

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. II

2022

N. 1

RIVISTA SEMESTRALE

I N D I C E

SAGGI

Andrea Simoncini e Elia Cremona <i>Mediazione e Costituzione</i>	3
Claudio Cecchella <i>La negoziazione assistita nelle controversie sulla crisi delle relazioni familiari dopo la riforma con legge n. 206 del 2021</i>	25
Juan F. Herrero Perezagua <i>Accordarsi o soccombere</i>	39
Stefania Brun <i>'Proceduralizzazione' dei poteri datoriali e mediazione sindacale. Il laboratorio trentennale in materia di licenziamenti collettivi</i>	79
Antonio Cassatella <i>Il procedimento amministrativo come strumento di giustizia consensuale. Potenzialità e limiti</i>	117

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

Lorenzo Bianchi <i>La conciliazione giudiziale tributaria. Criticità applicative e prospettive di riforma</i>	147
--	-----

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

Dilyara Nigmatullina and Ruohan Zhu
*A Study on the Use of Mediation in Combination with Arbitration.
The Experience of East Asia with Focus on Mainland China* 181

Francesca Valastro
*La mediazione in videoconferenza. Dalla situazione emergenziale agli
orizzonti futuri. Dati e note a margine di un'indagine empirica* 221

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

Maria Martello, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella no-
stra vita e nei tribunali* (Giuseppe Buffone) 265

MEDIAZIONE E COSTITUZIONE (*)

*Andrea Simoncini (**)* e *Elia Cremona (***)*

«*All Real Living is Meeting*»
M. BUBER, *Dall'Io al Tu* (1923)

SOMMARIO: 1. Leggere la Costituzione. – 2. Quale mediazione. – 3. La giustizia nella giurisdizione: la mediazione come ‘mezzo’. – 4. La giustizia oltre la giurisdizione: la mediazione come ‘fine’ nel sistema dei valori costituzionali. – 5. Conclusioni.

1. *Leggere la Costituzione.* – Quando si cerca di rintracciare la copertura costituzionale di istituti giuridici non espressamente disciplinati dalla Carta, il rischio che si corre è quello di piegare la Costituzione al proprio sistema di valori di riferimento. Così, ogni siffatta interpretazione della Costituzione finisce per essere nient'altro che un *argumentum ab auctoritate*. Quante volte – nel dibattito pubblico, ma anche scientifico – sentiamo brandire la Costituzione come baluardo di questa o quella posizione politica?

La Costituzione è stata spesso utilizzata come «strumento di legittimazione del reale e non più come garante e promotrice del

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022, 3-24. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo è frutto di una comune riflessione degli autori, ma i paragrafi 4 e 5 devono essere specificamente attribuiti ad Andrea Simoncini, mentre i paragrafi 1, 2 e 3 ad Elia Cremona.

(**) Professore Ordinario di Diritto Costituzionale nell'Università di Firenze.

(***) Assegnista di ricerca nell'Università di Siena.

cambiamento sociale»⁽¹⁾, con l'effetto di una svalutazione della sua capacità prescrittiva in favore di quella meramente descrittiva⁽²⁾.

In particolare, è stato osservato che nel tentativo di far dire alla Carta costituzionale ciò che essa esplicitamente non dice, i due 'eccessi' nei quali gli interpreti frequentemente incorrono sono quelli della iper-integrazione del testo e quello, opposto, della sua dis-integrazione⁽³⁾. In altre parole, talora si cade nell'errore di ricondurre tutte le norme costituzionali ad un disegno unitario monolitico – obliterando il fatto che essa fu espressione e compromesso di diverse anime costituenti⁽⁴⁾ – e talaltra si eccede nella valorizzazione di singole disposizioni, assegnando loro una forza prescrittiva

⁽¹⁾ G. AZZARITI, *I costituzionalisti al tempo di Babele*, in *Dir. pubb.*, 2010, 752 ss., dove l'a. avverte che il ritorno ad una valorizzazione del dato testuale non deve essere inteso come un ritorno al «logicismo normativista». Questi sottolinea che la Costituzione deve rappresentare il *medium*, e non lo scopo, dello scienziato costituzionalista, il quale è anzitutto chiamato a confrontarsi con la storia, che con il suo evolversi ha influito sulla redazione del testo e sull'interpretazione dei suoi contenuti. Cfr. anche G. ZAGREBELSKY, *Appunti in tema di interpretazione e di interpreti della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1970, 913; F. MODUGNO, *Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 51-81; A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 654 ss.

⁽²⁾ Così I. DE CESARE, *Ritorno alla Costituzione: dall'integrazione valoriale alla centralità del testo. Una rilettura dell'interpretazione letterale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2017, 2. Cfr. M. AINIS, *Le parole della Costituzione*, Napoli, 2014, 32 ss.; sulla distinzione tra principi, regole e valori nell'interpretazione costituzionale si veda G. PINO, *Tre concezioni della costituzione*, in *Teoria e Critica della Regolazione sociale*, Università degli Studi di Palermo, 2015, reperibile al seguente indirizzo: <<http://www1.unipa.it>>.

⁽³⁾ L. H. TRIBE, M.C. DORF, *Leggere la Costituzione. Una lezione americana*, Bologna, 2005, 27, ove si critica l'impostazione secondo la quale la Costituzione è integrata da una sorta di «essenza dello spirito» di un popolo e si avverte dei rischi di farle dire ciò che si vuole che essa dica, sfruttando la lacunosità e l'ambiguità del testo costituzionale.

⁽⁴⁾ E. CHELI, *Il problema storico della costituente*, in ID., *Costituzione e sviluppo delle istituzioni in Italia*, Bologna, 1978.

che invece necessita di essere armonizzata e coordinata con altri princìpi, regole e valori di pari tono costituzionale ⁽⁵⁾.

Premessi questi doverosi *caveat*, se tuttavia vogliamo ancora riconoscere alla Costituzione la capacità di incoraggiare, orientare e, talvolta, limitare le spinte innovatrici del diritto vivente qualche rischio andrà pur corso.

Così, nelle pagine che seguiranno, il tentativo sarà quello di rintracciare se vi sia, a partire dal testo, un fondamento (o una preferenza) costituzionale per l'istituto della mediazione quale strumento per la risoluzione delle controversie, rifuggendo approcci iperovvero dis-integrativi della Carta, ma allo stesso tempo preservandone la sua capacità di assumere forme nuove, adeguate allo spirito del tempo.

2. *Quale mediazione.* – Innanzitutto, bisogna chiarire a quale idea di mediazione si fa riferimento. Ci sono – com'è noto – molti modi di intenderla e di praticarla: solitamente si utilizza la divisione fra il modello *evaluative/adjudicative* e quello *facilitative/non adjudicative* ⁽⁶⁾.

Ebbene, sotto un profilo costituzionale, la distinzione tra i due 'stili' è essenziale. Nel primo caso si ha un'effettiva sostituzione del mediatore al giudice, con il deferimento di un potere quasi decisionale ad un soggetto privato anziché pubblico ⁽⁷⁾. Com'è intuibile, in questo caso, i profili di frizione con il modello costituzionale di una giurisdizione inderogabilmente pubblica sarebbero molti, se non a costo di considerare sovrapponibili la mediazione e l'arbitrato, e dovendo però allora rinunciare ad ogni forma di c.d. giurisdizione

⁽⁵⁾ *Ivi*, 30-4.

⁽⁶⁾ S. ROBERTS, M. PALMER, *Dispute Process. ADR and the Primary Forms of Decision-Making*, Cambridge, 2008; R.A. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2004.

