica europea di rafforzamento della tutela stragiudiziale degli investitori non professionali, culminata nell'adozione della direttiva 2013/11/UE (c.d. Direttiva sull'ADR per i con-

⁽⁹⁾ Nella già ampia bibliografia sull'Arbitro Bancario Finanziario (ABF) si segnalano, tra i tanti, F. CAPRIGLIONE, *La giustizia nei rapporti bancari e finanziari. La prospettiva dell'ABF*, in *Banca*, 2010, 261 ss.; G. GUIZZI, *Chi ha paura dell'ABF?*, *ivi*, 666 ss.; ID., *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, in *Soc.*, 2011, 1216 ss.; C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, in *An. giur. econ.*, 2011, 121 ss.; B. DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, Quaderno di ricerca giuridica della Banca d'Italia n. 70, Roma, 2011; F. CAPRIGLIONE, M. PELLEGRINI (a cura di), *ABF e supervisione bancaria*, Padova, 2011; M. PERASSI, *Il ruolo dell'ABF nell'ordinamento bancario*, in *An. giur. econ.*, 2011, 143 ss.; F. AULETTA, *Arbitro bancario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, in *Soc.*, 2011, 83 ss.; E. CAPOBIANCO, *Mediazione obbligatoria e Arbitro Bancario Finanziario*, in <www.judicium.it>, 31 maggio 2011; E. LUCCHINI GUASTALLA, voce *Arbitro Bancario Finanziario*, in *Enc. dir., Ann.*, vol. VIII, Milano, 2015, 35 ss.; S. AMOROSINO, *La regolazione pubblica delle banche*, Padova, 2016, 191 ss.; N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti, l'esecuzione*, in D. MANTUCCI (a cura di), *Trattato di Diritto dell'arbitrato*, vol. XV, *Le controversie bancarie e finanziarie*, Napoli, 2020, 141 ss.; M.C. PAGLIETTI, *La riforma delle disposizioni ABF: una riflessione su legittimazione e giustizia procedurale degli Ombudsmen nei mercati regolati*, in *Banca*, 2022, 160 ss.

sumatori), che ne ha decretato la piena equiparazione ai consumatori⁽¹⁰⁾.

Nella definizione delle caratteristiche procedurali è sottesa la volontà di superare le debolezze del sistema previgente e di dare vita ad uno strumento obbligatorio, governato da principi di ordine processuale (tra cui, il principio della domanda, il principio del contraddittorio, il principio di terzietà, imparzialità e indipendenza del decisore, il principio di sinteticità degli atti, ecc.) e caratterizzato da un certo grado di vincolatività della decisione finale.

Non è difficile cogliere, infatti, una certa sfiducia verso le procedure di carattere consensuale, giacché ritenute scarsamente adeguate a valorizzare la prospettiva dell'interesse generale⁽¹¹⁾.

Del resto, la creazione dell'ACF può essere compresa solo se inquadrata nell'ambito delle funzioni attribuite per legge alla Consob di vigilanza sulla trasparenza e sulla correttezza dei comportamenti degli intermediari finanziari che operano con strumenti finanziari e sulla trasparenza dei mercati regolamentati e dell'ordinato svolgimento delle negoziazioni che vi si svolgono⁽¹²⁾. La risoluzione stragiudiziale della controversia tra investitore e intermediario, che

⁽¹⁰⁾ Come, peraltro, si evince agevolmente dall'ampia nozione di «consumatore» (inteso come «qualsiasi persona fisica che agisca a fini che non rientrano nella sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale») e di «contratto di servizi» (comprendente «qualsiasi contratto diverso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore ne paga o si impegna a pagarne il prezzo»), contenute nell'art. 4 (*Definizioni*), rispettivamente, alle lettere *a*) e *d*), della direttiva 2013/11/UE. L'obiettivo di rafforzare la tutela dei consumatori nei confronti delle imprese nei diversi ambiti (finanza pubblica, servizi pubblici nazionali, ecc.) come ragione giustificatrice del massiccio intervento del legislatore europeo è colto da M. CLARICH, *I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, cit., 123 ss.

⁽¹¹⁾ Così M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss., 4.

⁽¹²⁾ Cfr. art. 5 (*Finalità e destinatari della vigilanza*), 1° e 3° comma, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Testo Unico della Finanza, TUF).

solitamente deriva da un comportamento di quest'ultimo contrario ai doveri di correttezza e trasparenza, costituisce un mezzo indiretto di tutela dell'interesse generale di cui la Consob è portatrice, consistente nel 'correggere' le imperfezioni dei mercati finanziari che conducono all'inefficienza dell'economia.

Ne è conferma la limitazione della competenza funzionale dell'ACF alle controversie «relative alla violazione [da parte degli intermediari] degli obblighi di diligenza, correttezza, informazione e trasparenza previsti nei confronti degli investitori nell'esercizio delle attività disciplinate nella parte II del Testo Unico sulla Finanza (TUF), nonché degli obblighi [informativi relativi alla vendita di prodotti d'investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati] previsti dagli articoli 13 e 14 del Regolamento (UE) n. 1286/2014 e dalle relative disposizioni attuative»⁽¹³⁾, escludendo espressamente la richiesta di risarcimento dei danni che non siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario di tali obblighi e di quelli non patrimoniali⁽¹⁴⁾.

In questo senso, l'ACF svolge una funzione di *Appropriate Dispute Resolution*, essendo uno strumento di tutela integrativa e complementare in relazione a tutte quelle fattispecie in cui i caratteri e le procedure proprie di un ricorso ad un organo giurisdizionale si rivelano inadeguate a soddisfare gli interessi coinvolti⁽¹⁵⁾.

In definitiva, l'obiettivo che l'ordinamento intende conseguire attraverso l'ACF non è il raggiungimento di un accordo tra

⁽¹³⁾ Cfr. art. 4 (*Ambito di operatività dell'Arbitro*), 1° comma, regolamento ACF, che include anche le controversie transfrontaliere – nell'ipotesi in cui l'investitore risieda in uno Stato membro dell'Unione europea diverso da quello in cui ha sede l'intermediario – e le controversie oggetto del regolamento UE n. 524 del 2013 (c.d. regolamento sull'ODR per i consumatori).

⁽¹⁴⁾ Cfr. art. 4, 2° comma, regolamento ACF.

⁽¹⁵⁾ La formula è stata utilizzata per la prima volta da H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in *Harvard Law Review.*, 1968, 668 ss.; e, successivamente, ripresa dalla dottrina italiana ad opera di T. MASSA, «ADR» dentro o fuori dal processo, in *Quest. giust.*, 1994, 504 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione. ADR nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2004.

l'investitore e l'intermediario, ma la tutela effettiva dell'investitore attraverso la condanna dell'intermediario che, a causa di una condotta scorretta, abbia arrecato un danno, direttamente, all'investitore e, indirettamente, ad una serie infinita di future contrattazioni destinate a concludersi nell'ambito di quel mercato.

Se così è, si può convenire con l'osservazione di chi ha individuato nella gestione della controversia uno strumento, indiretto, di tutela dell'interesse pubblico della regolazione dei mercati e, per questa via, un riflesso giustiziale dello Stato regolatore, laddove all'attribuzione a determinati apparati amministrativi del compito di regolare i rapporti settoriali ad alta specializzazione tecnica corrisponde la creazione di strumenti di tutela stragiudiziale settoriale dei rapporti soggetti a regolazione ⁽¹⁶⁾.

Seppur con alcune peculiarità, l'ACF appartiene alla categoria delle ADR di tipo giustiziale (*Adjudicative ADR*), che comprende i rimedi in cui la soluzione della controversia insorta tra due o più parti viene affidata a un soggetto terzo, il quale impone la propria scelta attraverso una decisione assimilabile a quella giudiziaria ⁽¹⁷⁾.

Non osta a tale qualificazione la circostanza che l'oggetto del sindacato dell'ACF non sia costituito da un atto amministrativo, bensì da un contratto concluso tra intermediario e investitore.

Negli studi più recenti, la funzione giustiziale viene intesa come attività tesa a rispondere in maniera immediata (e non mediata dalla compatibilità con l'interesse pubblico) alla garanzia di giustizia all'interno dell'azione amministrativa, svolta in modo neutrale, cioè da organi che si collocano in posizione di estraneità (indipendenza) e indifferenza (imparzialità) rispetto alla materia e agli interessi dei destinatari della funzione, e che, infine, si esplichino in decisioni am-

⁽¹⁶⁾ A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, cit., 173.

⁽¹⁷⁾ Per una distinzione tra *Adjudicative* e *Non-adjudicative ADR*, cfr. M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 68; ID., *La funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in <www.federalismi.it>, 17 maggio 2017, 1 ss., spec. 21.

ministrative, ovvero atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente assimilabili alle sentenze⁽¹⁸⁾. Si tratta di una prospettiva che, valorizzando il rapporto del decisore rispetto all'amministrazione presso la quale è incardinato e i caratteri della decisione, piuttosto che l'oggetto del sindacato, conduce a configurare la funzione giustiziale come attività sostanzialmente giurisdizionale (neutrale), ma formalmente amministrativa (in quanto scaturente dall'azione di una pubblica amministrazione o di un soggetto ad essa equiparato)⁽¹⁹⁾.

Avvalendosi della nota distinzione tra «strumenti che hanno per obiettivo la mera soluzione del conflitto» e quelli che, viceversa, «mirano a tutelare un diritto»⁽²⁰⁾, elaborata dalla dottrina alla fine degli anni Novanta del secolo scorso, quando anche nell'ordinamento italiano si è incominciato a discutere dell'introduzione di sistemi ADR come risposta alla crisi della giurisdizione civile, si può sostenere che l'ACF appartenga certamente alla seconda categoria⁽²¹⁾. Mentre primi strumenti, infatti, mirano principalmente al raggiungimento del risultato, potendo restare irrilevanti i metodi con cui tale obiettivo si consegue, i secondi, invece, hanno come obiettivo la realizzazione della tutela dei diritti e non sono mai indifferenti al metodo, né al risultato. L'indifferenza al metodo si spiega perché tali strumenti sono funzionali alla composizione del conflitto attraverso un procedimento regolato e controllabile; un procedimento gestito da un soggetto indipendente, imparziale e professionalmente competente, articolato in fasi logicamente collegate, in cui i fatti che si allegano a fondamento del diritto da tutelare vengano documentati e provati, e nel quale, soprattutto, è assicurato il contraddittorio tra le parti. Quanto, invece, all'indifferenza ri-

⁽¹⁸⁾ M. CALABRÒ, *op. cit.*, 29 ss.

⁽¹⁹⁾ M. CALABRÒ, *op. cit.*, 58.

⁽²⁰⁾ M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, cit., 779 ss.

⁽²¹⁾ Giunge a questa conclusione, seppur con riguardo all'ABF, G. GUIZZI, *L'Arbitro Bancario Finanziario nell'ambito dei sistemi di ADR: brevi note intorno al valore delle decisioni dell'ABF*, cit., 1216-7.

spetto al risultato, tali procedimenti mirano a 'costruire' una soluzione 'giusta', ovvero una soluzione che decida sui torti e sulle ragioni reciproche e che sia ottenuta tramite l'applicazione di regole precise al caso concreto.

Non è difficile cogliere una similitudine spiccata tra questa tipologia di strumenti e il modello della c.d. *adjudication*, elaborato dalla tradizione britannica, che comprende i procedimenti che hanno l'obiettivo prioritario di assicurare la protezione dei diritti delle parti coinvolte in una lite; una funzione, di regola, affidata alla giurisdizione, che, però, può essere svolta anche da organi amministrativi e che si esplica in decisioni assunte da organi indipendenti e imparziali ⁽²²⁾.

Questo profilo è utile per cogliere alcune similitudini tra l'ACF e le commissioni di ricorso incardinate presso le agenzie europee, che proprio in quegli anni Novanta hanno raggiunto la massima diffusione nell'ordinamento europeo, in concomitanza con l'attribuzione a tali organismi di rilevanti funzioni amministrative e, in particolare, del potere di adottare decisioni vincolanti, destinate a produrre effetti su situazioni giuridiche individuali ⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Per tutti, P. CANE, *Administrative Tribunals and Adjudication*, Oxford-Portland (OR), 2009, spec. 236-45; L. FULLER, *Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 1978, 353 ss.; P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, Torino, 2018, 34 ss.

⁽²³⁾ Per un'esplorazione delle commissioni di ricorso delle agenzie europee sotto il profilo della natura giuridica, delle funzioni, dei caratteri distintivi dei procedimenti di revisione amministrativa di loro competenza, si rinvia a P. CHIRULLI, L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi ed esecuzione diretta del diritto europeo*, cit., 131 ss.; EID., *Tutela dei diritti e specializzazione nel diritto amministrativo europeo. Le commissioni di ricorso delle agenzie europee*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1305 ss.; L. DE LUCIA, *Rimedi amministrativi e rapporto con la tutela giurisdizionale nell'Unione europea*, e B. MARCHETTI, *Note sparse sul sistema dei rimedi amministrativi dell'Unione europea*, entrambi in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, cit., rispettivamente 3 ss. e 23 ss.; L. DE LUCIA, *I ricorsi amministrativi nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 323 ss.; S. MAGIERA, W. WEIß, *Alternative Dispute Resolution Mechanism in the European Union*, in D.C. DRAGOS, B. NEAMTU (eds.), *Alternative Dispute Resolution in European*

L'ACF replica dalle commissioni di ricorso l'indipendenza (organizzativa) dall'autorità presso la quale è incardinato, giacché il collegio è composto in prevalenza da soggetti privi di un rapporto di servizio con l'amministrazione, l'imparzialità rispetto alla materia del contendere, esistendo regole sul conflitto d'interessi, e la particolare competenza tecnica, oltre che giuridica, richiesta per la soluzione di questioni che richiedono un'alta specializzazione nella disciplina di settore.

Per queste ragioni, l'ACF costituisce, seppur con alcune peculiarità, un modello di tutela giustiziale nell'ambito dei mercati finanziari, attribuendo alla 'specialità' il significato di non facile replicabilità in altri settori soprattutto per l'influenza, esercitata dalle sue decisioni, sui protagonisti del mercato di riferimento.

2. La composizione specializzata dell'organo giudicante e i nuovi compiti della segreteria tecnica funzionali a riequilibrare la posizione delle parti. – La disciplina dell'organizzazione e del funzionamento dell'ACF è contenuta nella delibera della Consob n. 19602 del 4 maggio 2016 (d'ora in avanti, regolamento ACF) ⁽²⁴⁾, adottata in attuazione dell'art. 32 *ter* Testo Unico sulla Finanza (TUF) e del

Administrative Law, Heidelberg, 2014, 489 ss.; e con specifico riferimento alle singole tipologie di commissioni e di ricorsi, si veda G. LIGUGNANA, *I procedimenti giustiziali nei confronti delle decisioni dell'ECHA*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1311 ss.; L. BERGKAMP, N. HERBATSCHKEK, S. JAYANTI, P. CRAIG, *Dispute Resolution and Legal Remedies*, in L. BERGKAMP (eds.), *The European Union REACH Regulation for Chemicals*, Oxford, 2013, 263 ss.; A. CASSATELLA, *Il ricorso davanti all'Agenzia Europea per la sicurezza Aerea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 1373 ss.; A. MAGLIARI, *I rimedi amministrativi nel settore della vigilanza finanziaria europea*, cit., 356 ss.; W. BLAIR, *Board of Appeal of The European Supervisory Authorities*, in *European Business Law Review*, 2013, 164 ss.

⁽²⁴⁾ Recante «Regolamento di attuazione dell'art. 32 *ter*, 2° comma, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernente l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF)» e modificata, da ultimo, dalla delibera n. 21867 del 26 maggio 2021.

regolamento sui procedimenti per l'adozione di atti di regolazione generale ⁽²⁵⁾.

L'art. 32 *ter* delinea i principi generali della materia, prescrivendo l'obbligatorietà del meccanismo di risoluzione stragiudiziale delle controversie per i soggetti «nei cui confronti la Consob esercita la propria attività di vigilanza (...), nonché i consulenti finanziari autonomi e le società di consulenza finanziaria» e demandando alla fonte regolamentare la definizione della disciplina di dettaglio attraverso la determinazione dei «criteri di svolgimento delle procedure (...) e [dei] criteri di composizione dell'organo decidente, in modo che risulti assicurata l'imparzialità dello stesso e la rappresentatività dei soggetti interessati».

Per quanto riguarda l'organizzazione, l'ACF è composto: *a)* da un Presidente e da due membri scelti dalla Consob; *b)* da un membro designato congiuntamente dalle associazioni degli intermediari maggiormente rappresentative a livello nazionale; *c)* da un membro designato dal Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti (CNCU), previsto dall'art. 136 Codice del consumo ⁽²⁶⁾. L'imparzialità e la terzietà dell'organismo rispetto all'oggetto del contendere sono assicurate già a livello organizzativo attraverso la previsione che dispone la nomina di uno o più supplenti (non solo nei casi di assenza o impedimento ma anche) nelle situazioni di conflitto di interessi ⁽²⁷⁾.

La norma trova un riflesso sul piano funzionale nella disciplina che obbliga i componenti del collegio, una volta investiti di una specifica controversia, di verificare l'inesistenza di eventuali rapporti con le parti o con i loro rappresentanti, che possano minare la loro imparzialità e indipendenza, nonché di interessi personali, diretti

⁽²⁵⁾ Emanato con delibera della Consob n. 19654 del 5 luglio 2016, in applicazione dell'art. 23 l. 28 dicembre 2005, n. 262, e modificato, da ultimo, dalla delibera n. 22203 del 10 febbraio 2022.

⁽²⁶⁾ Cfr. art. 5 (*Composizione del collegio*), 4° comma, regolamento ACF.

⁽²⁷⁾ V. art. 5, 6° comma, regolamento ACF.

o indiretti, relativi all'oggetto della controversia⁽²⁸⁾. Tale obbligo persiste durante lo svolgimento del procedimento⁽²⁹⁾.

Analogamente, le norme che subordinano la nomina dei componenti⁽³⁰⁾ al possesso di requisiti «di specifica e comprovata competenza ed esperienza»⁽³¹⁾ e che la escludono per coloro che, a causa di pregressi rapporti di lavoro⁽³²⁾, potrebbero avere un qualche interesse nella controversia, assicurano l'indipendenza funzionale dell'organismo sia rispetto all'autorità presso la quale è incardinato, sia rispetto alle associazioni degli intermediari e dei consumatori che sono rappresentate nella sua composizione.

Il collegio è supportato da una segreteria tecnica, alla quale spettano compiti di natura ausiliaria, tra cui: l'assistenza al Presidente e al collegio; la cura degli adempimenti necessari per la costituzione e il funzionamento del collegio e l'ordinato e corretto svolgimento dei procedimenti; la definizione dei contenuti del sito *web*

⁽²⁸⁾ Cfr. art. 7 (*Funzionamento del collegio ed obblighi dei componenti*), 2° comma, regolamento ACF.

⁽²⁹⁾ V. art. 7, 3° comma, regolamento ACF.

⁽³⁰⁾ Scelti tra le seguenti categorie: a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori; dottori commercialisti iscritti nella Sezione A) dell'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili da almeno dodici anni; b) notai con almeno sei anni di anzianità di servizio; magistrati ordinari, in servizio da almeno dodici anni o in quiescenza; magistrati amministrativi e contabili con almeno sei anni di anzianità di servizio o in quiescenza; c) professori universitari di ruolo in materie giuridiche o economiche in servizio o in quiescenza; dirigenti dello Stato o di autorità indipendenti con almeno venti anni di anzianità di servizio laureati in discipline giuridiche o economiche, in servizio o in quiescenza: cfr. art. 6 (*Requisiti di professionalità e di onorabilità*), 1° comma, regolamento ACF).

⁽³¹⁾ Cfr. art. 5, 1° comma, regolamento ACF.

⁽³²⁾ Come, ad esempio, l'aver ricoperto cariche sociali o l'aver svolto attività di lavoro subordinato o l'aver comunque operato sulla base di rapporti che ne abbiano determinato l'inserimento nell'organizzazione aziendale, nei due anni precedenti, presso gli intermediari e le loro associazioni o presso le associazioni di consumatori; l'essere dipendenti in servizio della Consob che, nei due anni precedenti, siano stati preposti o assegnati a unità organizzative con funzioni di vigilanza ovvero sanzionatorie nelle materie di competenza dell'ACF (cfr. artt. 5, 2° comma, e 6, 2° comma, regolamento ACF).

dell'ACF; il compimento delle attività connesse alla redazione della relazione annuale ⁽³³⁾.

In realtà, la rilevanza strategica del ruolo della segreteria tecnica emerge soprattutto dai compiti che essa svolge nell'ambito del singolo procedimento, funzionali a riequilibrare la posizione delle parti, a porre l'investitore nelle condizioni di far valere il suo diritto leso e finanche a creare degli 'spazi' di dialogo nell'ambito del procedimento.

Si tratta di funzioni introdotte, o comunque rafforzate, dalla delibera della Consob n. 21867 del 26 maggio 2021 e che appaiono idonee ad attuare il disegno che sorregge la riforma, ovvero aprire nel procedimento dinnanzi all'ACF un canale di comunicazione diretto tra l'intermediario e l'investitore per la ricerca di una soluzione consensuale della controversia.

Il ruolo della segreteria tecnica consente, dunque, all'investitore di correggere, sul piano della tutela, quella condizione di debolezza endemica che lo stesso sconta nel rapporto contrattuale con l'intermediario, e a dargli tutto il supporto necessario per usufruire al meglio dello strumento stragiudiziale. Va in questa direzione la norma che attribuisce alla segreteria tecnica, in sede di valutazione della ricevibilità del ricorso e laddove ne ravvisi la necessità, il compito di invitare «il ricorrente a trasmettere eventuali integrazioni o chiarimenti entro un termine di dieci giorni», con la conseguenza che il termine originario entro il quale il ricorso deve essere trasmesso all'intermediario inizia a decorrere «dalla scadenza del termine concesso al ricorrente per la trasmissione di integrazioni o chiarimenti» ⁽³⁴⁾.

A ciò si aggiungano: le funzioni relative alla verifica preliminare della ricevibilità o inammissibilità del ricorso che, qualora abbia esito negativo, comporta l'obbligo di informare il Presidente del collegio ⁽³⁵⁾; quelle inerenti alla formazione e alla conservazione del fa-

⁽³³⁾ Cfr. art. 9 (*Segreteria tecnica*) regolamento ACF.

⁽³⁴⁾ V. art. 11, 2° comma, regolamento ACF.

⁽³⁵⁾ Cfr. art. 11, 3° comma, regolamento ACF.

sicolo istruttorio, che viene comunicato alle parti e reso disponibile sul sito *web* dell'ACF ⁽³⁶⁾, e alla predisposizione di una relazione per il collegio sui fatti oggetto della controversia ⁽³⁷⁾; quelle riguardanti le numerose comunicazioni alle parti per lo svolgimento del procedimento contenzioso; il compito di assistere alle riunioni del collegio e di redigere il verbale; la competenza a verificare l'esecuzione delle decisioni dell'ACF e, nel caso in cui l'intermediario sia inadempiente, a promuovere il relativo procedimento sanzionatorio ⁽³⁸⁾.

3. *Il procedimento dinanzi all'ACF e le sue fasi.* – Il procedimento davanti all'ACF ricalca, sotto il profilo strutturale delle fasi in cui è articolato e dei principi che lo governano, il modello generale dei procedimenti contenziosi, tra i quali i ricorsi amministrativi rappresentano, anche per ragioni storiche, l'esempio paradigmatico ⁽³⁹⁾.

L'atto introduttivo ha la forma del ricorso, che deve essere proposto «entro un anno dalla data di presentazione del reclamo

⁽³⁶⁾ V. art. 11, 7° comma, regolamento ACF.

⁽³⁷⁾ Cfr. art. 11, 7° comma, regolamento ACF.

⁽³⁸⁾ V. art. 16 (*Esecuzione della decisione*), 2° comma, regolamento ACF.

⁽³⁹⁾ La natura contenziosa e decisorio-aggiudicativa del procedimento davanti all'ACF trova conferma anche in giurisprudenza: cfr. Trib. Roma, sez. XVI, 8 marzo 2022, n. 3654. Sui caratteri dei ricorsi amministrativi, si rinvia a A.M. SANDULLI, voce *Ricorso amministrativo*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 975 ss.; P. VIRGA, *I ricorsi amministrativi*, Milano, 1972; G. PALEOLOGO, *La riforma dei ricorsi amministrativi*, Milano, 1975; L. MIGLIORINI, *Ricorsi amministrativi*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 684 ss.; A. TRAVI, voce *Ricorsi amministrativi*, in *Dig. it. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2001, 382 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, cit., 70 ss.; ID., *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma e valorizzazione del ricorso gerarchico improprio*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 175 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 747 ss.; C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2019, 1 ss.; M. IMMORDINO, *I ricorsi amministrativi*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VIII ed., Torino, 2020, 661 ss.; G. LEONE, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, V ed., Padova, 2020, 557 ss.

all'intermediario»⁽⁴⁰⁾, inteso come qualsiasi comunicazione scritta presentata con modalità che assicurino la certezza della data di inoltro e di ricezione (ad esempio, raccomandata con avviso di ricevimento, fax o *e-mail*) con cui l'investitore, identificandosi con chiarezza, contesta all'intermediario un comportamento o un'omissione, correlati alla violazione dei canoni di condotta prescritti dalla legge, che ritiene ingiusti⁽⁴¹⁾.

Se il reclamo ha dato esito negativo o l'intermediario non ha risposto nel termine di sessanta giorni, l'investitore può presentare ricorso all'ACF⁽⁴²⁾. Per effetto delle modifiche introdotte dalla delibera della Consob n. 21867 del 26 maggio 2021, il ricorso «è trasmesso attraverso il sito *web* dell'Arbitro e predisposto utilizzando il relativo modulo, secondo le istruzioni operative disponibili sul medesimo sito»⁽⁴³⁾. I ricorsi e la documentazione trasmessi in forme diverse «non sono presi in considerazione»⁽⁴⁴⁾. La modulistica disponibile sul sito *web* dell'ACF è utilizzata anche per altre fasi del procedimento e viene trasmessa sempre attraverso il medesimo sito⁽⁴⁵⁾. Più in particolare, si fa riferimento sia alla fase iniziale di accertamento delle condizioni di ricevibilità e ammissibilità del ricorso, nel caso in cui il ricorrente venga invitato dalla segreteria tecnica a trasmettere, entro il termine di dieci giorni, eventuali integrazioni e chiarimenti per evitare che il ricorso venga dichiarato irricevibile o inammissibile⁽⁴⁶⁾, sia alla fase centrale, dedicata all'instaurazione del contraddittorio procedimentale, che si articola nella

⁽⁴⁰⁾ Cfr. art. 10, 3° comma, regolamento ACF.

⁽⁴¹⁾ G. FINOCCHIARO, *Arbitro per le controversie finanziarie*, in *Il libro dell'anno del diritto 2019*, Roma, 2019, <<https://www.treccani.it>>, 8 (del documento *online*).

⁽⁴²⁾ Cfr. art. 10, 2° comma, lett. b), regolamento ACF.

⁽⁴³⁾ V. art. 11, 1° comma, prima parte, regolamento ACF.

⁽⁴⁴⁾ V. art. 11, 1° comma, seconda parte, regolamento ACF.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 11, 1° *bis* comma, regolamento ACF.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. art. 11, 2° comma, cui rinvia il 1° *bis* comma dello stesso articolo del regolamento ACF.

presentazione delle deduzioni dell'intermediario, delle controdeduzioni dell'investitore e della replica dell'intermediario ⁽⁴⁷⁾.

Il ricorso può contenere una domanda di risarcimento del danno per inadempimento o anche di restituzione di somme di denaro oppure, più semplicemente, una domanda volta ad ottenere l'adempimento di uno specifico obbligo rimasto inadempito (ad esempio, la mancata consegna della documentazione relativa ad un rapporto contrattuale) ⁽⁴⁸⁾.

È ammesso solo il risarcimento dei danni che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o della violazione da parte dell'intermediario degli obblighi di condotta gravanti su di esso, con esclusione dei danni non patrimoniali (ad esempio, danni morali) ⁽⁴⁹⁾. Nel caso in cui la richiesta riguardi una somma di danaro, essa non può superare i 500.000 euro, che rappresenta la soglia massima di competenza dell'ACF ⁽⁵⁰⁾. Qualora il danno sia astrattamente superiore, è comunque possibile presentare ricorso all'ACF a condizione, però, che la domanda risarcitoria sia contenuta entro tale soglia.

L'assonanza con i procedimenti contenziosi si coglie già dall'atto introduttivo, che ha la forma del ricorso, e dall'accertamento delle condizioni di ricevibilità e di ammissibilità del ricorso stesso.

Le prime sono elencate dall'art. 10 regolamento ACF, il quale stabilisce che il ricorso può essere proposto: solo dall'investitore, personalmente oppure a mezzo di associazione di categoria o tramite procuratore; se non sono pendenti altre procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie oppure procedimenti arbitrali o giurisdizionali, a meno che non vi sia stata la dichiarazione di improcedibilità del ricorso o se la mediazione obbligatoria non sia an-

⁽⁴⁷⁾ V. art. 11, 4°, 5° e 6° comma, cui rinvia il 1° *bis* comma dello stesso articolo del regolamento ACF.

⁽⁴⁸⁾ Come precisato dall'ACF nella *Relazione sull'attività svolta nel corso del 2022*, 78.

⁽⁴⁹⁾ Ancora ACF, *Relazione sull'attività svolta nel corso del 2022*, cit., *ibidem*.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. art. 4, 2° comma, regolamento ACF.

data a buon fine ⁽⁵¹⁾; se è stato presentato reclamo all'intermediario oppure se, dopo sessanta giorni dalla sua presentazione, questi sia rimasto in silenzio; se sulla medesima controversia non vi sia già una decisione dell'ACF o una sentenza del giudice, anche se non passata in giudicato, o un lodo arbitrale; se il ricorso sia presentato con modalità diverse da quelle esaminate in precedenza; se è proposto oltre il termine di un anno dalla data di presentazione del reclamo all'intermediario.

Come si può notare agevolmente, le condizioni di ricevibilità del ricorso previste dal regolamento ACF sono numericamente maggiori di quelle previste dal codice del processo amministrativo che, invece, si limita ad attribuire al giudice il potere/dovere di dichiarare, anche d'ufficio, il ricorso irricevibile «se accerta la tardività della notificazione o del deposito» ⁽⁵²⁾.

Poiché l'ACF è uno strumento alternativo al processo e ad altri rimedi stragiudiziali, l'aggiunta di ulteriori condizioni di ricevibilità del ricorso legate alla pendenza di ulteriori procedimenti è supportata da un duplice ordine di ragioni: da un lato, evitare che lo strumento stragiudiziale sia usato inutilmente, qualora la definizione della controversia sia stata già affidata al processo; dall'altro, scongiurare il pericolo di un 'contrasto' tra decisioni adottate all'esito di procedimenti differenti.

Le condizioni di ammissibilità sono elencate, in negativo, dall'art. 12, 2° comma, regolamento ACF, per il quale il ricorso è

⁽⁵¹⁾ Si noti che art. 10, 2° comma, lett. a), regolamento ACF rinvia all'art. 5, 1° *bis* comma, d.lgs. n. 28 del 2020 che, tuttavia, è stato soppresso in virtù della riscrittura dell'intero art. 5 ad opera dell'art. 7, 1° comma, lett. d) d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, recante «Attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata». Il riferimento deve, dunque, essere inteso ai 1° e 2° comma del novellato art. 5, che contengono l'elenco delle controversie per le quali la mediazione è obbligatoria e disciplinano il potere del giudice dinanzi al quale è stato presentato il ricorso di accertare l'esperimento della mediazione.

⁽⁵²⁾ Cfr. art. 35, 1° comma, lett. a), c.p.a., dedicato alle pronunce di rito.

inammissibile quando: non contiene la determinazione della cosa oggetto della domanda (c.d. *petitum*) e l'esposizione dei fatti e delle ragioni su cui essa si fonda (c.d. *causa petendi*); la controversia esula dalla competenza dell'ACF; l'intermediario non riveste la posizione di legittimato passivo della controversia; la qualifica di intermediario non sussiste al momento della presentazione del ricorso.

L'irricevibilità o l'inammissibilità del ricorso sono dichiarate dal Presidente e comunicate alle parti entro il termine di ventuno giorni decorrente dalla data di presentazione del ricorso o dalla scadenza del termine (non superiore a dieci giorni) per il soccorso istruttorio⁽⁵³⁾.

Ove sia ritenuto ricevibile e ammissibile, «il Presidente dà incarico alla segreteria tecnica di proseguire con l'istruttoria del procedimento mediante la trasmissione del ricorso all'intermediario»⁽⁵⁴⁾. Si tratta di un atto di impulso che dà avvio alla fase istruttoria, che vede protagonista la segreteria tecnica ed è regolata dal principio del contraddittorio.

Entro trenta giorni dalla ricezione del ricorso, l'intermediario presenta «le proprie deduzioni, corredate di tutta la documentazione afferente al rapporto controverso», alle quali il ricorrente, nei successivi quindici giorni, può controbattere con deduzioni integrative e l'intermediario ulteriormente replicare nel termine di quindici giorni. È prevista la possibilità per il collegio di chiedere, attraverso la segreteria tecnica, che le parti forniscano «ulteriori elementi informativi e documenti entro un termine perentorio non inferiore a sette giorni»⁽⁵⁵⁾.

Seppur caratterizzata da una certa sommarietà, l'istruttoria nel procedimento davanti all'ACF è modellata sui principi generali di carattere processuale. La natura contenziosa del procedimento e la sua funzione di strumento di tutela dei diritti impone, infatti, una

⁽⁵³⁾ Cfr. art. 14 (*Termini per la conclusione del procedimento*), 5° comma, regolamento ACF.

⁽⁵⁴⁾ V. art. 11, 3° comma, regolamento ACF.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 11, 8° comma, regolamento ACF.

struttura rigida, senza perciò accontentarsi di un generico rinvio ai poteri conciliatori o mediatori dell'arbitro.

Le disposizioni richiamate ricalcano, da un lato, le norme del processo amministrativo che pongono a carico delle parti l'onere della prova e, dall'altro, quelle che attribuiscono al giudice poteri officiosi, tra le quali spicca per similitudine, anche lessicale, l'art. 63, 1° comma, c.p.a., secondo cui «il giudice può chiedere alle parti anche d'ufficio chiarimenti o documenti».

Nell'istruttoria davanti all'ACF convivono dunque il principio dispositivo e il metodo acquisitivo, allo scopo di riequilibrare la posizione delle parti, analogamente a quanto accade nel processo amministrativo, dove l'applicazione dell'uno o dell'altro è regolata dal principio della disponibilità (o prossimità, o vicinanza) della prova, enunciato dall'art. 64, 1° comma, c.p.a., che grava le parti dell'«onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità riguardanti i fatti posti a fondamento delle domande e delle eccezioni»⁽⁵⁶⁾. La ragione risiede nel fatto che il procedimento davanti all'ACF e il processo amministrativo hanno ad oggetto rapporti caratterizzati da un certo squilibrio, seppur intercorrenti tra soggetti di natura giuridica diversa (privati nel primo, privati e pubblici nel secondo).

Pertanto, «le parti hanno l'onere di provare tutto quanto possono concretamente dimostrare, mentre quando questa possibilità

⁽⁵⁶⁾ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, procedimento e processo*, in ID., *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 756 ss., 773, il quale rileva che il codice del processo amministrativo ha recepito un orientamento che si era affermato nella giurisprudenza a partire almeno dagli anni Novanta nei casi in cui una delle parti «in concreto (ha) la piena disponibilità della prova». Nello stesso senso, F. SATTÀ, *Vicinanza alla prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 911 ss. Più in generale, sul principio dispositivo e sul metodo acquisitivo nell'istruttoria processuale dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, cfr. M. SICA, *L'istruttoria probatoria nel processo amministrativo tra principio dispositivo e poteri officiosi*, in AIPDA, *Annuario 2012. Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Atti del convegno annuale, Trento, 5-6 ottobre 2012, Napoli, 2013, 131 ss.

non sussiste continua ad applicarsi l'onere del principio di prova, e rientrano in gioco i poteri istruttori officiosi del giudice»⁽⁵⁷⁾.

Al riguardo, è stato correttamente rilevato che proprio la «circo- stanza di un'indiscutibile – quanto istituzionale – disparità delle parti processuali» giustifica l'ingresso nel procedimento della regola della c.d. vicinanza della prova, costruita sull'«appartenenza all'intermediario del prodotto su cui appunto si controverte» e sulla «estraneità del cliente rispetto al detto oggetto dalla lite (ovvero lontananza del cliente dal prodotto)»⁽⁵⁸⁾. L'applicazione di tale regola, da un lato, garantisce al soggetto 'distante' dalla prova, l'effettivo diritto alla tutela giurisdizionale delle proprie posizioni soggettive, sancito dall'art. 24 Cost., strumentale alla realizzazione dei diritti fondamentali di cui all'art. 2 Cost.; dall'altro, rispetto al soggetto 'vicino', è dato notare come si valorizzi la prospettiva del dovere di solidarietà, anch'esso enunciato dall'art. 2 Cost., che si configura, a sua volta, quale mezzo di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° comma, Cost.⁽⁵⁹⁾.

L'esercizio dei poteri officiosi è (anche) funzionale a rilevare una causa di nullità contrattuale; in questo caso, il collegio tecnico stimola il contraddittorio delle parti, invitandole a presentare osservazioni, al fine di verificare se l'investitore intenda effettivamente valersene, qualora si tratti di una causa di nullità che può essere fatta valere solo dallo stesso⁽⁶⁰⁾.

L'istruttoria davanti all'ACF è solo documentale: non sono ammesse consulenze, audizioni e prove testimoniali. Ciò dipende dal fatto che l'oggetto del procedimento è 'cartolare', basandosi su contratti finanziari altamente formalizzati.

⁽⁵⁷⁾ Così G. MANFREDI, *Attualità e limiti del metodo acquisitivo nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 578 ss., 591.

⁽⁵⁸⁾ A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR Consob»*, in *Banca*, 2016, 251 ss., spec. 271. Più in generale, sul radicamento della regola della c.d. vicinanza della prova nel comparto finanziario, EID., *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, *ivi*, 2014, 679 e *ivi* nt. 17.

⁽⁵⁹⁾ A.A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Sul nuovo «ADR Consob»*, *cit.*, 279.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. art. 11, 9° comma, regolamento ACF.

Durante il procedimento, possono verificarsi alcune vicende anomale, che ne determinano l'interruzione o l'estinzione⁽⁶¹⁾.

La prima viene dichiarata d'ufficio dal Presidente quando, sui medesimi fatti oggetto della controversia, venga avviata un'altra procedura di risoluzione stragiudiziale, come la mediazione. In questo caso il buon esito di quest'ultima potrebbe essere frustrato dal sopravvenire di una decisione dell'ACF che riconoscesse, sia pur senza efficacia vincolante, la fondatezza delle pretese di una delle parti: si tratterebbe, infatti, di un forte disincentivo per la parte che ha vinto a 'giungere a patti' con il proprio avversario.

L'estinzione si verifica quando: è stato avviato un procedimento giurisdizionale o arbitrale; il ricorrente rinuncia al ricorso con atto espresso; l'intermediario, prima della deliberazione finale, prova, per iscritto, il raggiungimento di un accordo con l'investitore o comunque la piena soddisfazione della sua pretesa. Al pari dell'interruzione, l'estinzione viene dichiarata d'ufficio dal Presidente che è privo di ogni discrezionalità sull'*an* della dichiarazione. La ragione potrebbe essere agevolmente rinvenuta nella natura contenziosa del procedimento, che esclude qualsiasi concorrenza con un eventuale procedimento giurisdizionale o para-giurisdizionale⁽⁶²⁾.

Di regola, il procedimento si conclude nel termine di novanta giorni decorrente dal momento in cui la segreteria tecnica ha completato la formazione del fascicolo.

⁽⁶¹⁾ V. art. 13 (*Interruzione ed estinzione del procedimento*), regolamento ACF.

⁽⁶²⁾ È interessante notare che, nel procedimento davanti all'ABF, invece, il Presidente del collegio *può* dichiarare l'estinzione nel caso in cui la controversia sia sottoposta all'autorità giudiziaria ovvero a giudizio arbitrale nel corso del procedimento. La ragione sarebbe rinvenibile nella natura prognostico-deflattiva che alcuni attribuiscono a tale procedimento. Cfr. C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., 125, per i quali esso avrebbe la finalità (non tanto di risolvere autoritativamente una controversia, quanto piuttosto) di «prevenirne l'insorgenza (stroncando sul nascere il possibile suo approdo giudiziario), facendo vedere subito alle parti quale sarebbe l'esito verosimile della lite una volta che un (vero) giudice fosse investito della domanda giudiziale».

Tuttavia, il regolamento ACF prevede la possibilità che il Presidente o il collegio possano disporre una proroga, prima della sua scadenza e per un periodo non superiore a novanta giorni, sia «qualora lo richieda la particolare complessità o novità delle questioni trattate» ⁽⁶³⁾, sia quando il collegio chieda alle parti di fornire ulteriore materiale probatorio ⁽⁶⁴⁾. In entrambi i casi la proroga è comunicata alle parti a cura della segreteria tecnica.

4. Il contenuto, la natura giuridica e gli effetti della decisione finale.

– Con esclusione delle ipotesi in cui siano pronunciate l'irricevibilità o l'inammissibilità del ricorso, il procedimento davanti all'ACF si conclude con una decisione deliberata dal collegio nel termine di novanta giorni decorrente dalla data in cui la segreteria tecnica ha ultimato la formazione del fascicolo, fatti i salvi i casi di proroga. L'esito del procedimento «può essere comunicato [alle parti] mediante il solo invio del dispositivo» e, in questo caso, «la decisione corredata della relativa motivazione è trasmessa alle parti entro i successivi trenta giorni» ⁽⁶⁵⁾.

La decisione deve essere deliberata dal collegio «applicando le norme giuridiche che disciplinano la materia e tenendo conto degli atti di carattere generale emanati dalla Consob e dall'AESFEM [Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati] ovvero da altre Autorità di vigilanza nazionali ed europee, delle linee guida delle associazioni di categoria validate dalla Consob, dei codici di condotta delle associazioni di categoria ai quali l'intermediario aderisce» ⁽⁶⁶⁾.

Nella ricostruzione dei fatti e nella decisione della controversia, il collegio si basa sulla documentazione prodotta dalle parti e, in

⁽⁶³⁾ V. art. 14, 2° comma, regolamento ACF.

⁽⁶⁴⁾ Cfr. art. 11, 8° comma, regolamento ACF.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. art. 14, 1° comma, regolamento ACF.

⁽⁶⁶⁾ Cfr. art. 15 (*Decisione*), 1° comma, regolamento ACF.

particolare, dell'intermediario, sul quale grava l'obbligo di depositare «*tutta* la documentazione afferente al rapporto controverso» ⁽⁶⁷⁾.

L'atto con cui il collegio conclude il procedimento giustiziale è definito dal regolamento ACF, in alcuni casi, come «decisione» e, in altri, come «pronuncia» ⁽⁶⁸⁾. La definizione normativa non risolve, tuttavia, il problema di chiarire quale sia la natura giuridica di tali atti, e dunque, di stabilire se si tratti di provvedimenti amministrativi, di sentenze o di qualcosa di diverso.

Da un'analisi delle caratteristiche concrete emerge che le decisioni dell'ACF: sono motivate; sono irrevocabili, nel senso che non possono essere oggetto di riesame da parte dello stesso organo né di altra autorità amministrativa o giurisdizionale; è ammessa solo la correzione di errori materiali; non precludono un intervento nella stessa materia dell'autorità giudiziaria; sono emanate da un organo amministrativo contenzioso, di natura collegiale, incardinato presso un'autorità indipendente; presentano un 'nucleo comune', costituito dal contenuto di accertamento della conformità o difformità rispetto alla legge della condotta dell'intermediario, che, nel caso di accoglimento del ricorso, si arricchisce della condanna al risarcimento del danno patito dall'investitore ⁽⁶⁹⁾; hanno la funzione di 'precedenti' nei reclami presentati davanti agli intermediari ⁽⁷⁰⁾, contribuendo così allo sviluppo dell'ordinamento finanziario ⁽⁷¹⁾; se di

⁽⁶⁷⁾ V. art. 11, 8° comma, regolamento ACF (evidenziazione nel testo aggiunta).

⁽⁶⁸⁾ Alla «decisione» fanno riferimento, ad esempio, la rubrica e il 3° e 3° *bis* comma dell'art. 15, la rubrica e il 1°, 2°, 3°, 3° *bis* e 4° comma dell'art. 16, la rubrica e il 1° comma dell'art. 17; invece, alla «pronuncia» il 1° comma dell'art. 15 del regolamento ACF.

⁽⁶⁹⁾ In questi termini, A. CASSATELLA, *Las A.D.R. y la protección de los inversores en Italia: el caso del Árbitro de las controversias financieras de la Consob*, cit., 178.

⁽⁷⁰⁾ L'art. 3, 4° comma, lett. b), regolamento ACF dispone, infatti, che gli intermediari «assicurano che i reclami ricevuti vengano valutati anche alla luce degli orientamenti desumibili dalle decisioni assunte dall'Arbitro (...)».

⁽⁷¹⁾ Profilo colto da G. FINOCCHIARO, *Arbitro per le controversie finanziarie*, cit., 10.

accoglimento, sono dotate di effetti giuridici e di forza esecutiva peculiare.

La stabilità delle decisioni dell'ACF e la procedura di elaborazione porterebbe ad assimilarle alle sentenze, dalle quali, però, si distinguono per la mancanza di effetto preclusivo altrimenti proprio del giudicato. Infatti, come meglio si chiarirà in seguito, la definizione della controversia non impedisce la proposizione di un ricorso giurisdizionale né alle parti di raggiungere un accordo sulle modalità di adempimento della decisione.

Più corretto sembrerebbe allora qualificare tali atti come decisioni amministrative, categoria dai confini fluidi e incerti, storicamente risalente ⁽⁷²⁾, costruita su due concetti estremamente contro-

⁽⁷²⁾ La nozione di decisione amministrativa si deve alla dottrina tedesca agli inizi del Novecento. In Italia, il primo a parlare di decisioni amministrative fu Cino Vitta, che, sulla scia della dottrina tedesca, delineò una categoria di atti amministrativi, definiti ricognitivi, nell'ambito della quale distinse la figura delle decisioni, come atti che riconoscono o dichiarano se un atto o un comportamento è conforme alla legge, e talora anche all'opportunità (C. VITTA, *Nozione degli atti amministrativi e loro classificazione*, in *Giur. it.*, 1906, IV, 183 ss.). La dottrina successiva cercò di porre il tratto qualificante della categoria concettuale al di fuori dell'ambito degli accertamenti, seppur con teorizzazioni differenti che non è possibile richiamare in questa sede se non per sommi capi. Alcuni si concentrarono sulla differenza strutturale tra accertamento in senso tecnico e decisione, concludendo che il primo poteva configurarsi solo a proposito di atti e fatti produttivi di effetti preclusivi e la seconda aveva la funzione di determinare il contenuto della volontà del provvedimento amministrativo (M.S. GIANNINI, voce *Accertamento (diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. I, Milano, 1958, 220; ID., *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in *Foro it.*, 1952, IV, 169 ss.; ID., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 440). Altri ricollegarono la categoria delle decisioni all'autotutela, intesa, secondo la definizione tradizionale, come l'attività amministrativa con la quale la pubblica amministrazione risolveva i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti e alle sue pretese. Le decisioni sarebbero state, in sostanza, atti tipici dell'autotutela che si esplicavano attraverso provvedimenti amministrativi (F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 2006, 1781 ss.). Solo alcuni anni dopo, grazie al contributo di Mario Nigro, le decisioni amministrative trovarono una propria autonomia concettuale e una precisa collocazione sistematica. L'a. elaborò una definizione unificante, classificò le principali specie, ne delineò i requi-

versi, quello di accertamento amministrativo e quello di procedimento contenzioso ⁽⁷³⁾.