⁽⁷⁾ A. LORENZETTI, *Il tessuto costituzionale della mediazione*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 229-30; C. TROISI, *Autonomia privata e gestione dei conflitti*, Napoli, 2007, 87 ss.

condizionata: una mediazione ‘aggiudicativa’ non dovrebbe porsi come condizione di procedibilità di una domanda di giurisdizione.

Ma non è questa la prospettiva che qui interessa. Piuttosto, il modello di mediazione a cui si vuole fare riferimento è quello propriamente facilitativo, nel quale le parti di una controversia sono aiutate da un terzo, professionista mediatore, e dal proprio consulente legale, a gestire in *autonomia*, ma insieme, la relazione antagonista. È solo in questa prospettiva, che corre sul crinale tra giustizia consensuale e processuale, che può essere effettivamente impostato un discorso in termini di costituzionalità (e, perché no, di costituzionalizzazione) del previo tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda di giurisdizione.

Con parole precise la dottrina ha osservato che «i cittadini *devono* fare esercizio della loro autonomia, cioè del potere di conoscere, valutare e decidere come affrontare la sorte dei propri problemi secondo i propri interessi. Non si tratta affatto di una contraddizione inaccettabile se solo si configuri come l’obbligo di tentare la strada della consapevolezza e della responsabilità»⁽⁸⁾.

L’apparente paradosso fra l’obbligo di tentare la mediazione e la consensualità che ne caratterizza l’esito «si scioglie completamente se si considera che alla porta della giurisdizione e dunque della delega al giudice per la decisione della controversia si accede – l’accesso è garantito – passando dalla stanza dell’autonomia, assistita da chi protegge da possibili abusi e asimmetrie, facilitata dal professionista imparziale. Le parti del conflitto arrivano dinanzi al giudice solo da questo ingresso, non laterale, non secondario, ma principale se si considera la giustizia come una risposta ai reali bisogni delle persone che nella sosta dell’autonomia diventano consapevoli del problema e responsabili della soluzione. Se assistite da professionisti competenti, le persone in conflitto possono, secondo l’ordine logico e cronologico: percepire il senso e forse anche le difficoltà del confronto e cercare di comprenderne le ragioni; acquisire

⁽⁸⁾ P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 27.

la consapevole visione del problema e degli interessi; collaborare nell'individuazione dell'accordo possibile e condividere la soluzione»⁽⁹⁾.

Così intesa, la mediazione produce *ordine*, dunque ordinamento, dunque diritto⁽¹⁰⁾. L'ordine *negoziato*, che sostituisce l'ordine *imposto*⁽¹¹⁾, diviene così non solo fenomeno regolatore delle relazioni sociali, ma vera e propria fonte del diritto, perno di un ordinamento giuridico che, inteso in senso romaniano, si organizza e si alimenta dal basso⁽¹²⁾, costruendo una società più unita e coesa⁽¹³⁾.

3. *La giustizia nella giurisdizione: la mediazione come 'mezzo'*. – Così impostati i termini generali della nostra ricostruzione, occorrerà muovere innanzitutto dall'analisi di quello che si configura at-

⁽⁹⁾ *Ivi*, 27-8.

⁽¹⁰⁾ Diritto come «ordinamento osservato», secondo la classica lezione di Paolo Grossi. *Ex multis*, cfr. P. GROSSI, *Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 25, 1996, 268.

⁽¹¹⁾ Da un punto di vista teoretico, il diritto si configura come: *ordine accettato* laddove prevale la consuetudine, l'appartenenza al gruppo sociale di riferimento, declinandosi come ordinamento inclusivo; come *ordine contestato*, laddove vige la legge del più forte, declinandosi come ordinamento esclusivo; come *ordine imposto*, laddove vige il primato della legge e del giudizio; come *ordine negoziato*, laddove vige un modello compromissorio. Così G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Il conflitto tra giudizio e mediazione*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 735-6.

⁽¹²⁾ SANTI ROMANO, *Lo stato moderno e la sua crisi* (1909), in *ID.*, *Scritti minori*, I, a cura di G. ZANOBINI, I, Milano 1950, 311 ss.; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918), II ed., Firenze, 1946; cfr. anche SALVATORE ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1955, 249 ss.; W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati* (1929), Milano, 1963; SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 14 ss.

⁽¹³⁾ Secondo i dati diffusi dal Ministero della Giustizia il 21 marzo 2022, il numero di mediazioni attivate negli ultimi dieci anni è il seguente: nel 2011, 60.810; nel 2012, 154.879; nel 2013, 41.604; nel 2014, 179.587; nel 2015, 196.247; nel 2016, 183.977; nel 2017, 166.989; nel 2018, 151.923; nel 2019, 147.691; nel 2020, 125.754; nel 2021, 166.511.

tualmente come il paradigma dominante il pensiero giuridico-politico sull'istituto della mediazione.

Ovviamente, anche questo valore 'strumentale' della mediazione si afferma comunque in relazione a valori di primario rango costituzionale – in particolare gli artt. 24 e 111 Cost. – valorizzando i benefici che essa può apportare, tramite la sua funzione deflattiva, al diritto di difesa in giudizio e al giusto processo, postulandosi che a un minor numero di processi corrispondano processi più veloci e, anche per questo, più giusti.

È evidente che, a ben vedere, questa lettura prevalentemente *strumentale* del valore costituzionale della mediazione si fonda su un presupposto concettuale tanto implicito quanto culturalmente diffuso nel ceto dei giuristi; ci riferiamo all'idea che il tema della 'giustizia' intesa come 'garanzia e tutela dei diritti' debba essere collocata unicamente all'interno del potere giurisdizionale.

Il processo – *giusto* in quanto regolato dalla legge – è e rimane la modalità privilegiata attraverso cui le persone possono avere piena tutela dei propri diritti riconosciuti e garantiti dal sistema costituzionale.

Ovviamente, affatto diverso sarebbe lo scenario interpretativo se accedessimo all'idea che non vi sia una necessaria co-estensione tra la nozione di *giustizia* e quella di *giurisdizione* ⁽¹⁴⁾, non potendosi ridurre la nozione di giustizia al solo novero dei rimedi giurisdizionali; in questo caso, la mediazione potrebbe essere presa in considerazione come un fattore in grado di aumentare di per sé l'accesso alla giustizia e non solo quale facilitatore funzionale della 'giustizia-giurisdizione'.

Tuttavia, se diamo uno sguardo, ad esempio, al sistema normativo europeo, sia convenzionale che unionale, questa eccedenza assiologica della nozione di giustizia rispetto ai rimedi giudiziari emerge solo recentemente e ad opera di fonti subordinate, essendo i testi

⁽¹⁴⁾ Sviluppando le intuizioni che furono di M. CAPPELLETTI, *Access to Justice and the Welfare State*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1981, Publications of the European University Institute, 7.

‘costituzionali’ pattizi perlopiù ispirati alla concezione *giurisdizionale* della giustizia.

L’art. 47 Carta di Nizza, collocato all’interno del Capo VI interamente dedicato appunto alla *Giustizia*, solennemente ribadisce che «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell’Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice, nel rispetto delle condizioni previste nel presente articolo. Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale, precostituito per legge»; come si vede, non prende in considerazione i sistemi di *alternative dispute resolution*. Allo stesso modo, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, a partire dall’art. 6, e nei suoi Protocolli aggiuntivi, è disseminata di disposizioni in materia di giustizia, ma usualmente riferita a quella giudiziaria, non contemplando quella *consensuale*.

Negli atti di diritto europeo derivato la mediazione emerge come strumento complementare, sebbene mai alternativo, alla giustizia giurisdizionale ⁽¹⁵⁾.

La direttiva 2008/52/CE sulla mediazione in materia civile e commerciale rappresenta un primo segnale di un possibile cambio di paradigma verso forme di risoluzione delle controversie alternative alla via giurisdizionale ⁽¹⁶⁾. Essa esplicitamente pone come

⁽¹⁵⁾ Cfr. anche, in sede di Consiglio d’Europa, le raccomandazioni sulla mediazione familiare (raccomandazione R (1998) 1), sulla mediazione in materia penale (raccomandazione R (1999) 19) e sulle alternative al contenzioso tra autorità amministrative e parti private (raccomandazione Rec (2001) 9).

⁽¹⁶⁾ Si tratta della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 136 del 24 maggio 2008, 3 ss. Le radici di questa trasformazione culturale e giuridica risalgono a fasi ancora precedenti. Il Consiglio europeo, nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, aveva invitato gli Stati membri ad istituire procedure stragiudiziali e alternative al giudizio al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia quale principio fondamentale. Nel maggio 2000 il Consiglio aveva adottato conclusioni sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, affermando che «l’istituzione di principi fondamentali in questo settore è un passo essenziale verso

obiettivo quello di facilitare l'accesso alla *giustizia* promuovendo la composizione amichevole delle controversie.

Come afferma testualmente il secondo considerando della direttiva, «il principio dell'accesso alla giustizia è fondamentale e, al fine di agevolare un miglior accesso alla giustizia, il Consiglio europeo nella riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999 ha invitato gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative».

Il ricorso alla mediazione viene incoraggiato con l'accortezza di garantire «un'equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario»⁽¹⁷⁾, non soltanto nelle controversie transfrontaliere, ma anche «ai procedimenti di mediazione interni»⁽¹⁸⁾.

Nella stessa direzione, la direttiva 2013/11/UE in materia di ADR per le controversie nel settore del consumo⁽¹⁹⁾, considera la mediazione come uno strumento per assicurare un *più alto* livello di tutela del consumatore⁽²⁰⁾, sebbene in questo caso la base giuridica sia rappresentata dall'art. 114 TFUE, ovvero dalla necessità di assicurare il migliore funzionamento del mercato interno tramite soluzioni '*fast and fair*' delle controversie.

Lo stesso fondamento giuridico, per così dire, 'mercantilistico' ritorna nelle previsioni del regolamento UE n. 524/2013 in materia di *online dispute resolution*, c.d. regolamento ODR per i consuma-

l'appropriato sviluppo e l'operatività dei procedimenti stragiudiziali per la composizione delle controversie in materia civile e commerciale così come per semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia» (poi recepiti nei considerando 3 e 4 direttiva 2008/52/CE). Cfr. M. MARINARO, *La mediazione dei conflitti tra personalismo e solidarismo costituzionali*, in ID. (a cura di), *Materiali di ricerca per la mediazione conciliativa. Raccolta sistematica di articoli*, II, Roma, 2014, 29 ss.

⁽¹⁷⁾ Art. 1 dir. 2008/52/CE.

⁽¹⁸⁾ Cons. 8 dir. 2008/52/CE.

⁽¹⁹⁾ È la direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva sull'ADR per i consumatori), pubblicata in *Gazz. uff. UE*, L 165 del 18 giugno 2013, 63 ss.

⁽²⁰⁾ Art. 1 dir. 2013/11/UE.

tori⁽²¹⁾, e nel regolamento c.d. *Platform to Business* (P2B)⁽²²⁾, che rappresentano due importanti corpi normativi all'interno del *Digital Single Market*.

A livello europeo l'incentivo ai meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie si associa al carattere 'volontario' della mediazione, con ciò intendendosi non la libertà delle parti di ricorrere o meno a tale procedimento, ma il fatto che «le parti gestiscono esse stesse il procedimento e possono organizzarsi come desiderano e porvi fine in qualsiasi momento»⁽²³⁾.

Nella normativa europea, in realtà, assume rilevanza non tanto il carattere obbligatorio o facoltativo del sistema di mediazione scelto dal legislatore nazionale, bensì il fatto che sia preservato il diritto di accesso delle parti al sistema giudiziario e che la previsione nazionale in tema di mediazione non sia tale da pregiudicare l'accesso alla giurisdizione e il corretto funzionamento del mercato.

Come ha ricordato la Corte di Giustizia UE nella nota vicenda *Alassini*, un tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali è perfettamente compatibile con il diritto euro-unitario e non è in contrasto con i principi di equivalenza e di effettività, né con il principio della tutela giurisdizionale effettiva⁽²⁴⁾.

⁽²¹⁾ Si tratta del regolamento UE n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie *online* dei consumatori e che modifica il regolamento CE n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), pubblicato in *Gazz uff. UE*, L 165 del 18 giugno 2013, 1 ss.

⁽²²⁾ Artt. 12 ss., regolamento UE 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*, pubblicato in *Gazz uff. UE*, L 186 del 11 luglio 2019, 57 ss.

⁽²³⁾ Cons. 13 dir. 2008/52/CE.

⁽²⁴⁾ C. Giust. UE, sez. IV, 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia S.p.a.* (C-317/08), *Filomena Califano c. Wind S.p.a.* (C-318/08), *Lucia Anna Giorgia Iacono c. Telecom Italia S.p.a.* (C-319/08) e *Multiservice S.r.l. c. Telecom Italia S.p.a.* (C-320/08), in *Giur. it.*, 2010, 2585, con nota di C. BESSO; in *Foro it.*, 2010, IV, 361 ss., con nota di G. ARMONE, P. PORRECA, *La mediazione civile nel sistema*

Ciò, però, purché siano rispettate determinate condizioni, ovvero: a) tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti; b) non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale; c) sospenda la prescrizione dei diritti in questione; d) non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti; e) la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione; f) sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo impone⁽²⁵⁾.

In ogni caso, sia che venga considerata strumentale all'accesso alla giurisdizione, sia che venga considerata facilitante il funzionamento del mercato interno, la mediazione è sempre considerata un 'mezzo' per raggiungere scopi altri.

Se portiamo lo sguardo alla dimensione nazionale, l'approccio non muta, sia sul piano squisitamente normativo, con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sia sul piano dell'interpretazione dell'istituto da parte della giurisprudenza costituzionale, di legittimità e di merito.

Quanto al d.lgs. n. 28 del 2010, la previsione delle ipotesi nelle quali la mediazione è condizione di procedibilità, dopo la nota sentenza della Corte costituzionale del 6 dicembre 2012, n. 272 che ne aveva dichiarato l'incostituzionalità per eccesso di delega (e non, si badi, per violazione degli artt. 24 e 111 Cost.) e la successiva reintroduzione ad opera del c.d. Decreto del Fare⁽²⁶⁾, è concepita in un'ottica sostanzialmente deflattiva, al punto che si è potenziato – opportunamente – anche l'istituto della mediazione *iussu iudicis*, delegata dal giudice.

Quanto alle ondivaghe letture giurisprudenziali sui diversi profili dell'effettività del primo incontro, della partecipazione personale

costituzional-comunitario. Cfr. Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8241, in *Giust. civ.*, con nota di G. FANELLI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sulle conseguenze del mancato esperimento del tentativo di conciliazione in materia di telecomunicazioni*.

⁽²⁵⁾ *Ibidem*.