La nozione viene tradizionalmente impiegata per indicare gli «atti amministrativi di accertamento, formati in modo contenzioso, e cioè mediante un procedimento costruito in modo tale da dar rilievo [...] ad un conflitto d'interessi (giuridicizzati o no) o d'opinioni fra gli amministrati, o fra l'autorità ed uno o più amministrati, che essi atti si volgono a risolvere, così accertando l'applicabilità della legge ad un caso concreto e determinando, talvolta, anche le modalità di applicazione della legge stessa» ⁽⁷⁴⁾.

Ripercorrendo brevemente i tratti qualificanti delle decisioni amministrative, esse si caratterizzano per la condizione di imparzialità degli autori rispetto all'attività esercitata, per la previsione di un *quorum* strutturale ai fini della valida formazione del collegio, per l'osservanza dei principi e delle regole che conferiscono struttura contenziosa al procedimento (ad esempio, in tema di contraddittorio rafforzato o di istruttoria più ampia, ecc.), per la necessità di una motivazione e, infine, per la loro irrevocabilità ⁽⁷⁵⁾.

Alla luce di ciò, appare possibile concludere che le decisioni dell'ACF presentano pressoché tutte le caratteristiche delle decisioni amministrative e, dunque, possono essere inquadrate a pieno titolo in tale categoria.

Esse si configurano come provvedimenti amministrativi *sui generis*. Pur essendo emanate da organi incardinati presso autorità

siti soggettivi e oggettivi, il contenuto e gli effetti giuridici (M. NIGRO, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1962, 810 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1996, 500 ss.).

⁽⁷³⁾ Così ID., voce *Decisione amministrativa*, cit., 502.

⁽⁷⁴⁾ ID., *op. ult. cit.*, 501.

⁽⁷⁵⁾ Ancora ID., *op. ult. cit.*, 517 ss. L'a. precisa, a proposito dell'irrevocabilità, che tale carattere discende sia dalla struttura dichiarativa delle decisioni, sia «dal fatto che la potestà degli organi contenziosi si esercita e si esaurisce con la formulazione dell'accertamento», giacché «una volta adempiuto tale specifico compito, gli organi contenziosi non hanno più alcun potere rispetto al rapporto di cui si tratta, e nemmeno quindi il potere di revoca dell'accertamento».

amministrative, presentano un grado di stabilità maggiore, giacché sottratte al potere di riesame. Inoltre, sono emanate all'esito di un'istruttoria che, a differenza di quella procedimentale, non ha lo scopo «di acquisire i fatti necessari a palesare ed identificare correttamente gli interessi compresenti in quel procedimento, siano essi pubblici che privati, in modo che si possa individuare su tali basi il concreto interesse pubblico da curare»⁽⁷⁶⁾, bensì la funzione di raccogliere le prove proposte dalle parti, affinché il collegio tecnico, estraneo alla prova, possa liberamente valutarle e decidere chi ha torto e chi ha ragione. Le decisioni dell'ACF conseguono ad un'attività di applicazione delle norme al caso concreto, diversamente dai provvedimenti sono il frutto di un processo di 'creazione' della 'norma' concreta da seguire⁽⁷⁷⁾, che deve essere pubblico, partecipato e motivato. Infine, anche la motivazione costituisce un riflesso della peculiarità delle decisioni dell'ACF rispetto al provvedimento: la motivazione di questi ultimi è, infatti, esplicitazione di quel processo creativo, componente sostanziale che sorregge il provvedimento⁽⁷⁸⁾, essenza della funzione⁽⁷⁹⁾, espressione di una 'responsabilità funzionale' rispetto alla scelta di una determinata decisione che assicura, in concreto, la realizzazione di determinati effetti giuridici e che trova la propria fonte nell'art. 97, 2° comma,

⁽⁷⁶⁾ Così I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione e «potere» dell'amministrazione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. II, Napoli, 2005, 1489 ss., 1502.

⁽⁷⁷⁾ V. OTTAVIANO, *Studi sul merito degli atti amministrativi*, in *An. dir. comp.*, 1947, 368 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 267 ss., 286.

⁽⁷⁸⁾ Ancora I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione e «potere» dell'amministrazione*, cit., 1507.

⁽⁷⁹⁾ Per questa prospettiva, G. COCOZZA, *Contributo a uno studio sulla motivazione del provvedimento come essenza della funzione amministrativa*, Napoli, 2020, 257 ss., prec. 352, per il quale «[i]l carattere di essenza della funzione nella prospettiva di giustificazione del potere cui si connette la garanzia come elemento ineliminabile (...), riportano, quasi in maniera inevitabile, all'idea di un tempo pregresso, secondo la quale vi è una *pretesa* alla motivazione, che è diritto e interesse».

Cost. ⁽⁸⁰⁾; al contrario, la motivazione delle decisioni dell'ACF, appare più vicina alle sentenze, estrinsecando i presupposti logici, tec-

⁽⁸⁰⁾ Così A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 249 ss. L'a. precisa, innanzitutto, che «per 'responsabilità' non si intende in questo studio tanto la doverosa soggezione dell'agente alle conseguenze sanzionatorie derivanti da un'azione pregressa, quanto la necessaria condizione dell'organo cui è attribuito l'esercizio di una determinata funzione rispetto ad un fatto da compiere, o ad un fatto che si va compiere, o ad un fatto che si va compiendo in attesa di conformità ad essa». Conclude, poi, che la motivazione, «intesa come un 'discorso' avente ad oggetto sia l'individuazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione che la loro qualificazione giuridica», rappresenta, dal punto di vista strutturale, «la assunzione *ex ante* ed in concreto delle responsabilità derivanti dalla decisione», giacché «viene a coincidere con la 'autoimputazione' delle conseguenze della decisione (*Verantwortung-responsibility*), cui andrà correlato il successivo ed eventuale dovere di rispondere di tutte le implicazioni della condotta (*Haftung-liability-accountability*), nei limiti entro cui il diritto conferisce rilevanza alla responsabilità *ex post* della p.a.» (qui 265). Da ciò deriva la distinzione tra «una funzione 'primaria'» della motivazione, che «si identifica nella finalità 'speculativa' dell'enunciato motivante, ossia nella sua attitudine ad individuare tutti gli elementi rilevanti dell'alternativa decisionale prescelta, rispetto alla quale viene rivendicata la responsabilità di una determinata tipizzazione del potere», e «una serie di funzioni 'secondarie' [che] finiscono invece per coincidere con le molteplici finalità tradizionalmente attribuite all'istituto», quali «[la] funzione di garanzia per il destinatario dell'atto lesivo, in cui tornano in gioco il principio di giustiziabilità cui fanno riferimento gli artt. 24 e 113 Cost., il modello relazionale e la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la Carta di Nizza; [la] funzione di autocontrollo dell'agire amministrativo, da riferire ad atti a contenuto tecnico-discrezionale o discrezionale, dove rilevano le esigenze di imparzialità e ragionevolezza, cui si riferiscono l'art. 97, comma 2, Cost. e la concezione dinamica; [la] funzione comunicativa, nei confronti di terzi e della collettività, volta ad esplicitare il contenuto della decisione, in modo da agevolare tanto il controllo di superiori gerarchici od organi di indirizzo politico quanto il sindacato di opinione pubblica, dove assumono rilevanza i valori di pubblicità, trasparenza e legittimazione dell'agire amministrativo, cui fanno riferimento l'art. 97, comma 2, Cost., l'art. 1 della l. n. 241/1990 e le tesi pluralistiche» (qui 271-2). Più di recente, ID., *Il dovere di motivazione degli atti amministrativi. Trent'anni dopo*, in A. BARTOLINI, T. BONETTI, B. MARCHETTI, B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI (a cura di), *La legge n. 241 del 1990, trent'anni dopo*, Torino, 2021, 62 ss., che sviluppa ulteriormente, sul piano delle ricadute processuali, la prospettiva che individua nella motivazione «non (...) tanto la funzione di spiegare il percorso seguito dalla pubblica amministrazione ai fini della decisio-

nici e giuridici attraverso i quali si è giunti ad una determinata soluzione, allo scopo di verificare l'osservanza delle norme e dei principi processuali ⁽⁸¹⁾.

La parte più interessante della disciplina dell'ACF riguarda la particolarità degli effetti giuridici della decisione di accoglimento del ricorso. Al pari delle decisioni dell'ABF, tali atti sono privi dei caratteri di vincolatività ed esecutività propri di una pronuncia giudiziaria; in particolare, in caso di inadempimento dell'intermediario, non sono suscettibili di esecuzione forzata. Per quanto giuridicamente vincolante, le decisioni dell'ACF producono, sul piano sociale, un effetto conformativo derivante dalla sanzione reputazionale delle eventuali inottemperanze ⁽⁸²⁾. In questo modo, l'effettività del-

ne, ma di specificare gli effetti dell'atto in rapporto alle risultanze dell'istruttoria» (qui 73).

⁽⁸¹⁾ Sulla differente funzione e contenuto della motivazione delle sentenze e dei provvedimenti amministrativi, cfr. G. COCOZZA, *Il difetto di motivazione del provvedimento giurisdizionale e amministrativo. Simmetrie e spunti nei percorsi giurisprudenziali*, in *Il Processo*, in corso di pubblicazione. Sulla motivazione delle sentenze, si veda almeno M. TARUFFO, voce *Motivazione della sentenza (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, vol. XX, Roma, 1990; ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975; ID., *Brevi note sulla motivazione della sentenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 621 ss.; S. EVANGELISTA, voce *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, vol. XXVII, Milano, 1977, 154 ss.; S. MONACI, *L'esperienza della motivazione delle sentenze civili*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 253 ss.; F. CARPI, *La motivazione della sentenza civile è una garanzia effettiva?*, *ivi*, 2022, 763 ss.

⁽⁸²⁾ L'intermediario, entro trenta giorni dalla ricezione della decisione corredata della motivazione, comunica all'ACF gli atti realizzati al fine di conformarsi ad essa attraverso il sito *web* (cfr. art. 16, 1° comma, regolamento ACF). Qualora quest'ultimo sia inadempiente, si apre una fase eventuale che può concludersi con l'applicazione di una 'sanzione' reputazionale. Anche in questa fase la segreteria tecnica riveste un ruolo di rilevanza strategica, giacché è investita del compito di effettuare una 'pre-istruttoria' sulle ragioni del mancato adempimento (cfr. art. 16, 2° comma, regolamento ACF). La mancata conformazione alla decisione può, infatti, derivare, oltre che dalla scelta di non adempiere, anche dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale oppure dall'avvio di negoziazioni tra le parti volte a raggiungere un accordo sull'esecuzione della decisione (si rinvia, su quest'ultimo profilo, al paragrafo 5). Se l'intermediario decide di non eseguire (o di eseguire parzialmente) la decisione, la notizia è pubblicata, a sue spese, per cinque anni sul sito

la tutela degli investitori viene garantita da un *enforcement* di tipo reputazionale (*shame culture*) che, nel settore bancario e finanziario, basato sulla fiducia ed affidabilità degli operatori, acquista una notevole efficacia sanzionatoria e deterrente ⁽⁸³⁾.

La disciplina degli effetti della decisione appare in linea, del resto, con la finalità dell'ACF, che non è quella di sostituirsi al giudice, ma di offrire all'investitore un mezzo di tutela alternativo (e complementare rispetto) al ricorso giurisdizionale che può anche rivelarsi più efficace sotto il profilo della convenienza economica, della celerità e della possibilità di una soluzione consensuale della lite nel corso del procedimento o addirittura nella fase di esecuzione della decisione.

A ciò si aggiunga che l'ACF svolge anche una funzione preventiva nella commissione degli illeciti: la formazione di orientamenti giurisprudenziali consolidati induce gli intermediari, in sede di trat-

web dell'ACF, per sei mesi sul sito *web* dell'intermediario e su due quotidiani a diffusione nazionale, di cui uno economico (cfr. art. 16, 3° comma, regolamento ACF). La notizia del mancato adempimento viene cancellata dal sito *web* dell'ACF e dell'intermediario se la decisione viene adempiuta tardivamente oppure se le parti raggiungono un accordo (cfr. art. 16, 3° *bis* comma, regolamento ACF). Qualora il ricorrente o l'intermediario si rivolgano al giudice, l'ACF pubblica le informazioni relative al procedimento giurisdizionale e al relativo esito. Se il giudizio si conclude in modo diverso e favorevole all'intermediario, l'ACF dispone la cancellazione della notizia dell'adempimento, precisando che l'esito del processo è stato diverso da quello del procedimento stragiudiziale (cfr. art. 16, 4° comma, regolamento ACF).

⁽⁸³⁾ Sia pur con riguardo alle decisioni dell'ABF, N. SOLDATI, *L'Arbitro Bancario Finanziario: la decisione, gli effetti, l'esecuzione*, cit., 141 e ivi nt. 28; M.C. PAGLIETTI, *La riforma delle disposizioni ABF: una riflessione su legittimazione e giustizia procedurale degli Ombudsmen nei mercati regolati*, cit., 165. Sulla rilevanza della fiducia nei mercati finanziari, si veda B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, in *Riv. reg. merc.*, 2020, 312 ss., 322, la quale osserva come in questi settori le autorità di regolazione «operano come riduttori delle asimmetrie, essendo strumentali a garantire i meccanismi fiduciari del mercato».

tazione dei reclami, a adeguarvisi, generando una progressiva riduzione dei ricorsi presentati annualmente ⁽⁸⁴⁾.

Proprio perché inidonee a divenire ‘cosa giudicata’, la giurisprudenza esclude che le decisioni dell’ACF siano suscettibili di impugnazione giurisdizionale ⁽⁸⁵⁾.

Si discute, infine, se esse possano essere in qualche modo utilizzate in sede giurisdizionale, una volta che l’intermediario, soccombenente all’esito del procedimento davanti all’ACF, non adempia spontaneamente costringendo il cliente a percorrere le vie ordinarie.

La questione è stata affrontata principalmente con riguardo alle decisioni dell’ABF. Si è ritenuto, inizialmente, che tale atto potesse valere, oltre che come allegazione difensiva liberamente valutabile dal giudice, di cui la parte poteva chiedere l’acquisizione nel processo civile, anche come ‘prova scritta’ per accedere alla tutela monitoria-ingiunzionale ai sensi dell’art. 634 c.p.c. ⁽⁸⁶⁾. Quest’ultima lettura non ha avuto sèguito nella dottrina successiva, la quale ha affermato che, nonostante la decisione dell’ABF contenesse una valutazione della pretesa sostanziale, tuttavia, non era di per sé prova della sussistenza di uno o più fatti costitutivi del diritto fatto valere (presupposto ritenuto necessario dalla giurisprudenza e dal codice di procedura civile per concedere il decreto ingiuntivo) ⁽⁸⁷⁾. A tale ultimo orientamento ha aderito anche la giurisprudenza, che ha definitivamente escluso, per le decisioni dell’ABF, l’efficacia di ‘prova scritta’ del credito per accedere alla tutela monitoria ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. ACF, *Relazione sull’attività svolta nel corso del 2022*, cit., 8, nella quale si evidenzia che i ricorsi presentati nell’anno 2022 sono sensibilmente minori (1.116) di quelli ricevuti negli anni 2021 (1.582), 2020 (1.772), 2019 (1.678), 2028 (1.824) e 2027 (1.839).

⁽⁸⁵⁾ Cfr., da ultimo, Trib. Roma, 8 marzo 2022, n. 3654, cit.

⁽⁸⁶⁾ F. AULETTA, *Arbitro bancario e «sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie»*, cit., 90.

⁽⁸⁷⁾ C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell’ABF nel sistema delle ADR*, cit., 140, i quali escludono anche che le decisioni dell’ABF possano valere come ‘prova privilegiata’ nel processo ordinario, eventualmente con effetto di inversione degli oneri probatori.

⁽⁸⁸⁾ Cfr., tra le più recenti, Trib. Roma, 8 marzo 2022, n. 3654 cit.

Non dissimili sono state le conclusioni cui è giunta la giurisprudenza formatasi, piuttosto di recente, sugli effetti giuridici da riconoscere alle decisioni dell'ACF: da un lato, si è affermato che anch'esse non hanno valore di 'prova scritta', necessario per accedere alla tutela monitoria per decreto ingiuntivo, dall'altro, che esse possono costituire argomenti di prova, idonei a rafforzare il convincimento del giudice ⁽⁸⁹⁾.

La decisione dell'ACF può essere corretta esclusivamente per errori materiali ⁽⁹⁰⁾. Poiché però non è infrequente che dietro una richiesta di correzione materiale si celi, in realtà, un'istanza di riesame, l'ACF ha delineato, in base alla variegata casistica sottoposta alla sua attenzione, l'orientamento generale secondo cui l'istituto della correzione delle decisioni è finalizzato esclusivamente a porre rimedio a un errore materiale o, al più, ad un errore di percezione dei fatti o delle risultanze del procedimento che risultino *ictu oculi* dagli atti e dalle difese, ma non anche ad ottenere un riesame nel merito della decisione o la correzione di un errore di giudizio, né tantomeno a colmare carenze di allegazione e probatorie in cui le parti siano incorse nella fase istruttoria.

In particolare, l'ACF ha respinto le istanze di correzione in cui veniva contestata: la qualificazione giuridica di un determinato documento in termini di reclamo ⁽⁹¹⁾; la valutazione del collegio di determinati documenti ⁽⁹²⁾; l'*iter* logico-giuridico seguito dal collegio per riconoscere un concorso di colpa dei danneggiati ai sensi dell'art. 1227 c.c. ⁽⁹³⁾; la mancata menzione nella decisione di alcuni documenti considerati dal collegio non rilevanti e decisivi per giun-

⁽⁸⁹⁾ Si vedano Trib. Castrovillari, 3 novembre 2022, n. 1363; Trib. Roma, 8 marzo 2022, n. 3654.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. art. 17 (*Correzione della decisione*), regolamento ACF.

⁽⁹¹⁾ Cfr. decisione ACF, 8 luglio 2020, n. 2745.

⁽⁹²⁾ Cfr. decisione ACF, 13 luglio 2020, n. 2757.

⁽⁹³⁾ V. decisioni ACF, 24 settembre 2020, nn. 2908 e 2907; decisione ACF, 8 settembre 2020, nn. 2867 e 2866; decisione ACF, 7 settembre 2020, n. 2861; decisione ACF, 3 agosto 2020, n. 2837.

gere ad una diversa soluzione della controversia ⁽⁹⁴⁾; il ragionamento condotto in punto di inesistenza del nesso causale tra danno e fatto lamentato e la qualificazione dei fatti come rappresentati nel ricorso ⁽⁹⁵⁾.

Analogamente, l'ACF ha ritenuto che mirassero ad integrare tardivamente allegazioni o prove che le parti avrebbero dovuto fornire nel corso del procedimento, piuttosto che a porre rimedio ad un errore di calcolo nella quantificazione del risarcimento del danno quelle istanze in cui: i ricorrenti avevano lamentato l'omesso computo, in aggiunta al capitale investito in azioni, della somma impiegata per l'acquisto dei diritti di opzione, che però non era stato considerato, giacché nel ricorso veniva contestata solo la sottoscrizione delle azioni e non anche l'acquisto del diritto di opzione ⁽⁹⁶⁾; l'intermediario aveva segnalato la mancata detrazione delle cedole percepite dai ricorrenti, di cui non aveva tuttavia fornito, nel corso del procedimento, alcuna allegazione e prova ⁽⁹⁷⁾.

La tendenza a precisare i limiti di operatività della correzione materiale conferma la natura irrevocabile della decisione dell'ACF, in linea con quanto detto in precedenza circa l'esaurimento del potere degli organi contenziosi con la formulazione dell'accertamento contenuto nella decisione.

5. Gli 'spazi' aperti nel procedimento per una definizione consensuale della controversia. – Come si è anticipato, la delibera della Consob n. 21867 del 26 maggio 2021 ha aperto nel procedimento davanti all'ACF alcuni 'spazi' di dialogo tra l'intermediario e l'investitore per la ricerca di una soluzione consensuale della controversia.

⁽⁹⁴⁾ V. decisione ACF, 21 luglio 2020, n. 2789.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. decisione ACF, 29 settembre 2020, n. 2914.

⁽⁹⁶⁾ V. decisione ACF, 27 marzo 2020, n. 2388.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. decisione ACF, 13 luglio 2020, n. 2757; decisione ACF, luglio 2020, n. 2789.

Si tratta di intermezzi procedurali creati principalmente grazie al ruolo di supporto della segreteria tecnica, che, nella versione novellata del regolamento ACF, diventa titolare di funzioni e compiti preordinati, in larga parte, a riequilibrare la posizione delle parti, consentendo all'investitore di recuperare, sul piano della tutela, quella condizione di debolezza endemica connaturata al rapporto contrattuale con l'investitore.

La conclusione dell'accordo determina conseguenze diverse sull'esito del procedimento a seconda della fase in cui esso si trova. In linea generale, si distingue tra i casi in cui il raggiungimento di un accordo preceda ovvero segua l'adozione della decisione finale.

Nella prima ipotesi, se le parti avviano le negoziazioni subito dopo la presentazione del ricorso, è prevista la possibilità di chiedere la sospensione, una sola volta e per un periodo massimo di novanta giorni, dei termini per l'instaurazione del contraddittorio documentale⁽⁹⁸⁾. Qualora le negoziazioni vadano a buon fine e le parti raggiungano un accordo prima dell'adozione della decisione finale, il procedimento si estingue⁽⁹⁹⁾.

Nella diversa ipotesi, la decisione finale sia stata già adottata, la conclusione di un accordo tra le parti comporta, innanzitutto, il rinvio per un periodo di sessanta giorni dell'accertamento dei motivi dell'inadempimento dell'intermediario e, qualora l'inadempimento sia già stato accertato, la cancellazione della notizia del mancato adempimento dell'intermediario dal sito *web* dell'ACF e anche dal proprio sito *web*⁽¹⁰⁰⁾.

Si ritiene che l'accordo tra intermediario e investitore abbia natura transattiva, avendo la funzione di porre fine ad una lite già iniziata, qualora intervenga prima della decisione, e di prevenire una lite che può insorgere tra loro, se sia concluso nella fase di esecuzione della decisione, giacché appare plausibile che l'inadem-

⁽⁹⁸⁾ Cfr. art. 11, 9° *bis* comma, regolamento ACF.

⁽⁹⁹⁾ V. art. 13, 3° comma, lett. b) *bis*, regolamento ACF.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. art. 16, 3° *bis* comma, regolamento ACF.

pimento dell'intermediario possa comportare l'avvio di un procedimento giurisdizionale ⁽¹⁰¹⁾.

La documentazione che attesta la conclusione di un accordo non è pubblicata sul sito *web* dell'ACF. Tuttavia, la misura di efficacia dello strumento è data (anche) dalla percentuale di procedimenti dichiarati estinti che, negli ultimi anni, è in forte aumento ⁽¹⁰²⁾. Questi dati rivelano «la funzione 'sollecitatoria' e 'negoziale' che la presentazione del ricorso all'ACF può in molti casi svolgere» ⁽¹⁰³⁾, aprendo un canale di comunicazione diretto tra le parti coinvolte e consentendo alle stesse di addivenire ad una soluzione conciliativa prima e a prescindere dall'adozione da parte del collegio di una deci-

⁽¹⁰¹⁾ Sul modello civilistico del contratto di transazione, nella letteratura più risalente, si veda almeno F. CARRESI, *La transazione*, in F. VASSALLI (diretto da), *Trattato di diritto civile italiano*, vol. IX, Torino, 1966, 42 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, Messina, 1934; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, II ed., Napoli, 1975; V. POLACCO, *Del contratto di transazione*, Roma, 1921; S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in M. D'AMELIO, E. FINZI (diretto da), *Commentario al Codice civile*, Firenze, 1949, 448 ss.; G. STOLFI, *La transazione*, Napoli, 1931; e in quella più recente, cfr. E. DEL PRATO, voce *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, 813 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001; G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999; E. MINERVINI, *Della transazione*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Libro IV. Delle obbligazioni*, vol. II, Bologna-Napoli, 1991, 1607 ss.; A. PALAZZO, *La transazione*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, vol. XIII, Milano, 1985, 297 ss.; S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002; A.M. PANCALLO, *Transazione*, in *Diritto online*, Roma, 2017, <<https://www.treccani.it>>. Sull'ammissibilità e sulla peculiare configurazione della transazione nei rapporti di diritto amministrativo, imprescindibile il riferimento a A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020; ID., *Note in tema di transazione e atti a funzione transattiva nel diritto amministrativo*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, cit., 227 ss.

⁽¹⁰²⁾ Come si desume dall'ACF, *Relazione sull'attività svolta nel corso del 2021*, 16, le dichiarazioni di estinzione del procedimento assunte dal Presidente nel 2021 sono state 241, in crescita del 14,1% rispetto all'omologo dato del 2020 (212) e del 2019 (194) e, ancora più, rispetto alle 164 del 2018 e alle 106 del 2017. Il totale dei ricorsi estinti anticipatamente nel quinquennio è, così, pari a 918.

⁽¹⁰³⁾ In questi termini, ACF, *Relazione sull'attività svolta nel corso del 2020*, 17.

sione nel merito. Si tratta di un risultato ampiamente positivo se si considera che il fine ultimo dei sistemi ADR è quello di disinnescare sul nascere situazioni di potenziale conflittualità, attraverso il progressivo allineamento delle prassi degli intermediari, in sede di trattazione dei reclami, agli orientamenti dell'ACF, e di favorire, dopo l'eventuale proposizione del ricorso, soluzioni conciliative tra le parti in qualsiasi stato del procedimento anche successivamente all'adozione della decisione, facendo sempre prevalere la volontà negoziale ⁽¹⁰⁴⁾.

6. Spunti conclusivi per una configurazione dell'ACF come arbitro 'mediatore' attraverso una (ulteriore) valorizzazione del ruolo della segreteria tecnica. – Traendo una sintesi da quanto osservato, emerge innanzitutto che il procedimento davanti all'ACF si rivela uno strumento di tutela adeguata ed effettiva degli investitori, avuto riguardo alle funzioni del regolatore pubblico e alle peculiarità dei mercati finanziari.

La soluzione stragiudiziale della controversia tra investitore e intermediario, che solitamente deriva da un comportamento di quest'ultimo contrario ai doveri di correttezza e trasparenza, costituisce un mezzo indiretto di tutela dell'interesse generale di cui la Consob è portatrice, consistente nel 'correggere' le imperfezioni dei mercati finanziari che conducono all'inefficienza dell'economia. L'obiettivo che l'ordinamento intende perseguire attraverso l'ACF non è il raggiungimento di un accordo tra l'investitore e l'intermediario, quanto piuttosto la tutela effettiva dell'investitore attraverso la condanna dell'intermediario che, a causa di una condotta scorretta, abbia arrecato un danno all'investitore, e, indirettamente, ad una serie indefinita di future contrattazioni destinate a concludersi nell'ambito di quel mercato.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. ACF, *Relazione sull'attività svolta nel corso del 2021*, 16.

Ciò non toglie, tuttavia, che in molti casi l'ACF possa svolgere anche una funzione 'mediatrice', aprendo un canale di comunicazione diretto tra le parti coinvolte e consentendo alle stesse di addivenire ad una soluzione conciliativa prima e a prescindere dall'adozione da parte del collegio di una decisione nel merito. In questa prospettiva, la segreteria tecnica assume un'importanza strategica, essendo investita di compiti funzionali a riequilibrare la posizione delle parti, a porre l'investitore nelle condizioni di far valere il suo diritto lesa e finanche a creare degli 'spazi' di dialogo nell'ambito del procedimento.

Il ruolo della segreteria tecnica consente, dunque, all'investitore di correggere, sul piano della tutela, quella condizione di debolezza endemica che lo stesso sconta nel rapporto contrattuale con l'intermediario, e a dargli tutto il supporto necessario per usufruire al meglio dello strumento giustiziale.

Va da sé che la conclusione di un accordo tra le parti, prima e anche a prescindere da una decisione di merito, è largamente agevolata dalle funzioni della segreteria tecnica che, nell'ambito di un'istruzione probatoria governata anche dal metodo acquisitivo, consente di colmare il divario conoscitivo tra intermediario e investitore, dotando quest'ultimo della forza necessaria per negoziare con l'investitore un'eventuale soluzione conciliativa.

Non stupisce, dunque, che la percentuale di procedimenti estinti sia aumentata significativamente ogni anno, sintomo evidente che, spesso, l'ACF funge da 'mediatore' tra le parti, seppur nell'ambito di un procedimento che non è strutturalmente concepito con l'obiettivo di mediare o conciliare. La funzione di mediazione, tuttavia, sconta inevitabilmente i limiti di un'istruttoria piuttosto sommaria, sia con riguardo ai mezzi di prova ammessi, sia rispetto ai tempi e ai contenuti del contraddittorio tra le parti.

Va da sé che valorizzare ulteriormente le potenzialità di mediazione dell'ACF significherebbe ampliare, qualitativamente e quantitativamente, l'istruzione probatoria, al momento solo documentale e limitata ad alcuni mezzi di prova, e forse immaginare un contradd-

dittorio tra le parti (temporalmente e contenutisticamente) più ampio.

Semberebbe allora di una certa utilità l'introduzione della possibilità per il giudice di disporre l'assunzione di deposizioni testimoniali in forma scritta, sul modello dell'art. 63, 3° comma, c.p.a., ispirato, a sua volta all'art. 257 *bis* c.p.c. La richiesta potrebbe essere presentata dalle parti nel ricorso e nelle controdeduzioni, in modo da evitare 'cesure' del procedimento volte ad autorizzare tali produzioni (causa di possibili ritardi) e senza scostamenti dalla regola della decisione sulla base della documentazione prodotta in giudizio, che informa la disciplina dell'ACF. Per le stesse ragioni, parrebbe adeguata anche l'introduzione di un'udienza di discussione orale in cui, a valle del deposito e dello scambio del ricorso e delle controdeduzioni, e prima della deliberazione del collegio, le parti, anche attraverso le associazioni di categoria e con l'assistenza di avvocati, possano discutere le tematiche giuridiche della controversia, dopo che la segreteria tecnica ne abbia riassunto brevemente la fattispecie, sul modello, ad esempio, dell'udienza di discussione davanti alla Corte di Cassazione, regolata dall'art. 379 c.p.c. ⁽¹⁰⁵⁾.

Ad ogni modo, la progressiva riduzione dei ricorsi presentati annualmente rappresenta una indiscussa testimonianza della funzione 'preventiva' svolta dall'ACF nella commissione degli illeciti, attraverso il progressivo allineamento delle prassi degli intermediari, in sede di trattazione dei reclami, agli orientamenti 'giurisprudenziali' raccolti nelle relazioni annuali.

Per le ragioni indicate, è dunque possibile concludere che l'ACF sia idoneo a «garantire una composizione effettiva del conflitto: termine che, in questa accezione, sintetizza l'esigenza di giungere ad assetti di interessi stabili e sottratti a ulteriori defatiganti controversie» ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ In questi termini, sia pur con riguardo al procedimento davanti all'ABF, C. CONSOLO, M. STELLA, *Il funzionamento dell'ABF nel sistema delle ADR*, cit., 138.

⁽¹⁰⁶⁾ A. CASSATELLA, *La crisi del processo come fattore di trasformazione del sistema giustiziale*, in A. CASSATELLA, S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di),

Abstract

A distanza di quasi vent'anni dalla sua istituzione, l'Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) ha dato prova di essere un uno strumento efficace di risoluzione alternativa delle liti sorte nell'ambito del settore finanziario tra intermediari e investitori *retail*. Sebbene lo strumento non sia stato creato con l'obiettivo di raggiungere una soluzione consensuale della controversia, la particolare struttura del procedimento, i poteri istruttori e il ruolo strategico della segreteria tecnica, insieme all'ultimo intervento di riforma, hanno aperto degli 'spazi' di dialogo tra le parti utili a concludere un accordo a prescindere dalla decisione finale. Lo scritto si propone di esaminare la natura del procedimento, dei poteri di cui dispone l'ACF e della decisione conclusiva, soffermandosi, in particolare, sui casi in cui lo strumento possa assumere una funzione 'mediatrice' tra le parti, utile ad un esito consensuale della lite.

Almost two decades after its establishment, Arbitration for Financial Disputes (AFD) has proven to be an effective alternative means to resolve financial disputes between intermediaries and retail investors. Although the instrument was not created with the aim of reaching a consensual solution to disputes, the structure of the procedure, the investigative powers and the strategic role of the technical secretariat, along with the features introduced by the most recent reform, have created room for dialogue between the parties, thus providing incentives for reaching an agreement regardless of the final decision. The contribution aims to examine the nature of the proceedings, the powers available to the arbitrator, and the final decision, focusing on cases in which the AFD can take on a 'mediating' function between the parties, instrumental to a consensual resolution of the dispute.

THE EVOLVING LANDSCAPE OF ONLINE DISPUTE RESOLUTION

A STUDY ON THE USE OF ICT IN INTERNATIONAL CIVIL AND COMMERCIAL ODR

Rachele Beretta (*)

TABLE OF CONTENT: 1. Introduction. – 2. Background of the study. – 2.1. Glossary of key terms – 2.2. Preliminary research. – 3. Methodology. – 4. Delineation. – 5. Participants in the study. – 6. Discussion of the findings. – 7. Concluding remarks.

1. Introduction. – The last two decades have witnessed an increase in the use of information and communication technology (ICT) in dispute settlement. Online Dispute Resolution (ODR) is one of the most notable results of the application of technology to dispute resolution processes. Broadly conceived as a spin-off of alternative dispute resolution (ADR), ODR has progressively evolved into a complex and multifaceted phenomenon.

Although ODR largely draws on ADR, the role of ICT in preventing and resolving disputes has given rise to new forms which do not squarely fit the traditional definitions of ADR processes. Scholars have coined the term ‘fourth party’ to emphasize the active role of ICT as the distinctive element that sets ODR apart from

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 227-250. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Ph.D. Candidate in Online Dispute Resolution at the University of Antwerp.

other forms of dispute resolution. ⁽¹⁾ This combination of human- and ICT-enabled capabilities is at the roots of the complex and varied nature of ODR.

Despite the attempts to implement a coherent framework for ODR, there is still little clarity regarding what ODR is and the types of dispute resolution processes it encompasses. This uncertainty stems from the absence of a well-established legal definition of ODR and the divergent views on the distinctive features of ODR.

The Covid-19 Pandemic further exacerbated the situation by causing a rapid increase in the use of ICT in dispute resolution. As a result, ODR has become a buzzword to indicate any procedure that features ICT components, including messaging applications and video conferencing tools.

As ODR gains momentum, implementing ODR systems has become a key agenda item for State bodies and international institutions. The call for efficient dispute resolution avenues has prompted entrepreneurs to enter the ODR market, which is going through a phase of geographical expansion. ODR sites and applications are now present in all regions of the world and different actors are populating the ODR landscape. However, little research has been done on ODR providers and the types of services currently available to users worldwide.

Existing studies present a piecemeal scenario characterized by a rapid turnover of ODR providers across the globe. A study conducted in 2004 surveyed the state of ODR and found that out of

⁽¹⁾ The expression ‘fourth party’ deliberately echoes the term ‘third party’, *i.e.* the common usage name for neutral parties in dispute resolution processes. The term refers to the influence that technology exerts on the dispute resolution process and was first introduced by E. KATSH, J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, 1st edn, Jossey-Bass, 2001. See also J. ZELEZNIKOW, *The Challenges of Using Online Dispute Resolution for Self-Represented Litigants*, in *Journal of Internet Law* 3, 6 (2020), pointing to the ‘existence of a fourth party’ as the common factor in all descriptions of ODR.

the 115 ODR providers identified worldwide, only eighty-two were operating at the time.⁽²⁾ The literature review conducted in preparation for this study found no other recent endeavor to trace active ODR providers around the globe.⁽³⁾

As issues related to ICT and conflict resolution have garnered attention in the post-Pandemic world, it is crucial to analyze the dynamics of the ODR market and explore the range of solutions ODR providers have adopted to resolve disputes.

This academic contribution aims to partially fill such information gap by supplying empirical data about ODR providers that are currently operating on a global scale. The discussion will focus on a survey study conducted on ODR service providers in international civil and commercial dispute resolution, where the application of ICT has witnessed significant uptake and success.⁽⁴⁾

2. *Background of the study.* – Having introduced the subject, it is necessary to make some preliminary considerations regarding the

⁽²⁾ M. CONLEY TYLER, *115 and Counting: The State of ODR 2004*, in M. CONLEY TYLER, E. KATSH, D. CHOI (eds), *Proceedings of the Third Annual Forum on Online Dispute Resolution*, 2005.

⁽³⁾ In this respect, it is worth mentioning a recent study which sought to identify ODR providers operating in the USA. A. SCHMITZ, J. MARTINEZ, *ODR and Innovation in the United States*, in D. RAINEY, E. KATSH, M.S.A. WAHAB (eds), *Online Dispute Resolution Theory and Practice*, 2nd edn, Eleven, 2021, 611-637.

⁽⁴⁾ Early scholarship had remarked the key role ODR plays in international civil and commercial arbitration. See e.g. G. KAUFMANN-KOHLER, *Online Dispute Resolution and its Significance for International Commercial Arbitration*, in *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005. Recent literature has highlighted the usefulness of ODR in civil and commercial dispute resolution, especially considering the Covid-19 pandemic. See A. REYES, S. MENON (eds), *Transnational Commercial Disputes in an Age of Anti-Globalism and Pandemic*, Bloomsbury, 2023; I. AMRO, *The Use of Online Mediation in the Resolution of Civil and Commercial Disputes in Theory and in Practice*, in *2 The International Journal of Arbitration, Mediation, and Dispute Resolution* 204 (2021).

orienting framework and premises of this study, namely the notion of ODR and the gap that this study intends to fill.

Absent an official definition of ODR, the understanding of ODR herein adopted is informed by the language of the UNCITRAL Technical Notes on Online Dispute Resolution (Technical Notes).⁽⁵⁾

According to the Technical Notes, ODR is characterized by the necessary presence of a technology-based intermediary (the ‘ODR platform’ in the Technical Notes or the ‘fourth party’ in literature) which coordinates agents and data to facilitate dispute resolution.⁽⁶⁾ In defining ODR platforms as ‘systems’, the Technical Notes suggest an understanding of ODR platforms as software dedicated for use in dispute resolution. This allows distinguishing ODR from other forms of dispute resolution which may occasionally rely on basic ICT tools.

In practice, however, the boundaries of ODR are not always clear. The term ODR is used indistinctly to designate different processes that rely on ICT, ranging from AI-based solutions to mediations via commercial video-conferencing platforms.

Notably, several providers are advertising ICT-assisted dispute resolution services as ODR without supplying any information about the functions and type of technology used in the process. This has implications for ODR users, practitioners, and regulators.

While technology is set to play an increasingly significant role in our daily lives, it is hard to imagine any dispute resolution process that will not involve at least some form of ICT. Whereas the use of

⁽⁵⁾ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW AND UNITED NATIONS (2016). *Technical notes on online dispute resolution* [online]. Available at: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/v1700382_english_technical_notes_on_odr.pdf> (accessed 2 May 2023).

⁽⁶⁾ A.R. LODDER, *The Third Party and Beyond. An Analysis of the Different Parties, in Particular the Fifth, Involved in Online Dispute Resolution*, in *15 Information and Communications Technology Law* 143, 148 (2006).

basic ICT tools does not require any advanced skills, the increased potential and capabilities of the fourth party may warrant specific training of professionals, guidance for users, and procedural standards.

As ODR proponents have begun advocating for a coherent framework, gathering empirical data to understand the nuances of ODR as a phenomenon appears timely and necessary. This academic contribution intends to supply an updated snapshot of the global market of ODR providers and fill the information gap concerning the technology used in international civil and commercial dispute resolution services.

2.1. Glossary of key terms. – In the interest of clarity and uniformity of understanding, this section will provide definitions of the terms employed throughout the research and in the discussion of the findings. Definitions are arranged by thematic clusters and often rely on practical examples.

ODR PROVIDERS (7)

ODR service providers: entities or individuals that deliver dispute resolution processes through ODR platforms.

ODR technology providers: entities or individuals that develop ODR platforms to sell or license to ODR service providers.

DISPUTE RESOLUTION FORMATS

Mixed-mode dispute resolution: The overall dispute resolution process features distinct processes - in whichever order - and is conducted by the same or different neutrals (e.g. med-arb, arb-med, multi-tiered dispute resolution procedures). Mixed-mode dispute

(7) Definitions of ODR providers draw from A. SELA, *The Effect of Online Technologies on Dispute Resolution System Design: Antecedents, Current Trends, and Future Directions*, in 21 *Lewis & Clark Law Review* 635, 649 (2017).

resolution encompasses processes commonly known as ‘hybrid’, ‘multi-tiered’ (or ‘escalation’), and ‘carve-out’.

Online-offline hybrid dispute resolution: any dispute resolution process conducted partly online and partly offline, or where some parties attend remotely and others in person.

AREA OF OPERATION OF PROVIDERS

Cross-border: services are available to parties based in two or more selected countries.

Domestic: providers limit the provision of services to the jurisdiction of a given country.

Local: providers offer their services at a sub-national level, *i.e.* within a certain region, province, or state within a federation of states.

International: services are available to parties based anywhere in the world, with no geographical limitations.

Regional: the provision of services is limited to some regions or macro-areas (*i.e.* Africa, Asia-Pacific, North America, Latin America, Europe, and the Middle East).

DISPUTE RESOLUTION TECHNOLOGY AND FUNCTIONS

Algorithms: *e.g.* statistical algorithms and algorithmic decision-making systems.

Artificial Intelligence: knowledge-based systems that feature components of rule-based reasoning, case-based reasoning, and machine learning.

Automated negotiation: ICT functions without human intervention and makes decisions based on the parties’ input (*e.g.* blind bidding, and proactive intervention mediation systems).

Basic commercial software: any software, program, or application not specifically designed for use in dispute resolution settings and available to the general public (*e.g.* Gmail, Google Drive, Microsoft SharePoint, Dropbox, WhatsApp, Zoom, *etc.*).

Negotiation support: ICT assists parties in carrying out specific tasks. *E.g.* menu-driven input masks, and testing of offers or solutions.

2.2. *Preliminary research.* – To identify a target pool for the empirical study outlined below, internet-mediated research (IMR) was conducted to map active ODR providers across the globe. This entailed: (i) a review of ODR websites listed at <odreurope.com> ⁽⁸⁾ and <odr.info> ⁽⁹⁾; (ii) web searches to identify ODR providers not included in the aforementioned lists; and (iii) the collection of empirical data on ODR services.

IMR allowed gathering information about 341 ODR websites, 176 of which listed at <odreurope.com> and <odr.info>, while the remaining 165 identified through novel web searches via internet browsers and LinkedIn. ⁽¹⁰⁾ The primary focus of the research was collecting data on the status (whether active or inactive), ownership (whether private or public), location, geographical area of operation of ODR providers, and dispute resolution services offered.

⁽⁸⁾ ODR Europe is a Greece-based entity providing open-source information about dispute resolution technology and engaging in dissemination activities to promote online settlement. Source: <<http://www.odreurope.com>> (accessed 4 May 2023).

⁽⁹⁾ <<https://odr.info>> (accessed 4 May 2023). The website is managed by the National Center for Technology & Dispute Resolution and since the early 2000's has been the main source of information about ODR and its developments across the world.

⁽¹⁰⁾ The principle of saturation supplied the criterion for discontinuing data collection. Pursuant to the principle of saturation, web searches were deemed completed once they no longer yielded any new or relevant results. On average, web searches were concluded after consultation of 10 Google pages and 8 LinkedIn pages of results for each search key used. On saturation, see B. SAUNDERS *et al*, *Saturation in Qualitative Research: Exploring its Conceptualizations and Operationalization*, in *52 Quality & Quantity* 1893 (2018).

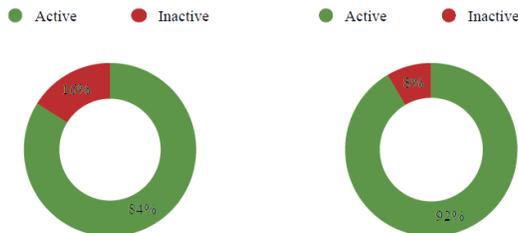
Of the 341 websites examined, 320 belonged to ODR providers while 21 were intended for purposes other than developing, outsourcing, or operating ODR platforms, e.g. disseminating information about ODR technology or aggregating ODR-related sources. Two-hundred and sixty-one of the 320 providers were labeled as ODR service providers while the remaining 59 as technology providers. ⁽¹¹⁾

Although the lists at <odreurope.com> and <odr.info> are periodically updated, 39 ODR providers were deemed inactive as their websites could not be reached, no longer existed, or the domain was sold.

The most striking finding, however, concerns the 165 ODR providers identified through web searches between October and November 2021. An additional assessment conducted in April 2022 revealed that 8 of the 165 providers deemed active in Fall 2021 had ceased to operate by Spring 2022.

Figure 1. Service providers

Figure 2. Technology providers



Figures 1 and 2. Of the service providers included in the three datasets, part of which also provide the technology, 219 were deemed active and 42 were inactive. Fifty-four out of 59 technology providers were deemed active.

⁽¹¹⁾ ODR providers that develop ODR technology and also deliver ODR services were only included in the count of ODR service providers.

The research focused on private ODR service providers. Such providers appear to be the most influential players because of their direct involvement in dispute resolution procedures and higher presence on the ODR market.

Figure 3. Ownership of ODR service providers

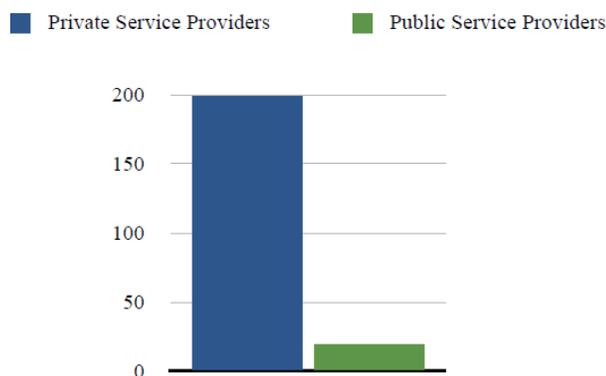


Figure 3. The landscape of ODR service providers is largely dominated by private entities, with only 19 out of 219 ODR service providers being public or state financed entities.

Whereas private ventures have dominated the ODR landscape since its early days, ODR programs implemented by governmental and state bodies are a relatively recent phenomenon.⁽¹²⁾ Over the past few years, the public sector seems to have invested more heavily in digitizing court files and procedures than implementing ODR

⁽¹²⁾ Conley Tyler and Bretherton break down the history of ODR into three phases (hobbyist, experimental, and entrepreneurial) and label the present days as the ‘institutional phase’, with ODR being increasingly adopted by official bodies. M. CONLEY TYLER, D. BRETHERTON, *Developing an Online Mediation Culture: The Fourth Generation of Online ADR*, International Conflict Resolution Centre, University of Melbourne (2003) <<http://www.asiapacificmediationforum.org/resources/2003/tyler.pdf>> (accessed 4 May 2023).

programs.⁽¹³⁾ Conversely, private ADR entities have been proactive in developing ODR schemes and technology to address the needs of different categories of users.⁽¹⁴⁾

Based on the findings of IMR, more than half of the private service providers identified in the preliminary phase of the research were labeled as operating internationally, *i.e.* offering dispute resolution services to parties based anywhere in the world.

Figure 4. Area of operation of private service providers

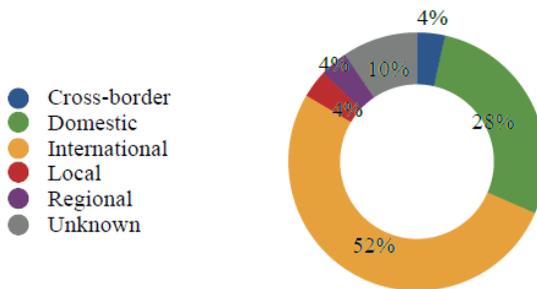


Figure 4. The chart shows a prevalence of providers that offer services to parties based anywhere in the world, without limitations regarding nationality or place of business.

Data analysis allowed selecting a pool of 108 ODR private providers which appeared to operate in international civil and com-

⁽¹³⁾ Among the leading examples of successful public ODR programs are the Canadian Civil Resolution Tribunal, which is part of the British Columbia public justice system, and Mexican Concilianet, run by the the Consumer Protection Institution in Mexico (*Procuraduria Federal del Consumidor*).

⁽¹⁴⁾ CEDR and CiArb, for instance, have designed the ‘Pandemic Business Dispute Resolution Service’, aimed at providing a low-cost, remote, multi-tiered dispute resolution process for businesses facing pandemic-related disputes. Hong-Kong-based provider E-Bram offers an online, three-step process to resolve B2B disputes within the APEC framework through negotiation, mediation, and arbitration.

mercial dispute resolution and extracting relevant information about their geographical distribution and services offered.

The geographical diversity of the pool indicates a progressive expansion of ODR. Peaks in the concentration of providers can point to areas of higher uptake of the use of ICT in international civil and commercial dispute resolution.

Figure 5. Distribution of civil and commercial ODR providers

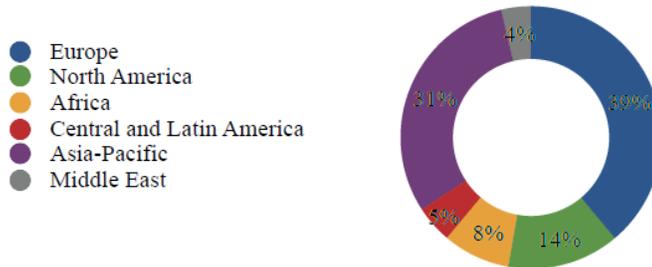


Figure 5. Although high concentrations of providers were detected in North America, many such providers handle domestic or cross-border claims. Asia and Europe combined make up 70% of the international providers of the selected pool.

The websites of selected providers mentioned a broad range of services and variously referred to the use of ICT in dispute resolution procedures. The findings showed widespread use of mediation and arbitration, followed by mixed-mode procedures combining negotiation, mediation, and arbitration.

Figure 6. Dispute resolution services

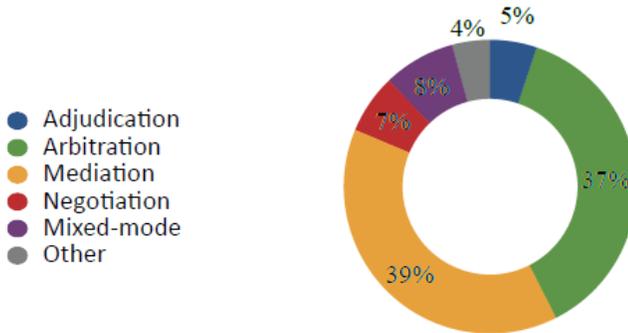


Figure 6. Based on the findings, mediation, arbitration, and combinations thereof appeared to be the most popular processes in the international civil and commercial dispute resolution arena.

Only a few websites provided exhaustive information regarding the use of ICT in dispute resolution services. Of the 108 websites examined, some 37 provide resources on ICT tools that are easily and publicly accessible to users. The majority of such resources concern the conduct of virtual hearings in arbitration. The remaining websites, in turn, display partial or unclear information regarding the role of ICT in dispute resolution services.

Likewise, determining the geographical area of operation of ODR providers was not always possible based on the information available on the internet. IMR showed that information available online is not always exhaustive and reliable. The empirical study outlined herein helped fill such information gaps and collect accurate data from providers that completed the questionnaire.

3. Methodology. – A questionnaire was designed to verify and complement the information available on websites of ODR providers

operating in international civil and commercial dispute resolution. ⁽¹⁵⁾ The questionnaire featured seven partially categorized questions aimed at gathering data on (i) the types of processes offered by the providers which involve the use of ICT; (ii) the type and functions of ICT employed in such processes; and (iii) the geographical area of operation of providers.

Efficiency and cost-effectiveness considerations related to the international distribution of respondents warranted the choice of an online questionnaire. ⁽¹⁶⁾ Another considerable advantage of online questionnaires is the opportunity for respondents to answer questions at their own pace. By relieving respondents from time pressure, web-based formats have the potential to enhance the accuracy of answers. ⁽¹⁷⁾

Qualtrics XM was used to design the questionnaire and analyze responses thereto. The link to the questionnaire was sent to the institutional e-mail addresses of the selected 108 ODR service providers in July 2022. To increase the response rate, two reminders were sent to respondents via e-mail in early September 2022 and February 2023. The questionnaire was closed in April 2023.

4. *Delineation.* – Before moving on to the description and analysis of the findings, the limitations of this empirical study must be ad-

⁽¹⁵⁾ P.M. BOYNTON, T. GREENHALGH, *Hands-on Guide to Questionnaire Research: Selecting, Designing, and Developing Your Questionnaire*, in 328 *BMJ Clinical Research*, 1312, 1313 (2004), observing that questionnaires are generally appropriate ‘if used within a mixed methodology study (...) to complement and quantify the findings of an initial exploratory phase.’

⁽¹⁶⁾ Pointing to the advantages of online questionnaires in terms of time efficiency and cost-effectiveness, M. VAN SELM, N. JANKOWSKI, *Conducting Online Surveys*, in 40 *Quality and Quantity* 435, 437 (2006); R. KUMAR, *Research Methodology: A Step-by-step Guide for Beginners*, 3rd edn, SAGE, 2011, 148.

⁽¹⁷⁾ A. BRYMAN, *Social Research Methods*, 4th edn, Oxford University Press, 2012, 234.

dressed. As mentioned above, the mapping of ODR providers allowed collecting information from 341 ODR providers. Whereas the lists at <odreurope.com> and <odr.info> included a variety of technology and service providers, novel web searches targeted private service providers in the area of international civil and commercial dispute resolution. All searches used queries in English.

Limiting the scope of the web searches lowered the chances of identifying ODR providers that operate in fields other than civil and commercial disputes or whose websites are not available in English.

Despite the thorough searches conducted for this study, it is also possible that providers went undetected due to a lack of visibility on the internet or because they started to operate after the finalization of the mapping of ODR providers. However, using the principle of saturation to search for new providers yielded a target pool as close as possible to the totality of providers operating in international civil and commercial dispute resolution. ⁽¹⁸⁾

Last, it must be noted that this study did not examine redress mechanisms offered by online merchants. Although such procedures are popular in e-commerce, the analysis focused on full-service platforms – *i.e.* platforms that are available to any and all users and not limited to members of a given community. ⁽¹⁹⁾

⁽¹⁸⁾ Regarding the principle of saturation, see *supra* note 10.

⁽¹⁹⁾ A.H. RAYMOND, S.J. SHACKELFORD, *Technology, Ethics, and Access to Justice: Should an Algorithm Be Deciding Your Case?*, in 35 *Michigan Journal of International Law* 485, 493 (2014). Full-service platforms are contrasted with self-contained platforms, which are intended for use within a community (*e.g.* a marketplace) whose members abide by the terms of service and agreements that govern the community and regulate the use of the ODR platform. An example of self-contained platform is the one operated by the eBay Dispute Resolution Center, which facilitates the resolution of disputes between buyers and sellers within the eBay marketplace.

5. Participants in the study. – The response rate to the questionnaire amounted to nearly 29%. Thirty-one out of 108 recipients returned the questionnaire, including 6 incomplete responses which only contained usable data regarding the geographical location of respondents and the types of dispute resolution services offered with the aid of ICT.

The questionnaire revealed that five respondents initially labeled as operating on an international scale limited the provision of dispute resolution services to specific geographical areas. These providers were excluded from the analysis as the study intended to focus on private ODR service providers that operate internationally.

Providers which did not complete the questionnaire were likewise excluded from the analysis as it was impossible to verify key information such as their geographical area of operation and the technology used in dispute resolution services.

Whereas the Asia-Pacific region recorded the highest percentage of complete responses, providers based in the Middle East submitted only partial responses. Although the target pool included as little as 5 providers based in Central and Latin America, the response rate for the region was comparable to areas with higher concentrations of providers.

By showing greater concentrations of international ODR providers in the Asia-Pacific region and Europe, the distribution of respondents mirrors the distribution of providers as it emerged from IMR. Although the geographical distribution of the pool of respondents is sufficiently diverse, the findings must be read in light of the response rate per region.

6. Discussion of the findings. – Consistent with the scope of the research, the discussion will present data relating to the 20 respondents that provide dispute resolution services on an international scale. The results showed that respondents employ ICT to deliver

different dispute resolution services, including mixed-mode and crowdsourced procedures. ⁽²⁰⁾

Consistent with the results obtained from IMR, mediation and arbitration appeared to be the most widespread processes that involve the use of ICT.

Figure 7. ICT in dispute resolution services

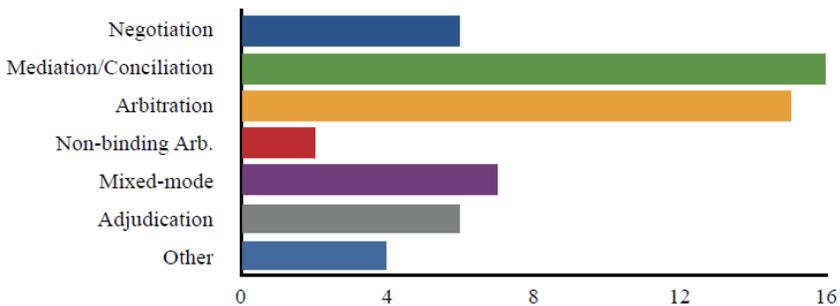


Figure 7. Among the options selected by ODR providers, mediation was the most frequently selected process, followed by arbitration and mixed-mode procedures.

Within mixed-mode procedures, providers mentioned med-arb, arb-med-arb, med-arb-med, and arb-med. However, no widespread preference for either one of the combinations emerged from the responses received. Two providers offered a multi-tiered process combining negotiation and mediation (‘neg-med’), and negotiation, mediation, and arbitration respectively.

Regarding mixed-mode procedures, the scenario emerging from responses to the questionnaire is far more nuanced than the one resulting from IMR. Whereas IMR helped identify the types of

⁽²⁰⁾ Crowdsourced dispute resolution (CODR) is a term that designates procedures using the internet and crowdsourcing to resolve disputes. On the topic, see D. DIMOV, *Crowdsourced Online Dispute Resolution*, Leiden University Center for Law and Digital Technologies, SIKS Dissertation Series No. 2017-17.

dispute resolution services listed on the websites of ODR providers, the questionnaire delved deeper into dispute resolution procedures that involve the use of ICT.

IMR pointed to med-arb and arb-med-arb as the most popular mixed-mode procedures. Responses to the questionnaire showed that providers employ ICT to offer a broad range of mixed-mode procedures in addition to the ones listed on their websites.

Interestingly, half of the respondents mentioned one or more dispute resolution procedures that are not listed on the dedicated section of their websites. Some providers indicated that ICT is employed only in certain types of dispute resolution services, which was not apparent from the descriptions available on their websites. This uncovers a discrepancy between information that users may find online and information directly supplied by providers.

Responses showed that nearly all providers offer dispute resolution processes in a hybrid online-offline format. Generally, users can tailor the procedure to their own needs and the circumstances of the case. Responses also showed a preference for online filing, submissions, and document exchange. However, some providers noted that they still send certain submissions and communications by courier.

Especially in arbitration, respondents reported a widespread preference for offline hearings and the taking of oral testimony. Interestingly, one provider specified that it is standard practice for parties to hold remote pre-mediation conversations.⁽²¹⁾

The results show that e-mail software, phone, and audio-visual technology are the forms of ICT most frequently employed in dispute resolution services. Consistent with data obtained from IMR, new technologies – such as AI, blockchain, and algorithms – do not

⁽²¹⁾ Respondent indicated that while it is standard practice to hold online pre-mediation conversations, there is a preference for conducting the mediation process in person.

yet appear to be mainstream in civil and commercial dispute resolution.

Figure 8. Forms of ICT used in dispute resolution

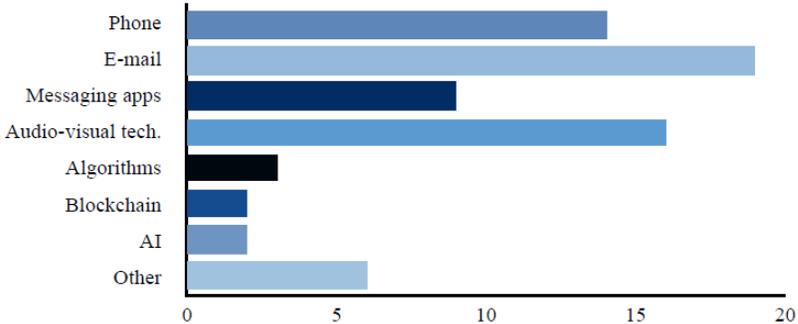


Figure 8. The chart shows the types of ICT tools used in international civil and commercial dispute resolution services. Under the label ‘other’, respondents specified that they employ case- and document-management tools as well as collaboration platforms such as ‘e-case’ or other internally developed platforms.

Within the category AI, one respondent specified that its applications are limited to machine-learning tools that provide real-time transcription and translation to assist the parties throughout the dispute resolution process. Respondent added that rule- and case-based reasoning are not integrated into the delivery of dispute resolution services as such functions are to be performed by human third parties.

Regardless of the dispute resolution process, responses to the questionnaire showed that ICT is most frequently employed to perform administrative and support functions, such as storage and sharing of files, document assembly and preparation, billing and

accounting.⁽²²⁾ Virtual hearings and meetings are also common practice regardless of the dispute resolution process involved.

Among all processes examined, negotiation stands out for the level of automation in the functions performed by ICT. Negotiation support and automated negotiation tools are largely employed in online negotiation and somewhat used in mediation and negotiation.

Outcome-predicting functions of ICT, in turn, were reported only in one instance in negotiation, mediation, arbitration, and mixed-mode procedures respectively. Although based on a limited sample, this finding may suggest that some of the acclaimed advantages of ICT – e.g. applications of predictive data analysis – are not yet widely exploited in the current state of practice.⁽²³⁾

On the other hand, responses to the question about software employed to deliver dispute resolution services revealed a piecemeal scenario. The findings show that a significant percentage of respondents use basic commercial software – in particular, collaboration platforms – to deliver dispute resolution services.

⁽²²⁾ Options included in the partially categorized question included: intake, case filing; case management; document storage and sharing; virtual hearings/meetings; billing and accounting; document automation/assembly/preparation; processing of written communication; negotiation support; discovery, due diligence; automated negotiation; analytics for the appointment of neutrals; predictive analysis of outcomes.

⁽²³⁾ A recent study conducted in Belgium yielded comparable results concerning mediation: respondents who resolved disputes through mediation over the past three years indicated that ICT tools were employed in the process to perform communication-related and administrative functions. When asked to indicate which ICT functions would be most effective in aiding the resolution of disputes, 36% of Belgian respondents selected ‘tools to support the parties’ (e.g. agreement templates and self-reflection documents) and 38% ‘apps to support administrative functions’ (e.g. filing and data storage and sharing). ‘AI-driven and automated decision making’ was selected by only 6% of respondents. See Conflicool and University of Antwerp, *Public Attitudes Towards Conflict Resolution in Belgium* (2022) <<https://conflicool.org/en-be/survey>>.

In nearly all cases, basic commercial software is used in combination with dedicated dispute resolution technology, such as virtual hearing software licensed by third parties. When providers use commercial software, they usually resort to professional or business versions that feature additional functions and enhanced levels of security.

Negotiation, arbitration, and mixed-mode procedures involving mediation and arbitration largely rely on dedicated dispute resolution platforms and virtual hearing facilities.

Figure 9. Types of software employed in dispute resolution

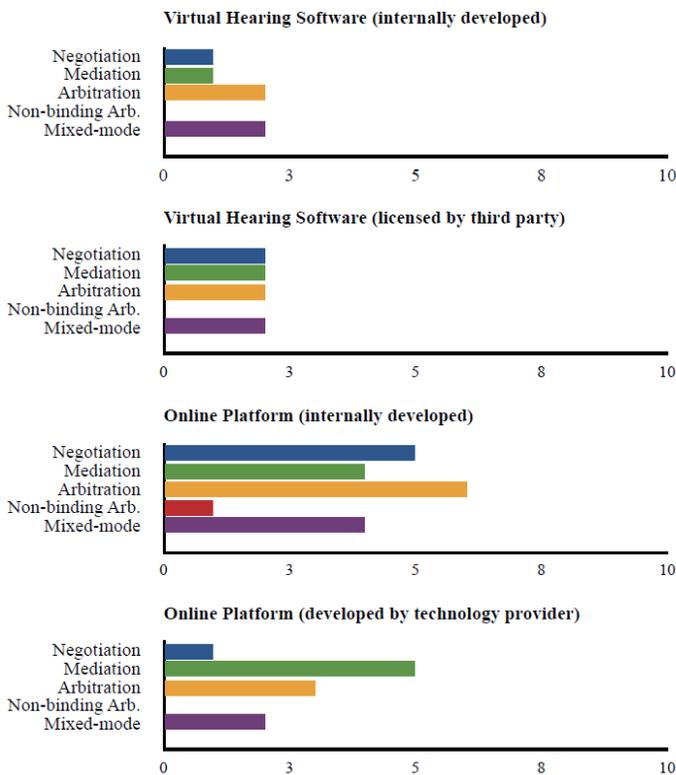


Figure 9. The charts show the type of software used in different dispute resolution processes. The bars in each graph indicate the choice count, *i.e.* the frequency with which a given option (type of software) was selected by respondents.

However, very few respondents were willing to share the name of the software packages they use for dispute resolution.⁽²⁴⁾ Responses mentioned commercial software like Zoom, Teams, Google Drive, and Microsoft SharePoint but also platforms such as Curia Resolve (in arbitration and mediation procedures), E-case (in arbitration, combined with basic commercial software like Zoom and Microsoft Teams), HighQ (in arbitration, mediation, and mixed-mode procedures), and GoAdr (mediation).

From the observation of websites, it appeared that providers use the term ODR to designate a broad range of procedures that variously involve ICT. Most websites do not provide clear information regarding the features and functions of ICT in dispute resolution, which does not allow distinguishing instances where ICT merely provides a virtual venue for dispute resolution from processes where ICT introduces new tools and functions to aid the resolution of disputes (the ‘fourth party’).

9. Conclusions. – The findings pointed to a dynamic market of ODR service providers as opposed to a rather stable market of ODR technology providers. The geographical distribution of providers showed an expansion of ODR towards the East of the world, which has been recording a steady increase in e-commerce activities and online cross-border transactions (China and India being at the forefront). The current dynamics in the East appear comparable to the trends in the USA and Europe at the time of the ‘Internet bubble’, when ODR first gained traction.

The majority of ODR service providers are private ventures, with only a few ODR programs being offered or financed by public bodies. In recent years, several civil and commercial ODR

⁽²⁴⁾ Five respondents agreed to provide the names of the software packages employed in their dispute resolution services.

schemes have been developed to respond to particular needs (including Covid-related disputes) or tailored to specific categories of users.

In today's market of civil and commercial ODR, mediation and arbitration are the most prominent dispute resolution procedures. Mediation and arbitration are also the core components of mixed-mode procedures, which stand out for the flexibility and customizability of the process.

ICT expanded the possibilities of dispute system design with modules that may help parties achieve better and faster resolution of certain disputes. The use of technology also speeds up the transition between various stages of a dispute resolution procedure, enhancing the overall efficiency and cost-effectiveness of multi-tiered processes.

The use of AI-powered ODR systems and blockchain technology still appears to be very limited compared to mainstream software applications. Websites that supplied more detailed information about the type of ICT involved in dispute resolution showed widespread use of commercial software, often in combination with dedicated dispute resolution technology.

ICT is widely employed to perform administrative and auxiliary functions, such as case management and file sharing, and to enable virtual meetings and hearings. Conversely, the most advanced functions of technology, such as automated decision-making and outcome prediction, appear to have a rather low uptake in civil and commercial ODR. Among the processes examined, automated negotiation stands out for the autonomy of ICT, both when used as a standalone procedure and as an auxiliary tool in mediation and negotiation.

In addition to providing insight into the current status of civil and commercial ODR, the present study uncovered significant information gaps in the websites of ODR providers. Such information gaps concern the function of ICT in dispute resolution and

the availability of rules and guidelines specific to proceedings that involve ICT.

Responses to the questionnaire showed that a significant percentage of respondents employ ICT to provide dispute resolution services other than the ones listed on their websites. Often, the label ODR is assigned indistinctly to instances where ICT merely provides a virtual venue for dispute resolution and processes where ICT plays a distinctive role (the ‘fourth party’).

Despite the widespread adoption of ICT in dispute resolution, the availability of protocols and guidelines on ICT is rather low. Only 34% of the providers examined in the study have published resources on ICT tools that are easily accessible on their websites. The majority of such resources concern the conduct of virtual hearings in arbitration.

In nearly all cases where service providers offer in-person and online dispute resolution proceedings, there is no distinction between procedural rules for offline proceedings and their online eponymous. This datum is significant, especially if looked at in combination with the scarce information regarding the type and functions of ICT used in dispute resolution proceedings.

The lack of clear, updated, and accessible information regarding dispute resolution services might create confusion and undermine users’ trust in the aptness of ODR to provide effective and just dispute resolution avenues. In a post-Pandemic era where dispute resolution is set to increasingly exploit the potential of technology, providers must account for the role of ICT within dispute resolution procedures and supply transparent and complete information to users.

Abstract

Over the last two decades, Online Dispute Resolution (ODR) has expanded to new geographical and practice areas. However, data regarding

the extension and characteristics of the ODR market are scarce. The empirical study presented in this article provides a snapshot of the current ODR landscape in international civil and commercial dispute resolution. After introducing the orienting framework for the study, this contribution will present data concerning ODR providers and the use of technology in civil and commercial dispute resolution services. The analysis will uncover critical issues and areas of interest for research and practice in light of the future development of ODR.

MEDIATION: A SLEEPING BEAUTY.
LA PROMESSA DELLA GIUSTIZIA CONSENSUALE
ALLA LUCE DELLA RIFORMA
DELLA GIUSTIZIA CIVILE (*)

*Silvana Dalla Bontà (**)*

SOMMARIO: 1. Quale risveglio per la ‘bellezza’ dell’autonomia privata nella gestione del conflitto? Un momento di confronto per discuterne *inter* ed *extra moenia*. – 2. La ‘promessa’ della giustizia consensuale nella riforma italiana della giustizia civile. – 3. ‘Giustizia’ e ‘giurisdizione’: una sovrapposibilità perfetta? Il *favor relationis* irradiato dalla Costituzione italiana. – 4. La riforma italiana dei ‘percorsi’ di giustizia consensuale alla prova della... formazione. Tra ruolo dell’avvocato quale costruttore di relazioni e consapevolezza nei giudici del valore dell’autonomia privata. – 5. I nuovi ‘volti’ della giustizia nella cornice di un sistema integrato (e mutualmente rispettoso) di giurisdizione e consensualità. Una sfida da cogliere.

1. Quale risveglio per la ‘bellezza’ dell’autonomia privata nella gestione del conflitto? Un momento di confronto per discuterne

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 251-284. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Testo della relazione tenuta al Convegno «*Mediation: A Sleeping Beauty*. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile», Trento, 11 novembre 2022.

(**) Professoressa Associata di Diritto Processuale civile presso l’Università di Trento.

inter *ed* extra moenia. – Che un movimento per la promozione del ricorso all'autonomia privata nella soluzione del contenzioso civile stia da ultimo nuovamente attraversando il globo ⁽¹⁾, è evidenza che emerge a tutti livelli, sovranazionale, europeo e nazionale ⁽²⁾. In questo trova ragione il momento di confronto offerto dal Convegno «*Mediation: A Sleeping Beauty*. La promessa della

⁽¹⁾ Alla volta del nuovo millennio, ed in particolare nell'ultimo decennio, pare trovare nuovo vigore quell'attenzione per gli strumenti altri rispetto al processo di soluzione del contenzioso che aveva avuto una sua prima importante emersione nel c.d. *ADR Movement*, ossia in quella c.d. terza ondata dell'*Access-to-Justice Movement*, quale espressione 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. Con specifico riguardo a quella 'terza ondata' costituita dall'*ADR Movement*, v. M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, in *56 Modern Law Review* (1993), 282 ss.

⁽²⁾ La rinnovata (ma forse: mai sopita) attenzione per i metodi stragiudiziali, e in particolare autonomi, di soluzione del contenzioso civile e commerciale trova conferma, a livello sovranazionale, nell'adozione delle *Uncitral Mediation Rules* il 9 dicembre 2021; dell'*Uncitral Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation* il 20 dicembre 2018; della *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (c.d. *Singapore Convention*) il 20 dicembre 2018 ed aperta alla sottoscrizione il 7 agosto 2019; a livello euro-unitario, nell'adozione, dopo la 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, del c.d. pacchetto ADR-ODR, costituito dalla 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), e dal 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).

giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile». Un Convegno che si snoda in due parti – l’una in lingua inglese, l’altra in italiano – ma che presenta un’unica anima: quella del progetto no-profit «*Sleeping Beauty Conference Series*» e quella della Rivista *Giustizia consensuale*.

Non pochi sono i punti che uniscono questi due progetti – l’uno, diretto a promuovere conferenze in tutto il mondo in materia di mediazione quale metodo di soluzione delle liti; l’altro, un’iniziativa editoriale con vocazione internazionale tesa a raccogliere contributi che affrontino le molteplici ramificazioni del tema che lega, in uno sfidante binomio, ‘giustizia’ e ‘consenso’.

In particolare, il progetto no-profit «*Sleeping Beauty Conference Series*» ⁽³⁾, promosso da Giuseppe De Palo e Lela Love, trae ispirazione dall’ormai prossimo decennale del Simposio organizzato dal *Cardozo Journal of Conflict Resolution* nel 2014 ⁽⁴⁾. Un Simposio interamente dedicato a quesiti che si mostrano ancora attuali e quindi in attesa di rinnovate risposte; interrogativi che in quel contesto si decise di esprimere con immagini, per così dire, ‘da favola’ – quasi cinematografiche – che la lingua inglese, così naturalmente ‘mediatica’, riesce con disinvoltura a creare: è la mediazione una ‘Bella Addormentata’? E se così, chi la potrebbe svegliare? ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Su motivazioni, obiettivi e stato attuale di implementazione di questo progetto v. <<https://www.dialoguethroughconflict.org/what-we-do/education/>> (12.06.2023).

⁽⁴⁾ Si tratta del 2014 *Jed D. Melnick Annual Symposium*, i cui Atti di Convegno sono pubblicati in 16(3) *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (2014), 713 ss.

⁽⁵⁾ Il riferimento è qui all’accattivante titolo del contributo di G. DE PALO, R. CANESSA, *Sleeping? Comatose? Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake Sleeping Beauty in the European Union*, in 16(3) *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (2014), 713 ss., in cui, ripercorrendo le concrete ricadute dell’adozione nell’Unione europea della direttiva 2008/52/CE cit., l’a. evidenzia il c.d. *European Mediation Paradox*, ossia lo scarso ricorso alla mediazione nella soluzione del contenzioso nonostante gli esaltati vantaggi di questo strumento, in termini di tempo e denaro, nella definizione della lite: «*if increasing the use of mediation brings such significant time and cost savings to the parties (as well as the ju-*

In quel Simposio si indagavano le insidie sottese e tese alla mediazione – i suoi punti di debolezza – ma anche le sue ‘bellezze’ – le sue forze – che avrebbero dovuto assicurarne il successo. Si constatava allora come, nonostante quei punti di forza, la mediazione non riscontrasse nella pratica – sul campo – l’attrattività ed il successo sperati ⁽⁶⁾. Di qui, l’idea di una bellezza ancora ‘addormentata’ in molti contesti ed ordinamenti giuridici, in cui dominanti rimanevano nella soluzione del contenzioso civile, invece, processo statale ed arbitrato.

In quel Simposio Giuseppe De Palo indicava un meccanismo (un incantesimo?) che avrebbe dovuto ‘(ri)svegliare’ il ricorso alla mediazione, un meccanismo che veniva tratteggiato nel noto e pluricitato studio del 2014, commissionato dalla Direzione generale delle Politiche interne del Parlamento europeo, intitolato «*Rebooting the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*» ⁽⁷⁾.

diciary and taxpayers), why were Member States experiencing such low rates of mediation?». Più drastico K.K. KOVACH, *The Mediation Coma: Purposeful or Problematic*, in *ivi*, 755, che parlava, più che di sonno, di coma della mediazione, indagando, dalla prospettiva statunitense, le cause del suo verificarsi ed al contempo i modi per uscirne; cause del coma che vengono viste da E.R. GALTON, *The Mediation Witches*, *ivi*, 825, nelle ‘streghe’ – torna la ‘favola’ che l’inglese porta – costituite dalle conseguenze della commercializzazione dello strumento della mediazione.

⁽⁶⁾ In questo senso ancora G. DE PALO, R. CANESSA, *Sleeping? Comatose? Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake Sleeping Beauty in the European Union*, cit., 716 ss., che correttamente evidenziavano come «*There are many, perhaps countless, factors impacting how mediation is used-key among them being regulatory environment rules, incentive rules, concerns about quality of service and professionalism, and levels of awareness among parties*».

⁽⁷⁾ Si tratta di uno studio commissionato dalle istituzioni europee, ed in particolare dal DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS’ RIGHTS AND CONSTITUTIONAL, LEGAL AFFAIRS, pubblicato nel gennaio 2014, e reperibile al sito <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPO-L-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPO-L-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)>.

Quel corposo studio, mosso dall'idea di un 'rilancio' della mediazione rimasta nella pratica in ombra nonostante l'implementazione negli Stati membri della direttiva 2008/52/CE dedicata ad alcuni aspetti della mediazione transfrontaliera, si concludeva suggerendo un rimedio: l'adozione di un modello – che di fatto evocava quello vigente in Italia a seguito del c.d. Decreto del Fare – fondato sulla previsione di un tentativo obbligatorio di mediazione *ante causam*, con facoltà delle parti di *opt out*. Tale c.d. *easy opt-out model* avrebbe rappresentato la soluzione all'eterno dilemma della scelta tra volontarietà ed obbligatorietà del ricorso alla mediazione ⁽⁸⁾. Esso, infatti – per riprendere le parole di Paola Lucarelli – vede(va) la parte giungere «alla porta della giurisdizione e dunque della delega al giudice (...) 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» ⁽⁹⁾.

Una mediazione, quindi, che in quel modello rimane(va) nell'essenza volontaria, perché richiesto alle parti è soltanto, prima dell'eventuale instaurazione del processo, un tentativo esplorativo degli interessi che si agitano sotto il loro conflitto, onde sondare la loro integrabilità e quindi il raggiungimento di un accordo ⁽¹⁰⁾, che – riprendendo ancora le parole di Paola Lucarelli –

⁽⁸⁾ Così lo definisce G. DE PALO, *Mediating Mediation: The Easy Opt-Out Model*, in *Herald of Law*, 2020, no. 2 (December 2020), 17 ss.

⁽⁹⁾ Sono queste le parole di P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss., prec. 27.

⁽¹⁰⁾ In questi termini ancora G. DE PALO, *op. loc. ult. cit.*, secondo cui, nel modello *opt-out*, «[t]he parties are simply required to attend one initial mediation meeting with their mediator». Pur tuttavia, nella visione dell'a. «[t]his meeting should not be a mere 'mediation information-session.' What mediation is and cannot do is something the parties should find out about before engaging in the pro-

«sarà sano e longevo proprio perché entrato nelle ragioni del conflitto, ha sostato nel diritto, ha percorso tutti gli interessi, ed è infine approdato alle volontà libere e consapevoli delle parti, indossando, fra l'altro, grazie agli avvocati che assistono le parti, il miglior vestito giuridico possibile».

Chiaro è, però, come anche tale modello, pur nella sua propugnata 'bellezza', non manchi di suscitare interrogativi di rilievo, intorno ai quali il confronto – benefico – deve rimanere costruttivamente aperto: qual è il costo per le parti (e/o per lo Stato) di questo *opt-out model*? Come garantire la qualità della mediazione offerta da mediatori, avvocati che assistono le parti in mediazione, giudici che inviino le parti in mediazione lite pendente? E, di qui, quale tipo di formazione per tutti questi co-protagonisti della promozione della soluzione consensuale della lite? E, prima ancora, quale educazione della collettività tutta ad un diverso approccio al conflitto, non frontalmente avversariale ed egocentrico, ma collaborativo ed ontocentrico, e cioè capace di mettere al centro il problema – il conflitto – per essere chi lo vive al servizio della sua soluzione? È questo, infatti, l'unico approccio che pare in grado di esaltare l'autonomia privata delle parti nel tentativo di auto-determinare la loro regola di condotta vincolante per il futuro ⁽¹¹⁾.

cess, especially via their lawyers. The meeting should focus on the viability of mediation in the case at hand. For that to happen, the parties need to be talking, at least to some extent, about the merit of the case; see their mediator in action; gauge the attitude of the other side; listen to the opponent's side of the story and legal arguments, etc. ».

⁽¹¹⁾ Illuminante a riguardo G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di), *Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 5, 16 ss.; ID., *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, 113 ss., 126 ss., che contrappone il modello di percezione del conflitto egocentrico a quello ontocentrico: il primo, incentrato sulla contrapposizione tra la 'mia' visione del problema contro la 'tua' visione del problema, destinato ad un *aut aut, tertium non datur*, e così al vero/falso, vincere/perdere; il secondo, propositivo di un visione ontocentrica del problema, in cui il ruolo da protagonista è assegnato proprio a quest'ultimo – dato che fatalmente accomuna i

Orbene, su queste domande tornano i convegni realizzati nel quadro della c.d. *Sleeping Beauty Conference Series*, onde rinvenire risposte che – con tutta evidenza – non potranno mai essere né assolute né definitive, dal momento che esse fatalmente dipendono dallo specifico contesto storico, sociale, culturale, economico, politico e giuridico in cui vengono cercate ⁽¹²⁾.

In questa teoria di «*Sleeping Beauty Conferences*» si inserisce il Convegno odierno, che inevitabilmente intreccia, per contenuti e metodo di indagine e confronto, temi di ricerca sospinti e raccolti dalla Rivista *Giustizia consensuale*.

Se infatti, tra gli altri, Lela Love si chiede Oltreoceano, dando seguito alle sollecitazioni di Giuseppe De Palo, se la *presumptive mediation*, quale realizzata da importanti progetti nello Stato di New York, rappresenti il «*Charming Prince*» che la «*Mediation as Sleeping Beauty*» stava aspettando ⁽¹³⁾; lo stesso quesito – dalla formulazione provocatoriamente ‘romantica’ alle orecchie del

confliggenti – e rispetto ai quali costoro si pongono ‘al servizio’ per trovarne una soluzione. È questa la premessa per ‘separare il problema dalle persone’ e concentrarsi sulla soluzione del problema, lavorando intensamente su questo e rispettando invece le persone.

⁽¹²⁾ Ciò è d'altronde conseguenza della dimensione ‘culturale’ (nel senso più ampio del termine) del conflitto, tanto più allorché esso si ponga al crocevia tra culture (e lingue) diverse, con conseguenti nuove ed importanti sfide alla sua soluzione: a riguardo, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *La mediazione: quando lo scontro diventa motivo di incontro. Veicolo di una nuova interculturalità?*, in *Revista de processo*, 2021, 327 ss. Sul conflitto quale fenomeno *per se* culturale, anzi quale «prodotto culturale» tra i più complessi ed al contempo intriganti dell’essere umano, v. J.P. LEDERACH, *Of Nets, Nails, and Problems: The Folk Language of Conflict Resolution in a Central American Setting*, in K. AVRUCH, P.W. BLACK, J.A. SCIMECCA (eds.), *Conflict Resolution: Cross-Cultural Perspectives*, New York, 1998, 165-165; nonché G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, cit., 29 ss., che ben evidenzia come il conflitto sia conseguenza delle caratteristiche stesse dell’esistenza umana individuale: esistere è infatti per l’uomo essenzialmente un *ex-sistere*, e cioè un differenziarsi ed eccettuarsi dall’altro proprio in quanto suo simile. L’uomo esiste differenziandosi ed è questo che genera il conflitto.

⁽¹³⁾ Su tale quesito v. già G. DE PALO, R. CANESSA, *Sleeping? Comatose? Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake Sleeping Beauty in the European Union*, cit., 714.

giurista italiano – si pone a chi legga l'ultima riforma della giustizia civile, ed in particolare degli strumenti complementari alla giurisdizione.

Di qui, la seconda parte del Convegno, che con formulazione, agli occhi del giurista interno, più sobria e sorvegliata, si interroga sulla «promessa della giustizia consensuale alla luce della recente riforma della giustizia civile», cui si è giunti muovendo dalle direttrici dell'allora Ministra della Giustizia Marta Cartabia e dalle proposte della c.d. Commissione Luiso, a seguito del lavoro dell'Ufficio legislativo e delle Commissioni ministeriali.

In perfetta sintonia di spirito tra il progetto «*Sleeping Beauty Conference Series*» e quello editoriale che ha portato alla fondazione della Rivista *Giustizia consensuale*, il Convegno evoca così in dialogo accademici, estensori delle disciplina positiva, giudici, avvocati, mediatori, ed operatori pratici, in un foro ideale che sappia evidenziare – per usare la felice espressione di Jacqueline Nolan-Haley nel titolo del suo intervento al citato Simposio del 2014 – «*The Best and Worst of Times*» della giustizia consensuale, al fine di capire dove siamo oggi e in che direzione stiamo andando⁽¹⁴⁾.

Confronto, questo, quanto mai importante *inter moenia* soprattutto nello scenario attuale in cui, alla riforma introdotta dal recente d.lgs. n. 149 del 2022, dovrà seguire l'adozione della normativa attuativa⁽¹⁵⁾, ed in particolare, per ciò che attiene alla mediazione civile e commerciale, la novella o sostituzione del d.m. n. 180 del 2010⁽¹⁶⁾. Da questa disciplina di attuazione infatti, dipen-

⁽¹⁴⁾ Così J. NOLAN-HALEY, *Mediation: The Best and Worst of Times*, in 16(3) *Cardozo Journal of Conflict Resolution* (2014), 731.

⁽¹⁵⁾ Trattasi del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

⁽¹⁶⁾ È il d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, e successive modifiche, consistente nel regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e te-

derà non poco, in ambito domestico, il futuro della ‘Bella Addormentata’: e cioè se essa si risveglierà, o non continuerà piuttosto – se non a dormire sonni profondi: scenario oggi non più realistico – a rimanere in sostanziale e piatto dormiveglia.

Ebbene, il confronto che questo Convegno incoraggia dovrebbe contribuire ad evitare che ciò accada, e così favorire il cammino verso un migliore accesso alla giustizia, sul cui significato continuiamo, beneficamente, ad interrogarci. E ciò, invero, non stupisce, dal momento che la «*Sleeping Beauty Conference Series*» è parte della *United Nations 2030 Agenda for a Sustainable Development*, che include la spinta verso «*Access to Justice for All*», con l’obiettivo ultimo di raggiungere una società (più) pacifica ed inclusiva (17).

2. *La promessa della giustizia consensuale nella riforma italiana della giustizia civile.* – Quando si decise di dar vita a questo Convegno internazionale, quale appuntamento in Italia della «*Sleeping Beauty Conference Series*», parve appropriato, quasi naturale, aggiungere al suo titolo un’ulteriore specificazione: «La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giu-

nuta del registro degli organismi di mediazione e dell’elenco dei formatori per la mediazione, nonché l’approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell’articolo 16 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28.

(17) La *2030 Agenda for a Sustainable Development* è stata adottata dalla risoluzione dell’Assemblea generale delle Nazioni Unite del 25 settembre 2015, che nella dichiarazione di intenti circa il raggiungimento di diciassette obiettivi generali per il conseguimento di uno sviluppo sostenibile – di cui il sedicesimo dedicato a «[p]romote peaceful and inclusive societies for sustainable development, provide access to justice for all and build effective, accountable and inclusive institutions at all levels» – enuncia al punto 18, in linea con lo spirito della giustizia consensuale, che «[w]e are setting out together on the path towards sustainable development, devoting ourselves collectively to the pursuit of global development and of ‘win-win’ cooperation which can bring huge gains to all countries and all parts of the world».

stizia civile». La scelta del termine ‘promessa’ (della giustizia consensuale) scaturiva da un duplice rilievo.

Per un verso, si mostrava felice *trait d’union* con il citato Simposio del 2014, organizzato dal *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, che ha dato spunto al ciclo di conferenze denominato «*Sleeping Beauty*». In quel Simposio, infatti, ebbero ad intervenire anche Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger ⁽¹⁸⁾, autori nel 1994 di un noto volume, ripubblicato dieci anni dopo in edizione fortemente rivisitata, dal titolo: «*The Promise of Mediation*» ⁽¹⁹⁾. Un volume che illustrava quella forma di mediazione, o meglio:

⁽¹⁸⁾ R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *Reclaiming Mediation’s Future: Re-Focusing on Party Self-Determination*, in *16(3) Cardozo Journal of Conflict Resolution* (2014), 741, che dissentendo dall’idea sostenuta da altri relatori al Simposio, tra cui in particolare quella di G. De Paolo, affermavano che il ridotto ricorso alla mediazione, imputato alla mancata comprensione da parte dei più del valore aggiunto di questo strumento, non potesse trovare fortunata inversione di tendenza mediante un’estensione applicativa della mediazione obbligatoria. Causa della mancata percezione dei vantaggi della mediazione sarebbe stata, infatti, la cattiva esperienza guadagnata ai tavoli di mediazione in cui la maggioranza si era imbattuta; soluzione dello *status quo* avrebbe potuto aversi grazie ad un cambiamento di visione e pratica della mediazione da parte di chi offriva questo servizio. Tale mutamento avrebbe dovuto ruotare intorno alla valorizzazione nella mediazione della c.d. autodeterminazione delle parti, e quindi della promozione della loro capacitazione: «*self-determination, or what we call empowerment, is the central and supreme value of mediation*».

⁽¹⁹⁾ La prima edizione di questo fortunato volume – R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, 1994 – trovò poi compiutezza in una seconda, rinnovata e profondamente rivisitata, edizione: R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2005. Se la prima aveva evidenziato, con acutezza, il fatto che il modo di praticare la mediazione non potesse mai definirsi agnostico da un punto di vista valoriale – intellettualmente onesto era così manifestare i valori che informavano la pratica prescelta nel gestire il tavolo di mediazione – la seconda edizione mirava, da un lato, a fugare i fraintendimenti che la prima edizione aveva suscitato in merito a sue premesse e ricadute, dall’altro, a focalizzare l’attenzione sul concreto operare del ‘metodo trasformativo’, anche attraverso un’articolata illustrazione di casi di studio in grado di mostrare a livello pratico-applicativo il modo in cui il mediatore può ‘supportare le parti’ nel loro percorso di ‘trasformazione’ della propria relazione in seno al conflitto.

quell'approccio alla mediazione, che Bush e Folger chiamarono 'trasformativo', per sottolineare come, nella loro visione, il processo mediativo dovesse essere visto e praticato come un percorso inteso a supportare le parti nell'*iter* di riconoscimento della situazione conflittuale di cui erano protagoniste (c.d. *recognition*) e quindi di loro emancipazione (c.d. *empowerment*), e cioè nel percorso di loro capacitazione nella gestione del conflitto⁽²⁰⁾. In questo precipuo senso tale percorso si rivelerebbe per le parti 'trasformativo': perché diretto ad aiutarle a prendere coscienza del conflitto che stanno attraversando e delle risorse di cui esse stesse dispongono per affrontarlo, indipendentemente dal fatto

(20) EID., *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, cit., 45 ss., 53 ss., che, muovendo da una ben precisa lettura del fenomeno 'conflitto' basata su una visione 'relazionale' della natura umana, evidenziano come ciò che maggiormente segna le parti che lo vivono è il disagio che esso provoca loro nel rapporto con se stessi e con gli altri, ed in particolare il senso di alienazione rispetto alla percezione di forza che in situazioni non-conflittuali esse hanno di sé e rispetto al legame che hanno con gli altri (la c.d. spirale negativa del conflitto). Di qui, la convinzione per cui la mediazione deve consistere in un percorso attraverso cui le parti sono messe nelle condizioni di superare quel circolo vizioso di progressivo auto-indebolimento (*disempowerment*) e reciproca demonizzazione (*demonization*), spesso generato dall'insorgere del conflitto e destinato a provocare una degenerazione dell'interazione tra le parti. Grazie al sostegno (*support*) e non alla sostituzione (*supplant*) del mediatore alle parti, infatti, queste riuscirebbero ad invertire esse stesse la spirale negativa provocata dal conflitto in una spirale positiva, innanzitutto tramite il riconoscimento della propria e dell'altrui posizione (senza che ciò comporti adesione a quest'ultima), e quindi attraverso la riappropriazione della consapevolezza di sé e della propria forza, intesa come potere/capacità (*empowerment*) di gestire il conflitto: così R.A.B. BUSH, *Efficiency and Protection, or Empowerment and Recognition?: The Mediator's Role and Ethical Standards in Mediation*, in *41 University of Florida Law Review* (1989), 253 ss. prec. 267 ss. Alla definizione 'ad effetto' di «*transformative mediation*» (mediazione trasformativa) sarebbe pertanto da preferirsi quella, più aderente al pensiero degli aa. e alla pratica che essi promuovono, di «*process of conflict transformation*» (processo di trasformazione del conflitto), in quanto, secondo questa visione, la mediazione si porrebbe quale *iter* e strumento attraverso cui le parti cambierebbero – 'trasformerebbero' – la qualità della loro interazione nel conflitto.

che esse giungano o meno, al termine della mediazione, ad un accordo ⁽²¹⁾.

Ebbene, se nel libro di Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger questa era la promessa della mediazione, è parso che una ‘promessa’ non meno importante venga affacciata oggi dall’oramai crescente attenzione che i nostri tempi accordano, a livello globale, a riconoscimento e promozione degli strumenti consensuali di soluzione del contenzioso e del conflitto ⁽²²⁾. Una promessa – ed invero una sfida – che anche il legislatore italiano – delegante e delegato – ha voluto lanciare con la recente riforma della giustizia civile – e si tratterà ora di vedere se e come quelle verranno raccolte e mantenute.

⁽²¹⁾ R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, cit., 217 ss., che ricordano come nella mediazione trasformativa obiettivo del mediatore è (solo) quello di supportare un possibile mutamento dell’interazione delle parti nel conflitto adiuvando il loro riconoscimento della situazione creatasi e la riappropriazione del loro stato di consapevolezza di sé e quindi di loro capacità/forza. Spetterà pertanto soltanto alle parti decidere se e come giungere ad un accordo – non essendo compito del mediatore né confezionarlo per loro, né imporre alle parti alcuna base di partenza comune, né incoraggiarle a chiudere questioni che siano per loro ancora aperte. Ne consegue che ben potrebbe accadere che le parti si ritengano soddisfatte di porre fine al percorso di mediazione senza nessun accordo, perché decise a rivolgersi ad altra sede di risoluzione del conflitto o perché già appagate dall’aver riacquisito la ‘capacitazione’ di gestire la loro interazione anche in seno al conflitto.