⁽²⁶⁾ D.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2013, n. 98.

delle parti, dell'onere di attivazione della procedura e, soprattutto, delle materie nelle quali il tentativo di mediazione costituisce condizione di procedibilità, un punto torna costante: la compatibilità costituzionale delle norme in materia di mediazione dipende dal fatto che esse – giustamente – non precludano o non rendano eccessivamente gravoso l'accesso alla giurisdizione.

Si possono qui brevemente richiamare alcuni precedenti, proprio a partire dalla questione della possibilità costituzionale di imporre il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda di giurisdizione.

La Corte costituzionale, nell'importante sentenza n. 276 del 2000, in punto di tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, ebbe ad affermare che «invero, il tentativo obbligatorio di conciliazione è strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio. La logica che impone alle parti di 'incontrarsi' in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi fin dall'inizio in contraddittorio fra le parti»⁽²⁷⁾. La logica è quella propriamente processuale, solo trasposta in altra sede.

Da lì in poi, la Corte costituzionale ha riconosciuto sempre maggiore autonomia all'istituto e alle sue logiche, naturalmente anche in forza del sopravvenuto intervento normativo europeo e nazionale, segnalando che la previsione di procedure obbligatorie di conciliazione deve essere «messa in relazione con l'interesse generale al soddisfacimento più immediato delle situazioni sostanziali», che può passare attraverso la composizione preventiva della lite «a condizione di non precludere o rendere eccessivamente oneroso o difficoltoso l'accesso alla tutela giurisdizionale per la parte che non sia appagata dalla composizione preventiva, circondando di cautele le ipotesi di c.d. giurisdizione condizionata e privilegiando quindi,

⁽²⁷⁾ Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, punto 6.1.

espressamente, una ricostruzione in termini di improcedibilità piuttosto che di improponibilità della domanda»⁽²⁸⁾.

Col ch ,   stato generalmente condiviso dalla dottrina che, in una prospettiva costituzionalmente orientata, la configurazione del tentativo di conciliazione come condizione di procedibilit  costituisce un'opzione privilegiata perch  consente di contemperare le 'finalit  deflattive' perseguite mediante le procedure di conciliazione con i principi costituzionali posti a presidio del diritto di difesa⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403. Cfr. anche Corte cost., 26 luglio 1979, n. 93, Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82 e la gi  citata Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE, cfr. sul punto C. Giust. UE, 14 giugno 2017, *Menini e a.*, causa C-75/16, punto 52, che, oltre a ribadire i limiti entro i quali sia compatibile con il diritto europeo una normativa nazionale che introduca passaggi intermedi all'accesso alla giurisdizione, presuppone che il tentativo obbligatorio di conciliazione, compatibile entro quei limiti, sia strutturato in termini di condizione di procedibilit . Cfr. sul punto Trib. Bari, 8 ottobre 2015, n. 4237, secondo cui «un'interpretazione costituzionalmente orientata (e 'in senso non estensivo'; cfr. Corte cost., 30 novembre 2007, n. 403 cui si aggiunge Corte cost., 25 luglio 2008, n. 296) delle norme istitutive della c.d. giurisdizione condizionata (quali quelle che prevedono lo svolgimento, in via precontenziosa, di un tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di lavoro; cfr. Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82) impone di considerare tali oneri preprozessuali in termini tali da non costituire un aggravio eccessivamente oneroso per la parte che intenda far valere il suo diritto in giudizio (pena la violazione del precetto enunciato dall'art. 24, 1  comma, Cost.), cos  che se la questione sulla procedibilit  della domanda giudiziaria (che rimane sottratta alla disponibilit  delle parti e rimessa al potere-dovere del giudice del merito, da esercitarsi nella prima udienza) non sia stata rilevata dal giudice entro detto termine (ancorch  segnalata) [...] l'azione giudiziaria prosegue, in ossequio al principio di speditezza di cui agli artt. 24 e 111, 2  comma, Cost. (e la questione stessa non pu  essere riproposta nei successivi gradi del giudizio; cfr., nei termini, Cass., 22 giugno 2004, n. 11629 cui si aggiunge Cass., 19 luglio 2004, n. 13394, Cass., 12 giugno 2007, n. 13708)». Cfr. anche Cass., sez. un., 18 settembre 2020, (ud. 07 luglio 2020, dep. 18 settembre 2020), n. 19596 circa l'onere di attivare la mediazione, a seguito di opposizione a decreto ingiuntivo, a carico della parte opposta. Cfr. anche Cass, sez. un., 28 aprile 2020, nn. 8240 e 8241.

⁽²⁹⁾ I. PAGNI, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012, n. 272*, in *Corr. giur.*, 2013, 262 ss.; G. FINOCCHIARO, *Osservazioni minime a margine della declaratoria di illegittimit  costituzionale della c.d. «mediazione obbligatoria»*, in *Giust. civ.*, 2013, I, 23.

Ora, condizionando la procedibilità delle domande giudiziali all'esperimento di un tentativo di conciliazione obbligatorio, la normativa italiana ha introdotto una tappa aggiuntiva da superare prima di poter accedere al giudice ordinario⁽³⁰⁾, col ch  la mediazione   stata da taluni considerata come un ostacolo al soddisfacimento della domanda di giustizia, se non addirittura una forma di «rinuncia alla giurisdizione»⁽³¹⁾.

Per le ragioni sopra dette, il profilo della conformit  a Costituzione della condizione di procedibilit    stato ormai acclarato, anche a seguito di successive sentenze di inammissibilit  di questioni di legittimit  costituzionale⁽³²⁾, e – da ultimo – tramite il riconoscimento delle spese per l'assistenza legale in sede di mediazione (in ipotesi, sempre, nelle quali essa sia condizione di procedibilit ) tra quelle ammesse al patrocinio dello Stato⁽³³⁾.

Resta per  il fatto che la base costituzionale   stata sino ad oggi individuata nell'ambito delle forme di giurisdizione condizionata, gi  ammesse nel diritto del lavoro e nel diritto tributario, ma nulla pi  di questo: uno spazio in cui la mediazione   sostanzialmente 'tollerata', a condizione che non sia oltremodo rallentato l'accesso alla giurisdizione⁽³⁴⁾.

Sul punto vorremmo essere chiari: questa visione della mediazione come strumentale rispetto ad una pi  efficiente giurisdizione   del tutto corretta e costituzionalmente auspicabile. La piena realizzazione dei valori sottesi alla giurisdizione (artt. 24 e 111 Cost.)

⁽³⁰⁾ Cass. civ., sez. III, 24 ottobre 2018, n. 26913.

⁽³¹⁾ Richiama tale orientamento Corte cost. n. 272 del 2012 cit.

⁽³²⁾ Corte cost., 18 aprile 2019, n. 97.

⁽³³⁾ Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 10, la quale ha dichiarato l'illegittimit  costituzionale del testo unico sulle spese di giustizia, nella parte in cui non prevede che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attivit  difensiva svolta nella mediazione obbligatoria.

⁽³⁴⁾ Rileva M. MARINARO, *La mediazione dei conflitti tra personalismo e solidarismo costituzionali*, cit., 31, che «una giurisdizione statale onnivora (per ci  stesso identificata con l'accesso alla giustizia *tout court*) costituiva cos  causa ed effetto di una prospettiva nella quale tra strumenti conciliativi e processo civile si delineava un chiaro rapporto tra regola ed eccezione».

si colloca tra gli obiettivi irrinunciabili del nostro sistema costituzionale. Il punto che vorremmo approfondire, però, è il seguente: la mediazione, da un punto di vista costituzionale, è *solo* questo?