⁽²²⁾ La provocazione lanciata dalla suggestione di una ‘promessa della mediazione’ veniva già colta nel citato 2014 *Jed D. Melnick Annual Symposium* da K.K. KOVACH, *The Mediation Coma: Purposeful or Problematic*, cit., 756, che con acutezza si interrogava sulla ‘premesse’ metodologica di una siffatta ‘promessa’: «*What exactly then was that promise? Was it of a process that settled disputes in any way it could? Or was it a promise of universal use? Or was it a process that provided individuals opportunities for empowerment and self-determination? Have any of these promises been realized?*». Chiaro è, infatti, che proprio sulla definizione di cosa si intenda per ‘promessa’ della mediazione – e più in generale della giustizia consensuale – si gioca la verifica di se e come essa sia stata o possa essere mantenuta. Tali interrogativi – teorico-sistematici e, come direbbero Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, valoriali – sono attuali ancor’oggi e meritano costante e rinnovata attenzione.

Chiaro è, infatti, come la sfida e la promessa avanzate da questa riforma, che novella i meccanismi di soluzione consensuale della conflittualità e del contenzioso civili, ruotino attorno ad un auspicabile *mutamento di sguardo* sulla ‘giustizia’ – ruotino, cioè, intorno all’idea per cui sia possibile superare l’automatica identificazione della ‘giustizia’ con l’esito del processo giurisdizionale, per scorgerla, invece, anche nel frutto di un percorso negoziale vissuto secondo un approccio non frontalmente avversariale ma fatalmente collaborativo. In una visione di giustizia, cioè, che si potrebbe avvertire «nel senso inglese di *fairness*» – come da ultimo suggerisce Remo Caponi, che in una fine «ricerca dell’etimologia della parola, svolta fino al protogermanico *fagraz*» restituisce «i significati di: adeguato, calzante, appropriato, e finanche bello, ove forse risuona l’eco dell’idea antica di identità tra ciò che è bello e ciò che è buono (*Kalokagathia*), propria della Grecia del V secolo a.C.», rinviandosi «così a uno dei nuclei ancora pulsanti della cultura europea, che si fa sentire anche nel mondo della giustizia civile» (23).

Ebbene, la riforma italiana della giustizia civile crede e scommette (anche) in tale direzione, come si evince nitidamente, sulla scia delle direttrici indicate dall’allora Ministra della Giustizia Marta Cartabia, e riprese poi dalla c.d. Commissione Luiso, dall’art. 1, 4° comma, lett. b), legge delega n. 206 del 2021, il quale definisce gli strumenti diversi dal processo che mirino ad una soluzione consensuale, e quindi negoziale, della lite quali strumenti *complementari* – e non più ‘alternativi’ – alla giurisdizione, in un cambiamento di aggettivazione che si rivela non solo e non tanto formale, bensì profondamente sostanziale. In questo mutamento terminologico, infatti, si fonda il riconoscimento della pari dignità della soluzione giurisdizionale della lite e di quella consensual-negoziale. Al punto che la legge delega, nell’intenzione di mettere

(23) Sono le eleganti osservazioni di R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Questione Giustizia*, 30 maggio, 2023, par. 2.

ordine nel coacervo disarmonico di normative dedicate agli strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie civili contenute in varie legislazioni speciali, prevede l'adozione, entro un lustro dall'entrata in vigore della riforma – periodo dedicato al monitoraggio degli esiti della confermata mediazione obbligatoria – di un Testo Unico sugli Strumenti Complementari (c.d. TUSC), che possa restituire una disciplina organica e coordinata sul punto.

Non solo. La scommessa e la promessa della riforma sulla giustizia consensuale emergono in una serie di puntuali interventi a promozione e sostegno di tali strumenti, che vanno dal potenziamento di incentivi fiscali, economici e non solo⁽²⁴⁾, alla conferma del meccanismo del tentativo obbligatorio di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, in una serie di controversie, peraltro allargata rispetto all'elencazione vigente⁽²⁵⁾, alla rivisitazione della natura (non più meramente informativa) del primo incontro di mediazione e all'esplicitata pre-

⁽²⁴⁾ Si vedano a riguardo, in particolare, l'esenzione dall'imposta di registro e i crediti di imposta previsti dall'art. 20 d.lgs. n. 28 del 2010, come novellato dal citato d.lgs. n. 149 del 2022, nonché il riconoscimento del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti sancito dal nuovo Capo II *bis* del d.lgs. n. 28 cit., in caso di tentativo obbligatorio di mediazione di cui all'art. 5, 1° comma, d. lgs. n. 28 cit., ove la mediazione si concluda con accordo – novità legislativa che dà seguito a Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 10, in *Giur. cost.*, 2022, 1, 129, con commento di M. TROISI; in *Foro it.*, 2022, I, 784; in *Ilprocessocivile.it*, con nota di M. VACCARI, che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 74, 2° comma e 75, 1° comma, d.lgs. n. 115 del 2002, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia» (TUSG), nella parte in cui non stabilivano che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività di assistenza dell'avvocato nell'ambito dei procedimenti di mediazione obbligatoria, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo.

⁽²⁵⁾ In questo senso v. il nuovo art. 5, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, come novellato dal citato d.lgs. n. 149 del 2022, che estende il tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale alle controversie in materia di «associazione in partecipazione, consorzio, *franchising*, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura».

ferenza per la partecipazione personale delle parti alle sessioni di mediazione ⁽²⁶⁾.

Novità significative, dunque, che inducono a chiedersi: sarà tutto ciò sufficiente a realizzare, nella società e quindi nell'ordinamento giuridico, un mutamento di sguardo verso il conflitto, un differente approccio al contenzioso civile ed alla sua soluzione? E ad alzare lo sguardo alla nostra Costituzione: è questo un cambiamento da ritenersi ammissibile, auspicabile, financo favorito dalla nostra Carta costituzionale? E anche, ove così sia, come promuoverne in concreto la diffusione?

3. *'Giustizia' e 'giurisdizione': una sovrapposibilità perfetta? Il favor relationis irradiato dalla Costituzione italiana.* – Non v'è dubbio che, per tradizione, nell'ordinamento italiano – ma invero, pur nelle differenze, in tutti gli ordinamenti euro-continentali – l'approccio al conflitto sia stato essenzialmente di tipo avversariale. Nel quadro di una tradizione giuridica che vede tra i suoi cardini il risaputo motto di Rudolf von Jhering *«Kampf um's Recht»* (lotta per il tuo diritto!) ⁽²⁷⁾, non stupisce, infatti, che di re-

⁽²⁶⁾ Decisiva a riguardo la riformulazione, da un lato, dell'art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010, come novellato dal citato d.lgs. n. 149 del 2022, secondo cui, da un lato, «[l]e parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rappresentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale» (4° comma); dall'altro, «[a]l primo incontro, il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione, e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti» (6° comma).

⁽²⁷⁾ È osservazione di M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 287.

gola, non appena nasca un conflitto, questo venga subito percepito da chi lo vive nella sua 'qualificazione giuridica', e cioè, per usare le parole di Francesco Carnelutti, quale «conflitto giuridicamente qualificato», ossia quale «lite», come Egli con acutezza direbbe ⁽²⁸⁾.

In altri termini, in ragione di quella radicata tradizione, una volta sorto il conflitto, esso viene di frequente automaticamente trasferito sul piano del 'giustiziabile', ovvero su quello della rivendicazione di 'ciò che mi spetta e posso ottenere sulla base della norma giuridica'. Norma giuridica che, con riguardo alla determinata situazione sostanziale verificatasi nel caso concreto, sancisce quale 'diritto' mi spetta, ossia quale 'pretesa giuridica' posso vedermi riconosciuta dal giudice nel processo, sollecitandone

⁽²⁸⁾ Il richiamo è qui a F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 1926, 130; nonché ID., *Lite e funzione processuale (postilla)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, 23; pagine in cui l'a. acutamente distingue tra conflitto e lite: il primo, consistendo in uno scontro di interessi tra due o più soggetti in cui il soddisfacimento dell'uno esclude (o sembra escludere) il soddisfacimento degli altri, uno scontro destinato a creare una forza centrifuga della convivenza civile; la lite, invece, da intendersi come stadio differente e per certi versi ulteriore rispetto al mero conflitto o conflitto comune, e cioè quale conflitto tra due o più soggetti giuridicamente qualificato, in cui un soggetto pretende la tutela giuridica di un interesse in contrasto con l'interesse di un altro, e quest'ultimo resiste mediante contestazione o lesione della pretesa altrui. In altri termini, nella lite le parti coinvolte, discutendo e scontrandosi intorno al regolamento giuridico del conflitto, confliggono tra due o più applicazioni della norma. Vi è, cioè, nella lite, una contrapposizione tra pretesa e contestazione, una contrapposizione – per riprendere le parole di altra dottrina: E. VALSECCHI, *La transazione*, II ed., Milano, 1986, 211, ma già E. BETTI, *Ragione e azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, 208 e 211, seppur in termini più sfumati – in cui tra pretesa e contestazione vi è un rapporto di reciproca esclusione: ciascuna parte qualifica i propri interessi rispetto ad una determinata norma come primari, e nessuna accetta che la soluzione della lite avvenga mediante degradazione del proprio interesse ad interesse secondario. La lite nascerebbe così quando una parte manifesti espressamente il suo intento di non accettare soluzioni che non corrispondono alla propria valutazione normativa della fattispecie controversa: in questo lo strumento di soluzione della lite può diventare il processo.

l'esercizio della funzione di '*jus dicere*' (la giurisdizione, per l'appunto) ⁽²⁹⁾.

È, questa, d'altronde, naturale ricaduta – sul piano dell'approccio degli individui al conflitto – della concezione tipica di un retroterra culturale, politico e giuridico come quello euro-continentale, che abbraccia una visione dell'amministrazione della giustizia, quale funzione essenziale propria dello Stato, che è al servizio dell'attuazione della volontà di legge; attuazione che, tramite la decisione del giudice, raggiunge il crisma della «incontestabilità sul piano dei diritti sostanziali e nel corso dei futuri processi» ⁽³⁰⁾.

Non è un caso, pertanto, che quell'attitudine automaticamente 'giurisdizionalizzante' del conflitto traspaia (anche) in parti importanti della Costituzione italiana che, nata dalle macerie dei totalitarismi che negavano tutela giurisdizionale ai diritti fondamentali, da un lato, definisce questi inviolabili, dall'altro, assicura a tutti l'accesso alle corti per la difesa dei propri diritti, riconoscendo a ciascuno, con un'esplicitazione sconosciuta in altri ordinamenti, il diritto di agire in giudizio ⁽³¹⁾. Un diritto, quello di

⁽²⁹⁾ Sulla minore 'estensione' dei diritti rispetto alle utilità cristallizzate dalla norma generale ed astratta v. N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, in N. TROCKER, A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, 2011, 159 ss., spec. 160-1.

⁽³⁰⁾ Sono, queste, da ultimo le calzanti riflessioni di R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, cit., par. 2. Per una fine ricostruzione storico-sistematica dell'evoluzione nello Stato liberale del diritto di azione, in cui l'«agire del privato diviene nel contempo elemento essenziale per il raggiungimento di un interesse collettivo» v., per tutti, A. CHIZZINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER, diretto da F.D. BUSNELLI, Milano, 2018, 9 ss., prec. 10, e ivi copiosi e penetranti riferimenti dottrinali.

⁽³¹⁾ Lo ricorda, magistralmente, N. TROCKER, *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974; e riprendendo il tema dall'angolatura europea e del dialogo tra tradizioni di *common law* e del *civil law* euro-continentale, ID., *La formazione del diritto processuale civile europeo*, Torino, 2011.

azione, garantito e rafforzato nel suo esercizio dalla previsione – costituzionale, ancorché tardivamente attuata da legge ordinaria – del patrocinio a spese dello Stato a tutela dei non abbienti⁽³²⁾, nonché, in concreto, da un accesso all'apparato giudiziario che, specialmente in comparazione con altri ordinamenti giuridici – *in primis* quelli anglo-americani – appare ancora economico.

È, però, solo questa la 'giustizia' cui si può ambire ove emerga il conflitto? È, cioè, solo questo che si deve e/o può ottenere alorché esso sorga?

Nel raccogliere la sfida lanciata da codesti interrogativi, il pensiero corre alle penetranti riflessioni di Andrea Simoncini ed Elia Cremona sul rapporto tra mediazione e Costituzione tratteggiate nelle pagine della Rivista *Giustizia consensuale*, che pongono in dubbio la necessaria co-estensione dei concetti di giustizia e giurisdizione⁽³³⁾: dalla Costituzione italiana emerge una nozione di giustizia che si riduce al solo novero dei rimedi giurisdizionali? O va essa oltre la giurisdizione? E se così, offre la nostra Carta costituzionale indici normativi che favoriscono e addirittura valorizzano il tentativo di una collaborazione tra le parti nella soluzione del conflitto, anziché lo scontro avversariale che sempre segna il ricorso alla via giurisdizionale, e quindi il processo?

Orbene, come gli autori a ragione evidenziano, non v'è dubbio che il termine 'giustizia' nella Costituzione sia impiegato prevalentemente per indicare la 'giurisdizione' e quindi il processo; pur

⁽³²⁾ Sull'evoluzione del sostegno economico ai poveri sino all'assistenza legale dei non abbienti nel processo civile v. per tutti ID., *L'assistenza giudiziaria ai non abbienti: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1979, 65 ss.; ID., *Assistenza legale e giustizia civile. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*, Milano, 1979; F. CIPRIANI, *Il patrocinio dei non abbienti in Italia*, in *Foro it.* 1994, V, 83 ss.; F.P. LUISO, *Istituzione del patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 207 ss.; G. SCARSELLI, *Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili e amministrativi*, Padova, 2003.

⁽³³⁾ Il richiamo è a A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2022, 3 ss., prec. 8.

tuttavia non mancano nel dettame costituzionale indici importanti da cui emerge una non perfetta coincidenza tra perimetro della giustizia e quello della giurisdizione ⁽³⁴⁾.

Se in tal senso potrebbe financo leggersi l'avvertita esigenza di accostare, nell'art. 111, 2° comma, Cost., al termine «processo» l'aggettivo «giusto» – a suggerire che le due nozioni (processo e giustizia) non siano perfettamente sovrapponibili – per altro e più incisivo verso, non possono dimenticarsi quelle disposizioni della Costituzione che promuovono la coesione sociale, quale, in primo luogo, l'art. 2, II parte, Cost., che richiede ai cittadini l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, non solo politica ed economica, ma anche sociale ⁽³⁵⁾.

Scaturisce così dalla Costituzione un chiaro *favor relationis*, a sostegno di una visione dell'individuo non solo quale titolare di diritti giustiziabili, e così del diritto alla prestazione giurisdizionale dello Stato, ma anche quale titolare di un dovere di solidarietà sociale, indirizzato (anche) al tentativo di rigenerazione della relazione interrotta che lo veda coinvolto. Rigenerazione che non significa certo reazionaria ricostituzione dello *status quo ante* rispetto alla nascita del conflitto, bensì trasformazione responsabile, consapevole e sostenibile della relazione mutata dalla sua insorgenza, come fatalmente accade nel caso della crisi familiare, in cui alla rottura dell'unità della famiglia non si immagina di far seguire la sua restaurazione, bensì una trasformazione matura verso una nuova costellazione familiare votata ad una benefica bigenitorialità ⁽³⁶⁾. In questo avrebbe colto nel segno chi, interpretando

⁽³⁴⁾ EID., *op. ult. cit.*, 9.

⁽³⁵⁾ EID., *op. ult. cit.*, 18-9.

⁽³⁶⁾ Sulle potenzialità di un percorso consensuale di soluzione della crisi familiare rispetto alle limitatezze consustanziali al processo nella sua gestione e soluzione, v., per tutti, F. DANOVÌ, *Il prisma della giustizia e i suoi possibili modelli*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, Torino, 2017, 1 ss., prec. 5 ss., che, correttamente evidenzia, come «le controversie di famiglia non investono unicamente diritti e obblighi, ma coinvolgono il vissuto dell'individuo nei suoi aspetti più intimi e personali, in ordine ai quali il processo e

l'*ADR movement* del secolo scorso in senso non *anti*-giurisdizionale ma quale moto impegnato a mettere in luce la sfaccettatura *a*-giurisdizionale della giustizia, evidenziava l'esistenza – e la necessità – (pure) di una «*mending justice*», e cioè di una giustizia che deriva dalla sartoriale ricucitura della relazione, anziché dalla consacrazione della sua rottura mediante il fendente seriale della giurisdizione ⁽³⁷⁾.

È in questo quadro, quindi, che gli strumenti consensuali di soluzione del conflitto – dalla negoziazione alla mediazione – rappresenterebbero sede privilegiata in cui le parti, segnate dalla lacerazione della relazione, sono messe nelle condizioni di assolvere al loro inderogabile dovere costituzionale di solidarietà sociale – pur impregiudicato, come ovvio, il loro diritto di accesso alla via giurisdizionale. È ai tavoli di negoziato e mediazione, infatti, che le parti potrebbero spiegare quelle risorse relazionali che ciascuno in potenza ha e di cui l'art. 2, II parte, Cost. si nutre ⁽³⁸⁾.

la sentenza non possono per definizione intervenire né portare effettivo giovamento». Citando la «verità racchiusa nell'*incipit* di Anna Karenina, per cui 'tutte le famiglie felici si assomigliano fra loro, ogni famiglia infelice è infelice a modo suo', l'a. sottolinea, infatti, come giurisdizione e processo «sono ovviamente indispensabili in situazioni altrimenti non componibili, ma per loro natura non possono considerarsi idonei a intervenire sulle radici profonde del conflitto, né conseguentemente a districarle, così come sono strutturalmente inadeguati per disciplinare in ogni suo aspetto il futuro di una relazione in crisi»: così ID., *Il coordinatore genitoriale: una nuova risorsa nella crisi della famiglia*, in *Fam. e dir.*, 2017, 797 ss. Su tali radici profonde possono intervenire solo le parti coinvolte, nel tentativo di districarle con sguardo rivolto agli orizzonti futuri tesi a ridisegnare la costellazione familiare e i suoi rapporti.

⁽³⁷⁾ Così M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 288, ove sottolinea che vi sono «*cases in which litigation is but an episode in a complex and continuing relationship; here, conciliatory justice or, as one might call it, 'mending justice,' has the potential to preserve the relationship treating the litigious episode as a provisional disruption, rather than a final break of the relationship*».

⁽³⁸⁾ In questi efficaci termini A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 22.

Solo a quei tavoli, e non nel processo, d'altronde si può immaginare di uscire dalle maglie strette della ricostruzione del passato alla ricerca di responsabilità (l'istruttoria giudiziale) e della conseguente applicazione della legge generale ed astratta (la decisione che separa il torto dalla ragione) per aprire ai tanti e complessi aspetti della contesa, con sguardo indirizzato al futuro e quindi alla risoluzione del conflitto nella sua interezza ⁽³⁹⁾. È a quei tavoli, infatti, che esso può essere affrontato non in quella sua 'scarnificata' versione che lo schema e il rituale processuale impongono, ma in tutta la sua vivida carnalità, come ben dice Paolo Grossi ⁽⁴⁰⁾, e quindi in quella fattualità che pone al centro l'individuo quale portatore di molteplici interessi, giocoforza più estesi delle sue posizioni giuridiche. Questo, d'altronde, ripetono Andrea Simoncini ed Elia Cremona, è l'individuo cui guarda la nostra Costituzione: un individuo non astratto, quale quello che segna, al contrario, la concezione dello Stato liberale, ma un individuo concreto, intriso di tutti i suoi bisogni, e di cui uno Stato sociale non può che farsi

⁽³⁹⁾ Dalla prospettiva del magistrato lo sottolinea G. BUFFONE nel recensire, in questa *Rivista*, 2022, 267, prec. 266, il volume di M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Milano, 2022, che ben mette in luce come le parti del processo si facciano in questo «narratori del proprio conflitto» in un contenitore però «a maglie strettissime che filtra solo gli elementi utili e necessari per la decisione: c'è tanto spazio per il diritto e non ci sono mai sufficienti posti liberi per i sentimenti. Processo e Conflitto diventano le moderne facce opposte di Giano bifronte, destinati ad essere così vicini e, allo stesso tempo, così distanti».

⁽⁴⁰⁾ P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'Italia unita*, Napoli, 2012, 45 ss. Tale (ri)scoperta della fattualità del diritto trova peraltro ragione anche nella sempre maggiore complessità del contezioso, sconosciuta a quello cui si dirigevano le codificazioni ottocentesche, espressione di una fiducia senza riserve per una conoscibilità sicura, e così per una classificazione definitiva, della realtà – fiducia che è andata sempre più attenuandosi: sul punto, ancora ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed., Milano, 2007 e N. IRTI, *L'età della codificazione*, IV ed., Milano 1999, nonché, dalla prospettiva della giurisdizione, N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007; A. DONDI, *Aspetti della complessità e riscontri nella nozione di complessità processuale*, in ID. (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, 3 ss.

carico al fine di promuovere appieno le potenzialità del singolo ⁽⁴¹⁾.

4. La riforma dei 'percorsi' di giustizia consensuale alla prova della... formazione. Tra ruolo dell'avvocato quale costruttore di relazioni e consapevolezza nei giudici del valore dell'autonomia privata. – Se queste sono la sfida e la promessa di una giustizia consensuale, auspicata anche dalla nostra Costituzione nel suo emergente *favor relationis*, saranno in grado le novità introdotte dall'incipiente riforma del processo civile di raccoglierle e mantenerle?

Sia detto fin d'ora che perché ciò accada, un aspetto è e sarà essenziale, e pertanto imprescindibile: la formazione (che non è informazione!) di tutti coloro che sono toccati e coinvolti dal fenomeno del conflitto ⁽⁴²⁾.

⁽⁴¹⁾ Così A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, cit., 18-9, che mettono in risalto come l'uomo tratteggiato dalla Costituzione italiana sia un uomo che non è esclusivamente autodeterminato, ma di necessità anche eterodeterminato, ossia un individuo che riesce a portare a compimento la sua soggettività nelle e grazie alle relazioni con gli altri. Ne consegue che la nostra Costituzione disegna i diritti sociali dell'individuo, non solo come diritti a prestazioni dello Stato, ma anche come diritti a «relazioni costitutive», su cui v. E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Milano, 2012, il quale ricostruisce alternativamente la categoria dei diritti sociali come diritti a relazioni, piuttosto che a prestazioni.

⁽⁴²⁾ Sul tema della formazione che non è informazione v. ancora M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, cit., 92; e più in generale su una rivisitazione complessiva dell'approccio al conflitto attraverso un ripensamento delle professioni nella nostra società, G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, cit., 133, secondo cui «nelle società contemporanee le professioni di fatto si presentano soprattutto come professioni della patologia: esse sono di solito chiamate a intervenire su problemi e conflitti (...). Non solo, le società contemporanee esprimono di fatto dei valori che favoriscono l'evoluzione del patologico (...): esse infatti non compensano adeguatamente, né in termini economici né di prestigio, i generici della prevenzione (si pensi ad esempio agli insegnanti), mentre remunerano invece, talvolta lautamente, gli

Essenziale è e sarà, quindi, la formazione-educazione della cittadinanza tutta ⁽⁴³⁾, che in un progressivo moto culturale è infatti chiamata a diventare consapevole non solo della ‘giustiziabilità’ delle proprie pretese giuridiche, ma anche delle potenzialità dell’autonomia privata, che, se accortamente esercitata, da un lato, apre al miglior perseguimento dei propri interessi ⁽⁴⁴⁾, dall’altro, consente di assolvere a quel dovere di solidarietà sociale

specialisti della patologia. (...) Si viene cioè a generare un contesto caratterizzato dal netto prevalere degli aspetti di terapia su quelli della prevenzione».

⁽⁴³⁾ L’educazione-formazione della collettività è uno dei ‘costi’ della giustizia consensuale. Questa, da intendersi non come mero strumento di deflazione del carico giudiziario bensì quale arricchimento del ‘sistema giustizia’, interpretato oggi – alla luce (anche) delle più profonde riletture della nostra Costituzione di cui *supra* nel testo – quale sistema integrato di giustizia (cfr., D. D’ADAMO, *La giustizia integrata*, Torino, 2023), comporta un ‘costo’, nel senso di un investimento da parte di uno Stato che voglia ancora definirsi, come il nostro, sociale. Per una più ampia riflessione sul rapporto tra giustizia consensuale e suoi ‘costi’ si permetta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *El coste de la justicia consensual*, in J.F. HERRERO PEREZAGUA, J. LOPEZ SANCHEZ (dirs), *La Justicia tenía un precio*, Barcelona, 2023, 39 ss., a sviluppo della relazione presentata al Convegno «*La Justicia tenía un precio*», tenuto si presso l’*Universidad de Zaragoza* il 16 e 17 marzo 2023, in attuazione del progetto «*Autonomía privada y formas y efectos de la litigación civil en una sociedad de masas*», finanziato dal *Ministerio de Ciencia e Innovación, del Gobierno de España*, e quale attività del *Grupo de Investigación De Iure*, finanziato dal *Gobierno de Aragón*: v. <<http://litis.unizar.es/2023/03/17/congreso-justicia-precio/>> (12.06.2023).

⁽⁴⁴⁾ In una tale educazione-formazione della collettività, dal significativo ma ripagante costo economico ed umano, si avrebbe modo di (ri)scoprire quella che T. GRECO, *Il diritto della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, 143 ss., chiama la «legge della fiducia», da lui intesa quale vera radice del diritto, che tale sarebbe non solo e non tanto per la sua dimensione verticale quale insieme di norme corredate da sanzione-repressione, ma anche e soprattutto in virtù della sua primaria ed orizzontale funzione regolatrice della relazione tra gli individui. Potente è, d’altronde, la visione dell’a. secondo cui il sistema giuridico non si basa unicamente sulla forza, ma si compone anche dell’«elemento della relazione», dal momento che ineliminabile è «ciò che *il diritto richiede* in termini di riconoscimento reciproco e di fiduciosa relazionalità». Cosa che porta con sé la «responsabilità» degli uni verso gli altri, ossia la capacità di rispondere a qualcuno e quindi «il fatto (...) che io adempio ad una norma non solo perché me lo chiede lo Stato, ma perché quella norma regola i miei comportamenti nei confronti degli altri».

sancito dalla nostra Costituzione – in un equilibrio garantito pur sempre dalla possibilità per le parti di adire la via giurisdizionale.

Imprescindibile è e sarà, però, ancor prima – per una questione di più immediata ricaduta pratica – la formazione di coloro che per primi vengono a contatto con il conflitto vissuto dalla comunità, ovverosia gli avvocati ⁽⁴⁵⁾.

È l'avvocato, infatti, e non il giudice, colui che accoglie e raccoglie, sin dal primo colloquio, la persona che vive il conflitto – il futuro cliente – e che viene perciò a contatto con quella carnale fattualità della controversia che, ove accuratamente esplorata, consente all'avvocato di suggerire la soluzione della lite, non automaticamente nel processo, ma, ove se ne diano le coordinate, nelle vie auto-compositive e quindi consensual-negoziali ⁽⁴⁶⁾. Il colloquio tra avvocato e cliente diventa in questo senso – per usare la felice immagine di Luciana Breggia – il perno di una ruota, i

⁽⁴⁵⁾ A riguardo si permetta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, in ID. (a cura di), *Comunicare, negoziare e mediare in rete*, Trento, 2021, 153 ss., 173, disponibile sul sito <<https://iris.unitn.it/>>.

⁽⁴⁶⁾ Un tale cambiamento di prospettiva dell'avvocato e del suo rapporto con la persona che vive il conflitto, e quindi con il suo cliente, dovrebbe peraltro muovere dal superamento di quell'atteggiamento culturale che ruota intorno alla c.d. mistica della delega professionale, e cioè dell'attribuzione ad altri, da parte di chi vive il conflitto, non solo della propria difesa legale ma anche, più nel profondo, della gestione e soluzione della lite, in una sorta di *spoliatio* da questa e dal suo epilogo. Sulla c.d. mistica della delega professionale e sulla sua crisi v. D.A. SCHÖN, *The Reflective Practitioner. How Professionals Think in Action*, New York, 1983, 3 ss. Proprio questo ripensamento profondo del ruolo e della professione dell'avvocato costituirebbe premessa per una valorizzazione, da parte della professione forense, degli strumenti auto-compositivi del conflitto nel perseguimento di una giustizia consensuale, su cui v. L. BUGATTI, *La professione forense tra tradizione e innovazione. Un'analisi storico-comparatistica*, Torino, 2022, 392 ss.; C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Tra teoria e prassi*, cit., 127 ss.; D. STALLA, *Avvocato, ivi*, 148 ss.

cui raggi si indirizzano verso una costellazione di soluzioni, di cui il processo è soltanto uno dei raggi ⁽⁴⁷⁾.

L'avvocato, quindi, come costruttore di relazioni sociali, perché vero e prezioso 'tutelatore' degli interessi del proprio assistito – come efficacemente rimarca Francesco Paolo Luiso nella distinzione tra 'tutela degli interessi' e 'tutela dei diritti' ⁽⁴⁸⁾ – e che, in quanto tale, è nella migliore posizione per esplorare gli interessi dell'assistito e aiutarlo ad individuarli e soddisfarli nel modo più appropriato, efficace e rapido. Cosa il cliente vuole ottenere non è infatti disgiunto dal come, e spesso quest'ultimo incide profondamente sull'effettivo conseguimento del primo ⁽⁴⁹⁾, profilo, questo, di cui il cliente può e deve diventare consapevole – e responsabile – grazie all'intervento dell'avvocato nell'esercizio della sua – nobile – funzione (sociale), come da ultimo evidenziata dalla Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo, adottata dal Consiglio degli ordini forensi europei nel 2007 ⁽⁵⁰⁾.

Si dirà che tale approccio dell'avvocato al conflitto è deontologicamente dovuto e in quanto tale senz'altro praticato – si pensi,

⁽⁴⁷⁾ L'immagine che qui si riprende è quella offerta da L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. Merito*, 2008, 571 ss., e ID., *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 715 ss.

⁽⁴⁸⁾ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, XI ed., Milano, 2022, 37-8.

⁽⁴⁹⁾ V. ancora S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, cit., 173.

⁽⁵⁰⁾ V commento n. 6 della Carta dei principi fondamentali dell'avvocato europeo, adottata nella sessione plenaria del CCBE, ovvero dal Consiglio degli ordini forensi europei, dell'11 maggio 2007, secondo cui «L'avvocato che, riunendo in sé tutti questi elementi, persegua fedelmente gli interessi del suo cliente e garantisca il rispetto dei suoi diritti, svolge anche una funzione sociale, che è quella di prevenire ed evitare i conflitti (...)». Poneva in luce il «ruolo propulsivo dell'avvocatura» nel ricorso alla mediazione N. TROCKER, *La Direttiva CE 2008/52 in materia di mediazione: una scelta per il rinnovamento della giustizia civile in Europa*, cit., 189.

tra i molti, al dovere di informazione contemplato all'art. 27 Codice deontologico forense ⁽⁵¹⁾).

Ciò è senza dubbio è vero. Tuttavia, altrettanto innegabile è che non tutti gli avvocati mettono in pratica un tale approccio, avendo la sensibilità e capacità di accompagnare in concreto i propri clienti verso la soluzione auto-compositiva della lite ove se ne diano le condizioni, e cioè ove questa paia la più opportuna e vantaggiosa per il proprio assistito. Non lo fanno talvolta perché non ne hanno le competenze, che vanno insegnate, allenare, sviluppate.

Orbene, è qui che è necessario intervenire per mantenere la promessa della giustizia consensuale: sulla formazione degli avvocati (e dei futuri avvocati), per ridisegnare, in un processo di trasformazione culturale che, come ben dice Giovanni Verde, «non può essere breve e neppure indolore», «il ruolo di un'avvocatura pletorica, che si è lasciata crescere ben oltre le effettive esigenze e

⁽⁵¹⁾ L'art. 27 Codice deontologico forense impone all'avvocato di «informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, (...) precisando (...) le ipotesi di soluzione», nonché di «informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge». Tale previsione però non basta, dovendo la sua applicazione concretarsi in un'informativa completa e non a priori 'scettica' sugli strumenti complementari alla giurisdizione. Non è un caso, ad esempio, che nell'ambito del contenzioso familiare e, in questo, del ricorso alla mediazione familiare, la Guida alle buone prassi nell'applicazione della Convenzione dell'Aia in tema di sottrazione dei minori espressamente, si premuri di precisare al par. 4.1. che «il modo in cui i genitori sono introdotti alla mediazione è estremamente rilevante e può essere cruciale nella prospettiva di suo successo. Non essendo la mediazione conosciuta in tutti gli ordinamenti, i genitori abbisognano di un'illustrazione completa e onesta su cosa sia la mediazione e cosa invece essa non sia, in modo che essi possano accostarsi a tale strumento con una corretta aspettativa» (traduzione mia). In altri termini: l'informativa fa la differenza se offerta dall'avvocato in modo esaustivo, corretto, e non semplicemente per assolvere ad un mero dovere formale.

che è avvezza a considerare il suo ruolo in funzione della contro-versia giudiziale»⁽⁵²⁾.

Su questo punto cruciali si rivelano, quindi, educazione e selezione degli avvocati del futuro, che dovrebbero mostrare attenzione all'esplorazione degli interessi del cliente e avere la capacità di accompagnarlo nella via più adeguata verso la loro soddisfazione⁽⁵³⁾. Attenzione e capacità che dovrebbero manifestarsi sin dal primo colloquio avvocato-cliente, un colloquio, però, di cui il giurista fa esperienza solo una volta entrato negli studi professionali, non costituendo esso quasi mai momento di riflessione e formazione nelle aule universitarie, laddove invece queste non dovrebbero rimanere estranee al cambiamento di prospettiva che segna il superamento del tradizionale avvocato solo *litigator*⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ G. VERDE, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1155 ss., prec. 1169.

⁽⁵³⁾ A questo tema intende dedicarsi il progetto di ricerca «*Edu 4 Justice*», che vede coinvolte l'Università di Brescia, quale capo-fila, e le Università di Bologna, Messina, Roma Tre e Trento. Si tratta di un progetto valutato nel 2023 dal Ministero dell'Istruzione e del Merito quale Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN), in quanto indirizzato ad indagare cause ed effetti della crisi dell'avvocatura e la sua relazione con quella della giustizia civile, onde offrire soluzioni concrete nel ripensamento di selezione e formazione degli avvocati. Particolare attenzione al tema della formazione degli avvocati che assistano le parti nei percorsi di giustizia consensuale presta l'Unione Nazionale Avvocati per la Mediazione (U.N.A.M.), che a tale profilo ha dedicato una Scuola di Alta formazione in ADR, in collaborazione con le Università di Bologna, Firenze, Perugia e Trento.

⁽⁵⁴⁾ Per una critica all'indifferenza mostrata alla 'concretezza' della persona-cliente dai tradizionali percorsi universitari, in cui questi viene rappresentato soltanto in modo astratto ed asettico, quale mero protagonista di casi di scuola, scarificato di quel corpo e di quei sentimenti di cui sono portatori i clienti veri, con conseguente spaesamento dei laureati in giurisprudenza al momento dello scontro con la realtà una volta usciti dalle aule universitarie, v. J. MACFARLANE, *The New Lawyer*, II ed., Vancouver, 2017, Ch. 3, § *Limiting the Lawyer's Role*, che evidenzia come «*clients are rarely, if ever, mentioned in law school classrooms; they are invisible as real or even straw people. It is not surprising, then, that the arrival of real-life clients who are experiencing anxiety, uncertainty, and fear of conflict is an unwelcome intrusion for many*»; nonché *Ibidem*, Ch. 6, § *Affective Lawyering*, «*many lawyers describe their first encounters with clients, either in a law school*

Ebbene, che tutto questo diventi possibile su larga scala, non è facile. Con la conseguenza che, a fronte della riforma della giustizia civile (e consensuale), affinché ciò si faccia realtà, necessarie sono la promozione ed applicazione di buone prassi, da un lato, affinché l'intervento dei giudici, nell'esercizio dei loro strumenti *lato sensu* conciliativi⁽⁵⁵⁾, non si riveli draconiano, bensì equilibrato e dialogante, e così rispettoso dell'autonomia privata delle

clinic or in a law firm, as something of a seismic shock. They are meeting with real human beings who bring emotion, either under control or not, and who raise an emotional response in them», e ancora «they had no idea what to do. They understood their role as providing legal advice (in this simulation) and not as offering Kleenex or understanding the impact of the matter on their client». Di qui, lo sviluppo *extra moenia* di corsi in «*Client interviewing*», ossia in tema di colloquio dell'avvocato con il cliente, nella consapevolezza che sia necessario, già dal percorso universitario, acquisire ed allenare competenze quali la capacità di instaurare sin da subito un buon rapporto con la persona che vive il conflitto, e cioè il futuro cliente, sapendo porgli le domande 'giuste', intendendosi per tali non solo quelle dirette a consentire una corretta qualificazione giuridica del fatto – e quindi volte alla ricerca dei fatti rilevanti di una potenziale causa civile – ma anche quelle intese a far emergere gli interessi del cliente sotto le sue pretese giuridiche, onde saper prospettare gli ventaglio di soluzioni possibili al conflitto che vive, non solo per via giurisdizionale, ma anche stragiudiziale. Non mancano a riguardo anche *Client Interviewing Competitions* a livello internazionale, che offrono a studenti la possibilità di competere nella simulazione di colloqui tra avvocato e cliente. Per un esempio a riguardo v. la *Client Interviewing Competition for England and Wales*, su cui v. <<https://www.clientinterviewing.com/>> (12.06.2023).

⁽⁵⁵⁾ Il riferimento è qui al rivisitato strumento della mediazione demandata dal giudice di cui al nuovo art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 cit., al cui impiego il successivo art. 5 *quinquies* ha collegato una valorizzazione nell'integrazione degli indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato ai fini della valutazione della professionalità cui sono sottoposti i magistrati ogni quadriennio fino al superamento della settimana (art. 11 d.lgs. n. 160 del 2006); nonché allo strumento della proposta transattiva o conciliativa del giudice di cui al novellato art. 185 *bis* c.p.c., al cui utilizzo il legislatore della riforma ha ricondotto gli stessi riconoscimenti di cui al succitato art. 5 *quinquies* d.lgs. n. 28 cit. Per una lettura della riformulazione di questi strumenti nel quadro della riforma del processo di cognizione di primo grado secondo il rito ordinario e del nuovo procedimento semplificato, v., *se vis*, S. DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri lato sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in questa *Rivista*, 2022, 587 ss.

parti⁽⁵⁶⁾; dall'altro, affinché gli avvocati sappiano svolgere quel nuovo ruolo che anche la Corte di cassazione ha indicato e suggerito nella nota sentenza n. 8473 del 2019, ove in un significativo *obiter dictum* ha evidenziato come il tempo attuale «segn[i] anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate»⁽⁵⁷⁾.

Maturate e incoraggiate nel contesto degli Osservatori della Giustizia civile⁽⁵⁸⁾, rivitalizzati nel loro ruolo e contributo dalla

⁽⁵⁶⁾ Il tema si pone tanto in caso di uso non preparato, meditato e condiviso della proposta transattiva o conciliativa di cui all'art. 185 *bis* c.p.c., quanto dell'invio in mediazione: a quest'ultimo riguardo, in riferimento ad ordinanze di invio in mediazione che 'impartiscono ordini' al mediatore e alle parti, non cogliendo l'alterità del contenitore della mediazione rispetto a quello del processo e del ruolo del mediatore quale soggetto terzo e non ausiliario del giudice v. le puntuali osservazioni di M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, 108, che parla efficacemente in siffatti «rapporti tra giudice e mediatori» di «delegazione invadente» con riguardo all'imposizione giudiziale di contenuti dell'attività da svolgersi nel corso del procedimento mediativo. Per una riflessione sul (nuovo?) ruolo del giudice alla luce della riforma del processo civile introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022 in relazione ai suoi rafforzati poteri *lato sensu* conciliativi, v. anche, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss.

⁽⁵⁷⁾ Trattasi di Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, punto 3, in *Foro it.* 2019, I, 3250, con commento di D. DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*; in *Giur. it.*, 2019, 2128, con annotazione di F.P. LUISO, *Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*; e commentata da P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*, in <www.judicium>, 01.04.2019; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*, in *Questione Giustizia*, 2019.

⁽⁵⁸⁾ Sulla vivace e benefica realtà degli Osservatori sulla Giustizia civile v. R. CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 253 ss.; ID., *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti di diritto*, *ivi*, 2007, V, 7 ss.; G. COSTANTINO, *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili: Presentazione*, *ivi*, 2003, V, 251 ss.; nonché L. BREGGIA, *L'autoriforma pos-*

riforma del processo, queste buone prassi potrebbero d'altronde trovare oggi nuova linfa in seno alla rafforzata realtà organizzativa dell'Ufficio per il Processo, grazie al ponte che esso dovrebbe rappresentare tra professionalità diverse, ed in particolare con il mondo dell'avvocatura, in ragione del numero di addetti per il processo che da questa provengono⁽⁵⁹⁾, in una sinergia virtuosa volta a sostenere le scelte operative ritenute più idonee a migliorare la giustizia civile.

5. I nuovi 'volti' della giustizia nella cornice di un sistema integrato (e mutualmente rispettoso) di giurisdizione e consensualità. Una sfida da cogliere. – Le riflessioni sin qui svolte alimentano la

sibile, in *La Magistratura*, 2005, 56 ss.; ID., *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 315 ss. Per una panoramica sugli Osservatori, in particolare con riguardo ad elaborazione, confezione ed efficacia dei c.d. protocolli d'udienza, v. G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, *passim*; L. BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, 1093 ss.; nonché, da ultimo, C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in <www.judicium>, 30.06.2020, par. 4, che evidenzia come a fronte dell'inadeguatezza del sistema di amministrazione della giustizia nasce l'urgenza che i suoi protagonisti si assumano il compito di redigere indicazioni e regole fluide, idonee ad essere agevolmente riviste a fronte di mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto che in origine ne avevano giustificato l'adozione.

⁽⁵⁹⁾ Sul modello organizzativo dell'Ufficio per il Processo che supera l'idea, tutta nostrana, di un giudice che, *unicum* nel panorama comparatistico, esercita la sua funzione di *ius dicere* quale attività «fieramente individuale e artigianale» (così: CIVININI, *Il 'nuovo ufficio per il processo' tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Questione giustizia*, 2021, 173 ss., prec. 183), come «una sorta di 'cavaliere solitario'» (così S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti*, in *Diritto proc. civ. it. comp.*, 2021, 261), v. da ultimo M.L. GUARNIERI, *La morfologia dell'Ufficio per il processo e il ruolo dell'addetto UPP nelle dinamiche del giudizio di cognizione riformato*, in <www.judicium>, 05.06.2023; M.F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 177 ss.; M. BRUNIALTI, *L'ufficio per il processo*, in *Foro it., Gli speciali*, 2022, 603 ss.

convinzione per cui la giustizia non è una monade, ma appare oggi, sempre più, quale frutto di un lavoro di squadra teso ad una «progressiva costruzione della soluzione» della lite e del conflitto⁽⁶⁰⁾. Una giustizia non più bendata, ma con occhi ben aperti, per saper valorizzare le differenze che dalla fattualità del conflitto emergono: non tanto per discriminare, quanto piuttosto per trattare e risolvere in modo diverso conflitti che reclamano, per le loro specifiche caratteristiche, vie di soluzione diverse.

Se è vero, d'altronde, come già affermava Mauro Cappelletti che non tutti i conflitti e contenziosi trovano nel processo la loro gestione e soluzione più appropriata, rinvenendosi essa, invece, in strumenti altri, essenzialmente auto-compositivi⁽⁶¹⁾; se è altrettanto vero che la giurisdizione non può essere chiamata a (né può, ancor più, voler) 'amministrare, creare, curare'⁽⁶²⁾, dovendo invece – in rispetto ai fondamenti democratici – essenzialmente 'dire il diritto', nel senso di rimanere ancorata alla legge, come ben dice

⁽⁶⁰⁾ Si riprende qui la felice espressione di L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 715 ss., prec. 729, che, quale frutto prezioso dell'attività degli Osservatori sulla Giustizia civile, già sottolineava il passaggio dalla concezione di una progressiva costruzione della decisione, emersa nell'Assemblea nazionale degli Osservatori del 2006, a quella della «progressiva costruzione della soluzione del conflitto, secondo metodi che aiutano le parti a costruire la 'propria' decisione», delineata dalla decima Assemblea nazionale, svoltasi a Genova dal 29 al 31 maggio 2015, sul tema «*Promesse e fatti. La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione*».

⁽⁶¹⁾ M. CAPPELLETTI, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement*, cit., 287-8.

⁽⁶²⁾ Così L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione*, cit., 721, che constata come alla giurisdizione sia stato addossato un compito immane, non più solo coincidente con quello di dire il diritto, e dirlo in una situazione di complessità straordinaria, ma anche di «riparare, proteggere, restaurare, valutare, amministrare, conciliare»: il che, però, è fonte della sua perniciosa paralisi. Di qui, il richiamo a rifondare la giurisdizione civile quale baluardo dei diritti fondamentali, ridefinendone il perimetro, per permettere che le sue risorse siano destinate a quei conflitti civili per i quali il ricorso al giudice è adeguato e da garantirsi nella sua pienezza.

con acute precisazioni Giovanni Verde ⁽⁶³⁾; e se è quindi vero, per dirla con Antoine Garapon, che non è sostenibile caricare la giurisdizione della risposta ad una ‘domanda totale di giustizia’, e cioè di tutte le istanze di giustizia *lato sensu* intesa (ossia non *stricto sensu* correlate allo *ius dicere*) che dalla società emergono ⁽⁶⁴⁾; e se pertanto è vero che la giurisdizione debba essere restituita alla sua vera funzione, ovvero a quella di dire il diritto in quella conflittualità che può trovare solo nella decisione del giudice unica e giusta soluzione che separi il torto dalla ragione, nel rispetto di un principio di proporzionalità che disegni limiti reciproci a giustizia giurisdizionale ed a-giurisdizionale ⁽⁶⁵⁾ (si pensi *in primis* alle controversie segnate da rapporti di forza asimmetrici, presenza di soggetti deboli e vulnerabili o questioni giuridiche di interesse collettivo o generale) ⁽⁶⁶⁾; ebbene, se tutto questo è vero, chiaro è che all’attuazione, sistematicamente stringente e

⁽⁶³⁾ G. VERDE, *L’evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1155 ss., spec. 1156 ss.; nonché ID., *Giustizia, politica, democrazia*, Soveria Mannelli, 2021, spec. 76 ss. e 105.

⁽⁶⁴⁾ Così A. GARAPON, *Le Gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, 2014, *passim*, che si chiede se al potere giudiziario non si stia invero domandando troppo, ossia quello che non può né dovrebbe dare, assecondandosi con ciò un’espansione del ruolo della magistratura che supera i limiti della separazione e del bilanciamento dei poteri e che diventa prova della fragilità della società democratica, dove invece il giudice non dovrebbe sostituirsi alla politica, ma costituire il baluardo contro il rischio di implosione della democrazia.

⁽⁶⁵⁾ Lo spunto, rilevante, è offerto da R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, cit., 4-5, che richiama il principio di proporzionalità in duplice direzione: da un lato, per limitare l’intervento della giurisdizione onde promuovere una via consensuale di soluzione del contenzioso civile nel momento in cui ciò risponda a quella giustizia quale *fairness* che richiama l’idea di «giustizia», e cioè di «appropriatezza, convenienza ovvero opportunità rispetto agli interessi in conflitto»; dall’altro, per limitare il ricorso alla via negoziale ove questa risponda soltanto ad un «approccio efficientistico», che potrebbe giungere ad escludere, in situazioni che lo richiedono, l’intervento della giustizia civile statale che «specialmente quando culmini in una guida autorevole di coerenza affidata alla corte suprema, assicura un adeguato parametro di giudizio che vale *erga omnes* nella sua efficacia persuasiva».