È solo uno strumento di deflazione? O, meglio, il suo valore consiste esclusivamente nel realizzare condizioni più agevoli ed efficienti per la gestione del servizio giudiziario? Ovvero essa è in grado di attingere ad altre sorgenti della Carta costituzionale, che ne valorizzino la capacità generativa (o ri-generativa) di relazioni e coesione sociale?

4. *La giustizia oltre la giurisdizione: la mediazione come 'fine' nel sistema dei valori costituzionali.* – Ci si chiede quindi se sia possibile una lettura della Costituzione per cui la mediazione non sia solo un mezzo per perseguire altri fini, ma possa essa stessa essere considerata come un fine costituzionalmente rilevante.

Indubbiamente oggi sembra prevalere (ma per quanto tempo ancora? ⁽³⁵⁾) una lettura 'ipermoderna' della Costituzione, in cui il nocciolo duro è rappresentato dalla garanzia dei diritti pensati essenzialmente come forme di autodeterminazione individuale. Una lettura, questa, che corrisponde ad una antropologia giuridica sostanzialmente individualistico-pretensiva ⁽³⁶⁾.

Così, l'enfasi sui diritti ha comportato una vera e propria *damnatio* della categoria dei doveri ⁽³⁷⁾, per cui il catalogo dei diritti si è,

⁽³⁵⁾ Si vedano, ad esempio, le pagine di S. CASSESE, *Il buongoverno. L'età dei doveri*, Milano, 2020, ovvero in prospettiva più generale M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Bari, 1999.

⁽³⁶⁾ Cfr. per tutti N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

⁽³⁷⁾ Sulla quale si rinvia in particolare a G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 13. Ma cfr. anche G. TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 2072; A. BARBERA, *Commento sub art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione, Principi fondamentali*, Bologna-Roma, 1975, 122; V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale*, in *Federalismi.it*, 2021, 306.

fortunatamente, allungato sempre più, ma senza che a ciò corrispondesse una parallela responsabilizzazione dei titolari di tali diritti. L'effetto è stato il sostanziale assorbimento dei tradizionali diritti di libertà, e dei nuovi diritti, in una unica, nuova, *Grundnorm* che è quella del diritto all'autodeterminazione⁽³⁸⁾.

Simmetricamente, i tradizionali diritti sociali (alla salute, all'educazione, al lavoro, all'assistenza sociale) si sono trasformati in diritti a *prestazioni* da parte dello Stato⁽³⁹⁾ e la categoria dei doveri costituzionali è stata svuotata fino a ricomprendere solamente l'obbligo tributario: una tautologia del principio di legalità.

Il 'giuridico' è divenuto, così, sinonimo di 'giustiziabile', riconoscendo sempre più alle corti il ruolo di promuovere l'avanzamento dei diritti e di rimuovere le disuguaglianze sociali. Una vera e propria enfasi sul ruolo della magistratura nella promozione del cambiamento sociale che ha tratto con sé anche l'accentramento della giustizia nell'area della sola giurisdizione, obliterando il fatto che il diritto vive anche al di fuori delle aule dei tribunali.

In questo contesto ben si colloca la lettura (puramente) strumentale della mediazione rispetto alla tutela giurisdizionale dei diritti, di cui abbiamo detto sopra.

E tuttavia questa lettura non solo non è l'unica possibile, ma soprattutto non può essere considerata l'unica accettabile. In Costituzione il termine *giustizia* si usa, in effetti, prevalentemente per indicare la giurisdizione⁽⁴⁰⁾; due spunti testuali però fanno ritenere che nel lessico costituzionale esista, o quantomeno si debba presuppor-

⁽³⁸⁾ Si pensi in particolare a tutto il settore della salute e della bioetica, dove l'autodeterminazione informativa costituisce – salvo rare eccezioni – la vera norma costituzionale informativa dell'intera materia.

⁽³⁹⁾ Ne dà conto 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*.

⁽⁴⁰⁾ Artt. 101, 102, 103, 108, 110, 116, 117, 125 Cost., mentre agli artt. 107 e 110 Cost. il termine giustizia è impiegato ovvero per qualificare il relativo Ministero.

re, una nozione più ampia di giustizia, non solo ristretta alla funzione giurisdizionale così come regolata dalle leggi.

Innanzitutto, l'art. 11 Cost., a norma del quale si acconsente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace «e la giustizia», e l'art. 111 Cost., nella misura in cui si avverte la necessità di aggiungere l'aggettivo «giusto» al processo, dunque postulando logicamente una non perfetta sovrapposibilità dei concetti di giustizia e giurisdizione. In entrambi i casi il riferimento è, dunque, alla *iustitia* di agostiniana memoria ⁽⁴¹⁾ e non certo alla mera esistenza della funzione giurisdizionale; il riferimento è ad una qualità delle relazioni tra gli Stati e tra il cittadino e lo Stato.

A questi due indizi testuali si aggiungono più ampie considerazioni di natura logico-sistematica. La nostra Costituzione – è noto – poggia su di una antropologia relazionale non individualista, ma comunitaria ⁽⁴²⁾, che valorizza e promuove le *spinte coesive* presenti nella società civile ⁽⁴³⁾.

A partire dal noto ordine del giorno Dossetti ⁽⁴⁴⁾, l'art. 2 Cost. riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle *formazioni sociali* ove si svolge la sua personalità, richiedendo al contempo l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e *sociale*. La solidarietà, dunque, nella nostra prospettiva costituzionale, si declina come l'assunzione del bisogno altrui come proprio (*solidus*), il che comporta la costruzione del sistema di doveri costituzionali non in chiave statolatrica

⁽⁴¹⁾ AGOSTINO DI IPPONA, *De Civitate Dei*, Libro IV, 4.1, per il quale: «Se non è rispettata la giustizia, che cosa sono gli Stati se non delle grandi bande di briganti?».

⁽⁴²⁾ G. DOSSETTI, *La Costituzione. Le radici i valori le riforme*, Roma, 1996.

⁽⁴³⁾ F. PIZZOLATO, voce *Fraternità (principio di)*, in *Dig. it. disc. pubbl.*, Agg., Torino, 2012, 398 ss.; ID., *Appunti sul principio di fraternità nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 2001, 753 ss. e 801 ss.; ID., *Il principio costituzionale di fraternità itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012.

⁽⁴⁴⁾ Presentato in Assemblea costituente nella Prima sottocommissione il 9 settembre 1946, sulla «anteriorità della persona – intesa nella sua necessaria socialità – rispetto allo Stato».

(come temevano i costituenti viste le esperienze totalitarie a cavallo delle due guerre mondiali), bensì personalistica. L'uomo concreto, l'*homme situé* ⁽⁴⁵⁾ e non l'individuo astratto dello Stato liberale, è essenzialmente costituito da bisogni, dunque non può essere esclusivamente autodeterminato; esso è – anche ed allo stesso tempo – necessariamente eterodeterminato. Tanto è vero che per realizzare compiutamente la propria soggettività ha un bisogno imprescindibile di interesse relazioni.

Per questa ragione la nostra Costituzione configura i diritti sociali non appena come 'diritti a prestazioni da parte dello Stato', ma innanzitutto come diritti a *relazioni costitutive*: la salute si declina nel rapporto medico-paziente; l'educazione nel rapporto maestro-allievo; il lavoro nel rapporto datore-lavoratore ⁽⁴⁶⁾. Esiste dunque nella Costituzione quello che potremmo chiamare un *favor relationis*, che scaturisce dall'art. 2 Cost. e che irradia l'intero testo costituzionale.

Orbene, in questa lettura *ut magis valeat* ⁽⁴⁷⁾ della Costituzione, in cui cioè assume un valore decisivo la generazione (ovvero la rigenerazione, laddove interrotta) delle relazioni tra le persone – base della coesione sociale fondamentale – l'istituto della mediazione assume una luce tutt'affatto diversa.

Uno strumento che, dinanzi ad un conflitto, miri non alla 'decisione' giudiziaria, orientata a separare la ragione dal torto ⁽⁴⁸⁾, ma alla ricostruzione dell'accordo tra i protagonisti del conflitto in modo da estinguere la lite, ha un valore non solo riflesso, ma *diret-*

⁽⁴⁵⁾ Sulla nozione di *homme situé*, si veda G. BURDEAU, *Traité de science politique*, VII, *La démocratie gouvernante, son assise sociale et sa philosophie politique*, Paris, 1973, 37 ss.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. ancora E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali*, cit., *passim*.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982.

⁽⁴⁸⁾ Il termine decisione, come noto, deriva dal latino *decisio*, *-onis*, dal participio passato *decisus* di *decidere*: 'tagliar via, metter fine' ed ha nell'apologo della 'decisione' di Salomone tra le due madri contendenti (I Libro dei Re, 3, 16-28) il paradigma biblico.

to. Ha un valore diretto perché realizza *immediatamente* alcuni dei valori fondamentali posti alla base della stessa Costituzione: ha un valore immediato di *giustizia*, appunto, *consensuale*, sebbene radicalmente diversa dallo strumento giurisdizionale.

Questo *favor relationis*, presente *in nuce* nell'art. 2 Cost., ritorna in molte disposizioni costituzionali. Si è già detto del corpo dei diritti sociali, così come ritorna nella cosiddetta 'funzionalizzazione sociale' della proprietà, dell'impresa, della cooperazione (ex artt. 41-43 e 45 Cost.). Ma vi sono tre settori nei quali emerge con maggiore chiarezza la valorizzazione delle spinte coesive e riconciliative: la disciplina costituzionale della famiglia⁽⁴⁹⁾, la previsione della finalità indefettibilmente rieducativa, oltre che retributiva, della pena ex art. 27 Cost. e, ancor più, il principio di sussidiarietà orizzontale ex art. 118 Cost.

L'art. 29, 2° comma, Cost. dispone che «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, con i limiti stabiliti dalla legge a garanzia dell'*unità familiare*»⁽⁵⁰⁾. L'unità della famiglia è, dunque, un interesse espressamente richiamato dalla Costituzione.

Ci sia consentita una rapida riflessione sul fatto che, stante questa espressa disciplina costituzionale, a fianco dell'esistenza di un procedimento giurisdizionale volto ad ottenere lo scioglimento del vincolo familiare – quando non è più possibile mantenere l'unità della famiglia – avrebbe dovuto essere previsto un parallelo strumento giuridico, lontano dalle logiche antagoniste del diritto pro-

⁽⁴⁹⁾ Nelle sole ipotesi di separazione consensuale, richiesta congiunta di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio e modifica delle condizioni di separazione o di divorzio è prevista la facoltà di ricorrere al ben diverso istituto della negoziazione assistita la cui apposita procedura è prevista e disciplinata dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162. Questo a differenza di altri ordinamenti (come, ad esempio, in Francia e in Canada) in cui il diritto di famiglia è il terreno elettivo per l'esperimento di tentativi di mediazione anche obbligatori.

⁽⁵⁰⁾ Nostro il corsivo.

cessuale, volto a verificare se non vi fosse la possibilità di mantenere, ricostruire o interrompere pacificamente l'unità familiare.

Eppure, neanche in quest'ambito, sebbene sia evidente il *favor relationis*, è stata prevista la disciplina obbligatoria della 'mediazione familiare', quale istituto direttamente attuativo dell'auspicio costituzionale di garantire l'unità familiare', così come accade invece in altri ordinamenti giuridici europei.

«Le pene (...) devono tendere alla rieducazione del condannato». Questa straordinaria conquista della civiltà giuridica, scolpita nelle parole dell'art. 27 Costituzione italiana, è un'altra chiarissima 'traccia' visibile nel tessuto della nostra Costituzione del suo DNA personalista e, di conseguenza, della dichiarata preferenza per la ricostituzione della relazione anche dinanzi alla più profonda e drammatica delle ferite, quella penale.

Anche dinanzi alla violazione del diritto penale, il nostro costituente non accede ad una visione meramente retributiva della pena, intesa come afflizione proporzionata al disvalore realizzato dal comportamento e, non solo vieta in ogni caso pene consistenti in «trattamenti contrari al senso di umanità», ma si spinge a chiedere alla pena una funzione riabilitativa, volta alla possibilità di reinserire il reo in quel flusso di relazioni sociali delle quali non può essere privato poiché costituiscono la cifra ultima della sua dignità costituzionale.

Anche in questo settore, quindi, sarebbe stato logico attendersi, a fianco della ben nota disciplina del codice e della esecuzione penale, la previsione di forme di mediazione penale o, per meglio dire, di 'giustizia riparativa', come istituti di applicazione diretta di un principio costituzionale, volti alla ri-generazione della socialità del condannato e delle vittime dei reati.

Abbiamo dovuto però attendere fino alla più recente riforma del processo penale ⁽⁵¹⁾ per avere un primissimo avvio di tale legislazione costituzionalmente 'necessaria'.

⁽⁵¹⁾ Con l. 27 settembre 2021, n. 134 «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere

Infine, anche nell'art. 118 Cost., nel comma dedicato al principio di sussidiarietà orizzontale ⁽⁵²⁾, vi è una traccia evidente della preferenza per la ricostruzione della relazione sociale di cui stiamo parlando.

Nel richiedere infatti allo «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni» di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, la Costituzione non fa altro che ribadire come, dinanzi alle esigenze di interesse generale – e tra queste in primissimo piano vi è l'interesse alla ricostituzione dei legami o delle relazioni che per qualsiasi motivo siano state interrotte – la prima risposta, la prima responsabilità interpellata, dev'essere proprio quella delle persone stesse, singole ovvero associate. Solo 'sussidiariamente' ci si deve rivolgere alla istanza pubblica per risolvere il problema.

Il principio di sussidiarietà orizzontale è un formidabile attivatore del senso di responsabilità solidale dinanzi ai bisogni collettivi, anche al bisogno di giustizia. Non dimentichiamo che molto spesso l'idea che la via giudiziaria sia l'unica forma di risoluzione delle controversie, ha finito per 'iper-giurisdizionalizzare' i rapporti sociali o per elevare anche senza ragione il livello di contenzioso giudiziario in settori ove esso è e deve rimanere una *extrema ratio*.

Soprattutto, l'attuale ipertrofia della soluzione giudiziaria dei conflitti interpersonali finisce per inaridire, se non del tutto 'atrofizzare', la capacità di dialogo, negoziazione e compromesso che invece sono virtù essenziali di una cittadinanza attiva.

Il dovere inderogabile di solidarietà di cui parla l'art. 2 Cost., nella sua seconda parte, come altra faccia dei diritti inviolabili, si nutre proprio di queste risorse relazionali che ognuno di noi ha in

definizione dei procedimenti giudiziari» per la prima volta è stata introdotta nel nostro ordinamento la c.d. mediazione penale.

⁽⁵²⁾ Art. 118, 4° comma, Cost.: «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

potenza, ma che debbono essere adeguatamente esercitate, pena l'incapacitazione.