⁽⁶⁶⁾ Di nuovo a riguardo L. BREGGIA, *op. loc. ult. cit.*

praticamente possibile, della giurisdizione contribuisce anche un appropriato sviluppo della giustizia consensuale. La cui promessa non può quindi essere disattesa.

Abstract

Nel restituire le considerazioni introduttive svolte nel Convegno che in Italia si inserisce nella c.d. *Sleeping Beauty Conference Series*, promossa da Giuseppe De Palo e Lela Love, il contributo ripercorre le ragioni per cui si è parlato della mediazione civile quale ‘Bella Addormentata’, ossia quale strumento di soluzione del contenzioso civile che, pur foriero di riconosciuti vantaggi, non ha trovato nella prassi l’impiego ed il successo sperati. L’interrogativo su quali ne possano essere le ragioni e la ricerca di possibili rimedi ad un ricorso alla mediazione ancora troppo tiepido rispetto alle aspettative si rafforzano a seguito dell’adozione, nell’ordinamento italiano, della recente riforma della giustizia civile, introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022. Questo, infatti, ha interessato anche la disciplina della mediazione, nel tentativo di rendere tale via di soluzione del conflitto maggiormente attrattiva ed efficace. Sorgono così spontanee le domande sulla bontà di una tale riforma e sulla sua capacità di mantenere la promessa della giustizia consensuale che essa apertamente avanza.

The paper draws on the introductory remarks to the Trento chapter of the ‘Sleeping Beauty Conferences Series’ organized by Giuseppe De Palo and Lela Love. Nearly ten years after the Jed D. Melnick Annual Symposium sponsored by the Cardozo Journal of Conflict Resolution (2014), the Conference at the University of Trento (11 November 2022) once again evokes the image of mediation as a ‘sleeping beauty’ awaiting her Prince Charming. What is the current state of play of mediation? Is mediation still a ‘sleeping beauty’? Has the situation evolved? What could help improve the use of this promising dispute resolution tool? The author addresses these questions from the perspective of the recent Italian reform of civil justice,

which significantly improved the legal framework for mediation. Will the promise of mediation be finally fulfilled?

MEDIATING MEDIATION ITSELF.
THE EASY OPT-OUT MODEL SETTLES
THE PERENNIAL DISPUTE
BETWEEN VOLUNTARY AND MANDATORY MEDIATION (*)

*Giuseppe De Palo (**)*

TABLE OF CONTENT: 1. Introduction. – 2. How the Easy Opt-Out Mediation Works. – 3. A Quest to Promote Mediation. – 3a) The EU Directive. – 3b) The European Union Mediation Paradox. – 3c) The 2013 Rebooting Study. – 4. Easy Opt-Out Mediation in Action on the World Stage. – 5. Conclusion: Why Now?

1. Introduction. – The recent years have forced all of us to confront the notion of what ‘voluntary’ means, and whether society should mandate behaviors that experts acknowledge as beneficial for individuals and society or leave people to choose such behaviors on a ‘voluntary’ basis. While we do not always talk about the concept of voluntariness at its most fundamental level, most of us would agree, I think, that before you can choose whether to act, you need to know something about the action requested and how it can benefit

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 285-316. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Proceedings of the Conference ‘Mediation: A Sleeping Beauty. *La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*’, Trento, 11 November 2022.

(**) President of the Dialogue Through Conflict Foundation, Senior Fellow and International Professor of ADR Law and Practice at Mitchell Hamline School of Law, Founding Chairman of the Board of Directors at ADR Center. This article is an updated version of the article appeared in 22 *Cardozo J. Conflict Res.* 543 (2021).

you. You also need to check in with yourself: is what you think you ‘know’ accurate? Without accurate information, the notion of voluntariness is meaningless and results, all too often, in non-action or irrational rejection.

In this article, I am not talking about wearing face masks. But I am addressing another controversial subject, this one long debated, in discussions about promoting global welfare: whether to require disputing parties to learn about mediation, and consider using it before turning to their local, often overwhelmed, judicial system. While this controversy might not immediately strike the reader as fundamental to notions of human welfare in the same way that mask-wearing in a pandemic is, disagreements are certainly a fundamental part of the human experience. How we resolve them – or fail to resolve them – indeed has widespread ramifications for human welfare. ⁽¹⁾

To provide a bit of background, from 2015 until 2022 I was the Ombudsman for United Nations Funds and Programmes – an office tasked with helping prevent and resolve work-related disputes within five UN organizations (UNDP, UNICEF, UNFPA, UNOPS, and UN Women). ⁽²⁾ A quarter century before joining the UN, I became a full-time practitioner, teacher, and advocate of alternative dispute resolution (ADR). My decades of experience with dispute resolution have convinced me that, when properly informed about the mediation process and its benefits, parties that

⁽¹⁾ See U.N. DPPA Mediation Support Unit, UN Support to Local Mediation: Challenges and Opportunities, <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/UN%20Support%20to%20Local%20Mediation_Challenges%20and%20Opportunities_1.pdf> (Nov. 17, 2020) (‘Many of today’s internal conflicts feature a deadly mix of fragmented actors and political interests, with strong interconnections across the regional, national and local levels. Within and beyond the United Nations, there is clear recognition that mediation has to move beyond political and military elites and more effectively include efforts at the local level to help build peace from the ground up’).

⁽²⁾ More information, *Welcome to the Office of the Ombudsman*, OFF. OMBUDSMAN FOR U.N. FUNDS & PROGRAMMES, <<https://fpombudsman.org/>> (accessed 10 June 2023).

have at least considered its use are far more likely to reach a satisfactory resolution of their dispute, even if they still end up in litigation. ⁽³⁾ Numerous studies have not only backed this observation, but also shown that, among other benefits, ⁽⁴⁾ mediation is more cost efficient, and tends to resolve disputes faster, than litigation. ⁽⁵⁾

Further, the benefits of increased mediation use accrue well beyond the individual parties in a dispute, extending, for example, to the judicial system. Courts in numerous countries around the world have long struggled, with limited success, to manage burgeoning caseloads that overwhelm their systems and result in substantial delays. ⁽⁶⁾ To quote a saying attributed to numerous speakers, ‘Justice delayed is justice denied,’ especially for those without

⁽³⁾ See WORLD BANK, *Doing Business 2020*, <<https://www.doingbusiness.org/en/doingbusiness>> (last visited 10 June 2023). The report notes, ‘[ADR as an alternative to litigation] gives the parties more control over the resolution of disputes and in most cases increases their satisfaction with outcomes.’ *Enforcing Contracts: Good Practices, World Bank*, <<https://subnational.doingbusiness.org/en/data/exploretopics/enforcing-contracts/good-practices>> (last visited 10 June 2023).

⁽⁴⁾ The benefits of mediation have long been recognized and touted by numerous commentators, and this article will not repeat them, but instead, provide a few examples and supporting sources. See, e.g., D. QUEK, *Mandatory Mediation: An Oxymoron? Examining the Feasibility of Implementing a Court-Mandated Mediation Program*, in 11 *Cardozo J. Conflict Res.* 479, 482 (2010).

⁽⁵⁾ ID. ‘Especially in smaller cases, having a neutral mediator or arbitrator saves businesses time and money in resolving commercial disputes and provides greater control over outcomes and confidentiality.’ Furthermore, there is general recognition that mediation is appropriate for a wide variety of types of conflict.

⁽⁶⁾ In the U.S. federal courts, the median time for disposition of civil cases that ended at the trial phase in the 12-month period ending June 30, 2020 was over 2 years: 26.9 months. See *Statistical Tables for the Federal Judiciary*, Table C-5-U.S. District Courts – Civil Statistical Tables for the Federal Judiciary (June 30, 2020), <<https://www.uscourts.gov/statistics/table/c-5/statistical-tables-federal-judiciary/2020/06/30>>. In at least six EU countries the estimated time needed to resolve a litigated civil or commercial case in 2018 (the year for which the most recent statistics are available) at the first instance (trial) level exceeded a year. See also EUR. COMMISSION, *The 2020 EU Justice Scoreboard* Figure 6 (Aug. 2020), <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/jus-tice_scoreboard_2020_en.pdf> (estimated time needed to resolve litigious civil and commercial cases, 2012-18).

money or power in society. Promoting mediation as an alternative to litigation eases burdens on courts, provides participants with a more user-friendly process, generates possibly better outcomes and, as a result, helps ensure access to justice for all. (7)

Despite widespread recognition of these benefits, numerous efforts over the years to promote mediation have often failed or fallen far short of goals, due in significant part to disagreements about whether participation in mediation should be ‘purely’ voluntary. (8)

(7) Among the Sustainable Development Goals adopted in all Member States of the United Nations in 2015 to be achieved by 2030 is ‘[P]eace, Justice, and Strong Institutions’. Sustainable Development Goals, UNDP, <<https://www.undp.org/content/undp/en/home/sustainable-development-goals.html>> (May 11, 2021) [hereinafter Sustainable Development Goals]. One of the Global Targets underlying this overall goal is to «ensure equal access to justice for all.’ Peace, Justice, and Strong Institutions, UNDP. Concerning dispute resolution techniques that might lead to justice, the United Nations General Assembly has repeatedly stated that mediation should be the primary dispute resolution method wherever possible. For a summary of some of the Assembly’s actions, see The General Assembly and Mediation, U.N. PEACEMAKER, <<https://peacemaker.un.org/peacemaking-mandate/general-assembly>> (Jan. 21, 2021). Recognizing the need for a more professional approach to mediation, the United Nations has enhanced its operational readiness to implement and support mediation efforts. A key innovation in this regard was the establishment of the Mediation Support Unit (MSU) within the Policy and Mediation Division (PMD) of the UN Department of Political and Peacebuilding Affairs (DPPA) and, within the unit, the creation of the Standby Team of Senior Mediation Advisers. With the goal of supporting relevant actors to achieve a just and sustainable peace through the pacific settlement of disputes, the unit engages in and supports a wide range of operational activities and projects and works closely with a number of partners. See Mediation Support Unit, U.N. PEACEMAKER, <<https://peacemaker.un.org/mediation-support>> (Jan. 21, 2021).

(8) See J. NOLAN-HALEY, *Mediation: The Best and Worst of Times*, in 16 *Cardozo J. Conflict Res.* 731, 737 (2015) (expressing concern about ‘unwanted pressure’ on parties to mediate their conflicts and stressing the importance of mediation being consensual); N. WELSH, *Mandatory Mediation and its Variations*, in *Texas A&M Sch. L. Scholarship* 108, 111, (2011) (‘Some commentators have urged that courts and other institutions should never make mediation mandatory because this represents a violation of the parties’ self-determination and may have the effect of coercing settlements and reducing actual or perceived access to the courts. Other commentators are less categorical, expressing support for a time-limited

Mediation is, of course, grounded in the concept of voluntariness: parties choose to come together to see if they can hammer out an agreement with the aid of a third, neutral party who has no coercive power. A review of concerted efforts to promote the use of mediation, however, shows that the only efforts that have seen significant success have involved some measure of mandate.⁽⁹⁾ And so, the question is raised: is mediation still voluntary if you must require people to participate to some degree? My response, in part, is that governments and society have, over the years, mandated a number of behaviors to promote public welfare that people have resisted: mask wearing, seat belt use, helmets for motorcyclists, and the like. So, mandates for the public welfare, in and of themselves, are part of our society.

But my further response is that when it comes to mediation and

mandatory mediation programme in order to force lawyers and other repeat players to learn how to participate in the process'). In this area, as with other aspects of mediation, however, a word – such as voluntary, mandate, or consent – can have a wide range of meanings, depending on the model of mediation envisioned, the way the parties arrive at a mediation, and the exact process envisioned. See also ID. 108 (discussing 'concerns about mandatory mediation' and 'describ[ing] important and potentially useful variations that permit parties to tailor the scope of what will come within a mandatory mediation requirement'). One of the beauties of the easy-opt out variation of the mediation model, of course, is that its design helps ensure that parties move forward with mediation only when they truly consent to it.

⁽⁹⁾ For the U.S., see N. WELSH, *supra* note 8, 110 ('Many courts in the United States have adopted mandatory mediation programmes. In general, such adoptions occurred after courts realized that purely voluntary programmes were receiving little usage'). In the EU, the Rebooting Study, discussed in detail below, showed that various non-mandatory incentives intended to promote mediation use in various countries in the EU (e.g., improving mediation quality through increased regulation, ensuring confidentiality) did not increase mediation use to any significant degree. See also G. DE PALO, R. CANESSA, *Sleeping? Comatose? Only Mandatory Consideration of Mediation Can Awake Sleeping Beauty in the European Union*, in 16 *Cardozo J. Conflict Res.* 713, 719-20 (2015). The study did determine, however, that 'the introduction of a mandatory system would be desirable [in the view of the mediation practitioners surveyed in the Study] and did correspond to a higher frequency of mediations taking place' ID. 720.

mandates, I am proposing something far more limited, and far more ‘voluntary,’ than the examples I have mentioned. A mask wearer under a mandate cannot choose to fling off the mask in the middle of the grocery store when it becomes uncomfortable, nor may a motorcyclist toss the helmet to the side of the road partway through a trip when it ‘gets too hot’ or doesn’t feel ‘right’ anymore. People complying with an ‘easy opt-out mediation’ order of the type I propose here, however, may do just what the mask-wearer and motorcyclist are forbidden to do. With easy opt-out, once provided an understanding of how mediation could work for them by participating in a session to experience the process, disputing parties may freely choose to abandon the process – immediately, if it doesn’t feel right, or at any further step along the way, if it becomes uncomfortable. ⁽¹⁰⁾

Then why recommend a process that people may easily choose to abandon? Because once their eyes are opened to the benefits of the process, even people who resisted it benefit from the process, getting ‘swept along by mediation’s power and forget[ting] how they got there initially.’ ⁽¹¹⁾ For that reason, I have spoken previously of mediation as the ‘Sleeping Beauty’ of dispute resolution, waiting for the true Prince Charming to awaken her. ⁽¹²⁾ Just as in the fairy tale, the wait for Prince Charming has been a long and frequently frustrating one. And, unlike in the fairy tale but even better, our modern-day Sleeping Beauty can decide if this Prince Charming really is the one for her.

In this article, I will first discuss in more detail easy opt-out me-

⁽¹⁰⁾ Dorcas Quek and others, in discussing the concept of mandatory mediation, have addressed essentially the same concept I raise here by distinguishing between coercion ‘into’ mediation and coercion ‘within’ (or ‘in’) mediation, the latter being unacceptable. See D. QUEK, *supra* note 4, at 486-86 (citing, *inter alia*, F.E.A. SANDER, H. W. ALLEN, D. HENSLER, *Judicial (Mis)use of ADR? A Debate*, in 27 *U. Tol. L. Rev.* 885, 886 (1996)).

⁽¹¹⁾ See F.E.A. SANDER, *Another View of Mandatory Mediation*, in *Disp. Resol. Mag.* (Winter 2007).

⁽¹²⁾ See G. DE PALO, R. CANESSA, *supra* note 9.

diation, the ‘Prince Charming’ of our story whose efforts, so far, have been largely stymied. I will then review some of the historical efforts to promote mediation. I will focus on efforts in the EU over the last couple of decades due to my direct knowledge about them and because they are illustrative of various aspects of the debate. I will then discuss various mediation success stories, all involving some level of mandate. Finally, I will address why now is the time to give Prince Charming another chance to bring our Beauty back to life. At the end of all this, I hope to have demonstrated that the long-standing dispute between those in favor of and those against mandatory mediation have indeed a third, better option they can all agree upon. Dispute successfully mediated!

2. How Easy Opt-Out Mediation Works. – Considering the benefits of mediation, both to the individual parties and to broader society, I have long advocated for a system where the parties, as a rule and for certain categories of disputes, must at least sit down for a session with a mediator before starting litigation. After this first session, they are free to ‘opt-out’ of the mediation process, without negative consequences, and initiate a court procedure. Mandating this first session to gain access to justice may not appear to fit naturally with the idea that mediation is a fundamentally voluntary process. Of course, it all depends on how one understands access to justice and voluntariness. But I believe we do not need new definitions of voluntariness, or access to justice, to accommodate the ‘easy opt-out’ mediation model. In fact, the model fits nicely in the traditional concept of voluntariness, in that all parties must become informed about a process or act before they decide whether to participate. To do so, the parties are simply required to attend one initial meeting with a mediator. Think of the restaurant experience: wouldn’t you welcome the opportunity to experience the ambience, observe your waitperson, and, most importantly, taste some samples before confirming your order?

For this meeting to fulfill its critical role, therefore, it should be more than a mere ‘mediation information session.’ What mediation is, and what it can or cannot do for them, are things the parties should find out about before engaging in the process, especially via their lawyers. ⁽¹³⁾ The meeting I propose should focus on the viability of mediation in the case at hand, and it takes place with the parties’ chosen mediator rather than a ‘mediation counselor’ or a clerk. During the meeting, the parties need, among other things, to be talking, at least to some extent, about the merits of the case; to see their mediator in action; to gauge the attitude of the other side; and to listen to the opponent’s side of the story and legal arguments. This process also ensures that the mediation process is formally afoot, thus fully protecting the confidentiality of those initial exchanges, a key aspect of mediation.

At the end of this initial meeting, the parties are entirely free to decide whether to continue with the mediation process already in motion or to withdraw at little cost and without negative consequences (meaning, if you allow me one final use of the restaurant analogy, that you can leave the joint having paid only for the first morsel you sampled). I call this model ‘easy opt-out’ because, of course, anyone can abandon mediation at any time. Doing so where there might be penalties, or after having paid in full for an entire mediation session, might not be that easy. Differently put, since no one is forced to mediate all the way through, but only to make a serious initial effort by showing up for one meeting, the process is, in all important respects, voluntary. That initial effort, in my experience, is key because it provides a structured opportunity for the parties to make a more informed decision as to how to deal with their dispute.

Further, this model is also conducive not only to better access to justice, but also to (the narrower concept of) access to courts, as

⁽¹³⁾ The lawyer’s role with regard to mediations can be highly variable and is beyond the scope of this Article. In general, however, mediations proceed with and without lawyers, depending on party preference.

traditionally understood. This first, actual mediation meeting is much more than a mere information meeting, as noted, or the basis for a formal certification by litigants that ADR options were seriously explored before litigation. It serves as a highly effective ‘filter,’ removing or narrowing issues as possible without judicial intervention, and thereby freeing the time and resources of the courts. ⁽¹⁴⁾

Referring to the title of this article, the easy opt-out model is the ‘mediation of mediation’: the model is the synthesis of two unquestionable, essentially different, and seemingly irreconcilable elements. ⁽¹⁵⁾ One element is the fundamental legal principle that nobody can be forced to settle. The other element is empirical evidence: no matter how heavily incentivized (for example, economically, or via mere invitations from the courts), voluntary mediation is never used frequently. ⁽¹⁶⁾

⁽¹⁴⁾ See WORLD BANK, *Doing Business 2020*, *supra* note 3 (footnotes omitted): ‘ADR should be seen not as something that can replace traditional litigation but as a tool that can assist courts in resolving disputes in a timely, cost-effective, and transparent way. ADR mechanisms can improve efficiency in the court system as a whole by helping to reduce case backlogs and bottlenecks. They can reduce delays where these are caused by complex formal procedures or inadequate court resources – and reduce high costs where these are the result of formal procedures, high filing fees and court delays. Economies with a system that integrates courts and ADR tend to have a more reliable judiciary, benefiting the courts, the parties involved and the economy as a whole.’

⁽¹⁵⁾ Because an opt-out model proves more capable of harnessing the multifaceted potential of mediation, while retaining its voluntary nature, in the Office of the Ombudsman for UN Funds and Programmes we have endeavored to put that model into action when it comes to workplace disputes. In my personal view, we are just practicing what we preach.

⁽¹⁶⁾ As just one example, in the UK, one county court system offered the parties the choice of mediation in 4,500 cases. The parties only opted for it in 160 cases. In contrast, when the Civil Procedure rules allowed courts to sanction parties in commercial disputes who refused to mediate, the use of mediation went up 141%. See D. QUEK, *supra* note 4, at 483; see also *supra* text and sources accompanying note 10.

3. *A Quest to Promote Mediation.* – In light of the merits of the model I have described, why has it been such an uphill battle for our Prince Charming to succeed? Mediation in some form has long been a part of human culture, and different societies and governments have, over the centuries, employed it to help resolve disputes in a way that brings the disputing parties together to find their own solution.⁽¹⁷⁾ It is far from a foreign concept in any part of the world.⁽¹⁸⁾

A thorough review of the history of mediation is, however, well beyond the scope of this article. Because this article's focus is on the extent to which some aspect of mediation use can be mandated and the controversy this question has caused, it makes sense to focus on a particular example that illustrates the struggle. I will, therefore, review the concerted efforts made in the European Union ('EU') since around the turn of the century to significantly increase the use of mediation as a matter of legislation, as well as the accompanying debates about whether any sort of mandate must be used to do so.⁽¹⁹⁾

3a) *The EU Directive.* – Our story thus begins in 1999, when EU political leaders gathered in Tampere, Finland, and formally decided that ADR in civil and commercial disputes was beneficial and should be promoted via legislation. It took the EU some nine years, but in May 2008 the EU Mediation Directive was formally adopt-

⁽¹⁷⁾ See generally J.T. BARRETT, J. BARRETT, *A History of Alternative Dispute Resolution*, San Francisco (CA), 2004, 1-18 (reviewing various forms of ADR, including forms of mediation, in various traditional and ancient societies).

⁽¹⁸⁾ See J. NOLAN-HALEY, *supra* note 8, at 732-34 (reviewing the 'global phenomenon' of mediation use around the globe and for a range of issues).

⁽¹⁹⁾ For articles overviewing the history of mediation in the United States, see J. FOLBERG, *Development of Mediation Practice in the United States*, in 16 *Iuris dictio* 35 (2015); C. MENKEL-MEADOW, *Regulation of Dispute Resolution in the United States of America: From the Formal to the Informal to the 'Semi-formal'*, in *Geo. Univ. L. Ctr.* 419 (2013).

ed, with a three-year period for Member States to implement it.⁽²⁰⁾ The Directive only provided minimum regulatory standards for mediation legislation; they then were to be ‘transposed’ by the Member States into their national legal systems. Thus, Member States enjoyed the freedom to adopt this regulatory framework as they chose – including imposing a stricter set of standards – as long as the regulatory approach chosen achieved the goals of the Directive.

The Directive’s overarching objective, as stated in Article 1, was ‘to facilitate access to alternative dispute resolution and to promote amicable settlement of disputes by encouraging the use of mediation and by ensuring a balanced relationship between mediation and judicial proceedings.’⁽²¹⁾ Subsequently, as observers sought to give practical meaning to it, the concept of balance embodied in Article 1 became the basis for the Balanced Relationship Target Number theory, or the BRTN.⁽²²⁾ The BRTN suggests that under Article 1, for each EU country, there should be, out of the total number of cases filed in civil courts annually, a minimum number or percentage of cases mediated rather than tried to achieve the balance the Directive sought between mediation and judicial proceedings.⁽²³⁾ That number or percentage, the BRTN, has been the only quantifiable way proposed to ascertain whether the balanced relationship called for by the Directive has been reached. Failure to determine that target number or percentage, and of course to reach it, theoretically rendered a Member State vulnerable to legal actions under the Directive.

To reach the balanced relationship goal, the Directive set forth rules dealing with mediation quality standards, allowing judicial re-

⁽²⁰⁾ Directive 2008/52 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on Certain Aspects of Mediation in Civil and Commercial Matters, in *Off. J. Eur. Union* (May 24, 2008): hereinafter Directive 2008/52.

⁽²¹⁾ *Id.* at Article 1.

⁽²²⁾ For a discussion of this theory, see G. DE PALO, M.B. TREVOR, *EU Mediation Law and Practice* (1st ed.), Oxford, 2012, 8-10.

⁽²³⁾ Directive 2008/52, *supra* note 20, at Article 1.

ferrals, ensuring enforcement of mediated settlements, and protecting confidentiality. Each Member State, however, was allowed to choose the appropriate legal tools to reach its own BRTN based on various macro-economic data, such as the effectiveness of its public justice system and other relevant criteria.

In Article 5.2, the Directive did give Member States the option to make mediation mandatory, provided citizens' rights to access justice were not infringed. ⁽²⁴⁾ Those States that did not want to implement mandatory mediation could instead resort to regulatory tools such as mandatory information sessions or financial incentives. However, should those tools prove ineffective, the Directive, under the BRTN theory, would require that Member States make the necessary regulatory changes to allow the BRTN, the goal of the Directive, to be reality.

3b) The European Union Mediation Paradox. – The European Parliament first raised concerns about the implementation of the Directive in 2011. Its assessment measuring the impact of the Directive three years after its enactment showed very disappointing results. In that assessment, the Parliament made note of the countries that were top performers in terms of numbers of mediations. Most of these countries were experiencing only a few thousand mediations per year. ⁽²⁵⁾

In that same year, the Parliament commissioned a study, 'Quantifying the Cost of Not Using Mediation – a Data Analysis' ('2011 Study'). ⁽²⁶⁾ The 2011 Study was based on the premise that, in addi-

⁽²⁴⁾ Id. at Article 5.2.

⁽²⁵⁾ European Parliament Resolution of 13 September 2011 on the Implementation of the Directive on Mediation in the Member States, Its Impact on Mediation and Its Take-up by the Courts (2011/2026 (INI)), P7_TA(2011)0361, <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011IP0361>>.

⁽²⁶⁾ G. DE PALO *et al*, *Quantifying The Cost Of Not Using Mediation* (Apr. 2011), <<https://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201105/20110518ATT19592/20110518ATT19592EN.pdf>> (report prepared upon request

tion to the individual and societal values it promotes, mediation can save both time and money compared to civil litigation. The 2011 Study's point of reference was the World Bank's annual 'Doing Business' report and especially the index, 'Enforcing Contracts.'⁽²⁷⁾ The Enforcing Contracts index measures the efficiency of the civil justice systems of 189 countries in resolving a specific type of commercial dispute – in particular, the time and costs of solving that dispute.⁽²⁸⁾ In the 2011 Study, experts from all over the EU were asked to estimate how much it would cost, and how long it would take, to mediate the very same dispute in their country. This would allow for an effective comparison of the time and cost of litigation versus those of mediation.⁽²⁹⁾

The 2011 Study then calculated a mediation-effectiveness break-even point representing the minimum success rate for mediation that would still generate time and costs savings in each Member State. The 2011 Study found the break-even point for time savings was 19%, and the break-even point for cost-savings was 24%, when all Member States' data was averaged. Thus, even with very low mediation success rates, savings in time and money – cost – could be realized.

These numbers led to recognition of the 'European Union Mediation Paradox': if increasing the use of mediation brings such significant time and cost savings to the parties (as well as the judiciary and taxpayers), why were Member States experiencing such low rates of mediation? Seemingly, the parties and Member States were acting irrationally, all other things being equal. But in actuality,

of the European Parliament's Committee on Legal Affairs): hereinafter Quantifying Study.

⁽²⁷⁾ WORLD BANK GRP., *Doing Business 2009*, (2009), <<https://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB09-FullReport.pdf>>.

⁽²⁸⁾ ID.

⁽²⁹⁾ G. DE PALO *et al*, *Rebooting The Mediation Directive* (Jan. 2014), <[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPO-L-JURI_ET\(2014\)4930_42_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPO-L-JURI_ET(2014)4930_42_EN.pdf)>: hereinafter 'Rebooting Study'.

other things were not equal. There were, and still are, many, perhaps countless, factors that impact how mediation is used – key among them being regulatory environment rules, incentive rules, concerns about quality of service and professionalism, and levels of awareness among parties. Some contended that while the 2011 Study was instructive in regard to saving time and money, it came too soon, since Member States could wait to implement the Directive into their national legal systems until May 2011 (although numerous states had, in fact, already transposed the Directive).

The European Parliament revisited the issue of the Directive's lack of impact at the end of 2012 when its Legal Affairs Committee, during a formal hearing, asked the European Commission⁽³⁰⁾ whether legal action should be taken against the Member States for having *de facto* failed to implement the Directive to reach its clear goal. Three and a half years after its enactment, and one and a half after the deadline for its implementation, mediation was still being used in far fewer than one case out of a thousand. The European Commission responded, again, that it was still too soon to assess the impact of the Mediation Directive.⁽³¹⁾

While the measurable impact of the Directive was being debated in Europe in 2012, variations on the BRTN concept were being experimented with in other parts of the world. For example, New York County's Commercial Division Advisory Council recommended an eighteen-month experiment with mandatory mediation for commercial cases, whereby every fifth case would go to mediation. The experimental mandatory mediation program in New York's commercial courts was issued at the behest of a 2012 report issued by the Chief Judge's Task Force on Commercial Litigation

⁽³⁰⁾ EUR. PARLIAMENT, *Question for Oral Answer O-000169/2012 to the Commission*, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-7-2012-000169_EN.pdf>. The European Commission is the body responsible for controlling the proper implementation of EU legislation in the Member States.

⁽³¹⁾ EUR. PARL. DEB. (Dec. 11, 2012), <<https://www.europarl.europa.eu/portal/en>>.

in the 21st Century. ⁽³²⁾ And New York was not alone; courts in the U.S. had already been experimenting with various models of mandatory mediation in the late twentieth century. ⁽³³⁾

In 2013, the European Parliament became so convinced that mediation and ADR generally were not taking hold in the EU that the preamble to the new Consumer ADR Directive provided that '[i]t is regrettable that ADR has not been correctly established and is not running satisfactorily in all geographical areas or business sectors in the Union.' ⁽³⁴⁾ This new Consumer ADR Directive showed the EU's frustration with the limited impact and enactment of ADR in the EU.

3c). *The 2013 Rebooting Study*. – Following up on the frustration about the limited impact and enactment of ADR into Member States' national regulatory frameworks, and not convinced by the

⁽³²⁾ The Chief Judge's Task Force on Commercial Litigation in the 21st Century, Report and Recommendations of the Chief Judge of the State of New York, N.Y. ST. BAR ASS'N 28 (June 2012), <<http://nysbar.com/blogs/nybusinesslitigation/ChiefJudgesTaskForceOnCommercialLitigationInThe21stpdf2.pdf>>. The experiment went into effect in July 2014. For the current situation in New York, see Court System to Implement Presumptive, Early Alternative Dispute Resolution for Civil Cases, N.Y. ST. UNIFIED CT. SYS. (May 14, 2019), <https://ww2.nycourts.gov/sites/default/files/document/files/2019-05/PR19_09_0.pdf> (announcing a 'presumptive ADR' system-wide initiative pursuant to which 'parties in civil cases will be referred to mediation or some other form of alternative dispute resolution (ADR) as the first step in the case proceeding in court (...) with a focus on court-sponsored mediation').

⁽³³⁾ See generally H.A. STREETER-SCHAEFFER, *A Look at Court-Mandated Civil Mediation*, in 49 *Drake L. Rev.* 367 (2001); see also R. BIRKE, L.E. TEITZ, *U.S. Mediation in 2001: The Path That Brought America to Uniform Laws and Mediation in Cyberspace*, in 50 *Am. J. Comp. L.* 181, 185, 22 (2002) (noting, 'The mandatory nature of these programs produced many critics, but experience showed that even reluctant parties benefited from the process').

⁽³⁴⁾ Directive 2013/11 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes and Amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC, in *Off. J. Eur. Union* (May 21, 2013): hereinafter Directive 2013/11.

Commission's still-too-soon arguments about assessing the impact of the Directive, in 2013 the European Parliament commissioned a study examining the implementation of the Directive – the Rebooting Study.⁽³⁵⁾ Specifically, the European Parliament invited experts to submit proposals focusing on the following issues:

- 1) The Directive's rules on confidentiality are, by some Member States, deemed not to be strict enough;
- 2) Differing opinions on the role of legal professions involved in mediation procedures;
- 3) Uncertainty as to the precise scope of the exceptions to duty of secrecy and confidentiality; and
- 4) How the provisions of the Mediation Directive allowing the possibility for courts to refer the parties to mediation may have affected national procedural law.

The goal of the Rebooting Study was to examine the status of mediation in Member States and establish the root causes of the low levels of mediation. To do this, the study was broken down into four main parts:

- 1) Updating the 2011 'Costs of Not Using Mediation' Survey;⁽³⁶⁾
- 2) Analyzing the legislation implementing the Mediation Directive in the Member States;
- 3) Proposing legislative measures to increase the use of mediation across the EU; and
- 4) Proposing non-legislative measures to increase the use of mediation across the EU.

The Parliament, in protecting the integrity of the study, insisted that any ensuing recommendations of the study reflect the view of as many stakeholders as possible. To achieve this end, a forty-five-question survey was developed and tested by senior experts. The survey was then made available online, and the study team invited mediators, lawyers, and business associations to complete the sur-

⁽³⁵⁾ G DE PALO *et al.*, *supra* note 29.

⁽³⁶⁾ G. DE PALO *et al.*, *supra* note 26.

vey. In total, 1,226 completed responses were received, with contributions from every country in the EU. Of these, 816 were received in time to be included in the published version of the study.

Using the same methodology as the 2011 Study, respondents in the Rebooting Study were asked to estimate the number of civil and commercial mediations occurring annually in their country. Using the average duration of litigation in the EU (based on the World Bank's 'Doing Business' Report's Enforcing Contracts index used in the 2011 study) and the average duration of mediations (as reported by respondents in the Rebooting questionnaire), the time savings were estimated to update the 2011 study. For each dispute, if all cases in the EU went to mediation first, and the procedure succeeded in 50% of the cases, the average number of days saved would be 240 days; if mediation succeeded in 70% of the cases, savings would increase up to 354 days.

The same methodology was applied to the cost savings. Money savings per single dispute were multiplied by the number of disputes in the EU annually, resulting in savings around thirty to forty billion Euros at a 50% success rate. Savings would of course be far greater if the settlement rate was higher than 50%.

It is important to note that almost no EU country has an official count of mediations. As a result, the estimates provided by the Member State respondents (which were quite consistent) were averaged for each EU country, with the results throughout the EU varying greatly from Member State to Member State. At the end of 2013, only four countries – Italy, the United Kingdom, Netherlands, and Denmark – reported more than 10,000 cases. The majority of the countries, thirteen, reported fewer than 500 cases per year. Only one country, Italy, registered above 200,000 mediation cases per year. The Italian experience will be discussed in detail below.

In the second part of the study, respondents were asked to rank a number of pro-mediation regulatory features in their national legislation, on a scale from weak to strong. The premise of this inquiry was that where pro-mediation regulatory features existed in nation-

al legislation, there would be more mediations. Therefore, countries where mediations were fewer could adopt regulatory features common among pro-mediation countries to see an increase in mediations. In the end, however, these regulatory features did not appear to be significant or decisive factors enhancing the use of mediation. Even in countries where these features already existed in their strongest form, mediations were still very few. Increasing mediation quality requirements, for example, or strengthening confidentiality protection, were not found to have a significant impact.

The study then asked respondents to indicate what they thought the single most effective legislative measure to increase the number of mediations would be. Consistent with the ranking results described above, most study respondents indicated that current legislative measures in place to promote mediation, even when thought to be strong, were not working. Even countries that implemented incentives for people to mediate did not realize an increase in the number of mediations. In sum, the Rebooting Study revealed that the regulatory features then in place to promote mediation were not decisive factors in favoring mediation use.

In contrast, the respondents indicated that introduction of a mandatory system would be desirable and did correspond to a higher frequency of mediations taking place. Two hundred seventy respondents ranked mandatory mediation for certain cases as the most effective legislative measure, with options such as economic sanctions and judicial referrals only receiving around one hundred votes. Indeed, if one combines the score of mandatory mediation information sessions (212 votes) with mandatory mediation with an easy opt-out (85 votes), the total equals 297 – almost three times the number of votes received for the next most popular feature.⁽³⁷⁾

The difference between the two options is that mandatory medi-

⁽³⁷⁾ The reason for combining the scores is that the two measures are very similar, in that they both compel mandatory consideration of mediation in certain cases, as opposed to full mandatory mediation. Together, they demonstrate the highly desirable feature of mandatory elements in mediation.

ation information sessions are an opt-in type; that is, people need to first sit down with the mediator, or a mediation counselor, and then may decide whether to start a formal mediation process. In the second model, the first meeting is already part of a formal mediation process. Nevertheless, either party can withdraw (opt out) at the beginning of the procedure at little or no cost. Only if all parties agree will mediation continue beyond that first meeting.⁽³⁸⁾ Of these different mandatory elements, a system of mandatory mediation mitigated by the opt-out provision appeared most desirable from the Rebooting Study. In addition, countries that have implemented opt-in systems still report very low numbers of mediation. For example, Romania until recently had required parties to attend a mandatory information session where they could then opt-in to mediation, yet Romanian respondents reported fewer than 2,000 mediations per year.

Finally, in the fourth part of the Rebooting Study, respondents were asked to rank, on a scale from 1 to 5, the likely impact, in terms of increasing the number of mediations, of a certain number of non-legislative measures, such as increasing or improving mediation advocacy education and implementing pilot projects. The majority of the 1,226 study respondents indicated that the impact of

⁽³⁸⁾ A classic example of the difference between opt-in and opt-out models in policymaking is the 2003 Study by Johnson and Goldstein regarding organ donation programs (the '2003 Study'). E.J. JOHNSON, D. GOLDSTEIN, *Do Defaults Save Lives?*, in 302 *Med. Policy F.* 1338 (2003). The two researchers looked at the percentage of people willing to donate their organs in case of death. The 2003 Study found the key difference in participation was the way the choice for organ donation participation was presented. Where the application process included the requirement to mark a box to 'opt in' to donate, participation rates varied from 4.25% to 27.5%. In contrast, where the application process included the requirement to mark a box to 'opt out' of donating, donation participation rates were very near 100%, except for one country for which the participation rate was 85%. The policy implications of the Johnson and Goldstein study are compelling: the opt-out option saves many more lives than the opt-in option. The difference shows the power, and very disparate outcomes, that can result as between opt-in systems and opt-out systems.

non-legislative measures would be far less than that of legislative ones.

Due to the documented failure of most regulatory models in the EU to promote the use of mediation – the purpose of the Mediation Directive – the study concluded that the European Union should do two things to improve matters. First, mandatory mediation with a readily available ability to opt out should be introduced in the Mediation Directive, then scheduled for revision in 2016, ⁽³⁹⁾ and in other EU legal instruments on ADR, albeit on a temporary basis, as a trial.

Alternatively, the study proposed that the EU affirm the theory of the BRTN. The advantage of this approach was that it did not require changing any legislation. Based on the very low number of mediations taking place in Europe, it could be concluded that almost all Member States had a statutory obligation under existing EU law to increase that number. If affirmed, the BRTN would require each Member State, using any pro-mediation policy of its choice, to determine a clear target number representing a minimum percentage of mediations to take place each year to reach the BRTN called for in Article 1 of the Mediation Directive.

Fast-forwarding to the present, the 2008 Directive was not revised in 2016 and remains in its original form today. There are indications, however, that pro-mediation groups are preparing to raise the issue of its amendment again. The need for more mediation has come up, in particular, in efforts to deal with the COVID-19 pandemic. By way of example, an Italian emergency government decree, converted into law in June 2020, extended the litigants' obligation to try mediation before they can access the judicial system to cover all 'contractual obligations arising from the restrictive

⁽³⁹⁾ EUR. COMMISSION, *Report from The Commission to The European Parliament on The application of Directive 2008/52/EC* (Aug. 26, 2016); see also EUR. PARLIAMENT, *Implementation Of Directive 2008/52/EC* (Sept. 12, 2017) (both sources discussing reasons for the Mediation Directive's limited success and mentioning discussions of mandatory mediation).

measures adopted by the Government to cope with the pandemic.’⁽⁴⁰⁾

Over the years since its release, the Rebooting Study has repeatedly been a reference point in the international literature about mediation and quite influential in terms of initiating discussions over the ‘efficiency’ of mediation. It successfully highlighted the need to measure whether Member States had achieved the balance between mediation and litigation sought by the Directive. Despite the years that have passed, no study or tool other than the BRTN has been developed to suggest anything else that would provide reliable data. And, of course, the Rebooting Study brought to the fore the recommendation of actual mediators that mandates are more effective than voluntary and other measures at increasing the use of mediation.

As with any study, of course, the Rebooting Study has faced strict scrutiny and criticisms. Its methodology was challenged, despite its extensive documentation of the same and its reliance on people ‘on the ground’ when it came to the actual impact of mediation policies in the different EU countries. Misreading its limited recommendations about the extent and nature of any mandate, some accused the study of forcing mediation down people’s throats and requiring disputants to pay fees they otherwise would not have to pay – ignoring the likely systemic and individual savings that result from the use of mediation. Others argued that more public education about mediation was the best way to increase its use, ignoring the extensive long-term evidence that such education, in itself, makes little difference in the numbers of people trying mediation.

4. Easy Opt-Out Mediation in Action on the World Stage. – The foregoing has shown that various international legal systems have

⁽⁴⁰⁾ M. MARINARO, *Obblighi contrattuali: la mediazione per risolvere le liti post-emergenza*, in *Guida al diritto* 79 (2020).

demonstrated a willingness to promote mediation practices on a large scale and, to further this goal, have introduced a variety of mediation requirements into their judicial or legislative systems. But little real progress has been made without some mandatory aspect, so various systems have, indeed, introduced mandatory aspects despite some controversy.

Looking at just a few examples, the nature of the mandates has varied widely, both in the United States⁽⁴¹⁾ and in the EU, over the last two to three decades. Additionally, in Australia, both mandatory court referral to mediation and mandatory pre-litigation mediation have been well-established since before the moves of many of the countries mentioned here.⁽⁴²⁾ As with the EU Directive, many of the efforts have encountered bumps in the road, often for many of the same reasons as the ones that impeded the progress of the Directive.

A relative newcomer to the ‘mandatory’ mediation world stage, with, I believe, the potential to overcome many of these obstacles (i.e., lead to mediation of many more disputes), is easy opt-out mediation. In this section, four countries using this model will be covered – Italy, Turkey, Greece, and Azerbaijan. The primary model is

⁽⁴¹⁾ See N. WELSH, *supra* note 8; see also all sources cited in note 33, *supra*.

⁽⁴²⁾ See A. LIMBURY, *Compulsory Mediation – The Australian Experience*, in *Kluwer Mediation Blog* (Oct. 22, 2018), <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/10/22/compulsory-mediation-australian-experience/>>. Limbury notes, ‘Australian experience shows that, so long as the ‘outcome’ is voluntary, it matters not that the ‘process’ is mandatory.’ Limbury also notes that settlement rates for mandatory and voluntary mediation are similar; See also Commercial Mediation in Australia, in *Linklaters* (Apr. 1, 2020), <<https://www.linklaters.com/en/insights/publications/commercial-mediation-a-global-review/commercial-mediation-a-global-review/australia>> (‘Statistics show that there is a strong settlement rate for matters referred to mediation. For example, in the 2018-2019 financial year, 72% of matters were resolved prior to trial by court-referred mediation in the Federal Circuit Court of Australia [citation omitted]. Even if a matter does not settle at mediation, it is common for a settlement to be reached post-mediation before the matter proceeds to trial. The mediation often assists in narrowing the issues in dispute between the parties and can act as a catalyst for subsequent settlement’).

the Italian system, though even Italy has had its ups and downs concerning its efforts to increase the use of mediation before settling, with significant success, on an easy opt-out system. These models teach that legislation-induced mediation practice, as well as public and private controls over it, generate quality much faster, and more effectively, than endless discussions about quality. No discussion, alone, will ever generate significant enough numbers of mediations to allow mediation practice to improve over time; this, at least, was my experience working for large international donor organizations to promote mediation in several parts of the world, before I joined the United Nations. ⁽⁴³⁾

In Italy, before 2011, and despite pro-mediation legislation that started in 1993, ⁽⁴⁴⁾ there were virtually no commercial mediations (either mandatory or voluntary). Things changed dramatically in 2011, when a government decree made mediation a condition precedent to trial in certain cases, such as banking and insurance contracts, real estate, and medical malpractice. ⁽⁴⁵⁾ With the decree, several hundred thousand mediations were started on an annual basis, including 20% that were voluntary cases.

In late 2012, the rate of mediations declined drastically from 200,000 to around 2,000 per year after the Constitutional Court

⁽⁴³⁾ In the UN context, a genuine opt-out system has yet to be implemented, but there is evidence of movement in that direction, at least based on the experience of some of UN agencies. By way of example, our latest Annual Report talks about the development of the internal mediation project at UNICEF, which I am hopeful will soon be embraced by the other four UN agencies my Office serves. *U.N. Funds & Programmes*, 2019 Annual Report of The Office of The Ombudsman for United Nations Funds and Programmes 17-19 (2020), <<https://fpombudsman.org/wp-content/uploads/2020/04/Annual-Report-2019-1.pdf>>.

⁽⁴⁴⁾ *Legge 29 dicembre 1993, n. 580 (It.)*.

⁽⁴⁵⁾ *Mediazione obbligatoria ex Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (It.)*, *statistiche al 31 Dicembre 2012* <<https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20civile%20-%20Anno%202012.pdf>>. The graph shows the number of pending cases right before the introduction of the decree and the situation at the end of 2012.

ruled that a parliamentary statute was needed – not a governmental decree – to require litigants to try mediation before going to court. ⁽⁴⁶⁾ The constitutionality *per se* of mandatory mediation was thus not addressed by the decision, which left the matter in the hands of the legislature.

With the number of mediations dropping precipitously, including almost all the voluntary mediations, in September 2013, Italy reintroduced the mandatory requirement, ⁽⁴⁷⁾ this time by an act of Parliament. Significantly, the act removed the obligation to go through and pay for a full mediation process in the above-mentioned categories of cases. ⁽⁴⁸⁾ Under the new law, parties must participate at the first meeting with the mediator; otherwise, they can both face certain sanctions. ⁽⁴⁹⁾ However, at the first meeting, anybody can decide to stop mediation immediately by paying only a nominal fee (approximately from 50 to 100 US dollars), with no negative consequences. ⁽⁵⁰⁾ Under this system, now in place for ten years, Italy has been experiencing upwards of 150,000 mediations a year. ⁽⁵¹⁾

Even more so, with the Italian civil justice reform into force as of 30 June 2023, ⁽⁵²⁾ litigants will be required to make a more serious attempt at mediation during the first meeting. Parties will be required to appear in person at the mediation table and, with the assistance of their lawyers, will have to ‘cooperate in good faith and with loyalty’ to try to resolve the dispute. Merely appearing before

⁽⁴⁶⁾ *Corte Costituzionale*, 24 ottobre 2012, n. 272 (It.).

⁽⁴⁷⁾ *Decreto Legislativo* 4 marzo 2010, n. 28 (It.).

⁽⁴⁸⁾ *Id.* at Article 5.

⁽⁴⁹⁾ *Id.*

⁽⁵⁰⁾ *Id.*

⁽⁵¹⁾ *Studi, analisi e ricerche della DG-Stat* (‘Studies, analyses, and investigations of DG-Stat’), SharePoint, <<https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx>> (last visited 10 June 2023).

⁽⁵²⁾ Enabling Act 26 November 2021, no. 206 (It.), outlining the guiding principles to reform mediation and other forms of ADR in Italy.

the mediator without engaging in a substantial effort at settlement will not satisfy the condition precedent to trial. ⁽⁵³⁾

The Italian experience demonstrates the positive filtering effect I mentioned earlier. When the parties decide to go past the initial meeting, the settlement rate is around 50%. ⁽⁵⁴⁾ This percentage is stunning: these are parties who could have negotiated a settlement face-to-face (but did not try or tried and failed) and ended up in mediation only because it is a pre-litigation requirement. Required to ‘endure’ only a simple, fast, and relatively inexpensive ⁽⁵⁵⁾ ‘mediation treatment,’ these litigants stuck with the process, found a mediated settlement in half of the cases, and thus removed these cases from the numbers weighing down the court system. As I have been known to say, if you lead the horse to the river, the water is good, and you know the horse is thirsty, chances are that the horse will drink, and happily so.