Ad uno sguardo di sintesi, ci pare di aver mostrato come esista una vera e propria preferenza costituzionale per i sistemi relazionali, non avversariali ma cooperativi, che dunque può e deve abbracciare i sistemi di gestione dei conflitti come la mediazione. In questa distinta prospettiva costituzionale, la mediazione diviene una sede privilegiata non soltanto per un'efficace amministrazione della 'giustizia' latamente intesa, ma anche uno strumento costituzionalmente *necessario* all'assolvimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale, ovviamente lasciando impregiudicato l'accesso alla giurisdizione, garanzia indefettibile di ultima istanza.

5. *Conclusioni.* – La lettera e lo spirito della nostra Costituzione consentono di individuare una più larga base giuridica della disciplina della mediazione, che poggi – oltre che sugli artt. 24 e 111 Cost. – anche sulla solidarietà sociale e sui suoi corollari e principi derivati, distribuiti diffusamente nel testo costituzionale.

Del resto, ridurre il valore costituzionale della mediazione esclusivamente alla sua strumentalità rispetto alla efficienza del processo, è errore logico prima che interpretativo.

Se il processo, sia civile che penale, oggi presenta notevoli criticità, è la disciplina processuale che va riformata, come mostrano le importantissime iniziative intraprese recentemente in tal senso ⁽⁵³⁾.

La mediazione non può essere – né potrà mai essere – pensata come una soluzione dei problemi giudiziari, potendo semmai rap-

⁽⁵³⁾ Cfr. la l. 26 novembre 2021, n. 206 «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 l. 27 settembre 2021, n. 134 «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

presentare una forma di riduzione del ‘costo’ generale di tali problemi.

La prospettiva che, invece, qui si sostiene, è che la virtù ‘costituzionale’ della mediazione non sia soltanto quantitativa (evitare giudizi lenti, farraginosi e talvolta ingiusti nell’esito), ma soprattutto *qualitativa*: quella, cioè, di produrre una giustizia condivisa, accettata perché frutto del consenso delle parti in conflitto, generata dalla scoperta di interessi condivisi – magari latenti nei rapporti familiari o contrattuali – che emergono grazie all’attività professionale dei mediatori e grazie al fatto che si sia creato un ‘luogo’ d’incontro, anziché di scontro di opposte posizioni.

Certo, la mediazione è *anche* veloce, è *anche* deflattiva. Ma queste altre non sono che ‘esternalità’, positive, di un modello di efficiente gestione del conflitto. Efficiente perché fondato sulla responsabilità e sulla condivisione solidale delle soluzioni, valori profondamente radicati nel cuore stesso del nostro sistema costituzionale.

Abstract

Il contributo affronta il problema del fondamento costituzionale della mediazione. Dopo aver ricostruito l’attuale paradigma dominante, che vede la mediazione come un ‘mezzo’ per il perseguimento di altre finalità – come la deflazione del carico giudiziario – e in un’ottica meramente complementare al processo giurisdizionale, è esaminata la possibilità di considerare la mediazione come un ‘fine’ costituzionalmente rilevante per il perseguimento di una società più coesa e per l’adempimento dei doveri di solidarietà sociale.

This paper deals with the issue of the constitutional basis of mediation. After describing the current dominant view which sees mediation as merely a ‘means’ to an end, such as reducing the judicial backlog, and as a complementary tool to in-court proceedings, the authors argue that mediation could be considered as a constitutional ‘end’ in itself. Thus, by

promoting the attainment of a more cohesive society, mediation is seen as a way to fulfill the social solidarity obligations as enshrined in the Italian Constitution.

LA NEGOZIAZIONE ASSISTITA NELLE CONTROVERSIE
SULLA CRISI DELLE RELAZIONI FAMILIARI
DOPO LA RIFORMA CON LEGGE N. 206 DEL 2021

Claudio Cecchella ()*

SOMMARIO. 1. I problemi suscitati dalla legge n. 162 del 2014. – 2. Le soluzioni offerte dalla legge n. 206 del 2021. – 3. L’assunzione stragiudiziale di mezzi istruttori. – 4. Il problema della difesa e dell’ascolto del minore. – 5. L’attuazione degli accordi di negoziazione assistita.

1. *I problemi suscitati dalla legge n. 162 del 2014.* – La l. 10 novembre 2014, n. 162, di conversione del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, ammette, con un’articolata disciplina, alle procedure di negoziazione assistita anche le controversie sulla crisi della famiglia, limitatamente alla famiglia fondata sul matrimonio e con l’integrazione, dovuta all’art. 1, 25° comma, l. 20 maggio 2016, n. 76, delle controversie sulla crisi delle unioni civili ⁽¹⁾.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022, 25-37. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore ordinario di Diritto Processuale civile nell’Università di Pisa. Membro del Gruppo di lavoro per l’elaborazione degli schemi di decreto legislativo recanti modifiche in materia di procedimento relativo a minorenni e famiglie in attuazione della legge delega n. 206 del 2021, nominato dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia.

⁽¹⁾ Sul tema, F. DANOVÌ, *Il processo per separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2015, 867 ss, che dedica un intero capitolo alla separazione e divorzio senza processo e ove sono condensati i numerosi scritti dell’a. sul tema; cfr., anche, S. CHIARLONI, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio*, in *Giur. it.*, V, 2015, 1259; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita di due o più avvocati*, in *Treccani*, <www.treccani.it> (20 giugno 2022); M. SESTA, *Negoziazione assistita e obbligo di mantenimento nella crisi della coppia*, in *Fam. dir.*, 2015, 295; F. TOMMA-

Resta esclusa la materia della crisi delle relazioni familiari fondate sulla convivenza civile, pur regolate con la stessa l. n. 76 del 2016.

Ne risulta, pertanto, l'esclusione di un settore rilevante del contenzioso familiare, che deve essere avviato necessariamente innanzi al giudice, limitando intensamente la *ratio* sottesa alla legge, quella di favorire l'accordo tra le parti delle relazioni familiari, senza imporre che l'accordo medesimo, per essere efficace, dovesse passare al vaglio di un giudice (più opportunamente concentrato sulla controversia).

La degiurisdizionalizzazione del contenzioso incontrava, dunque, una remora di non poco conto nel diritto di famiglia ⁽²⁾.

I conviventi, fossero essi di sesso differente o dello stesso sesso, devono sempre avviare un procedimento contenzioso, pur avendo raggiunto un accordo con l'aiuto dei propri difensori, al fine di tradurre (necessariamente) i contenuti negoziali condivisi in un prov-

SEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, *ivi*, 2015, 157; B. POLISENO, *La convenzione di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, V, 34 ss.; A. CARRATTA, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, in *Giur. it.*, 2015, V, 1287; E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, V, 1278; G. TRISORIO LIUZZI, *Le procedure di negoziazione assistita*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 23 ss.; M. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 283; A. PROTO PISANI, *Diritti sostanziali e processo nella evoluzione delle relazioni familiari*, in *Foro it.*, 2015, V, 124; A. GRAZIOSI, *Osservazioni perplesse sulle ultime stravaganti riforme processuali in materia di famiglia*, in *Fam. dir.*, 2015, 1111; G.A. PARINI, *La negoziazione assistita da avvocati*, Torino, 2017, 111; e non ultimo il Maestro che si onora, F.P. LUIISO, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, in F.P. LUIISO (a cura di), *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, Torino, 2014, 33.