The Italian experience also provides a concrete example for the proposition that introducing mandatory elements, more specifically mandatory mediation with the ability for parties to opt out (in other words, the easy opt-out model) will likely increase the number of mediations in a country. Experience has also shown that the number of voluntary mediations can also be increased by the introduction of mandatory mediation. In Italy, for example, when mandatory mediation was first introduced for certain disputes, the

⁽⁵³⁾ New Article 8.6 of revised *Decreto legislativo n. 28/2010*. The changes to the rules governing mediation as part of the recent civil justice reform are discussed in S. DALLA BONTÀ, *The Promise of Consensual Justice. The Recent Mediation Reform in Italy*, in 26 *ZJP Int.*, 3 (2021); and also in the issue of this Journal S. DALLA BONTÀ, *Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della Giustizia civile*, and P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*.

⁽⁵⁴⁾ *Mediazione obbligatoria*, *supra* note 45, at 3.

⁽⁵⁵⁾ A capped allowance will be provided in the reformed *Decreto ministeriale n. 180/2010* (currently under legislative review).

overall number of mediations – including voluntary mediations – increased. ⁽⁵⁶⁾

It is also important to note that the Italian mechanism has been lauded as a model to follow. Following the presentation of the Re-booting Study before the European Parliament, the former Vice-President of the European Parliament and Rapporteur for the Mediation Directive, Arlene McCarthy, wrote a public letter to the then Minister of Justice of Italy, indicating that the opt-out Italian mediation model was ‘an example the entire EU should learn from.’ ⁽⁵⁷⁾

It is not a surprise that the so-called Italian mediation model has shaped the Turkish and, as of late, Greek laws on mediation. Looking first to Turkey, it has gradually adopted several laws requiring the use of mediation as a pre-condition to filing suit, using the opt-out model. Mediation is now mandatory for labor disputes, commercial cases, and, as of 2020, consumer disputes. ⁽⁵⁸⁾ A quick look at the Turkish statistics, before and after the new law came into force, illustrates how simple it is to create a decently sized media-

⁽⁵⁶⁾ Id.; see also *Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28* (It.), 13 (2010), <https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?facetNode_1=0_10_3_2&contentId=SST282837&previousPage=mg_1_14> (Statistics for the Period January 1st—December 31st, 2020). The drop in cases shown in the graph on page 13 is due to the fact that in 2012, with Judgment No. 272 of December 6, 2012, the Constitutional Court challenged the constitutionality of the way the regulations relating to mandatory mediation were adopted. Mandatory mediation was reintroduced, with some changes to the original regulations, by the so-called *Decreto del fare*, Law Decree no. 69 of June 21, 2013, containing ‘*Urgent provisions for re-launching the economy*’, Law No 98 of August 9, 2013.

⁽⁵⁷⁾ Letter from A. MCCARTHY, Member European Parliament to A.M. CANCELLIERI, Minister Just. Republic Italy (Jan. 13, 2014).

⁽⁵⁸⁾ See T. BILECIK, *Turkish Mandatory Mediation Expands Into Commercial Disputes*, in *Kluwer Mediation Blog* (Jan. 30, 2019), <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/30/turkish-mandatory-mediation-expands-into-commercial-disputes/>>; V. BICAK, *The Mediation Scene in Turkey*, in *Sage Mediation* (Oct. 16, 2020), <<https://sagemediation.sg/blog/the-mediation-scene-in-turkey/>>.

tion market, ⁽⁵⁹⁾ that is, one where the number of mediated disputes is not a miniscule fraction of the litigated ones. Without one such market, all discussions about mediation quality, accreditation, etc., hardly appear very significant.

Greece, also explicitly modeling its law on the Italian mediation statute, ⁽⁶⁰⁾ has instituted ‘a mandatory initial mediation session for a broad category of cases’, ⁽⁶¹⁾ including family disputes, certain contractual disputes, and a broad range of other civil disputes. As in Italy, the parties must attend a meeting, but are not required to proceed with the mediation should they choose not to. ⁽⁶²⁾ Parties

⁽⁵⁹⁾ According to statistics published by the Ministry of Justice for the year 2019, 239,927 voluntary mediations were filed compared to 885,668 mandatory mediations. Of the mandatory cases, 739,255 were labor dispute cases and 146,413 were commercial disputes. There is no published data related to consumer disputes as mandatory mediation for consumer disputes was only adopted at the beginning of 2020. As a comparison, the total number of cases submitted to judicial courts has reached 6,897,000 in 2019. See V. BICAK, *supra* note 58.

⁽⁶⁰⁾ Greek Law no. 4640/2019, Explanatory Memorandum (published Nov. 30, 2019).

⁽⁶¹⁾ V. KOUMPLI, *Greece: Institutionalizing Mediation through Mandatory Initial Mediation Session* (Law no. 4640/2019), in *Kluwer Mediation Blog* (Jan. 20, 2020).

⁽⁶²⁾ While it is early to judge the impact of the new Greek model, one observer has this to say: ‘The new law takes a further step towards institutionalization of mediation and its embodiment in the civil procedural system. Mediation is no longer a purely informal and autonomous process, but it constitutes a part of the legal order and an important regulatory tool. The middle way introduced by the newly enacted scheme bridges the gap between mandatory and voluntary mediation in an attempt not to excessively obstruct the parties’ right to access to justice. And, indeed, even if one accepts that mandatory elements in mediation may erode aspects of voluntariness and autonomy, there is no doubt that such elements can be a useful tool to encourage mediation on a wider scale. In this respect, the Greek quasi-compulsory scheme could be considered as a temporary expedient to encourage wider use of mediation in general so that it eventually becomes a ‘complementary’ dispute resolution means. It remains to be seen whether it will fulfil its goal, i.e., reduce court workload and save resources in the administration of justice by being seen by the parties and their lawyers as an opportunity to effectively resolve their disputes out of court, or if it will be regarded as a mere procedural formality.’

may also voluntarily submit most disputes to mediation. In a country where polls show a significant level of distrust concerning the court system, the Minister of Justice reported soon after the law's enactment that: 'Mediation has already produced the first positive results and 15% of the new cases introduced in the initial mandatory session are resolved out of court, while respectively a huge percentage of over 75% of those who voluntarily resort to mediation for commercial and civil disputes, manage to reach in agreement, saving time and money for the smooth resumption of their economic activity.'

In March 2019, Azerbaijan adopted an opt-out mediation model for family, labor, and business disputes.⁽⁶³⁾ The Azerbaijani courts had become 'overwhelmed with huge number[s] of incoming cases with very strict deadlines for adoption of decisions.'⁽⁶⁴⁾ While mediation had not previously been a significant part of the Azerbaijani legal culture, '[t]he Mediation Law is expected to drastically change and shape the dispute resolution culture in Azerbaijan within a short period of time.'⁽⁶⁵⁾

Considering the positive results of mediation mandates and other incentives in various countries, what is a surprise to most commentators is why the mediation requirement in Italy only applies to around 10% of all civil litigation cases.⁽⁶⁶⁾ As readers might surmise, the number of mediations taking place where there is no such requirement (namely, in 90% of the cases) is extremely low. Difficult as it still appears for many mediation enthusiasts to accept, this sharp difference in numbers does away with the contention that mediation is primarily an issue of culture. Culture and promotion of mediation are of course important issues, but certainly not the

⁽⁶³⁾ R. MIRZAYEV, *After Italy and Turkey, Azerbaijan Also Follows The Opt-Out Mediation Model*, in *Kluwer Mediation Blog* (May 1, 2019).

⁽⁶⁴⁾ ID.

⁽⁶⁵⁾ ID.

⁽⁶⁶⁾ L. D'URSO, *Italy's Required Initial Mediation Session: Bridging the Gap Between Mandatory and Voluntary Mediation*, in *36 Alts. to High Cost Litig.* 49, 57 (2018).

primary ones. In fact, how can the same country have lots of mediations in certain types of disputes (where mediation is required), and very few or none in other types (where mediation is not required), when litigants and especially the lawyers are often the same? The primary issue is policy, as Nobel Prize winners of the calibre of Kahneman, Tversky, and Thaler have explained⁽⁶⁷⁾ backed, in the case of mediation, by legislation.

5. Conclusion: Why Now? – Mediation is valuable, whatever the duration or result. Years of experience and experimentation have shown that mediation is likely to benefit all parties who participate in it to some degree, regardless of its outcome. Indeed, a ‘failed’ mediation is rarely, in fact, an actual failure. The mediation might not have resulted in an agreement on that day, but the airing of issues face-to-face may make settlement more likely down the road. Alternatively, agreement might, at least, be reached on some points, leaving fewer points to litigate and consequently lower costs to incur. Personally, I might have gotten very lucky, but after 25 years of mediation practice, I have never heard, from a single participant, that mediation had been ‘a waste of time.’

But why push for easy opt-out mediation now, when, despite its clear advantages, it (and other forms of so-called mandatory mediation) have struggled to gain acceptance? Why does our Prince Charming now stand any greater chance of success? There are many responses to this question; I will address a few here. First, the practical: all the reasons for its use still apply. Courts remain overwhelmed; justice is still long delayed for many; and increasing the use of mediation is an excellent way to help with these problems, and at times to produce qualitatively superior outcomes for the parties. In addition, as discussed in this Article, we now have models

⁽⁶⁷⁾ D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*, in 47(2) *Econometrica* 263-91 (1979).

that can help us figure out, in each place and in light of its needs, how easy opt-out mediation or some variation can work.

Second, human nature: there is abundant and solid research that humans are ‘hard-wired’ to make inferior decisions when it comes to disputes, regardless of the economic incentives that, in a given system, might make litigation more palatable than mediation to certain actors in that system. In ‘Nudge’, Richard Thaler and co-author Cass Sunstein explained in an accessible way the irrational biases and cognitive errors leading us to make sub-optimal decisions.⁽⁶⁸⁾ Before them, Daniel Kahneman and Amos Tversky also gave us deep (and to me somewhat troubling) insights as to how people make decisions in the face of uncertainty.⁽⁶⁹⁾ As any lawyer worth his or her salt would say: there is always uncertainty in going to trial, even where the facts and the law appear clearly in favor of one of the litigants. Decision-making theories are thus essential to dispute resolution.

Thaler and Sunstein suggest that the way to overcome these biases and errors is to modify the context in which decisions are presented, which they refer to as ‘choice architecture.’⁽⁷⁰⁾ When making choices, people are inclined to choose the default option rather than the option that requires them to act and make efforts.⁽⁷¹⁾ If the context in which decisions are presented – the architecture – is altered, people can be nudged away from sub-optimal decisions based on biases and errors but still maintain their autonomy and their self-determination.⁽⁷²⁾

Following this line of thinking, voluntary mediation (no matter how incentivized) represents an opt-in model: parties need to take

⁽⁶⁸⁾ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, And Happiness*, New York, 2009.

⁽⁶⁹⁾ Two psychiatrists who often collaborated on projects, Kahneman and Tversky developed the Prospect Theory, which analyzes how people make decisions in risky and uncertain situations: D. KAHNEMAN, A. TVERSKY, *supra* note 67.

⁽⁷⁰⁾ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *supra* note 68, at 81.

⁽⁷¹⁾ See E.J. JOHNSON, D. GOLDSTEIN, *supra* note 38.

⁽⁷²⁾ See *supra* note 68, at 83.

action to get the process going. If they do nothing, the default course of action is litigation. In the easy opt-out model, in contrast, the parties are free not to engage in mediation, but inertia is more likely to make them go with it. In fact, parties must make efforts to bypass mediation if they want to start litigation immediately. They may face possible sanctions, must file motions to convince the judge that mediation would have likely failed, lose potential benefits, etc.

Third, policy: at the policy level, one should not be too concerned if many cases exit the mediation channel as a result of the easy opt-out mechanism I suggest here. A significant purpose of the system is, in fact, to filter more effectively which cases are, and are not, suited for mediation. Also, while these ‘failed’ mediation cases are indeed a cost, from a systemic point of view (putting aside the significant questions about what ‘failure’ in mediation means), the (normally moderate) cost of each of these aborted mediations should be weighed against the (normally much higher) savings attributable to each successful mediation that would not have taken place without that initial meeting. ⁽⁷³⁾

Finally, the state of the world: developments around the world in recent years underline the need for humans to improve their dispute-resolution skills at all levels of society. ⁽⁷⁴⁾ Certainly, this need has existed since human beings first emerged on our planet. But as the world has become smaller and people have become more interdependent and more easily able to affect others’ well-being (whether intentionally or not, as demonstrated in various ways by the pandemic), it has become increasingly important to figure out what to do when we disagree. Whether at the local community level, where a harassment charge or a child custody dispute might go first to mediation, or the international trade level, where the 2018 adop-

⁽⁷³⁾ The importance of this cost/benefit analysis is illustrated by two studies conducted for the European Parliament: See G. DE PALO *et al*, *supra* note 29; see also G. DE PALO *et al*, *supra* note 26.

⁽⁷⁴⁾ See *U.N. DPPA Mediation Support Unit*, *supra* note 1.

tion of the Singapore Convention on Mediation has sought to facilitate ‘international trade and (...) promot[e] (...) mediation as an alternative and effective method of resolving trade disputes’,⁽⁷⁵⁾ or the world community level, where the UN has set a goal to ‘ensure equal access to justice for all’⁽⁷⁶⁾ by 2030, we must seek to use all the (sensible) tools we can to make our way forward together.

Abstract

The contribution reflects on the desirability of soft regulation of mediation to strike a balance between the principle of voluntariness and providing a viable alternative to litigation, thus boosting the efficiency of the civil justice system. While focusing on the debate around the mandatory attempt to mediate, the author argues that mediation not only benefits the disputing parties but also the judicial system at large in that it helps reduce the workload of courts and ensure access to justice for all.

Despite the clear advantages of mediation, it is debated whether participation must be voluntary or should be mandatory in some instances. The author proposes an ‘easy opt-out’ mediation model where parties may leave the process if they so wish. Arguably, participation in the process may provide the parties with an understanding of mediation and its advantages. The proposed model has the potential to expose skeptical parties to the benefits of mediation.

⁽⁷⁵⁾ United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, in *U.N. Comm’n on Int’l Trade L.* (Dec. 20, 2018), <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements>.

⁽⁷⁶⁾ See Sustainable Development Goals, *supra* note 7.

COMMERCIAL MEDIATION
IN THE GULF COOPERATION COUNCIL.

THE DEVELOPMENT OF ADR IN THE MIDDLE EAST (*)

*Zachary R. Calo (**)*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. From Arbitration to Mediation: The Evolving Dispute Resolution Ecosystem. – 3. The Turn to Mediation. – 4. The Sources of Change. – 5. The Future of Mediation in the GCC: Challenges and Possibilities.

1. Introduction. – The law and practice of commercial mediation in the Arab Gulf countries has experienced a rapid and profound transformation in recent years.⁽¹⁾ From the period beginning around 2019, the year that the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the Singapore Convention on Mediation) was first signed, the legal landscape around mediation has been fundamentally reshaped.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 317-335. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Proceedings of the Conference ‘Mediation: A Sleeping Beauty. *La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*’, Trento, 11 November 2022.

(**) Professor of Law, Hamad bin Khalifa University, Qatar; Adjunct Professor, University of Notre Dame Australia; Central Asia Research Fellow, Tashkent State University of Law, Uzbekistan; Senior Counsel, McNair International; Of Counsel, Schelstraete Equine Law.

⁽¹⁾ The term GCC is used in this paper to refer to the countries of the Gulf Cooperation Council: Bahrain, Oman, Kuwait, Qatar, Saudi Arabia, and the United Arab Emirates.

While mediation is still just beginning to establish a foothold in the overall dispute resolution architecture of these countries, it is now on the legal agenda in a significant way.

This surge of interest in mediation did not come entirely out of nowhere. The foundations of a sophisticated international system of dispute resolution have been taking shape for many years. Yet the turn to mediation, especially with such rapidity, could hardly have been predicted. In fact, the author of this paper was invited to deliver a lecture assessing the state of commercial mediation in Qatar and the Gulf region at the Singapore Convention signing ceremony, and I spoke in rather pessimistic terms. In the text of the submission, I proposed the following: ‘The overall situation with respect to mediation [in the region] is not encouraging. Not only is mediation largely absent from the dispute settlement scene, it is absent for reasons that go beyond mere lack of investment. It is absent for deeper structural and cultural reasons. I would propose that the further development of mediation will require a fundamental transformation in commercial practices, the power relationship that define public-private partnership, and the regulatory and institutional environment including the work of domestic courts. This will be no small task.’⁽²⁾ The irony was that the next day it was announced Qatar would send a delegation headed by the Minister of Justice, joining a similar delegation from Saudi Arabia, to be a first day signatory of the Singapore Convention. It was this moment that, in ways both symbolic and substantive, marked the beginnings of a mediation agenda taking concrete shape in the GCC.

These recent changes have primarily concerned commercial dispute resolution. While modern forms of commercial mediation have been largely absent from the region, mediation more generally

⁽²⁾ A summary of this presentation and the associated panel discussion is available at: <<http://digiwebmm.com/staging/SGConvention/assets/pdf/conference-reports/8-Report-Breakout-Session-4.pdf>> (accessed 30 June 2023).

has deep roots in Arab and Islamic culture. ⁽³⁾ Mediation is already used extensively in various informal settings such as families, tribes, and communities, and it has a foothold in certain legal contexts such as family courts. It is notable that mediation has also been employed in a range of political contexts. During the recent crisis in the region that saw Saudi Arabia, the UAE, and Bahrain sever diplomatic ties with Qatar, the Sultan of Oman sought to resolve the dispute as a neutral mediator. ⁽⁴⁾ Countries in the region have also sought to make political mediation a part of diplomatic practice and a form of soft power. ⁽⁵⁾ Qatar, perhaps most aggressively among GCC countries, has positioned itself as a mediator in a range of political disputes including Lebanon, Yemen, Sudan, and Afghanistan. ⁽⁶⁾ That mediation has been used in political contexts by Gulf countries reflects the deep roots that the practice holds in the region.

The tradition of employing mediation across a range of formal and informal settings makes the longstanding resistance to its use in the commercial context all the more surprising. It would be tempting to interpret the recent turn to mediation as a rediscovery of deeply rooted historical practices, but it is instead more reflective of initiatives to construct mature, competitive, and flexible dispute resolution systems that contribute to economic development. The turn to mediation is much more about the future than the past. Section 4 below considers the reasons behind this recent embrace of

⁽³⁾ M. KESHAVJEE, *Islam, Sharia, and Alternative Dispute Resolution*, Tauris, 2013.

⁽⁴⁾ L. J.M. MAZZUCCO, *A Stabilizing Factor: Oman's Quiet Influence amid Mounting Uncertainty in the Gulf*, *Fikra Forum* <<https://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/stabilizing-factor-omans-quiet-influence-amid-mounting-uncertainty-gulf>> (last visited 30 June 2023). See also, A. ALAJMI, *The Gulf Crisis: An Insight into Kuwait's Mediation Efforts*, in 6(10) *International Relations and Diplomacy* 537-48 (2018).

⁽⁵⁾ H. YOUSSEF, *Mediation and Conflict Resolution in the Arab World: The Role of the Arab League*, *OSCE Yearbook 2013*, Baden-Baden, 2014, 299-310.

⁽⁶⁾ J. VARGHESE, *Qatar a Reliable International Mediator*, in *Gulf Times* (March 14, 2023).

mediation in the GCC, but what is clear is that the intellectual origins of this turn are more outside the region than in its own native traditions. The region's emergence as center of transnational commercial activity has encouraged transformative developments in dispute resolution that have occurred over the past decade, from the creation of dispute resolution centers, to the aggressive reform of arbitration laws, to the recent investment in mediation. The same dynamic economic forces that undermined aspects of traditional culture have, at least when it comes to mediation, supported its re-discovery and renewed application.

The treatment of mediation has varied from country-to-country across the GCC and it is important to recognize these variations. At the same time, there is a larger regionwide story unfolding that transcends any particular state. Even amidst their differences, GCC countries share significant overlap in the structure of their economies, legal systems, and ambitions, all of which promote similar initiatives in the areas of law reform and law building. The aim of this article is to trace recent initiatives in the realm of mediation, as the region quickly moves to further develop its commercial dispute resolution infrastructure. There has been little academic attention given to mediation, in large part because the developments are novel and there is little data from which to work. Mediation's emergence in the Gulf countries of the Middle East remains an unfolding story in its early stages, but one with significant implications that now warrant consideration and assessment.

2. From Arbitration to Mediation: The Evolving Dispute Resolution Ecosystem. – The development of mediation in the GCC did not occur in isolation but is rather part of a longer process of developing a dispute resolution ecosystem. A common feature of Gulf countries has been the rapid development of legal infrastructure, including more mature and internally diverse legal regimes, international courts, specialized trade zones, and dispute resolution cen-

ters. All of these initiatives have led to a pluralization and maturation of legal systems in the region, as countries seek to attract more commercial activity, instill greater confidence in judicial processes, and overcome the deficits of domestic law. Law building and state building are inseparable.

Two developments are worth particular examination. First, Gulf countries have been at the forefront of developing dispute resolution institutions to serve both domestic and international parties. These institutions have taken a variety of forms, ranging from more traditional arbitration centers to international courts in which foreign judges apply common law jurisprudence, and typically operate pursuant to domestic enacting legislation or some other form of state sponsorship and patronage. In this sense, the landscape is not as heavily populated as it might be in other contexts by private institutional providers of dispute resolution services. Rather, dispute resolution services outside the domestic court system are connected to broader state-initiated efforts to develop the legal order.

Every Gulf state has followed this pattern in one way or another, leading to the rise of internally variegated and highly international legal systems throughout. For instance, the Bahrain Chamber for Dispute Resolution (BCDR) was established by Legislative Decree No. 30 of 2009. The BCDR includes a court, which has jurisdiction over international commercial disputes, as well as an arbitration and mediation center. The Saudi Center for Commercial Arbitration (SCCA) was established by ministerial decree in 2014 to provide independent commercial arbitration and mediation services in accordance with international best practices. The SCCA now operates a branch in Dubai. The Oman Commercial Arbitration Centre was established in 2018 pursuant to Royal Decree No. 36 and the Kuwaiti Commercial Arbitration Center was founded in 1999. The Qatar International Center for Conciliation and Arbitration (QICCA) was established in 2006 by resolution of the Qatar Chamber of Commerce and Industry. Qatar also hosts the Qatar International Court and Dispute Resolution Chamber (QICDRC),

an independent court with jurisdiction over matters related to Qatar Financial Centre entities. The QICDRC can also be the seat of arbitration under Qatar's Law No. 2 of 2017 (Arbitration Law in Civil and Commercial Matters) and supports mediation services with its own rules and roster. Dubai and Abu Dhabi have been especially aggressive in the development of dispute resolution centers. The Dubai International Arbitration Centre (DIAC) was first established in 1994 as the Centre of Commercial Conciliation and Arbitration. DIAC is now the sole arbitral institution in Dubai following a 2021 decree that dissolved the DIFC-LCIA. The Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Centre (ADCCAC) was established in 1993 as the first center in the GCC for international commercial disputes. The Abu Dhabi Global Market (ADGM), a financial free zone, has a court that applies English law and can serve as an arbitral seat. It also hosts the ADGM Arbitration Centre.

These various institutions exist as part of the innovative and pluralistic legal systems that exist across the GCC. Civil law and Sharia law courts can sit side-by-side with international common law courts and alternative dispute resolution institutions. The legal landscape is dotted with other specialized institutions as well, ranging from sports arbitration centers to trade courts. These diverse legal ecosystems are all the more remarkable given the small size of most GCC countries and the fact that their legal systems are in many cases quite new and still being fully constructed. The institutions referenced above have had an important role in driving legal change. Specialized courts and ADR service providers have served as nodes for transnational legal exchange and the promotion of new practices that respond to market needs. In a number of cases, ADR institutions were established through collaborations with leading international partners, such as the London Court of International Arbitration and the American Arbitration Institution. This has served to legitimate the domestic institutions and the dispute reso-

lution services offered, as well as ensuring that rules and procedures follow international best practices.

Institutional proliferation, however, cannot be equated with institutional impact. These dispute resolution centers were, in many instances, launched in order to develop a nascent ADR culture. In other words, they were established to create demand for ADR and not because there was unmet need. The problem is that ADR practices, whether that be arbitration or even more so mediation, did not have deep roots when these foundational institutions were established. In this build first approach, institutional infrastructure was created with the hope it would eventually provoke changes in regional dispute resolution culture. This has been the case in many respects, but the ADR market in the Gulf is still maturing when compared with more established markets.

Developments in arbitration laws also demonstrate the ongoing maturation of the region's dispute resolution infrastructure. While arbitration centers were created in order to attract domestic and international disputes, laws and courts often got in the way of these ambitions. This was especially the case with arbitration. For instance, Qatari courts nullified a number of arbitral awards for reason that seemingly contravened the New York Convention. Most notable was an instance in which the Qatari Court of Appeal refused to enforce a foreign award on the grounds that it was not rendered in the name of the Emir and thus contravened public policy.⁽⁷⁾ In another highly publicized incident, a change to the UAE Federal Penal Code imposed criminal sanctions on arbitrators who failed 'to maintain the requirements of integrity and impartiality.' Without defining the terms integrity and impartiality, the UAE now threatened arbitrators with potential imprisonment. Initiatives

⁽⁷⁾ *Qatar - Another positive step forward in the enforcement of foreign arbitral awards*, in *Herbert Smith Freehills Arbitration Notes*, <<https://hsfnotes.com/arbitration/2016/10/18/qatar-another-positive-step-forward-in-the-enforcement-of-foreign-arbitral-awards/>> (last visited 30 June 2023).

to make Dubai a global arbitral hub were immediately thrown into disarray.

The disconnect between commercial ambition and legal reality, as revealed in these and other incidents, generated a region wide movement to reform inadequate and outdated arbitration laws. Recent years have seen a flurry of new laws. Saudi Arabia in 2012, Bahrain in 2015, Qatar in 2017, and the UAE in 2018 all issued new arbitration laws. These laws, broadly based on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, harmonized local laws with international best practices and thus instilled greater confidence in the reliability of domestic arbitral regimes. While there might still be some concern about local courts and whether the countries are truly arbitration friendly, many of the longstanding problems have been addressed.

The recent emergence of mediation in the region needs to be located within this broader history. Piece by piece, alternative dispute resolution infrastructure across the GCC has taken shape. Commercial pressures and ambitions have pushed the GCC countries to cultivate more effective dispute resolution environments that will appeal to international parties. It is a process still very much unfolding, but what began with international dispute resolution centers and arbitration is continuing now with mediation. The turn to mediation has begun.

3. The Turn to Mediation. – This turn to mediation among GCC countries has occurred on a number of levels, but most significant has been the issuance of laws that create a governing structure for mediation. While the legal obstacle to growing arbitration in the GCC was that older laws were ineffective and out of sync with international norms, mediation suffered from the complete absence of a legal structure. There were many reasons that mediation had failed to take root in the GCC, but the legal void was the most elemental in that it left lawyers and parties without adequate certainty

around process. It was generally possible to pursue enforcement of a mediated settlement agreement under contract law provisions in the civil code, but the need to litigate and the overall uncertainty proved major obstacles to greater use of mediation. In addition to issues with enforcement, there was no legal provision made for other essential aspects of mediation such as confidentiality.

Even as the overall dispute resolution architecture in the GCC began to take shape and mature, legal support for mediation remained stubbornly absent. However, since 2019, there has been a remarkable flurry of legislative activity. Bahrain (2019), Qatar (2021), and the UAE (2021) have all issued laws on mediation, and Saudi Arabia has a draft law in place. While a detailed examination of these laws is beyond the scope of this article, a brief survey of key points is useful in identifying the general approaches taken in the legislation.

In 2019, the King of Bahrain issued Royal Decree no. 22 regarding Mediation for Dispute Resolution. The law contains twenty articles and, among other things, defines mediation, establishes requirements for mediators, and creates a list of certified mediators. Most significantly, the law allows mediated settlements to be directly executed with a court and thus obviates the need to file a lawsuit to seek enforcement. This provision changed the legal status of mediated agreements by allowing direct enforcement rather than requiring a party sue for breach of contract. In addition, the law details ethical standards for mediators including a requirement to disclose conflicts of interest that impair impartiality and independence, and a provision that one not be an arbitrator in a dispute in which one served as a mediator. Most significantly, Decree no. 22/2019 establishes that mediation proceedings are confidential unless the parties agree otherwise. This provision is critical in providing legal protection for confidentiality of the mediation process that was previously lacking.

In 2021, the UAE and Qatar also issued new mediation laws. UAE Federal Law no. 6/2021 on Mediation for the Settlement of

Civil and Commercial Disputes creates a framework for mediation through all the Emirates. The law provides for what it terms ‘Judicial Mediation’ and ‘Non-Judicial Mediation’ (Chapters 2 and 3), each of which has their own regulations. With respect to Judicial Mediations, courts now have power to refer disputes to mediation with the consent of the parties. With respect to Non-Judicial Mediation, parties who have entered into a valid agreement to mediate can pursue mediation at an authorized Mediation and Conciliation Centre before commencing legal action, and the court will prevent either party from initiating legal action until the mediation is complete. A particularly notable feature of the law is that it establishes the ‘without prejudice communications’ standard, which provides that information conveyed in the course of a mediation cannot be relied upon before a court, arbitral tribunal, or other entity. Just as Bahrain’s Decree no. 22/2019 provides for confidentiality, the ‘without prejudice communications’ provision in UAE’s Law no. 6/2021 addresses a major concern of parties about utilizing mediation to reach settlement in the GCC.

Qatar Law no. 20 on Mediation for the Settlement of Civil and Commercial Disputes marks the state’s initial effort to create a statutory scheme for mediation. It shares many characteristics of other such laws in the region and addresses critical issues that previously fell into a legal void. For instance, Article 25 provides that once a settlement agreement has been authenticated by a court it ‘shall have the force of an executive document and it may in no way be challenged.’ This provision addresses, at least in part, concerns about enforceability by establishing a mechanism for judicial enforcement of a settlement agreement without the need to bring a lawsuit. The law also provides protection for confidentiality in a number of contexts. Article 23 protects caucus communications, although it somewhat curiously states that the mediator may disclose these communications to the other party unless the mediator is expressly instructed to maintain confidentiality. Article 30 provides that, ‘All deliberations, discussions, offers, negotiations and

documents related to the mediation shall be confidential and the mediator or the party to whom any of the same has been disclosed may not disclose them to the court or to a third party, without the approval of the disclosing party.’ The text leaves some uncertainty about the scope and application of its confidentiality provision, especially whether its reference to ‘the court’ includes litigation before a different court. This problem aside, the law marks a substantial improvement in the legal environment for mediation in Qatar.

The rapid promulgation of mediation laws in Bahrain, the UAE, and Qatar, along with the forthcoming law in Saudi Arabia, is quite remarkable, as is the more general explosion of interest in commercial mediation. At the same time, it is important to note that these new legislative regimes are not without problems. Until ambiguities are clarified, statutes interpreted and tested by courts, and regulations drafted and implemented, the overall utility of the mediation laws will remain in doubt. For instance, the new federal law in the UAE establishes a basic legal framework but leaves many practical questions unanswered. How will authorized mediation enter into operation? Will they have adequately staffed rosters of skilled mediators? What professional requirements will regulations impose on mediators? What scope will remain for conducting *ad hoc* non-judicial mediations outside of the centers?

Apart from these particular issues, the UAE’s law shares with Qatar’s a general tendency to overregulate. At a basic level, establishing an overly restrictive regulatory framework is contrary to the key premise of mediation that it should be a flexible process that parties control. The impulse to manage mediation from the top-down is a strong one in the GCC. While it has allowed states to quickly advance support for mediation, the same impulse could also suffocate mediation in its infancy. For instance, the requirement that non-judicial mediations be conducted through a licensed center could create a barrier to highly qualified mediators and mediator service providers entering the market. Likewise, there are many unresolved issues surrounding the lists of registered mediators which,

although designed to maintain standards of quality and integrity, could likewise discourage mediators from entering the market if requirements are too onerous or lack clarity.

For mediation to flourish, states will need to give it space, freedom, and flexibility. It is not evident that this first wave of laws does so. Qatar's law, for instance, appears to have been drafted with the idea that the legal framework for mediation should mirror that used in arbitration. The law treats mediation primarily as something done in connection with, and remaining subject to, court oversight. It does little to clarify the law's applicability to *ad hoc* mediations. Mediation is defined in Article 1 as 'An amicable means of settling disputes, by mutual agreement between the parties, or by a court order.' While parties might be required by a court to engage in good faith mediation, this definition seems to make settlement itself something subject to court order which, of course, is contrary to the very nature of the mediation process. Another curious feature of Qatar's law is the requirement, referenced in both Articles 4 and 8, that parties may choose the mediators, but the number must be odd. This requirement is apparently based on the confused notion that mediators operate in a decision-making capacity like arbitrators or judges. Along similar lines, the settlement agreement is framed as something more akin to an arbitral award than a private consensual agreement. The settlement agreement is to be «executed» by the mediator (Article 24) and then filed with a court in order to be reviewed and authenticated (Article 25).

The recently enacted mediation laws in the GCC mark an important step forward, even if they have problems and will likely require amendment as did the arbitration laws. These laws remain untested and there are legitimate concerns about how they will be interpreted and applied. In current form, the laws diverge in a number of ways from international best practices and reflect certain well-entrenched prejudices endemic to the region. Given the many gaps and uncertainties in the laws, it is unlikely that they will alone be sufficient to lead commercial parties to pursue mediation. None

of this takes away from the significance of these legislative developments but it does highlight the fact that effecting deep and lasting change in the practice of mediation will take more time.

4. The Sources of Change. – The changes around mediation in the GCC have been remarkable, both in their speed and depth. By one measure, this turn to mediation simply reflects an extension of initiatives to develop the law and practice of dispute resolution that have animated the region for more than a decade. Mediation, in this reading, is the next step in the development of dispute resolution systems that already includes arbitration centers, specialized courts, and updated laws. At the same time, this turn to mediation was by no means inevitable, nor is it guaranteed to take permanent root. These changes need to be examined from other perspectives to understand what has provoked recent investment in mediation and what its future might be.

A number of factors might be identified to explain the turn to mediation. First, this movement seems to have been spurred, at least in some significant part, by the Singapore Convention on Mediation. Both Qatar and Saudi Arabia were first day signatories and became the third and fourth countries respectively to ratify the Convention. The UAE also appears poised to also become a signatory.⁽⁸⁾ By becoming early signatory states, Qatar and Saudi Arabia indicated that mediation had support at the highest levels of government. Signing the Convention also fed into efforts to enact domestic mediation legislation in order to implement obligations. Yet the symbolic effect of the Convention has proven to be as significant as its substantive legal effect. It is not surprising that the signing of the Convention was accompanied by the inauguration of

⁽⁸⁾ ABU DHABI GLOBAL MARKET, *UAE to join the Singapore Convention to help boost international trade and increase appeal of mediation in commercial disputes*, (March 16, 2022) <<https://www.adgm.com/media/announcements/uae-to-join-the-singapore-convention>> (last visited 30 June 2023).

broader public efforts to promote mediation.⁽⁹⁾ The Singapore Convention galvanized attention around mediation and provided an opportunity for signatory countries to signal their embrace of mediation. This process would have likely occurred regardless, and yet the Singapore Convention provided an impetus to move forward.

Second, regional competition has encouraged countries to invest in mediation, and dispute resolution more generally, in order to maintain their competitive edge in an environment in which there is significant jostling for advantage. Dubai and Abu Dhabi, Doha and Riyadh, Manama and Muscat, are all seeking to enhance their international economic competitiveness and become major regional dispute resolution hubs. This regional competition, along with the tendency to mimic legal developments in neighboring countries, has led to a certain sameness in matters of law and policy. After all, it is remarkable that a half dozen countries could, in the absence of any formal legal coordination, achieve quite similar outcomes in a concentrated period of time. Yet this competition has been good for mediation in that it has pushed GCC countries to embrace this latest preferred tool.

Third, the collective turn to mediation offers a case study in the transnational migration of legal norms and practices. Mediation is growing globally as a favored means of dispute resolution. A movement that began in the United States in the 1970s and 1980s has now reached into all the corners of the world. While its spread into the Gulf is hardly remarkable, there are unique factors that make GCC countries particularly receptive to emergent legal movements. Most relevant to mediation is that the countries have highly globalized legal markets with international practitioners and institutions. Gulf countries rely extensively on foreign lawyers be-

⁽⁹⁾ P. ALAGOS, *Qatar expresses support for 'Singapore Convention' on mediation*, in *Gulf Times* (July 31, 2019); *CIArb Qatar and QFC branch promotes mediation as alternative mechanism for resolving commercial disputes*, in *Gulf Times* (March 14, 2023).

cause of the international nature of their economies and the lack of purely domestic legal capacity. Moreover, the legal systems themselves bear many foreign imprints, from the presence of mixed common law and civil law elements to dispute resolution institutions connected with foreign partners. These characteristics have created an environment receptive to external influence. Mediation entered into this space.

Finally, the top-down and centralized nature of the decision-making process in GCC countries makes its relatively easier to effect deep structural changes without going through the messiness of a contested legislative process. Once ideas become enmeshed at the highest levels of government, the state can quickly advance a wide range of policy initiatives. With mediation, this included signing and ratifying the Singapore Convention, enacting new laws, and advancing priorities through dispute resolution institutions. Thus, whereas the United Kingdom's decision to sign and ratify the Singapore Convention involved a year of debate and consultation, Qatar was able to make a decision just prior before the signing ceremony. ⁽¹⁰⁾

In addition, governments can also control messaging and shape discourse in powerful ways. Mediation has been very much on the public agenda in the past couple of years, whether that be through articles in the local press or through support given to conferences and other initiatives. Talk of mediation is in the air in the way that talk of arbitration was a decade ago. The question that lingers, however, is whether changes that have occurred at the level of law, policy, and discourse will produce deeper and enduring changes in

⁽¹⁰⁾ GOVERNMENT OF THE UNITED KINGDOM OF GREAT BRITAIN AND NORTHERN IRELAND, *Government response to the Consultation on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, (March 2, 2023), in *UK Government*, <<https://www.gov.uk/government/consultations/the-singapore-convention-on-mediation/outcome/government-response-to-the-consultation-on-the-united-nations-convention-on-international-settlement-agreements-resulting-from-mediation-new-york-20>> (last visited 30 June 2023).

commercial practice and culture. While Gulf states have been able to drive significant changes in the legal status of mediation, and have established many of the foundational elements for a thriving mediation environment, it remains to be seen whether these developments will translate into the widespread use of mediation.

Mediation in the GCC is very much in its infancy. While the scaffolding is now in place, critical details need to be filled in. How will mediation laws be interpreted and applied? What supplemental regulations will be implemented? Will courts prove mediation friendly? Will governments and private parties increasingly utilize mediation and provide for it in contracts? Will there be court mandated mediation? Who will provide mediation services? What registration and accreditation schemes will be put in place? The recent achievements are significant, but the real challenge lies with the next steps taken.

5. The Future of Mediation in the GCC: Challenges and Possibilities. – The Gulf region has shown itself to be innovative, dynamic, and flexible in developing legal systems that meet commercial needs. The move to mediation is a next step in this process. Yet, mediation also presents unique challenges and its taking root will require more than just laws and institutions. It will require shifts in norms that go beyond law.

The previous Section identified reasons for the recent attention given to mediation in the GCC, but it is equally important to identify reasons why mediation was slow to appear on the regional agenda in the first place. The barriers to mediation are legal, institutional, structural, and cultural in nature. While some of these barriers have been overcome or mitigated, they pose ongoing challenges.

The new legal and regulatory regimes being developed will require a period of testing and reform. Moreover, while there have been impressive developments in terms of promoting dispute resolution through dispute centers, these institutions have undertaken

little actual mediation work. It is one thing to have rosters and rules, but another to advance the practice of mediation. The long-term flourishing of a mediation culture will also require more institutional pluralism, such that there are providers other than the state or *quasi-state* entities that currently dominate. The extent to which such pluralization and expansion is possible within the prevailing regulatory environment is unclear. Finally, all of this will require more experienced mediators which, in turn, means access to training and accreditation programs. At present, there are only modest resources to support these needs.

At the structural level, many of the region's economies are dominated by large-scale public investment in such sectors as natural resources and construction, and many of the most significant commercial relationships include the government or a government-owned or controlled entity as a party. Other parties are often international companies. The use and understanding of mediation tends to be more the preserve of the expatriate and international communities, with international businesses and law firms bringing experience with mediation informed by best practices as they have taken shape in more developed commercial and juridical settings. Yet, it is locals who, through law firms, privately-owned business, government-controlled commercial enterprises, or the government itself, drive commercial culture and opportunity. Non-state and international parties remain in a fundamentally weak bargaining position even if they are an otherwise powerful entity. Given this overall lack of familiarity with alternatives to litigation and arbitration, contracts executed between local and international parties rarely include references to mediation. The dispute resolution mechanism will usually provide only for litigation and arbitration with, perhaps, a provision requiring that the parties also engage in amicable discussions in good faith. There are indications that this is changing but state-driven initiatives to promote mediation at the level of law and policy have not yet generated significant shift in overall commercial practices. The challenge for the region is to see mediation as

an attractive and even default option in commercial dispute resolution. Reaching this point, which will need to be more bottom-up than top-down in origin, is ultimately more difficult to achieve than the initial structural changes instituted by the state.

Finally, there are certain entrenched cultural barriers that could prove difficult to change. These include concerns about the preservation of confidence that will not be fully assuaged by the new laws, a local legal profession that views mediation as a financial threat, and a prevailing sense that negotiated settlements represents a sign of weakness.⁽¹¹⁾ There are other issues such as difficulties with getting decision makers into the room. This is not unique to the Gulf, but it is frequently described as being a more entrenched problem in the region than elsewhere, something that might be exacerbated by the heavy role of the state in commercial activities.

None of these circumstances should diminish the importance of what has been accomplished in developing mediation frameworks nor diminish optimism that the GCC can establish and nurture a flourishing mediation environment. These circumstances do make clear, however, that there is a long way to go in developing the laws, institutions, practices, and culture to support this. The region has many strategic advantages that should continue to encourage its emergence as a mediation hub. It is a major commercial region strategically located between east and west, supports thriving global economies, hosts diverse international legal practitioners and institutions, and is committed to advancing political and economic objectives through enhanced dispute resolution capacity. The development of mediation, and ADR more generally, in the Gulf should endure.

⁽¹¹⁾ L. GRAY, *International Feature: Mediation in the Middle East: Is there any Appetite?*, in *Barton Legal* <<https://www.bartonlegal.com/site/news/newsblnewspeople/international-feature-mediation-in-the-middle-east>> (last visited 30 June 2023).

Abstract

The paper analyzes recent developments in the law and practice of commercial mediation among the Arab Gulf countries. Substantial changes have occurred since 2019, the year that Qatar and Saudi Arabia signed the Singapore Convention on Mediation, including issuance of new domestic laws, establishment of mediation rules and centers, and the general promotion of mediation. These changes have established in short order the foundational infrastructure needed to facilitate greater use of mediation in the region. Yet in spite of the many impressive legal developments, there are barriers preventing the Gulf countries from more fully embedding mediation into their dispute resolution ecosystems.

LA NUOVA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE (*)

*Paola Lucarelli (**)*

SOMMARIO: 1. *Sleeping Beauty*. – 2. La Mediazione nelle trame della Costituzione. – 3. Vecchio e nuovo a confronto. – 4. Le regole nuove, in particolare il primo incontro. – 5. La sveglia suona per la formazione.

1. *Sleeping Beauty*. – La citazione della ‘Bella addormentata’ è foriera di un’attenzione nuova al tema della mediazione, di quelle domande profonde in cerca di spiegazioni critiche e analitiche, che non si accontentano del punto, ma inseguono la linea per comprendere il senso delle cose ⁽¹⁾.

Una scelta tipica del giurista è, come noto, quella di affacciarsi alla mediazione dei conflitti come ad un mero istituto giuridico, collocandola nel contesto delle norme a questa dedicate, configurandola fenomeno, procedura, fonte di obblighi, adempimenti, formalità e conseguenze della eventuale violazione. Tuttavia, consi-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 337-351. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Testo della relazione tenuta al Convegno «*Mediation: A Sleeping Beauty*. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile», Trento, 11 novembre 2022.

(**) Professoressa Ordinaria di Diritto Commerciale nell’Università degli Studi di Firenze.

⁽¹⁾ Il richiamo è al pensiero di Paolo Grossi che sul ‘punto e la linea’ ha fondato la nota visione della relazione fra l’impegno del giurista positivo e dello storico. V. fra le moltissime opere, P. GROSSI, *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti*, in *Index: quaderni camerti di studi romanistici*, 2011, 39, 31-9.

derandola come istituto ai margini, in alcuni casi al di fuori dei confini, della dogmatica giuridica, il giurista tende a dimenticarla nella sua essenza e nel suo intimo significato, si limita ad affrontare l'istituto della mediazione solo attraverso le sue regole, ponendo e tentando di risolvere i numerosi dubbi interpretativi che queste suscitano, assegnando a molti di questi problemi le ragioni dell'insuccesso della mediazione; forse, neppure rendendosi conto di quanto l'interpretazione delle norme sia in questo caso guidata da percezioni selettive che per lo più hanno estraniato la mediazione, destinata, così, ad abbandonarsi ad un lungo sonno ⁽²⁾.

Intorno alla percezione della mediazione dei conflitti e alla mancata attribuzione a questa di significati profondi, si realizza in effetti la sua sorte: i detrattori la uccidono, gli indifferenti la ignorano ⁽³⁾. Pure il legislatore del d.lgs. n. 28 del 2010 ha contribuito, dal canto suo, con scelte ignare delle relative potenzialità.

Non appena la consapevolezza del fenomeno permette di scorgere il senso e la portata del dialogo nella gestione del conflitto, però, la prospettiva si schiude e la cultura giuridica comincia a svegliare le coscienze, proprio come sta accadendo con la riforma che porta il nome della Ministra della Giustizia Professoressa Marta Cartabia.

Se negli anni che l'hanno preceduta, il legislatore non ha scelto di assegnare alla mediazione un ruolo particolarmente significativo accanto alla giurisdizione e complementare a questa, l'intervento riformatore ha ribaltato la prospettiva. Nel 2010, una novella che avrebbe potuto avere un impatto significativo per la cultura giuridica italiana, non ha comportato un serio ed efficace investimento nella diffusione di questa tra i cittadini e le categorie professionali

⁽²⁾ Potrebbe valere la pena addentrarsi, anche a proposito della mediazione dei conflitti, nei rilievi stimolanti della teoria del *Vorverständnis*, perché il pregiudizio ha certamente influenzato il processo cognitivo del fenomeno. Doveroso il richiamo a *Verità e Metodo* di Hans-Georg Gadamer.

⁽³⁾ P. LUCARELLI, A. TONARELLI, *L'intégration de la médiation dans le champ de la justice en Italie: analyse sociojuridique d'une réforme*, in *Revue juridique Thémis* 231 (2020).

coinvolte. Nel 2021, con la legge delega n. 206, si affaccia la proposta del mutamento del punto di vista, da quello prioritario avversariale a quello che contempla prima di tutto la sfera collaborativa, consensuale, con la convinzione della necessità, *rectius* dell'urgenza, di offrire a coloro che confliggono un altro modo in grado di tracciare «percorsi della giustizia che tengono conto delle relazioni sociali coinvolte, risanano lacerazioni e stemperano le tensioni sociali»⁽⁴⁾. Tutt'altro che alternativa, la mediazione riveste un ruolo che è piuttosto di 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 fra i confliggenti.

Al diritto come rimedio e al ruolo del giurista come operatore fine esperto della reazione, si affianca la ricerca del dialogo nella relazione interrotta dal conflitto⁽⁵⁾. Alla *controversia* e alla *controparte*, si affiancano il *conflitto* e l'*incontro*.

2. *La Mediazione nelle trame della Costituzione.* – Nel corso del nostro Convegno ho avvertito l'urgenza di chiedermi più volte chi negli anni sia davvero rimasto dormiente, chi non abbia percepito e compreso quanto fosse necessario ripensare l'ordine delle cose, assegnare alle persone il beneficio della capacità di esprimere il volere nella sede della giustizia consensuale, autentica risposta al loro vero bisogno. Attraverso il dialogo, anche nella crisi, si realizza il principio costituzionale della solidarietà, come ha già ricordato Silvana Dalla Bontà richiamando gli autori di un recente studio, secondo i quali «La nostra Costituzione – è noto – poggia su di una antropo-

⁽⁴⁾ M. CARTABIA, *Linee programmatiche sulla giustizia: Audizione della Ministra in Commissione Giustizia*, 15 marzo 2021. La mediazione dei conflitti è contemplata nel primo dei principi della l.d. n. 206 del 2021.

⁽⁵⁾ Di particolare ausilio nella scoperta del diverso punto di vista, E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Bari, 2016 e, più recentemente, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.

logia relazionale non individualista, ma comunitaria che valorizza e promuove le spinte coesive presenti nella società civile» (6).

La mediazione, allora, che non è solo il mezzo per la realizzazione di fini garantiti dalla Costituzione, poiché genera e concretizza la giustizia consensuale, è nelle trame dei valori costituzionali (7).

Si ricongiungono, a questo proposito, interessanti visioni che permettono di destare la mediazione e assegnarle il ruolo nobile che merita nell'ordinamento giuridico e nella società: la giustizia consensuale come espressione del principio costituzionale della solidarietà, che realizza l'*io-tu* di Martin Buber (8), ma anche l'autonomia come sussidiarietà orizzontale, stimolo di responsabilità dei cittadini attivi; da ultimo, la coesione sociale, quella che nel pensiero di Emile Durkheim che l'ha coniata, configura la società nella quale le persone sono tutte coinvolte nella gestione delle istituzioni (9).

La riforma voluta dall'allora Ministra della Giustizia Professoressa Marta Cartabia ha compiuto un passo importante, perché non solo riscrive principi e regole del d.lgs. n. 28 del 2010, ponendo l'attenzione al contenzioso enorme per risolvere il problema della sostenibilità della giustizia, ma prima di tutto si rivolge alle persone e ai loro bisogni.

Si può obiettare che le regole del processo sono da sempre concepite per offrire una risposta alla domanda di giustizia. Ma non è questo il punto. Il processo definisce l'esito della *controversia*, ma non risolve il conflitto, perché non elimina il dolore che produce il

(6) A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2022, 3.

(7) Qui non ho un testo da citare, ma le parole autentiche di Paolo Grossi che alla mia domanda, da scolara, se riteneva corretto e scientificamente opportuno indagare nello studio della mediazione e nelle iniziative culturali che la riguardano, mi rispose «*vai avanti con convinzione perché la mediazione è nelle trame della nostra Costituzione*».

(8) M. BUBER, *L'io e il tu*, trad. A.M. PASTORE, Pavia, Irsef, 1991, estratto da M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, in A. POMA (a cura di), trad. A.M. PASTORE, Cinisello Balsamo, 1993.

(9) E. DURKHEIM, *Du la division du travail social* (1893), trad. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 2016.

conflitto. Dare spazio alla mediazione significa concedere alle persone la sosta nell'autonomia e permettere loro di arricchire l'esistenza proprio grazie al *conflitto*, affinché non lo trasferiscano ad altri per mancanza di strumenti e capacità, ma lo affrontino con responsabilità adulta ⁽¹⁰⁾.

3. *Vecchio e nuovo a confronto*. – Si genera così una visione nuova, quella del diritto accogliente, che mira alle persone per renderle partecipi, *rectius* protagoniste, proprio nella ricerca delle risposte ai loro bisogni ed anche al bisogno di giustizia.

Ci si rende conto che la disciplina contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 è (presto 'era') fatta di espedienti al solo scopo di produrre un impatto deflattivo del contenzioso giudiziale. Ben lungi dal concepire regole finalizzate all'eccellente competenza del mediatore, la disciplina della formazione; lontano da un sistema di accreditamento efficiente, considerata fra l'altro l'assenza di un effettivo controllo; vane promesse, come quella dell'incentivo fiscale che mai è stato tradotto nel reale riconoscimento del credito di imposta; la grave insostenibilità di un servizio di mediazione di qualità, a causa della scelta della gratuità del primo incontro; la forzatura della proposta conciliativa del mediatore con la minaccia degli effetti in caso di mancata accettazione; il fatidico 'primo' incontro, che per convincere le parti a rimanere diveniva 'primo' incontro due, tre, fino a dieci volte. La scelta più grave è stata quella della configurazione di una condizione di procedibilità suscettibile di interpretazioni opposte, una delle quali (peraltro arditamente) addirittura *abrogans* della norma e della sua finalità.

⁽¹⁰⁾ Si apre a tale proposito la riflessione sulla promozione di un atteggiamento maturo, dei confliggenti e dei loro consulenti, nella scelta del modello di gestione della conflittualità. Sul perseguimento di una '*maturité collective*' grazie alla diffusione della pratica conciliativa, v. L. OTIS, *La conciliation judiciaire à la Cour d'appel du Québec*, in 1 *Revue de prévention et de règlement des différends* 2 (2003).

Con il d.lgs. n. 28 del 2010 non è stata accolta una visione, ma si è perseguito un obiettivo, quello della deflazione del contenzioso giudiziale. Non che non ce ne fosse bisogno, ma la prospettiva era davvero troppo miope e circoscritta. Con la nuova mediazione civile e commerciale si abbraccia una visione, quella della lettura attenta dei bisogni, della scelta etica, dell'impegno a osservare il cambiamento e a farsene carico, se necessario anche mutando le convinzioni tradizionali. Ancora dalle linee programmatiche della riforma, «la mediazione ripara e ricostruisce laddove il conflitto lacera e la sentenza lascia cicatrici», la sintesi della visione lungimirante.

La nuova mediazione pone, dunque, a tutti gli studiosi e gli operatori delle controversie il tema della scelta: se partecipare ad un progetto di evoluzione della società nella quale viviamo, oppure assistere inerti, magari lamentando ingiustizie, infantilismo, inefficienze; se contribuire, o meno, alla trasformazione della professione forense nel senso dell'innovazione delle competenze per rispondere adeguatamente alle esigenze del cliente; se divenire, o meno, protagonisti del cambiamento che può finalmente rendere sostenibile la giustizia potenziando entrambi i percorsi, diversi, ma ugualmente alti ed indispensabili, quello dell'autonomia e quello della delega; se si vuole generare la fiducia del cliente nei confronti dell'avvocato, riconoscendo il valore dell'autonomia, anzi supportandola come consulenti della capacità di volere la soluzione dei problemi, di ricercarla, di acquistare la consapevolezza delle ragioni del conflitto; se si vuole generare la fiducia nella giurisdizione, nei confronti di un giudice che non ritenendosi esclusivo depositario della giustizia, sappia accogliere il consenso delle parti quale percorso in grado di generare l'accordo sano e longevo, che accetti il diritto frutto dell'autonomia, anzi lo promuova con il suo sapere sulla giustizia consensuale ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Dalla COMMISSIONE PER L'ELABORAZIONE DI PROPOSTE DI INTERVENTI IN MATERIA DI PROCESSO CIVILE E DI STRUMENTO ALTERNATIVI, Presidente Prof. Francesco Paolo Luiso, *Proposte normative e Note illustrative*, 2021: «Una riforma che persegua obiettivi di efficacia ed efficienza del sistema giustizia conduce lo *ius*

4. *Le regole nuove, in particolare il primo incontro.* – Nasce da questa visione, il testo delle norme concepite in sede di riforma del d.lgs. n. 28 del 2010, prima di tutto con i principi della legge delega n. 206 del 2021 e poi con il d.lgs. n. 149 del 2022.

Non è questa la sede per una disamina di dettaglio delle nuove disposizioni, ma può essere utile ripercorrere le scelte operate dalla commissione ministeriale per la riforma degli strumenti complementari alla giurisdizione. Nel quadro della incentivazione delle procedure di mediazione dei conflitti, risaltano i principi della delega sulla convenienza economica della procedura della mediazione, le cui spese di avvio e di primo incontro (con un'indennità calmierata finalmente prevista) divengono totalmente rimborsabili con credito di imposta; un favore di natura fiscale relativo all'incremento dell'esenzione dall'imposta di registro da cinquantamila a centomila euro; la maggiore attrattività dovuta anche al riconoscimento di un credito di imposta pari alle spese di assistenza legale, nonché al contributo unificato già corrisposto a seguito di mediazione conclusa con successo in pendenza di giudizio; il tanto auspicato patrocinio a spese dello Stato per le spese di assistenza legale nella procedura di mediazione per gli aventi diritto, con pari credito di imposta a favore degli organismi di mediazione ⁽¹²⁾.

Una particolare attenzione merita l'estensione delle materie per le quali si prevede il tentativo obbligatorio della mediazione, da non considerare per l'impronta coercitiva, ma come spinta gentile e ge-

dicere nella dimensione della scelta inevitabile da parte dei confliggenti in ragione dell'oggetto della controversia, della natura del rapporto, del contesto di riferimento. Si attiva la delega giudiziale dopo aver percorso la strada del confronto, del dialogo generativo di soluzioni».

⁽¹²⁾ Cfr. art. 1, 4° comma, lett. a)-d), legge delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, entrata in vigore il 24 dicembre 2021; nonché le disposizioni riformate del d.lgs. n. 28 del 2010, in particolare il Capo II *bis* «Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale»; il nuovo art. 17, 2° e 3° comma; il nuovo art. 20.

nerosa verso l'esercizio dell'autonomia responsabile⁽¹³⁾. Si tratta di una scelta, dedicata alle controversie nell'ambito di rapporti che non si esauriscono in una prestazione isolata, ma che diluiscono nel tempo la relazione fra i contraenti, per lo più imprese, la cui dinamica richiede un continuo adattamento dei contenuti delle prestazioni al contesto⁽¹⁴⁾.

La fuga dall'espedito demolitorio e la ricerca dell'effettività del tentativo di mediazione, hanno poi condotto a riformare l'art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010, in ottemperanza ai principi della legge delega n. 206, di cui all'art. 1, 4° comma, lett. i)-k). Allo scopo di implementare l'efficacia della mediazione è stata modificata la disciplina del primo incontro, seppure unico momento obbligato, divenuto effettivo nel confronto fra le parti – che devono partecipare personalmente in buona fede e con lealtà – anziché esposto alla possibili-

(13) Da intendersi in tal senso per le ragioni esplicitate nel contributo cui sia permesso rinviare, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti. Una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss. Sul punto, l'art. 1, 4° comma, lett. e), legge delega n. 206 del 2021 e il nuovo art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010.

(14) I motivi che inducono a ritenere che sia appropriato indurre i contraenti di durata ad esercitarsi nella gestione delle controversie in mediazione sono descritti in P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e governo del cambiamento*, Torino, 2016, ove in conclusione si dice: «Mentre il processo, in quanto strumento che opera per il presente (la prestazione che deve essere eseguita) guardando al passato (l'inadempimento) è in grado di esaurire e risolvere i problemi del contratto ad esecuzione istantanea, non lo è per le difficoltà dei contratti ad esecuzione prolungata o periodica, le quali coinvolgono soprattutto il futuro del rapporto e sono incardinate nel presente (non rilevano le attribuzioni di responsabilità, interessano le soluzioni). Con questa consapevolezza, abbiamo ridefinito i problemi delle sopravvenienze nei contratti di durata in termini non più di inadempimenti o violazioni di doveri (di buona fede, di solidarietà, di cooperazione), bensì in termini di crisi di cooperazione, abbiamo costruito gli strumenti rimediali su metodi di indagine e comprensione delle cause delle crisi e delle dinamiche conflittuali che ne caratterizzano l'evoluzione negativa. Tutto questo nella convinzione che solo la consapevolezza sull'origine e la natura dei problemi che stanno danneggiando il rapporto possa condurre ad immaginare la soluzione corretta. Il ruolo del processo e dei suoi strumenti è stato così ridimensionato ed è stato valorizzato l'impiego dei metodi di soluzione dei conflitti alternativi alla giurisdizione fondati sull'esercizio consapevole dell'autonomia».

tà che queste, forzando l'interpretazione della norma, ritengano sufficiente ai fini dell'espletamento della condizione di procedibilità, la mera presentazione dello scopo della procedura da parte del mediatore.

Fino ad oggi, si è utilizzata la norma sul procedimento di mediazione allo scopo di restringere la portata dell'obbligatorietà: sarebbero comunque sempre le parti a scegliere se intendono procedere all'avvio vero e proprio del tentativo di mediazione. Come se si trattasse di un *opt out*, cioè della facoltà di ciascuna parte di non iniziare effettivamente la mediazione ⁽¹⁵⁾.

La finzione dello svolgimento della mediazione, l'ipocrisia del tentativo obbligatorio di mediazione, ovvero l'incontro delle parti che non entrano nella trattazione del merito della lite e interrompono la seduta appena iniziata, hanno alla fine configurato la mediazione obbligatoria come un mero rituale puramente ed esclusivamente informativo. Così, se la diffusione della mediazione dei conflitti nella cultura professionale e nella consapevolezza sociale è stata tanto lenta e faticosa, si può ritenere che ciò sia, almeno in parte, dovuto alle scelte normative e soprattutto ad una interpretazione della disciplina che ha avuto l'effetto di ridurre significativamente la portata della pratica e gli effetti benefici della stessa. È tuttavia sfuggito a molti che all'obbligo di tentare la mediazione, ovvero di passare dentro il problema insieme, in quanto *confliggenti*, per analizzare le ragioni del *conflitto*, è ben possibile attribuire un significato altro e soprattutto alto, cioè quello dell'educazione all'auto-determinazione e all'assunzione di responsabilità nella gestione delle liti, in modo pacifico e con l'aiuto di un facilitatore esperto.

⁽¹⁵⁾ G. DE PALO, *A Ten-Year-Long 'EU Mediation Paradox' When an EU Directive Needs to Be More Directive*, in <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf)>.

Le persone devono provarci, ecco cosa dice la norma, fare esercizio di autonomia, cioè del potere di conoscere e decidere come affrontare la sorte dei propri problemi secondo i propri interessi ⁽¹⁶⁾.

5. *La sveglia suona per la formazione.* – Alla luce delle considerazioni svolte, occorre svegliare la cultura giuridica della gestione della conflittualità. È stata la formazione universitaria a mostrare un passo troppo lento rispetto alla spinta evolutiva che il legislatore ha generato, seppure non propriamente in modo consapevole a proposito dei benefici che la mediazione è in grado di produrre. Di certo, l'obiettivo non era nel 2010 quello di promuovere una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, la cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro.

Ma l'accademia avrebbe potuto, *rectius* dovuto, cogliere la sollecitazione e tradurla in formazione del giurista, perché i conflitti appartengono prima di tutto alle persone e a queste – in una società evoluta – occorre offrire strumenti validi ed efficaci di gestione e di prevenzione dei problemi relazionali, per lasciare la decisione alla giurisdizione solo in caso di insuccesso del tentativo di soluzione in autonomia.

Oggi, non è più possibile rinviare l'assegnazione alla giustizia consensuale della portata caratterizzante di numerosi percorsi formativi, quale esigenza culturale indispensabile, in quanto sapere nuovo, peraltro già nell'ordinamento giuridico, strumento efficace in numerosi ambiti professionali, in particolare, ma non solo, giuridico (magistrati, avvocati, notai, mediatori) ed economico (com-

⁽¹⁶⁾ Si è più volte osservato che l'autonomia è un valore non solo da promuovere, ma anche da insegnare e sostenere: non è affatto diffusa fra i cittadini e i professionisti del diritto una cultura che anziché fondarsi solo sulla delega giudiziale per la soluzione dei problemi, coltivi l'abitudine alla scelta, all'assunzione di responsabilità, alla ricerca dei rimedi nel confronto aperto, collaborativo e costruttivo con l'altro. Al contrario, non penderebbero presso le corti milioni di processi.

mercialisti, consulenti aziendali). Non manca la verifica della utilità dell'offerta formativa in materia di mediazione dei conflitti anche con riferimento a percorsi universitari diversi. Si consideri, solo a titolo di esempio, la formazione in scienze della salute, considerato il contenzioso in materia di responsabilità medica e sanitaria; la formazione per le professioni scientifiche professionali, quali per esempio ingegneria e architettura, per la rilevanza in tali ambiti delle conoscenze relative alla prevenzione e gestione della conflittualità; si pensi inoltre alla formazione degli insegnanti che necessita con urgenza di competenze specifiche sul conflitto e sulla prevenzione e gestione pacifica, consapevole e responsabile dello stesso.

In occasione della revisione delle classi dei corsi di laurea si rivela, dunque, indispensabile innovare i relativi saperi e obiettivi formativi. In proposito, è utile ricordare che il Consiglio Universitario Nazionale, organo di consulenza del Ministero dell'Università, ha ricevuto nel gennaio del 2018 il mandato di effettuare una verifica delle criticità dell'offerta formativa per classi di laurea in modo da poter «porre mano a una revisione complessiva delle classi di corsi di studio in conseguenza delle mutate esigenze culturali e professionali delle società contemporanee e del contesto internazionale nel quale l'Università è chiamata ad agire», nella «direzione di un *aggiornamento degli obiettivi qualificanti* e di una maggiore flessibilità e semplificazione delle attività formative previste nelle relative tabelle»; nonché di procedere «quanto ai settori scientifico-disciplinari, a un aggiornamento dell'attuale impianto della classificazione che, nel rispetto delle specificità nazionali delle attività di ricerca e di didattica, lo renda meno rigido, più aderente agli *attuali sviluppi culturali*, nonché più funzionale e coerente con gli indirizzi europei». Il Consiglio Universitario Nazionale, con Parere Generale n. 22 del 7 maggio 2018, ha presentato gli esiti della verifica, fra l'altro precisando quelli che riteneva essere i 'Motivi e obiettivi di una manutenzione del sistema delle classi di corso di studio' come segue: «negli ultimi anni si sono moltiplicati i motivi – culturali, professionali e normativi – che spingono fortemente verso una ma-

nutrizione organica delle classi dei corsi di studio. Fra questi si possono citare, seppure in modo non esaustivo, i seguenti: il recente *sviluppo di nuove aree del sapere* e di *nuove professioni* che richiedono conoscenze e competenze difficilmente inseribili tra quelle che le classi di corso di studio esistenti consentono di acquisire (...). È sufficiente effettuare un intervento di manutenzione e di aggiornamento dei decreti di istituzione delle classi di corso di studio che abbia i seguenti obiettivi: *aggiornare gli obiettivi culturali* delle classi *all'evoluzione dei saperi, della società e delle professioni*; aggiornare gli sbocchi professionali delle classi all'evoluzione del mondo del lavoro; introdurre alcune nuove classi rispondenti alle richieste della cultura e della società contemporanea; aumentare la flessibilità nella costruzione dei corsi di studio all'interno delle classi, mantenendone al contempo una piena riconoscibilità culturale e professionale (...).

La previsione dell'insegnamento 'Negoziazione e Mediazione' nel corso di laurea in Giurisprudenza, ed eventualmente facoltativo negli altri corsi di laurea, è divenuta urgente, configurando la giustizia consensuale un nuovo sapere, una nuova professione, una nuova cultura per la società contemporanea.

Abstract

Facendo luce sul significato profondo della mediazione, la cultura giuridica comincia a svegliare le coscienze: la riforma della mediazione corregge il punto di vista, da quello solo avversariale a quello che contempla prima di tutto la sfera collaborativa, consensuale, potenziando il ruolo della mediazione che è di coesistenza rispetto alla giurisdizione. Al diritto come rimedio si affianca il dialogo nella relazione interrotta dal conflitto; si genera il diritto accogliente che mira alle persone per renderle protagoniste nella ricerca delle risposte ai loro bisogni ed anche al bisogno di giustizia. Si pone a questo proposito il tema della scelta: se partecipare ad un progetto di evoluzione della società nella quale viviamo, oppure assistere inerti, magari

lamentando ingiustizie, infantilismo, inefficienze; se contribuire, o meno, alla innovazione della professione forense per rispondere adeguatamente alle esigenze del cliente. Il ruolo della formazione universitaria è in tal senso fondamentale perché può promuovere una cultura giuridica concedente spazio e tempo all'autonomia, la cultura dell'uomo adulto, pronto ad affrontare i suoi problemi con responsabilità nel confronto diretto con l'altro.

By shedding light on the profound meaning of mediation, the legal culture begins to awaken consciences: the reform of mediation shifts the point of view from solely adversarial to one that contemplates beforehand the concerted, consensual sphere. In doing so, it enhances the role of mediation, which is of coexistence with litigation. In this framework, law as a mere remedy is escorted by cooperative dialogue: with mediation, people acquire a leading role in the pursuit of answers to their needs and to the need for justice. Against this background, the issue of choice arises: for instance, the choice whether to participate in a process of evolution of the society or, rather, to assist inert, possibly complaining of injustices, puerile behaviours, and inefficiencies; and also the choice whether to contribute to the innovation of the legal profession to adequately respond to the needs of a client. In this context, the role of higher education is crucial. In fact, higher education can foster a legal culture that grants space and time to autonomy: a culture of adults, equipped to responsibly address their problems in a direct exchange with their counterparties.

LA GIUSTIZIA CONSENSUALE NELLA CRISI FAMILIARE (*)

*Filippo Danovi (**)*

SOMMARIO: 1. La giustizia consensuale. – 2. I rigidi confini dell’oggetto del processo. – 3. La decisione giudiziale tronca, la giustizia consensuale ricuce. – 4. Il particolare valore degli accordi raggiunti in sede giudiziale. – 5. La riforma del processo civile. I modelli di giustizia consensuale giurisdizionale. – 6. La negoziazione assistita. – 7. La mediazione familiare. – 8. Conclusioni.

1. *La giustizia consensuale.* – L’incontro di studio odierno rappresenta una stimolante occasione di confronto e di riflessione sul tema della mediazione, che anche nel nostro ordinamento è finalmente divenuta oggetto di dedicata attenzione da parte del legislatore e si è posta al centro del dibattito culturale e scientifico, pur se molto ancora resta da fare e da apprendere dalle esperienze di altri ordinamenti, che hanno meglio evidenziato e saputo pienamente valorizzare il vasto potenziale applicativo dell’istituto.

Il titolo individuato per il mio intervento vuole tuttavia essere più ampio del riferimento alla sola mediazione, ritenendosi oppor-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 353-366. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Testo della relazione svolta al Convegno «*Mediation: A Sleeping Beauty. La promessa della giustizia consensuale alla luce della riforma della giustizia civile*», Trento, 11 novembre 2022.

(**) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell’Università degli Studi di Milano-Bicocca.

tuno, nell'ambito della recente riforma della giustizia civile ⁽¹⁾, offrire un quadro delle innovazioni che hanno interessato i diversi modelli di giustizia consensuale presenti nel panorama della crisi familiare.

Del resto, un riferimento in quest'area alla sola mediazione in senso stretto non avrebbe verosimilmente significato. La dimensione della crisi della famiglia è invero contraddistinta da una serie di profili e aspetti personalissimi e di rango meta-individuale, che coinvolgono oltre alle parti altri soggetti, quali i figli minori; vengono quindi in discussione diritti caratterizzati dall'indisponibilità ⁽²⁾, segno questo che un riferimento immediato alla mediazione intesa come metodo di risoluzione delle controversie vertente su diritti disponibili sarebbe in questo campo fuori luogo.

Al contempo, tuttavia, proprio la dimensione patologica di crisi della famiglia e di conflitto relazionale evidenzia forse più di qualsiasi altro settore l'esigenza di fare riferimento a variegati metodi di

⁽¹⁾ La riforma è stata attuata in due successive tappe, la prima con l'emanazione della l. 26 novembre 2021, n. 206, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata» e la seconda culminata con l'approvazione del relativo decreto delegato (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149).

⁽²⁾ Un'importante riprova di tale assunto può essere tratta proprio dalla riforma del processo civile attuata con d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, e in particolare nelle norme dedicate al nuovo procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie (artt. 473 *bis* ss. c.p.c.). Tra queste, viene confermata *per tabulas* all'art. 473 *bis*, 2° comma l'attribuzione al giudice di ampi poteri officiosi nell'emanazione dei provvedimenti relativi ai minori, anche in deroga ai principi della domanda (art. 99 c.p.c.) e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 112 c.p.c.), nonché di poteri inquisitori per quanto riguarda le domande di contributo economico. Anche per quanto riguarda l'incedere del rito è stata individuata una differente disciplina, sotto il profilo temporale di proposizione delle domande e delle relative preclusioni, per le domande relative a diritti disponibili e quelle relative a diritti indisponibili (v. artt. 473 *bis*, 14° comma; 473 *bis*, 17° comma; 473 *bis*, 19° comma c.p.c.).

giustizia consensuale, intendendo il sintagma nella stessa prospettiva che è stata scelta per il titolo di questa Rivista.

Un binomio terminologico – per usare le parole di Silvana Dalla Bontà ⁽³⁾ – che vuole descrivere una giustizia pluralista, di «portata inclusiva, evocativo di un fenomeno poliedrico, e per questo fatalmente interdisciplinare», «teso a suggerire una varietà di aree di interesse, e relative linee di studio e riflessione», «in un dialogo fecondo tra discipline che mai come i tempi odierni rivelano indispensabile». Una sorta di endiadi, dunque, che abbraccia forme di giustizia realizzabili in diverse sedi (*justice in many rooms*) processuali ed extra-processuali, non necessariamente giurisdizionali e anzi anche a-giurisdizionali.

È un insieme di forme ‘complementari’ rispetto a quella tradizionale avversariale, e rispetto a questa contraddistinta da una ancora più spiccata finalità di individuare un componimento conciliativo e pacifico e con esso il soddisfacimento degli interessi e bisogni sottesi al conflitto di cui sono portatrici tutte le parti.

In questa prospettiva, proprio la crisi della famiglia, che raccoglie un vissuto personale delle parti che va al di là della dimensione giuridica in senso stretto, rappresenta uno dei campi in cui maggiormente si avvertono i limiti degli ordinari metodi di giustizia avversariale e contenziosa e nel quale più proficuo risulta invece l’apporto di tutte le forme di giustizia consensuale.

2. *I rigidi confini dell’oggetto del processo.* – I processi hanno non soltanto una proiezione e un destino (*habent sua sidera lites*, dicevano con grande eleganza i latini) ma anche precisi e insormontabili confini.

Il giudice può invero intervenire unicamente in un ambito pre-determinato, e su un oggetto del contendere (il cd. *thema decidendum*) cristallizzato entro la rassicurante cornice di specifiche situa-

⁽³⁾ S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in questa *Rivista*, 2021, 3 ss.

zioni giuridiche: diritti, rapporti giuridici o *status* personali⁽⁴⁾. Nulla di più; non gli è concesso esprimersi su nient'altro.

Le forme di giustizia consensuale hanno invece un'estrema duttilità e una spiccata capacità di adattamento, che consente loro di intervenire e regolamentare tutte le possibili situazioni sottese al conflitto, anche quando questo ha una dimensione ben più estesa di quella risultante dai contorni del suo perimetro giuridico; di risolvere questioni e dubbi anche non necessariamente appartenenti al mondo del diritto in senso stretto; di rispondere ad esigenze, bisogni e interessi concreti che possono non essere neppure classificabili secondo la sistematica tradizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

Da questo punto di vista è stato confermato dalla prassi applicativa come gli accordi raggiunti nella risoluzione della crisi familiare, indipendentemente dalla scelta formale con i quali rivestirli, possono estendersi ad un ambito di situazioni soggettive molto più ampio di quanto avviene tradizionalmente in sede giudiziale.

Nei processi della crisi familiare, invero, il *thema decidendum* è necessariamente contraddistinto dalla sola domanda sullo *status*, eventualmente (anche se nella prassi pressoché sempre) accompagnata dalla richiesta di ulteriori provvedimenti su quelle domande (in senso atecnico) accessorie (spesso denominate consequenziali) che sono strettamente e inscindibilmente legate alla domanda principale sullo *status* e con essa all'allentamento o alla dissoluzione del vincolo e all'individuazione del futuro assetto della realtà familiare. Si fa riferimento alle domande inerenti all'affidamento e al mantenimento dei figli, all'assegno di mantenimento per il coniuge o l'assegno divorzile, all'assegnazione della casa familiare, nonché ad altre domande o istanze strettamente correlate (garanzie reali o personali, misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento) comunque sempre specifiche e tipizzate⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Cfr. per tutti F.P. LUIO, *Diritto processuale civile. I. Principi generali*, XII ed., Milano, 2021, 3 ss.

⁽⁵⁾ Sul punto v. F. DANOVI, *Il processo di separazione e divorzio*, Milano, 2015, 380

Gli accordi di separazione e divorzio e gli accordi che regolamentano l'affidamento e il mantenimento della prole nata fuori del matrimonio possono invece contenere pattuizioni relative ad altre situazioni di diritto civile, non previamente tipizzabili e anche non necessariamente connesse alla famiglia.

3. *La decisione giudiziale tronca, la giustizia consensuale ricuce.* — Vi è poi una seconda ragione che nella dimensione della crisi familiare induce a privilegiare, rispetto alla soluzione processuale, l'utilizzo delle forme di giustizia consensuale.

L'epilogo fisiologico e tipico del giudizio è infatti caratterizzato dalla sentenza o da altro provvedimento giudiziale con il quale il giudice decide la controversia. Come chiarisce l'etimo latino di 'decidere' (lo stesso di tagliare o mozzare) il provvedimento finale del giudizio è metaforicamente assimilabile ad una lama che seziona le vite delle parti, e che attribuendo torti e ragioni tra due possibili strade ne sceglie una soltanto, lasciando quindi sul campo della battaglia vincitori e vinti, oppressori e oppressi.

Questa soluzione appare tuttavia del tutto insoddisfacente nella dimensione della crisi familiare, nella quale le parti non soltanto contendono propri personali diritti ma si trovano a discutere anche molti altri aspetti personalissimi, come quelli relativi alla crescita e all'educazione dei figli.

In questa prospettiva, un provvedimento conclusivo di un giudizio che intervenga d'autorità e recida come il nodo gordiano in modo netto e *tranchant* le posizioni delle parti rischia di amplificare le distanze invece che ridurle.

Le diverse forme di giustizia consensuale, invece, originando da un accordo tra le stesse parti, hanno la capacità di riavvicinarle e di ripristinare i fili recisi e i canali di dialogo interrotti. Si tratta di un valore non indifferente, poiché il processo rappresenta per le parti unicamente una parentesi in una vita che le stesse proseguono anche

oltre l'epilogo giudiziale, oltre tutto non già come monadi isolate ma come componenti di un nucleo che mantiene un suo legame, nella misura in cui le stesse partecipano della responsabilità genitoriale e dei doveri alla stessa riconnessi ⁽⁶⁾. La più corretta modalità di dispensare giustizia in questo ambito non può quindi prescindere anche dal proiettare per quanto possibile i contenuti e gli effetti dell'atto vincolante finale (decisione o accordo) anche in chiave prospettica e per l'avvenire. Ecco allora che, tra le due opzioni percorribili, il raggiungimento di un accordo si dimostra sicuramente preferibile alla prosecuzione di una dimensione contenziosa.

4. Il particolare valore degli accordi raggiunti in sede giudiziale. — Non è un caso, dunque, che la giurisprudenza abbia sottolineato il valore degli accordi raggiunti in sede di separazione, divorzio o comunque composizione della crisi della famiglia non matrimoniale, che toccano questioni ulteriori ed accessorie diverse da quelle consequenziali in senso stretto e di 'ordinaria' natura privatistica (si pensi ad esempio agli accordi in merito alla restituzione di beni o allo scioglimento del regime di comunione legale), considerandolo superiore quanto all'efficacia rispetto a quello delle decisioni giudiziali, non potendo neppure più essere successivamente rimesso in discussione attraverso i procedimenti di modifica e revisione che invece sono ammessi per le questioni strettamente consequenziali relative ai figli o all'assegno, coperti unicamente da un giudicato *rebus sic stantibus*.

E un'ulteriore conferma è data ad esempio dalla possibilità in sede di divorzio di determinare l'assegno divorzile in unica soluzione

⁽⁶⁾ Cfr. per queste riflessioni F. DANOVI, *L'ordine di effettuare terapie e percorsi di sostegno: i poteri del giudice travalicano davvero la libertà delle parti?*, nota a Cass. 1° luglio 2015, n. 13506, in *Fam. e dir.*, 2016, 554 ss.; ID., *Il giudice può raccomandare i percorsi psicoterapeutici e di sostegno alla genitorialità: la finalità del processo di famiglia è orientata anche de futuro*, nota a Trib. Lucca, decr. 18 marzo 2020, in *Fam. e dir.*, 2020, 597 ss.

(la cd. *una tantum*), possibilità che nel nostro sistema è concessa esclusivamente su accordo delle parti e che una volta pattuita e ratificata non può più essere messa in discussione.

5. La riforma del processo civile. I modelli di giustizia consensuale giurisdizionale. – In questo scenario di fondo, è importante evidenziare come una particolare attenzione sia stata dedicata dalla recente riforma del processo civile alla materia familiare e in questo ambito anche alle diverse possibili estrinsecazioni della giustizia consensuale. L'intervento nell'area della giustizia familiare e minorile è stato frutto di una scelta meditata del legislatore, protesa ad attribuire rilievo ad un comparto caratterizzato da una grande rilevanza sociale, nevralgico nella dimensione generale della giustizia civile.

In questa prospettiva, un primo riferimento deve essere fatto alle ipotesi in cui l'accordo tra le parti venga formalmente recepito e ratificato all'interno di una cornice comunque giudiziale, pur se non contenziosa.

Da questo punto di vista, rispetto alla disciplina attuale in cui l'ordinamento conosce modelli processuali distinti per il raggiungimento degli accordi nella separazione consensuale nel divorzio su domanda congiunta e nei procedimenti congiunti per l'affidamento e il mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, disciplinati da norme differenti (art. 711 c.p.c.; art. 4, 16° comma, l. n. 898 del 1970; art. 337 *ter* c.c. e artt. 737 ss. c.p.c.), il legislatore ha invece ritenuto opportuno, in linea con la scelta anche di individuare un rito unitario per tutti i giudizi contenziosi, reperire un modello unico anche per tutti i procedimenti su domanda congiunta.

A tal fine, in ossequio a quanto disponeva la legge delega (art. 1, 23° comma, lett. h), l. 26 novembre 2021, n. 206), il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha introdotto una norma, l'art. 473 *bis*, 51° comma, rubricata 'procedimento su domanda congiunta' e volta per l'appunto a disciplinare in modo unitario il rito per tutte le ipotesi di domanda fondata su accordo delle parti.

A questo proposito, dopo una precisazione relativa alla competenza, che consente la proposizione della domanda congiunta con ricorso al tribunale del luogo di residenza o domicilio dell'una o dell'altra parte, la norma prosegue nel secondo comma facendo riferimento per l'atto introduttivo ad alcune indicazioni tipiche dei ricorsi giudiziali, che devono contenere, oltre alle condizioni inerenti alla prole e ai rapporti economici, tutte le necessarie indicazioni per consentire comunque al giudice un controllo sulla rispondenza di tali condizioni all'effettiva situazione delle parti (ivi comprese dunque le indicazioni relative alle disponibilità reddituali e patrimoniali dell'ultimo triennio e agli oneri a carico delle parti).

È molto interessante che in questo stesso secondo comma si prevede anche espressamente che con il ricorso le parti possono anche regolamentare, in tutto in parte, i loro rapporti patrimoniali.

Questo rappresenta una conferma di quanto già sopra precisato in merito alla possibilità che le forme di giustizia consensuale abbiano un ambito anche più ampio di quelle di giustizia avversariale, coinvolgendo anche questioni che pure non potrebbero essere oggetto di un giudizio.

Il procedimento è lineare: le parti (che in fondo hanno già trovato l'accordo su tutto) possono anche scegliere di evitare il contatto con il giudice nella sede dell'udienza attraverso il deposito di note scritte, ma se questo non accade il presidente fissa un'udienza coinvolgendo mediante la trasmissione degli atti anche il pubblico ministero, affinché questi possa esprimere, in particolare sulle tematiche che coinvolgono i figli minori, il proprio parere entro tre giorni prima della data d'udienza.

All'udienza il giudice sente le parti e prende atto della loro volontà di non riconciliarsi e rimette quindi la causa in decisione, sempre con la facoltà di richiedere chiarimenti necessari e di invitare le parti a depositare l'eventuale documentazione mancante.

Il procedimento si conclude con una sentenza con la quale il collegio omologa, prende atto degli accordi intervenuti tra le parti. È interessante rilevare, a questo riguardo, come la forma scelta per il

provvedimento conclusivo, ovvero la sentenza, da un lato potrebbe apparire inutilmente complessa rispetto alla sola necessità di presa d'atto e ratifica di un accordo (si pensi in effetti a quanto sino ad oggi avviene con il decreto di omologazione della separazione consensuale o con il decreto che pone fine al procedimento camerale in materia di figli nati fuori del matrimonio).

La scelta del provvedimento decisorio per eccellenza è stata tuttavia ampiamente meditata dal gruppo incaricato di redigere lo schema di decreto legislativo, e ciò malgrado la delega invitasse a conformare il procedimento il più possibile all'attuale procedimento di separazione consensuale (ragione in più, quindi, per farlo concludere con un decreto di omologa). La forma della sentenza è stata invece privilegiata ritenendo che la stessa meglio risponda alla finale conclusione in sede giudiziale dei procedimenti che riguardano lo scioglimento del matrimonio e la definitiva dissoluzione del relativo *status*.

6. *La negoziazione assistita*. — Un secondo campo interessato dalla riforma nel quale opera la giustizia consensuale nella crisi familiare è quello della negoziazione assistita.

Come noto, l'istituto della negoziazione assistita, per il quale le parti si impegnano a collaborare al fine di raggiungere un accordo grazie all'intervento dei rispettivi legali, è risultato particolarmente fruttuoso ed efficace proprio nell'ambito della crisi familiare, dove ha trovato un terreno per attecchire superiore a quanto avviene in altri ambiti.

A questo proposito, il legislatore della riforma ha mostrato di voler dare fiducia all'istituto della negoziazione assistita, in quanto già con la legge delega (l. n. 206 del 2021) è intervenuto con una serie di norme immediatamente precettive (e non già quindi soltanto di delega), tra le quali un intervento relativo proprio alla negoziazione assistita di famiglia, che fino a ieri era possibile esclusivamente nell'ipotesi della separazione o del divorzio, ma non già nei pro-

cedimenti relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio e alla loro modifica. La l. n. 206 del 2021 ha così esteso l'istituto a questi ultimi, oltre che ai procedimenti per la determinazione degli alimenti nonché per la disciplina delle modalità di mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori del matrimonio e per la determinazione dell'assegno di mantenimento richiesti direttamente da loro.

Seguendo le ulteriori indicazioni contenute nella legge delega, il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 è poi intervenuto prevedendo che all'interno dell'accordo possono essere contenuti anche eventuali patti di trasferimento immobiliari, sia pure con effetti meramente obbligatori, e dunque con la necessità che l'effetto traslativo venga posto in essere mediante successivo atto pubblico.

È poi stato previsto all'art. 6 d.l. n. 132 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 162 del 2014, al nuovo comma 3 *bis*, che quando la negoziazione assistita abbia ad oggetto lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio o lo scioglimento dell'unione civile le parti possono stabilire nell'accordo la corresponsione di un assegno in unica soluzione, in questo modo colmando un'ulteriore lacuna e introducendo la possibilità della previsione di una *una tantum* anche nell'ambito della negoziazione assistita in materia di divorzio. In questa ipotesi è stato stabilito che la valutazione di equità circa il *quantum* dell'assegno in unica soluzione, che normalmente compete al tribunale, venga effettuata dagli stessi avvocati mediante la certificazione della pattuizione intercorsa tra le parti per il loro tramite.

Per assicurare poi una più corretta conservazione, archiviazione e conservazione degli accordi di negoziazione assistita si è introdotto nella stessa norma un comma 3 *ter*, per il quale l'accordo munito di nullaosta o di autorizzazione da parte del procuratore della Repubblica viene trasmesso senza indugio a mezzo di posta elettronica certificata o con altro sistema elettronico di recapito certificato qualificato, a cura degli avvocati che lo hanno sottoscritto, al consiglio dell'ordine in cui è iscritto uno degli avvocati, che ne cura la con-

servazione in apposito archivio. Il consiglio dell'ordine, se richiesto, rilascia copia autentica dell'accordo alle parti e ai difensori che lo hanno sottoscritto. La conservazione ed esibizione dell'accordo è disciplinata dall'art. 43 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

7. La mediazione familiare. – Da ultimo, ma non per importanza, un riferimento deve essere compiuto al tema della mediazione familiare.

Come noto, la mediazione familiare rappresenta un istituto molto diverso dalla mediazione civile e commerciale, sia per il fatto di intervenire come già accennato in un ambito in cui il carattere meta-individuale delle situazioni soggettive coinvolte – e in particolare la non piena disponibilità dei diritti – ostano all'utilizzo del tradizionale istituto della mediazione, sia per la sua struttura e la caratteristica di costituire un vero e proprio percorso, connotato anche da approfondimenti di natura psicologica, oltreché relazionale in senso stretto, che presuppone dunque in capo al mediatore una serie di competenze mirate e specifiche.

A questo proposito, sempre in ossequio alla legge delega n. 206 del 2021 è stato introdotto all'interno delle norme sul procedimento unitario in materia di persone, minorenni e famiglie il nuovo articolo 473 *bis*, 10° comma, rubricato mediazione familiare, con il quale il legislatore ha inteso valorizzare l'esperienza della mediazione nella dimensione della crisi della famiglia.

Dal punto di vista dell'instaurazione (quella che potremmo definire la 'porta d'ingresso' della mediazione nel processo) è stato così previsto che il giudice può in ogni momento informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi ad un mediatore, da loro scelto tra le persone iscritte nell'elenco formato a norma delle disposizioni di attuazione del codice di procedura civile, per ricevere informazioni circa finalità, contenuti e modalità del percorso e per valutare se intraprenderlo.

Nello stesso articolo, al secondo comma, è stata poi trasfusa l'attuale previsione di cui all'art. 337 *octies*, 2° comma, c.c. che consente al giudice, quando ne ravvisa l'opportunità, sentite le parti e ottenuto il loro consenso, anche di rinviare l'adozione dei provvedimenti immediati e urgenti per consentire che i coniugi, avvalendosi di esperti, tentino una mediazione per raggiungere un accordo con particolare riferimento alla tutela dell'interesse morale e materiale dei figli.

Quale simmetrico intervento di chiusura, coerente con la valorizzazione che è stata assegnata all'istituto, il legislatore ha ritenuto di modificare anche una norma già esistente, l'art. 337 *ter* c.c., prevedendo che agli accordi raggiunti per il tramite della mediazione familiare sia attribuito un particolare valore. In questa prospettiva, nell'art. 337 *ter* c.c., alla precedente formulazione per la quale il giudice «prende atto, se non contrari agli interessi dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori», è stato aggiunto il seguente inciso dallo specifico significato sistematico, «in particolare qualora raggiunti all'esito di un percorso di mediazione familiare».

La sensibilizzazione verso la mediazione familiare trova un contenimento nelle ipotesi di violenze domestiche o di genere, poiché in questo caso in ossequio anche ai dettami della convenzione di Istanbul del 2010, l'art. 473 *bis*, 43° comma, prevede che è fatto divieto di iniziare il percorso di mediazione familiare quando è stata pronunciata sentenza di condanna o di applicazione della pena, anche in primo grado, ovvero è pendente un procedimento penale per le condotte di abusi familiari o di violenza domestica o di genere e anche quando tali condotte sono allegate o comunque emergono in corso di causa. Viene inoltre specificato che il mediatore interrompe immediatamente il percorso di mediazione familiare intrapreso se nel corso di esso emerge notizia di abusi e violenze.

Questa disciplina non vuole essere una restrizione verso la mediazione familiare, ma piuttosto un'occasione ulteriore di riflessione, per la quale nei casi contraddistinti da un gradiente di patologia più marcato è opportuno che il processo abbia un corso più accele-

rato sotto la diretta responsabilità del giudice e si evitino quindi approfondimenti 'incidentali' e dunque i periodi di riflessione che sono invece tipici della mediazione familiare, che possono essere proficui soltanto nell'ipotesi in cui vi sia un'urgenza assoluta per intervenire.

8. Conclusioni. — Ai profili di cui ho fatto cenno potrebbero esserne aggiunti anche altri, ma in conclusione è importante evidenziare come il legislatore dell'ultima riforma abbia chiaramente assunto una posizione netta nel sottolineare l'importanza dei metodi di giustizia consensuale, non soltanto introducendo nuove norme volte a favorire l'accesso ai metodi ADR nel particolare settore della crisi familiare, ma altresì in questo modo richiamando tutti gli operatori del diritto: avvocati, magistrati, consulenti tecnici, mediatori a comprendere come la crisi della famiglia costituisca un momento patologico di una relazione che va invece protetta ed accompagnata con propositività e dialogo costruttivo. Questo risultato è sicuramente maggiormente ottenibile attraverso forme di giustizia consensuale che con il processo.

Ecco allora che, ricorrendo all'iconografia tradizionale della giustizia, la dea bendata deve in questo campo togliersi la benda, seppellire la spada e allungare la mano della bilancia verso le parti e i diversi professionisti che possono coadiuvare nel raggiungimento di un accordo. Ovvero ancora, richiamando la bella metafora scelta per questo convegno, la giustizia consensuale deve lasciare il ruolo di bella addormentata e finalmente risvegliarsi dal suo sonno, per facilitare il reperimento di un'intesa tra le parti che ponga fine ad un contrasto inutile e nella famiglia particolarmente dannoso, e consenta loro di ritrovare con il dialogo la traccia per un nuovo cammino, nel segno di quella responsabilità che, per natura prima ancora che per diritto, è propria del compito, unico, straordinario e complesso, di genitori.

Abstract

Nell'ambito della recente riforma della giustizia civile una dedicata attenzione è stata riservata agli strumenti alternativi (o meglio complementari) di risoluzione delle controversie. In particolare, poi, nell'area della giustizia familiare e minorile, uno spazio di rilievo è stato attribuito alle forme di giustizia consensuale, sia di natura giudiziale, che presuppongono quindi che l'incontro tra la volontà delle parti sia formalizzato all'interno di una cornice giurisdizionale, sia di natura stragiudiziale, nei modelli della negoziazione assistita e della mediazione familiare. Il saggio ricostruisce le linee portanti dell'intervento normativo in questa materia.

Within the recent civil justice reform, a dedicated attention has been given to alternative (or, better, complementary) means of dispute resolution. In particular, in the area of family and juvenile justice, a prominent place has been given to forms of consensual justice, both judicial in nature, which thus presuppose that the meeting of the parties' will is formalized within a jurisdictional framework, and extrajudicial in nature, in the models of assisted negotiation and family mediation. This essay reconstructs the main lines of regulatory intervention in this area.

UN'OCCASIONE DI CONFRONTO
TRA UNIVERSITÀ E ORGANISMI DI MEDIAZIONE.

NOTE DA UN RECENTE CONVEGNO

Angela M. Felicetti (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La giustizia consensuale nell'università e nella ricerca scientifica. – 3. La didattica post-universitaria e gli enti di formazione. – 4. Dall'esperienza degli organismi di mediazione all'elaborazione di modelli teorici innovativi?

1. Premessa. – Si è tenuto a Bologna nella giornata del 31 marzo 2023 l'evento dal titolo «Le Università incontrano gli Organismi di mediazione: dalla pratica della mediazione a modelli teorici innovativi» ⁽¹⁾. Il Convegno si inserisce nel contesto dell'intensa attività di collaborazione scientifica sulle tematiche della mediazione dei conflitti e della giustizia consensuale instauratasi, ormai da alcuni anni, tra le 'università sorelle' di Bologna, Firenze e Trento. L'attualità e il particolare impatto sociale della materia trattata hanno portato gli esponenti dell'accademia ad estendere lo scambio scientifico al mondo degli enti, pubblici e privati, che forniscono servizi di *alternative dispute resolution* (ADR) in Italia. In particolare, l'organizzazione dell'evento del marzo scorso ha visto il coinvolgimento attivo dell'Avv. Angelo Santi, fondatore

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 367-379. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Assegnista di ricerca in Diritto Processuale civile nell'Università di Bologna.

⁽¹⁾ Il comitato scientifico ed organizzativo dell'evento è stato costituito da Paola Lucarelli, Elena Zucconi Galli Fonseca, Silvana Dalla Bontà, Chiara Giovannucci Orlandi, Elena Gabellini, Carolina Mancuso e Angelo Santi.

dell'ente *Resolutia*-Gestione delle controversie, e coordinatore del progetto «*YesSsi Project – Simple Access to ADR for Consumers*», finanziato dalla Commissione Europea ⁽²⁾.

Il Convegno, articolato in tre tavole rotonde, ha inteso intercettare un'esigenza che si è manifestata, con particolare intensità, sia nel mondo accademico che in quello professionale: individuare modelli teorici relativi all'attività di composizione extra-giudiziale dei conflitti in mediazione alla luce dell'esperienza pratica maturata in Italia negli oltre dieci anni di operatività dell'istituto.

2. *La giustizia consensuale nell'università e nella ricerca scientifica*. – Il programma si è aperto con un momento di confronto tra docenti universitari dedicato alla interazione tra ricerca scientifica e didattica sulle tematiche di giustizia consensuale negli atenei italiani. Prima di introdurre i relatori, la coordinatrice Prof.ssa Elena Gabellini (Università di Bologna) ha messo in luce come l'occasione della c.d. riforma Cartabia imponga alle università italiane, con una certa celerità, di offrire agli studenti (in particolare ai futuri avvocati e magistrati) percorsi didattici adeguati, volti a far conoscere la giustizia consensuale.

La Prof.ssa Paola Lucarelli (Università degli Studi di Firenze) ha dato atto, in apertura del proprio intervento, della proficua collaborazione inter-universitaria avente ad oggetto la formazione della nuova figura del mediatore. Contribuendo alla realizzazione della pratica della mediazione, gli atenei italiani, e prima fra tutti l'Università di Firenze ⁽³⁾, hanno svolto in pieno gli obiettivi

⁽²⁾ Il progetto è stato finanziato nell'ambito del *Consumer Programme 2014-2020, Grant Agreement* n. 857745 e ha portato all'implementazione della Piattaforma *YesSsi*, un punto unico di accesso a vari strumenti di giustizia alternativa in Italia rivolto a consumatori, privati, imprese, avvocati e altri professionisti e su cui si rinvia per ulteriori informazioni a <<https://yesssi.com/>> (12 giugno 2023).

⁽³⁾ Sull'esperienza dell'Ateneo fiorentino si rinvia a: P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze: prassi, problemi e linee guida di un modello*, Milano, 2015.

della c.d. Terza Missione ⁽⁴⁾: far progredire i territori e i loro cittadini nella conoscenza e nell'uso dello strumento. La mediazione, dalla sua introduzione nell'ordinamento nazionale, è stata spesso percepita come innovazione in antitesi al processo e i sostenitori di tale innovazione come giuristi 'anti-giurisdizionali'. In questo quadro generale, la formazione universitaria sulla mediazione si è posta come opzionale, al margine del percorso didattico, e il modello *problem solving* di Harvard ne ha costituito la base, anche attraverso la didattica di tipo esperienziale. Parallelamente, fuori dagli atenei, i professionisti più lungimiranti si sono affidati ai corsi di formazione degli enti privati. La Prof.ssa Lucarelli ha concluso auspicando che la mediazione cessi di essere una nicchia nella cultura giuridica italiana per rientrare a pieno titolo nella preparazione del giurista, recuperandone in questo modo la dimensione umanistica.

Nella seconda relazione, la Prof.ssa Silvana Dalla Bontà (Università degli Studi di Trento) ha individuato nel tema del Convegno una sorta di 'cerniera' tra il dibattito dottrinale dell'ultimo decennio e la riflessione che dovrà avvenire dopo l'implementazione della c.d. riforma Cartabia. La Prof.ssa Dalla Bontà ha tracciato le linee di sviluppo della ricerca in materia di mediazione in Italia, che ha preso avvio dalle spinte della Comunità Europea verso l'uso dell'istituto nell'ambito consumeristico per allargarsi ad una sua applicazione più 'generalista' con l'adizione della direttiva 2008/52/CE ⁽⁵⁾ ed ha finito per focalizzarsi, anche alla luce dell'impostazione prescelta dal legislatore italiano con il

⁽⁴⁾ «Per Terza Missione si intende l'insieme delle attività con le quali le Istituzioni entrano in interazione diretta con la società, affiancando le missioni tradizionali di insegnamento (prima missione, che si basa sulla interazione con gli studenti) e di ricerca (seconda missione, in interazione prevalentemente con le comunità scientifiche o dei pari)», cfr. ANVUR, *Rapporto sullo Stato del Sistema Universitario e della Ricerca*, 2013, 559.

⁽⁵⁾ 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.

d.lgs. n. 28 del 2010, sugli aspetti della relazione tra processo e mediazione. Sotto il profilo della didattica, invece, le sollecitazioni provenienti dagli Stati Uniti hanno suggerito l'avvio negli atenei italiani di percorsi formativi innovativi, destinati a meglio trasmettere agli studenti un approccio collaborativo nella gestione del conflitto, diverso da quello avversariale, informato all'acquisizione e al dominio di scienza processuale, retorica e logica. La Prof.ssa Dalla Bontà ha ricordato la decennale esperienza presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, attraverso il progetto di ricerca e didattica innovativa *Conflict Managers of Tomorrow*, che vede il coinvolgimento di accademici, operatori pratici, ed *alumni* che hanno già completato il percorso formativo. Diverse sono le nuove modalità didattiche impiegate: la lezione frontale *ex cathedra* si affianca all'apprendimento mediante la soluzione di problemi (*problem solving*), all'apprendimento tra pari (*peer learning*), al gioco di ruolo (*role play*) e di squadra (*team working*), attuato anche attraverso la partecipazione a competizioni nazionali e internazionali. Infine, la Prof.ssa Dalla Bontà ha ricordato l'importanza degli sforzi di ricerca sui temi della giustizia consensuale⁽⁶⁾, poiché nel contesto universitario la didattica è destinata a perdere la propria levatura se non accompagnata da un'accurata analisi scientifica di questi fenomeni che caratterizzano la promozione della giustizia nella società contemporanea.

È successivamente intervenuta la Prof.ssa Elena Zucconi Galli Fonseca (Università di Bologna), proponendosi di identificare alcune questioni aperte in tema di didattica della mediazione, che richiedono con urgenza l'attenzione degli esperti e dei docenti. Ha ricordato che nell'Università di Bologna l'insegnamento della

⁽⁶⁾ L'esperienza di didattica e ricerca presso l'ateneo trentino è descritta in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, n. 46, 2020, disponibile in accesso presso <<https://iris.unitn.it/handle/11572/269082>> (15 giugno 2023). Per una descrizione del progetto *Conflict Managers of Tomorrow* v. <<https://conflict-managers.com/>> (15 giugno 2023).

mediazione prende avvio grazie alla Prof.ssa Chiara Giovannucci Orlandi, la quale per prima inaugura presso la Facoltà di Economia un corso in materia di ADR. Dal 2016 anche il Dipartimento di Scienze Giuridiche si è dotato di un seminario elettivo in materia di «Tecniche e competenze della negoziazione e della *advocacy mediation*», composto da una parte di lezioni pratiche curate dall'Avv. Ana Uzqueda, mediatrice e formatrice. La mediazione è, inoltre, al centro anche di alcune attività di Terza Missione dell'Ateneo bolognese, con lo sviluppo di sportelli di mediazione scolastica nelle scuole del territorio e progetti di ricerca innovativi rivolti allo studio e al miglioramento della gestione dei conflitti all'interno della comunità universitaria. La Prof.ssa Zucconi Galli Fonseca ha invocato una riflessione volta al miglioramento della didattica in tema di mediazione in Italia. Per ottenere risultati concreti, tuttavia, gli Atenei dovranno comprendere identità e bisogni dei nuovi discenti a cui intendono rivolgersi. Questi beneficiari, andando oltre i giovani giuristi in formazione, potranno includere: la nuova figura dell'avvocato specializzato in ADR; i funzionari addetti all'Ufficio per il processo; i giudici onorari; i consulenti legali delle imprese. La didattica innovativa dovrà essere necessariamente integrata nei corsi di diritto processuale civile, di modo da rendere processo e mediazione dei vasi concretamente comunicanti e da favorire uno scambio che contribuisca a riportare anche nel processo, ormai sempre più digitalizzato, il fattore umano, fortemente presente nella mediazione. Infine, la Prof.ssa Zucconi Galli Fonseca ha sottolineato come molte questioni attendano ancora una chiara definizione, tra queste: come bilanciare adeguatamente l'apporto del metodo pratico rispetto all'insegnamento teorico e come selezionare i formatori da affiancare ai docenti universitari; quale modello di mediazione adottare nell'insegnamento universitario e che livello di approfondimento dedicare alle molte sfaccettature del fenomeno; come, infine, garantire una didattica innovativa di qualità in grandi atenei con centinaia di migliaia di studenti, come quello bolognese.

Nella quarta relazione il Prof. Luigi Cominelli, (Università degli Studi di Milano Statale), ha riferito la consolidata esperienza presso la Statale, dove lo studio della mediazione nasce nell'ambito degli obiettivi di internazionalizzazione dell'Ateneo e in senso alla Cattedra di Sociologia del diritto. Dal 2011 è attivo il corso in lingua inglese in «*Negotiation, Mediation and Sustainable Conflict Resolution*», tenuto in co-docenza dal Prof. Cominelli stesso e dal Prof. Claudio Lucchiari, docente di psicologia generale. Il corso ha dato vita ad una metodologia didattica interdisciplinare estremamente innovativa, in cui gli ambiti formativi pratici e teorici coesistono, e i profili normativi sono trattati nella fase conclusiva. Le innovazioni più interessanti nascono dall'impiego di strumenti insoliti: ad esempio, le simulazioni di negoziazione svolte dagli studenti vengono registrate in uno studio televisivo professionale. Ciò permette ai soggetti coinvolti di svolgere una profonda auto-analisi del linguaggio verbale e non verbale adottato, che si aggiunge ai *feedback* provenienti dai docenti nella duplice prospettiva psicologica e giuridica. L'utilizzo della lingua inglese nell'attività e la presenza di numerosi studenti stranieri ha reso il corso uno strumento per favorire la partecipazione dell'Università di Milano Statale ai *moot* internazionali in materia di mediazione e negoziazione. Dall'esperienza didattica è nato, inoltre, un protocollo di ricerca in materia di gestione delle emozioni in mediazione, di cui lo stesso Prof. Cominelli è promotore. Nell'ambito di questa ricerca si stanno tutt'oggi svolgendo delle sperimentazioni per verificare eventuali differenze a livello neuro-cognitivo tra soggetti formati alla gestione dei conflitti e soggetti non formati ⁽⁷⁾. I dati sono inizialmente raccolti nell'ambito delle prime simulazioni di negoziazione, attraverso il sistema *Brain-Computer-Interface* in grado di registrare i c.d. *neurofeed-*

(7) Per i primi risultati delle attività di ricerca, cfr. L. COMINELLI, R. FOLGIERI, C. LUCCHIARI, *Empowering Negotiating Skills in Law Professionals: Neuro-Cognitive Applications*, in A. D'ALOIA, M.C. ERRIGO (eds.), *Neuroscience and Law*, Cham, 2020, 139-161.

back, e comparati con quelli risultanti da analoghe misurazioni svolte a conclusione del percorso formativo. L'esperienza dell'Università di Milano Statale combina didattica e ricerca, perseguendo l'obiettivo ambizioso di sviluppare l'intelligenza emotiva e le competenze sociali dei discenti per permettere loro di migliorare il proprio stile negoziale.

A testimonianza dell'impatto delle attività sopra descritte sulla formazione dei singoli studenti che scelgono di intraprendere questi percorsi, la tavola rotonda ha visto l'intervento di alcuni giovani studenti ed *ex* studenti. In particolare, hanno preso la parola per riferire la propria esperienza: Andrea Dongili (studente presso l'Università degli Studi di Trento e *LL.M. Graduate in Negotiation & Dispute Resolution* alla *Washington University in St. Louis, School of Law*, con cui la Facoltà di Giurisprudenza di Trento ha un programma di doppia laurea); Bianca Di Carlo (neolaureata dell'Università di Bologna) ed Elena Dolcini (laureata dell'Università degli Studi di Milano Statale e mediatrice). A conclusione della tavola rotonda, la Prof.ssa Lucarelli, richiamando la dimensione assiologica della mediazione, ha evidenziato la necessità che l'insegnamento della stessa non sia concepito a latere di una singola disciplina ma accompagni tutta la formazione giuridica. Ha auspicato, inoltre, un dialogo degli studiosi di mediazione con i docenti di altre materie, volto a concorrere congiuntamente alla formazione di una società più matura nella composizione dei conflitti. Ha augurato, infine, che si apra un vero mercato del lavoro per quei giovani giuristi adeguatamente formati nelle ADR, verso i quali gli organismi di mediazione potranno guardare come risorse preziose per il rinnovamento e la prosecuzione delle loro attività.

3. La didattica post-universitaria e gli enti di formazione. – Nella seconda parte della mattinata si è svolta una tavola rotonda che ha visto la partecipazione di professionisti del mondo della media-

zione, nella loro qualità e responsabili di vari organismi di mediazione, pubblici e privati, e di enti di formazione operativi sul territorio nazionale. In apertura la Prof.ssa Chiara Giovannucci Orlandi (Università di Bologna) ha enfatizzato alcuni profili di inadeguatezza della normativa vigente, la quale prevede che la formazione professionalizzante del mediatore sia affidata agli enti e ai formatori iscritti negli appositi elenchi tenuti dal Ministero della Giustizia. Questa didattica è stata disciplinata sino ad oggi essenzialmente nella sola durata, potendosi così ispirare nella sostanza ai più vari modelli. Il d.lgs. n. 150 del 2022 individua già diversi accorgimenti per migliorare la formazione dei mediatori italiani. Questi includono: la pubblicità dei progetti formativi predisposti dagli enti (pubblicati *ex-ante* presso il Ministero di Giustizia, di modo che sia possibile controllarne l'effettiva realizzazione); l'aumento del monte ore complessivo e della parte teorica dei programmi; la possibilità che le attività formative siano svolte anche da esperti di chiara fama provenienti da altre giurisdizioni; infine, il potenziamento del ruolo del responsabile scientifico dell'organismo. Nell'attesa del completamento dell'*iter* della riforma con la pubblicazione dei decreti attuativi, la Prof.ssa Giovannucci Orlandi ha auspicato che la nuova didattica universitaria, in sinergia con gli enti pubblici e privati già operativi, supporti gli sforzi intrapresi dal legislatore per l'innalzamento della qualità della formazione in Italia nel campo delle ADR.

In seguito, ha preso la parola l'Avv. Ana Uzqueda, responsabile scientifico dell'Associazione Equilibrio & R.C., che ha focalizzato il proprio intervento sulla necessità per gli enti di formazione di individuare un comune punto di incontro tra la teoria e la pratica. Nella sua fase di emersione, la formazione sulla mediazione in Italia ha necessariamente dovuto trarre spunto dai modelli teorici elaborati all'estero. Alla luce del minimo temporale delle 50 ore previsto dalla normativa, il c.d. modello di Harvard si è facilmente imposto per la sua immediatezza. L'integrazione di nuovi concetti e di nuovi saperi, nel modello facilitativo classico,

renderebbe necessarie un innalzamento delle ore di didattica che, se attuato con la riforma Cartabia, permetterà un'offerta formativa concretamente basata su un modello eclettico, che l'Associazione Equilibrio sta sviluppando da oltre 20 anni.

Il Dott. Nicola Giudice, responsabile del servizio di conciliazione della Camera Arbitrale di Milano (CAM), ha riferito come il vero elemento di originalità della formazione offerta da CAM, e più in generale del modello italiano, consista in una didattica basata sull'esperienza concreta dei mediatori che sono all'opera sul territorio nazionale. La formazione CAM cerca di coinvolgere professionisti in piena attività, che provengono da esperienze diverse, per presentare una pluralità di approcci. È organizzata intorno ai pilastri della comunicazione e della negoziazione e richiede un alto livello di coinvolgimento dei discenti, sia nella parte teorica che nei momenti di *role playing*. Il Dott. Giudice, inoltre, ha evidenziato come principale *vulnus* del sistema italiano l'assenza di sistemi valutativi uniformi per l'attribuzione del titolo di mediatore, che porterebbe alla creazione di uno *standard* formativo comune.

Anche il Dr. Leonardo D'Urso, fondatore e responsabile scientifico di *ADR Center*, si è unito ai colleghi nel rilevare come l'elaborazione di modello formativo sia stata necessariamente influenzata dall'esperienza pratica maturata negli anni, arrivando a connettere una pluralità di stili. L'elaborazione del modello proposto da *ADR Center* ha preso le mosse dalla esperienza personale del Dott. D'Urso negli Stati Uniti – dove ha avuto l'opportunità di assistere alle mediazioni (c.d. *shadowing*) e frequentare corsi di mediazione. Inoltre, partendo da una formazione diversa da quella giuridica, il modello proposto da *ADR Center* si è costruito intorno alla visione del mediatore come di un «super-negoziatore» e i profili normativi sono trattati nella fase finale. Elaborata già nel 2004, il percorso formativo su 5 giornate, sta subendo continue evoluzioni, anche grazie allo svolgimento di corsi di formazione in contesti diversi, oltre i confini del territo-

rio nazionale, dove il modello italiano veicolato da *ADR Center* viene particolarmente apprezzato.

L'Avv. Maurizio Di Rocco, fondatore di *Resolutia*-Gestione delle controversie e direttore della Camera arbitrale di Venezia, ha sottolineato che l'adattamento all'ordinamento italiano del modello facilitativo statunitense si scontra con un equivoco di fondo. Se l'obiettivo è quello di insegnare la mediazione come una professione e non come una semplice professionalità, la durata media di 50 ore dei corsi deve necessariamente essere rivista. Inoltre, i percorsi formativi, rivolgendosi a professionisti con retroterra diversi e non ai soli giuristi, sono appesantiti dal necessario inquadramento dell'impianto teorico, ormai articolato e fortemente procedimentalizzato, a discapito del tempo dedicato all'apprendimento pratico. L'esperienza della formazione offerta da *Resolutia* ha dato particolare risalto alla capacità dei discenti di prendere coscienza della rilevanza del fattore umano nelle controversie, del peso dei diversi profili emotivi presenti nel conflitto e dell'importanza della loro gestione, che si acquisisce attraverso la simulazione di situazioni diverse. Nelle prime fasi della formazione rappresenterebbe una forzatura dover fornire un paradigma rigido dell'attività del mediatore: starà a ciascun professionista, nel corso del proprio aggiornamento e nell'acquisizione di una propria professionalità, individuare un proprio stile e acquisire gli strumenti necessari per crescere.

L'Avv. Donatella Pizzi, direttrice dell'Organismo di mediazione dell'Ordine degli avvocati di Bologna e formatrice della Fondazione forense bolognese, ha riferito come la sinergia con l'Università abbia costituito il motore trainante della formazione dei mediatori nel territorio bolognese. Questa collaborazione ha portato, tra gli altri risvolti, all'implementazione dei tirocini curriculari per un ristretto numero di studenti all'anno presso l'organismo di mediazione, con un positivo impatto sulla crescita della cultura della mediazione nel territorio. L'Avv. Pizzi ha osservato come l'offerta formativa negli organismi ordinistici, rivol-

ta in via esclusiva agli avvocati, possa correre il rischio di lasciare uno spazio insufficiente per la contaminazione da parte di altre discipline e prospettive e come, attualmente, l'elaborazione e l'approfondimento di stili diversi da quello del classico *problem-solving*, a cui si ispirano la maggior parte dei docenti, siano lasciati alla libera iniziativa dei professionisti.

La chiusura della tavola rotonda è stata affidata alla Prof.ssa Paola Lucarelli che ha messo in dubbio che l'uniformazione della formazione sulla mediazione sia necessariamente un obiettivo a cui tendere per un migliore sviluppo dell'istituto nel territorio italiano. La composizione negoziata dei conflitti deve, infatti, potersi attuare attraverso un procedimento in grado di calarsi nella realtà concreta e di adattarsi ai bisogni dei singoli fruitori. È quindi auspicabile che mantenga una certa polifonia. In Italia la formazione professionalizzante, dopo aver raggiunto il grado di maturità e successo che è stato descritto nelle esperienze richiamate dagli altri relatori, deve compiere lo sforzo di andare oltre le aule dei corsi di laurea in giurisprudenza e di contaminarsi coraggiosamente con altri saperi, quali la scienza filosofica e psicologica, permettendo ai mediatori di sfruttare queste conoscenze per migliorare le proprie capacità nel percorso formativo e di continuo aggiornamento.

4. *Dall'esperienza degli organismi di mediazione all'elaborazione di modelli teorici innovativi?* – Nell'ultima tavola rotonda, il moderatore Avv. Angelo Santi, fondatore di *Resolutia*-Gestione delle controversie, ha sottolineato come, nel corso di oltre 12 anni di prassi applicativa della mediazione nell'ordinamento italiano, l'indagine scientifica abbia affrontato numerosi temi procedurali, ma molti siano ancora i profili che occorrerebbe approfondire circa l'attuale attività svolta dai mediatori. Per individuare le tematiche più prominenti, l'Avv. Santi ha curato e distribuito un questionario (compilato da un campione di oltre 60 mediatori di-

istribuiti su tutto il territorio nazionale), del quale ha presentato i risultati più significativi. È emerso che la metà dei partecipanti si è formato prima del 2010 e che, nell'oltre il 60% dei casi, il modello facilitativo di Harvard è stato alla base della formazione ricevuta, sebbene il 90% del campione dichiara di aver successivamente intrapreso lo studio anche di altri modelli. In larga maggioranza i mediatori ritengono che la peculiarità della mediazione nel contesto italiano sia da riconnettere alle resistenze culturali a questo istituto da parte degli operatori del diritto, prima ancora che nella scelta normativa dell'obbligatorietà in alcune materie. Lo stile facilitativo, secondo i mediatori intervistati, è ancora quello prevalentemente adottato. Tuttavia, è possibile registrare una certa frammentazione, con il 18% dei mediatori che ritiene di non adottare alcuno stile prevalente. Le risposte fornite enfatizzano l'importanza per tutti i partecipanti di un'adeguata flessibilità della metodologia di conduzione della procedura conciliativa, che deve essere adeguata caso per caso, in base alla natura della lite e all'approccio alla stessa dimostrato dalle parti e dai loro avvocati. Le risultanze del questionario, ha osservato il relatore, lasciano aperte molte domande di ricerca, prima fra tutte quella riguardante l'emersione di modello italiano di mediazione, dotato di proprie peculiarità rispetto agli altri.

Partendo da tali sollecitazioni, si è aperto un vivace dibattito, in cui i partecipanti hanno portato spunti, anche attraverso aneddoti ed esperienze personali, in merito al processo di creazione di uno stile individuale di mediazione e all'adeguamento dei modelli teorici già esistenti alla prassi operativa. Sono intervenuti, in particolare: Avv. Andrea Natali (Responsabile della sezione U.N.A.M. di Pistoia), Dott. Francesco Iannuzzi (Responsabile di Orizzonti ADR), Avv. Manuela Zanussi (Presidente dell'organismo di mediazione forense dell'Ordine degli avvocati di Pordenone), Avv. Donatella Pizzi (Direttore dell'organismo di mediazione dell'Ordine degli avvocati di Bologna), Avv. Cristiana Marucci (Presidente dell'Associazione *Resolutia*), Avv. Mauro Carlo

Bonini (Presidente U.N.A.M. – Unione Nazionale Avvocati per la Mediazione), Avv. Marino Cavestro (Responsabile della sede di Vicenza di *Resolutia*); Avv. Massimo Romolotti (Responsabile della sezione U.N.A.M. di Reggio Emilia), Avv. Enrico Maggiorrelli (Responsabile dell'organismo di mediazione dell'Ordine degli avvocati di Parma).

Gli intervenuti hanno offerto una ricca panoramica di esperienze connesse alla mediazione in Italia: dalla pratica della co-mediazione nel Foro di Ascoli Piceno, descritta dagli Avv.ti Valerio Fioravanti e Roberto Brancaccio, alla didattica ludica in tema di gestione dei conflitti proposta attraverso il gioco «*Medianos*» ideato dal Dott. Massimiliano Ferrari (Mediatore presso le Camere di Commercio di Lecco e Sondrio), all'esperienza editoriale rivolta ai professionisti italiani dell'ADR intrapresa dal Dott. Marco Ceino con la rivista «La MEDIAZIONE: un vantaggio sociale e competitivo». Inoltre, si è aperto un fecondo scambio a seguito di una proposta lanciata dal Dott. Leonardo D'Urso, il quale auspica che la sinergia tra Organismi e Università sia raggiunta attraverso una maggiore integrazione dei formatori pratici tra i docenti universitari, così da ottenere una reale sistematizzazione della formazione dei mediatori dal percorso universitario a quello professionale.

La giornata si è conclusa con le parole della Prof.ssa Chiara Giovannucci Orlandi, la quale ha espresso il suo entusiasmo nell'aver potuto verificare, durante la discussione svoltasi, un rinnovato coinvolgimento delle università nello sviluppo dell'istituto della mediazione in Italia e, soprattutto, nel poter constatare la nascita di una nuova, terza generazione di studiosi e professionisti dedicati alla giustizia consensuale, segno inequivocabile dell'apertura del nostro Paese verso nuove vie nella gestione dei conflitti giuridici e sociali.

UNA PROPOSTA DEGLI OSSERVATORI
SULLA GIUSTIZIA CIVILE
IN MERITO ALLA RIFORMA DEL PROCESSO CIVILE

TRA BUONE PRASSI E AUSPICATI CORRETTIVI
AL D.LGS. N. 149 DEL 2022

Luciana Breggia (*)

SOMMARIO: 1. L'Assemblea nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile su «Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme», Catania 16-18 giugno 2023. – 2. Il documento elaborato dall'Assemblea degli Osservatori sulla Giustizia civile nell'auspicio di buone prassi e correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022.

1. L'Assemblea nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile su «Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme», Catania 16-18 giugno 2023. – Gli Osservatori sulla Giustizia civile sono associazioni nate spontaneamente in molti distretti giudiziari d'Italia allo scopo di favorire il confronto e la collaborazione tra i soggetti che, direttamente o indirettamente, sono coinvolti nei processi di miglioramento della qualità e dell'efficienza della giustizia civile: magistrati, avvocati, personale dell'amministrazione giudiziaria, professori universitari, professionisti, linguisti ed altri esperti ⁽¹⁾.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2023, 381-388. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Già magistrata del Tribunale di Firenze.

⁽¹⁾ Per una maggiore conoscenza del movimento, si veda il volume collettaneo di G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2012; nonché R. CAPONI, *Osservatori sulla giustizia civile e fonti del diritto*, in *Dogmatica giuridica e vita, Studi di giustizia civile*, vol. II, Milano, 2022, 1245 ss.

Ogni anno gli Osservatori si riuniscono in un'Assemblea nazionale per condividere il frutto delle varie attività svolte nelle sedi locali e, per talune materie, nell'ambito di gruppi di lavoro che operano a livello nazionale.

L'Assemblea si svolge secondo il metodo tipico del movimento, e cioè quello del dialogo nell'ambito di gruppi di studio e discussione formati dalle diverse categorie professionali, in base a schede e materiali di preparazione precedentemente condivisi.

Quest'anno l'Assemblea nazionale si è svolta a Catania nei giorni 16-18 giugno 2023 e ha visto all'opera quattro gruppi dedicati rispettivamente alle riforme del rito civile ordinario e semplificato, del rito in tema di famiglia, minori e persone, del rito in materia di esecuzione nonché alle elaborazioni in tema di danno alla persona.

Il titolo dell'Assemblea, «Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme», accoglieva in sé le due componenti essenziali che il movimento ha sempre cercato di tenere in tensione: da un lato, l'aspetto pratico, concependo la prassi come fattore di cambiamento, e, dall'altro, l'aspetto teorico, che aiuta a cercare e chiarire il senso delle scelte pratiche. Le opzioni interpretative e organizzative non sono mai neutre, ma rispondono a un modello di giurista, di ufficio e di professione ed è in questa visione complessiva che la discussione, animata dai diversi punti di vista, si è avviata pervenendo a condividere alcune importanti scelte.

Se il diritto, in generale, viene concepito non più solo come comando e conseguente sanzione (in caso di inosservanza del primo), ma valorizzando il precetto che indica criteri di condotta e presuppone l'affidamento reciproco su queste condotte ⁽²⁾, anche il giurista, teorico e pratico, avrà una certa postura di fronte alle riforme.

⁽²⁾ Su questo tema si veda da ultimo, per ampi approfondimenti e indicazioni, T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021, recensito da L. BREGGIA, in questa *Rivista*, 2022, 673 ss.

In particolare, ne risulta innanzitutto valorizzato il principio di collaborazione, ben conosciuto anche dal nostro ordinamento ⁽³⁾ e adottato come principio cardine dalle *European Rules of Civil Procedure* (Regole europee modello sul processo civile) e il connesso principio di proporzionalità che impone di distribuire le risorse in proporzione all'insieme dei procedimenti giurisdizionali ⁽⁴⁾. Inoltre, valorizzando una dimensione relazionale del diritto, risultano evidenziate l'autonomia e la responsabilità delle parti nella gestione dei propri conflitti che ben possono trovare spazio, molto spesso più adeguato e più duttile, nei sistemi mediativi, negoziali e collaborativi propri della giustizia consensuale che va promossa e diffusa, dentro e fuori il processo.

In questa prospettiva, all'esito della discussione su alcuni snodi della riforma del rito ordinario e semplificato civile, l'Assemblea ha avuto modo di condividere e approvare in plenaria alcuni punti focali proposti come prassi interpretative, ovvero, considerati i termini ancora aperti, anche come indicazione di correttivi nell'ambito di quanto previsto per il d.lgs. n. 149 del 2022, in attuazione della legge delega n. 206 del 2021, «per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata».

Ispirandosi ai principi radicati nel *DNA* degli Osservatori, quali il principio di oralità inteso come garanzia di un colloquio processuale tra giudici e avvocati al momento *giusto*, si è voluto restituire al processo secondo il rito ordinario una scansione più flessibile, che permetta di fissare un'udienza ancor prima di quella prevista dall'art. 183 c.p.c. e della connessa sequela di scritti difensivi, scritti che in effetti, potrebbero rivelarsi inutili in vari casi, ad esempio, se

⁽³⁾ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss.

⁽⁴⁾ Su cui si veda R. CAPONI, *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Questione Giustizia*, 20 maggio 2023, 11 ss.

si profila un'utile transizione al procedimento semplificato o la prospettiva di una definizione non autoritativa, anche attraverso l'invio in mediazione, ovvero una rapida definizione della controversia ⁽⁵⁾.

In relazione al rito semplificato, è sembrato opportuno favorirne l'impiego, assicurando pienamente il contraddittorio e il diritto di difesa delle parti attraverso la modulazione di termini congrui per gli adempimenti di notifica del ricorso e preparazione delle difese da parte del convenuto e l'individuazione del termine ultimo per deduzioni istruttorie per entrambe le parti. Sempre nell'ottica di un *favor* verso il procedimento semplificato, che presenta una maggiore flessibilità rispetto alle varie situazioni che possono darsi nei casi concreti, è stata anche proposta un'interpretazione elastica e ampia dei «giustificati motivi» che permetta la concessione dei termini di cui all'art. 281 *duodecies*, 4° comma, c.p.c. ogni volta che vi siano apprezzabili esigenze difensive delle parti.

La centralità del dialogo processuale, che da sempre innerva i protocolli d'udienza degli Osservatori, ha dovuto fare i conti con la stabilizzazione delle misure alternative di udienza già previste nel periodo dell'emergenza pandemica. Rispetto all'eliminazione dell'udienza, possibile tramite lo scambio di note scritte, si sono indicate alcune specifiche udienze dedicate ad incombenti in cui l'interlocuzione in presenza di parti e giudice appare essenziale per un più efficiente ed effettivo svolgimento del processo. Altre prassi migliorative riguardano infine il processo dinanzi al giudice di pace.

Il documento finale degli Osservatori riguarda solo una parte delle numerose questioni trattate da ogni gruppo di lavoro, che saranno comunque rese conoscibili in vario modo.

⁽⁵⁾ Per un'utile panoramica degli aspetti critici che pone la novella nel coordinamento tra processo civile di cognizione di primo grado secondo il rito ordinario e semplificato e vie consensuali di soluzione della lite, si veda S. DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri lato sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in questa *Rivista*, 2022, 587 ss.

Quello che pare utile sottolineare, al di là di questo o quell'approdo, è l'adozione del metodo del dialogo tra le diverse categorie direttamente o indirettamente coinvolte (magistrati, avvocati, professori, notai, commercialisti, addetti all'ufficio del processo e funzionari amministrativi) che pare di importanza vitale per tanti motivi. Innanzitutto, per favorire la rapida soluzione delle questioni che riguardano le regole del decidere, mentre l'effettività della tutela riposa sul crocevia, a cui va dedicato tempo e spazio, tra rito e diritto sostanziale. Grazie all'esperienza del passato, si potrebbe facilitare l'opera interpretativa che ogni riforma sul processo impone, evitando inutile dispendio di tempo ed energie. Inoltre, il metodo del dialogo informale, ma effettivo, va ad affiancare le modalità di dialogo già previste istituzionalmente o associativamente, permettendo ad ognuno di partecipare a titolo personale: l'adesione dei singoli assicura una più probabile osservanza delle buone prassi concordate e nello stesso tempo dovrebbe essere favorita e diffusa dalle istituzioni e dalle associazioni perché permei la comunità professionale di riferimento e non resti patrimonio di una minoranza.

2. Il documento elaborato dall'Assemblea nazionale degli Osservatori sulla Giustizia civile nell'auspicio di buone prassi e correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022. – Il documento che di seguito si pubblica intende essere una piccola ma significativa testimonianza e uno stimolo allo spirito di collaborazione e confronto con cui si dovranno affrontare temi molto più vasti, cercando di favorire interpretazioni ispirate al principio cardine del rispetto del contraddittorio, all'attuazione di un effettivo ruolo del giudice ai fini del sollecito e leale svolgimento del processo e alla strumentalità del processo rispetto allo scopo della tutela dei diritti. Strumentalità sobria, non affaticata da formalismi barocchi, e consapevolezza dell'affiancamento alla giurisdizione di altri metodi complementari di giustizia potranno permettere di attraversare il faticoso tempo delle ri-

forme senza danni, valorizzando gli aspetti positivi e rinnovando l'alleanza necessaria tra professioni, istituzioni e cittadinanza.

PREAMBOLO

Gli Osservatori sulla Giustizia civile, riuniti a Catania nell'Assemblea nazionale del 16-18 giugno 2023,

al fine di favorire una giustizia celere e di qualità, alla luce dei principi di cooperazione, di proporzionalità nella gestione del processo ed effettività della tutela;

considerata la rilevanza a tali fini dell'art. 175 c.p.c. sui poteri/doveri del Giudice per il «*sollecito e leale svolgimento del processo*», nel rispetto del principio del contraddittorio di cui all'art. 101, 2° comma, c.p.c.;

ribadita l'importanza del leale dialogo processuale tra giudici e parti sia per la definizione delle controversie nel giudizio, sia al fine della promozione delle soluzioni consensuali delle liti.

FORMULANO LE SEGUENTI PROPOSTE

1. Rito Ordinario

Emendare le norme di cui agli artt. 171 *bis* e 171 *ter* c.p.c. in sede di correttivo al d.lgs. n. 149 del 2022 o valorizzare soluzioni interpretative che consentano al giudice, all'esito delle verifiche preliminari, di stimolare il contraddittorio delle parti su questioni, emerse dalla lettura degli atti introduttivi, che si presentino idonee a definire il giudizio portando ad una decisione immediata dello stesso o alla sua definizione consensuale o a una decisione utile sulla conversione del rito, senza dover attendere l'ulteriore scambio di memorie, che risulterebbe palesemente inutile, oneroso e atto solo a ritardare la chiusura della lite.

Tale contraddittorio dovrebbe avvenire mediante la fissazione di apposita udienza che impedisca il decorso dei termini per il deposito delle memorie *ex art.* 171 *ter* c.p.c. per un periodo determinato e breve.

2. Modalità di trattazione delle udienze

Ritenere preferibile l'esclusione della sostituzione con trattazione scritta delle seguenti udienze:

- *ex art. 183 e 420 c.p.c.*;
- *ex art. 281 duodecies c.p.c.*;
- per la discussione orale della causa *ex art. 281 sexies c.p.c.*;
- per la concessione dell'inibitoria in appello;
- per la concessione del provvedimento cautelare,

in quanto udienze in cui l'interlocuzione contestuale di parti e giudice appare essenziale per un più efficiente ed effettivo svolgimento del processo.

3. Rito semplificato

Valorizzare il ricorso al procedimento semplificato di cognizione grazie alla promozione di una sua applicazione che tenga conto delle seguenti prassi, a tutela delle garanzie fondamentali del contraddittorio e di difesa delle parti:

- a) l'indicazione nel decreto di fissazione dell'udienza *ex art. 281 undecies c.p.c.* di un congruo termine al ricorrente per la notifica al convenuto del ricorso introduttivo unitamente al suddetto decreto, che consenta al convenuto la ricezione degli atti notificati (ricorso più decreto) in un termine più ampio rispetto a quello legislativamente previsto;
- b) in mancanza di specifiche preclusioni istruttorie fissate dalla legge, individuare il termine ultimo per le deduzioni istruttorie, per entrambe le parti, nell'udienza *ex art. 281 duodecies c.p.c.*;
- c) un'interpretazione del presupposto dei «*giustificati motivi*» per la concessione dei termini di cui all'art. 281 *duodecies*, 4° comma, c.p.c., che li ritenga sussistenti ogniqualvolta il giudice riscontri apprezzabili esigenze difensive delle parti.

4. Procedimento davanti al Giudice di Pace

Prevedere in sede di correttivo del d.lgs. n. 149 del 2022 (o comunque valorizzare soluzioni interpretative nello stesso senso) che il decreto di fissazione della prima udienza da parte del Giudice di Pace *ex art. 318*, 2° comma, c.p.c. contenga l'avvertimento al convenuto delle decadenze di cui all'art. 319, 1° comma, c.p.c. in combi-

nato disposto con l'art. 281 *undecies*, 3° e 4° comma, c.p.c., nonché quanto alla obbligatorietà di difesa tecnica mediante avvocato per le liti di valore superiore ad euro 1.100,00, nonché quanto alla possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato sussistendone le condizioni.

GUILLERMO PALAO (ed), *The Singapore Convention on Mediation. A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar Publishing, 2022, VII-XXIX, 1-350.

Entered into force in September 2020, the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, commonly known as ‘the Singapore Convention’, promotes the use and circulation of international mediated settlement agreements (IMSAs). By offering an alternative to traditional litigation and arbitration, the Singapore Convention is a multilateral treaty which plays a vital role in enhancing the efficiency and effectiveness of dispute resolution processes premised on consent: notably, it applies to international settlement agreements resulting from mediation, concluded by parties to resolve a commercial dispute, and offers a uniform and efficient framework for the enforcement and invocation of such settlement agreements. Hence, similarly to what the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, signed in New York in 1958, has achieved in the context of arbitration awards, the Singapore Convention is intended to facilitate international trade by giving parties confidence that, where they settle disputes, settlements can be easily enforced across borders using uniform rules.

Joining the Convention is, therefore, a strong statement of a country’s commitment to trade, commerce and investment, and strengthens the country’s position in the field of international trade law. Since it opened for signature in August 2019, the Singapore Convention has been ratified by 11 countries: it is already in force in Belarus, Ecuador, Fiji, Georgia, Honduras, Kazakhstan, Qatar, Saudi Arabia, Singapore, and Turkey, and will enter into force in

Uruguay in September 2023. Furthermore, 56 countries have signed it, including the United States, China, India and, as recently as 3 May 2023, the United Kingdom. This latter signature may prove to be particularly effective at consolidating the United Kingdom's commitment to Alternative Dispute Resolution and strengthening its status as international hub for commercial dispute resolution. While, in principle, mediation is very encouraged in the United Kingdom, at present there are limited dedicated procedures for enforcing any resulting settlement. Prior to the United Kingdom's withdrawal from the European Union, the EU Mediation Directive (Directive 2008/52/EC) made some provision for the enforcement of cross-border mediated settlement agreements between the United Kingdom and other EU Member States. However, this has limited ongoing application from the end of the transition period on 1 January 2021. ⁽¹⁾ It follows that, at present, a party seeking to enforce the terms of a settlement agreement in the United Kingdom will typically need to bring legal proceedings for breach of contract. However, once the Singapore Convention enters into force in the United Kingdom, a party could instead apply to enforce an IMSA under the Convention. It is understood that, as a State party to the Singapore Convention and as a result of the Convention's non-reciprocal nature, the United Kingdom shall have a duty to recognize and enforce a mediated settlement agreement from any jurisdiction, provided the mediated settlement agreement falls within the scope of the Convention. The UK Government – which, in order for the United Kingdom to become Party to the Convention, needs to implement the Convention through changes to legislation and court rules and subsequently deposit its instrument of ratification – has indicated its intention to take the necessary steps to implement and ratify the Convention as soon as possible.

⁽¹⁾ The Directive is preserved in certain situations under Article 69(1)(b) of the Withdrawal Agreement: see EUR-Lex - 12019W/TXT(02) - EN - EUR-Lex (<europa.eu>).

Against this background, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, edited by Guillermo Palao – a distinguished authority in the field of private international law, including mediation – and published in 2022 by Edward Elgar Publishing, proves to be a timely and highly valuable resource in the proper understanding of such an innovative treaty. Notably, this volume offers a comprehensive investigation, analysis, and commentary on the Singapore Convention, shedding light on its significance and implications for the global practice of mediation, in particular, and cross-border dispute resolution in commercial matters, more in general.

Under the expert guidance of Guillermo Palao, the Commentary brings together contributions from international leading experts who analyse and contextualise various aspects of the Convention. One of the Commentary's strengths lies, in particular, in its meticulous approach to the subject matter. The chapters are well-structured, presenting a comprehensive overview of the Convention's key provisions and their implications. Each chapter explores different features and dimensions of the Singapore Convention, providing insightful commentary and practical guidance for its implementation and interpretation. It follows that, as remarked by Carlos Esplugues in his foreword to the Commentary, this book 'wisely combines theory and practice and provides practitioners and academics with a tool that (...) will be soon considered absolutely relevant for all of those who want/need to learn about the Singapore Convention, its rationale, goals, approaches and specific solutions'.

More in detail, the Commentary begins with an introductory chapter on 'Chronicles of the Singapore Convention: An Insider's View' which offers a detailed synopsis of the historic background to the Convention: notably, it identifies the gap that made the adoption of the Convention desirable, gives account of the manner by which the mandate to negotiate and the scope of the future

Convention were established, and recounts the negotiation processes that characterised the path towards the adoption of the Convention. The Commentary then delves into the text of the Convention with a chapter on the Preamble to the Convention – which identifies the object and purpose of the treaty through text, content, and intent – before tackling, in the subsequent chapters, the provisions of the Convention on an article-by-article basis.

As pertains to scope, the Commentary, under Article 1, sheds the light on, *inter alia*, how – to the aim of fostering predictability and uniform interpretation – the negotiators have strived to ensure complementarity and prevent overlapping in the scope of application of the Singapore Convention, on the one hand, and other existing multilateral treaties in cross-border dispute resolution, on the other hand. The comment to Article 3 then proceeds to illustrate the main obligation established under the Convention, *i.e.*, that Contracting Parties enforce (para. 1) and allow a party to invoke (para. 2) mediated settlement agreements that fall within the scope of the Convention. As detailed in the comment, the provision avoids using the term ‘recognition’ or ‘recognise’: the inclusion of such terms, as commonly understood in private international law, was opposed by some delegations that argued that the notion of *res judicata* should be used only in regards to matters stemming from acts of States, *e.g.*, court judgments.

Minimal procedural requirements for the enforcement of an IMSA are then set out at Article 4. The comment to this provision highlights how such requirements, which are exclusive and akin to the formalities that govern court enforcement procedures, are designed to satisfy the need for some form of verification, in light of the fact that the IMSA is going to be enforced without any scrutiny by a court. Such requirements, although minimal, are meant to ensure that the settlement agreement has been reached in a legal framework characterized by general fairness and cognition by the parties to the dispute of the consequences of their actions. It fol-

lows that agreements negotiated outside of mediation do not fall within the scope of the Convention.

Provided the IMSA satisfies the requirements set out at Article 4 of the Convention, it is deemed to be binding on the parties and eligible for enforcement, in accordance with Article 3, unless an interested party succeeds in rebutting this presumption. Article 5 lays down the limited defences that may be invoked against enforcement. As carefully detailed in the comment to this provision, such defences may be grouped in two main categories: defences that may be invoked and proven by a party (Article 5(1)) and defences that may be taken into account by the competent court on its own motion (Article 5(2)). These latter grounds pertain to the mediator's conduct: as expounded in the comment, they may arise from the drafting process, the breach of standards (serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the IMSA) or failure to disclose (failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator's impartiality or independence, provided such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the IMSA).

In addition to focusing on the relevant legal aspects and the historic background to the Convention, the Commentary also addresses practical considerations for the effective implementation of the Singapore Convention. It explores topics such as enforcement mechanisms, party autonomy, confidentiality, and the potential impact on existing dispute resolution frameworks. The authors draw from their practical experience and provide valuable insights that are useful for practitioners seeking to navigate the evolving landscape of international mediation. In particular under Article 7, the Commentary takes a comparative approach, examining the Convention's relationship with regional mediation frameworks, such as those in Europe, the United States, and Asia. Against this background, the Commentary also attentively analyses the inter-

play between the Singapore Convention and other regional or multilateral instruments regulating – in terms which encompass arbitration and litigation – cross-border dispute resolution. This global perspective enhances the Commentary's value, as it provides readers with a more in-depth understanding of how the Singapore Convention fits into the framework of cross-border dispute resolution and the legal implications arising from the Convention for parties involved in international mediation.

In conclusion, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* is a valuable addition to the Elgar Commentaries in Private International Law series and an indispensable resource for anyone seeking to understand the nuances of the Singapore Convention. With this Commentary, Guillermo Palao and the contributing authors strike a commendable balance between legal analysis and practical application, and create a highly prized reference that combines legal expertise, practical insights, and a global perspective. Consequently, this Commentary will undoubtedly prove to be an essential resource for practitioners, mediators, arbitrators, academics, as well as courts and policy-makers involved in the treatment and solution of cross-border commercial disputes.

Cristina M. Mariottini