⁽²⁾ Per l'inefficacia degli accordi coevi, antecedenti o successivi all'omologa prima della riforma del 2014, v. Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Dir. fam.*, 1994, 139; Cass., 5 gennaio 1984, n. 14, in *Foro it.*, 1984, I, 401; in senso al contrario favorevole ad attribuire efficacia ai patti non omologati, cfr. Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, 1189; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20290, in *Dir. fam.*, 2006, 150.

vedimento giurisdizionale, il quale soltanto può produrre effetti giuridici, pur essendo essi fondati sul consenso delle parti.

Al contrario, nelle controversie fondate su una relazione familiare che nasceva dal matrimonio o dall'unione civile, l'accordo raggiunto con la negoziazione degli avvocati, ai sensi dell'art. 6, 3° comma, l. n. 162 del 2014, consegue effetti identici a quelli dei provvedimenti giudiziali, senza percorrere la via giurisdizionale, con il solo nulla osta o, nei casi in cui l'accordo coinvolgesse diritti del minore, con la sola autorizzazione del p.m.

Viene così introdotta quella che i 'pratici' chiamano 'giurisdizione forense', e cioè l'idoneità di un accordo, perfezionato sotto la guida e la condivisione degli avvocati, di conseguire esattamente gli stessi effetti di un provvedimento giurisdizionale, con il solo controllo di un organo amministrativo, costituito dal Procuratore della Repubblica.

Peraltro, l'accordo conserva la sua matrice negoziale, potendo essere impugnato solo attraverso le azioni contrattuali di nullità o annullabilità ovvero risoluzione, con una stabilità maggiore rispetto al provvedimento giurisdizionale, impugnabile con l'appello e il reclamo, che consentono un sindacato non solo di legittimità, ma anche di merito.

La legge istitutiva della negoziazione assistita, diventa – com'era inaccettabile consuetudine dei mezzi di tutela giurisdizionale dei diritti – discriminare altresì verso i figli nati fuori dal matrimonio che non possono godere dello stesso trattamento agevolato delle soluzioni negoziate.

L'irrazionale limitazione degli ambiti di espansione della negoziazione assistita prosegue, in linea interpretativa, nel riservare al giudice alcune soluzioni della crisi, quali, dal punto di vista economico, la contribuzione di mantenimento o di un assegno divorzile versati *una tantum*, perché necessitanti per legge di una valutazione

del giudice. Eppure, a parer dello scrivente ⁽³⁾, l'ampia assimilazione voluta *ex art. 6 l. n. 162 cit.* dei contenuti e degli effetti dell'accordo al provvedimento giurisdizionale, consente l'accordo anche sulla determinazione *una tantum* del contributo economico. D'altra parte, l'accordo può perfezionarsi anche in relazione alla regolamentazione di diritti indisponibili, quali i diritti del minore, senza alcun limite ⁽⁴⁾. Ciò nondimeno, prevale una lettura restrittiva ⁽⁵⁾.

Proprio in relazione all'esplicita possibilità di un accordo tra i genitori in ordine ai diritti nascenti dalle relazioni con i propri figli minori, che ha il solo effetto di modificare un controllo di regolarità formale del Procuratore della Repubblica in un controllo di merito, destinato ad una vera e propria autorizzazione in senso amministrativo, emerge un'ulteriore grave lacuna della disciplina previgente.

Sulla base di principi, fondati in particolare sulla disciplina sovranazionale, circa la circolazione dei titoli esecutivi nell'Unione europea ⁽⁶⁾, ma anche sulla base di un preciso orientamento del giudice di legittimità in applicazione della legge nazionale ⁽⁷⁾, la regolamentazione dei diritti del minore, contenuti in un provvedimento giurisdizionale, non può validamente esprimersi senza che sia consentito, nel corso del procedimento, l'ascolto del minore.

In mancanza di uno svolgimento di tale fase, ritenuta necessaria a pena di nullità degli atti processuali, non solo la sentenza finale risulta invalida, ma essa non può neppure circolare, agli effetti esecutivi, negli Stati membri dell'Unione europea.

⁽³⁾ Come già espresso in C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 317. Cfr. F. ROMANO, *L'una tantum divorzile*, in *Rivista Aiaf*, <www.aiafrivista.it> (2019).

⁽⁴⁾ C. CECHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, in *Scritti offerti dagli allievi a Francesco P. Luiso*, Torino, 2017, 145.

⁽⁵⁾ Cfr. App. Roma, 23 marzo 2020, n. 1825, in *Osservatorio Nazionale sul Diritto di Famiglia*, <www.osservatoriofamiglia.it> (6 maggio 2020).

⁽⁶⁾ Cfr. S. GHIONZOLI, *Il diritto all'ascolto: la partecipazione e la consultazione come evoluzione dello status e dell'interesse del minore, tra giurisprudenza di legittimità, fonti interne e convenzioni internazionali*, in *Famiglia.it* (19 giugno 2019).

⁽⁷⁾ Numerosissime, da ultimo, Cass., 25 gennaio 2021, n. 1474, nonché Cass., 17 aprile 2019, n. 10774, in *Famiglia.it* (19 giugno 2019).

La disciplina sulla negoziazione assistita si presenta, proprio sotto questo profilo, carente di una valutazione, nel contesto della trattativa, degli interessi del minore da parte del suo titolare attraverso la percezione dell'opinione del minore sovra dodicenne o capace di discernimento ⁽⁸⁾.

All'*empasse* non può neppure sopperire un'applicazione dei principi del sistema giurisdizionale, poiché gli avvocati negoziatori incontrano, nella loro veste di rappresentanti dei genitori, l'ostacolo insormontabile dell'art. 56 c. deon., che fa divieto all'avvocato del genitore di avere contatti con il minore, in difetto di un consenso di entrambe le parti e salvo il conflitto di interessi, potenzialmente sempre latente fra un genitore e il proprio figlio.

Anche sotto questo aspetto, si rende necessaria, al più presto, una disciplina nuova che risolva la grave remora alla validità dell'accordo e alla sua circolazione come titolo esecutivo nell'ambito dell'Unione europea ⁽⁹⁾.

Ulteriore tema di discussione, in caso di accordo che contenga patti di trasferimento immobiliare, che godono, se resi nel contesto della crisi familiare, di significativi benefici fiscali, è costituito dalla necessità che oltre all'attestazione della identità dei firmatari con le parti della controversia, mediante la sottoscrizione degli avvocati, sia necessaria una vera e propria autentica notarile, presupposto della trascrizione dell'accordo ⁽¹⁰⁾. Su tale aspetto, l'art. 5 l. n. 162 del 2014 rende necessario che l'accordo sia «autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato». Poiché non è sostenibile che l'avvocato, nei suoi interventi di certificazione delle sottoscrizioni, assuma la funzione di pubblico ufficiale, inevitabile era la necessità

⁽⁸⁾ Sul tema, più ampiamente, C. CECHELLA, *La negoziazione dei diritti del minore*, cit., 159.

⁽⁹⁾ La commissione istituita dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia ha tentato la soluzione di una delega dell'ascolto al Presidente del Tribunale di residenza del minore, escludendone gli avvocati, nella stesura degli articolati delegati.

⁽¹⁰⁾ Soluzione inevitabile nel regime della l. n. 162 del 2014, v. C. CECHELLA, *Diritto e processo*, cit., 305.

di riprodurre l'accordo in una scrittura innanzi a un notaio, ai fini dell'autenticazione delle firme, per la trascrivibilità dell'atto.

Infine, remora non secondaria all'espansione della negoziazione assistita nelle controversie familiari, è costituita dalla impossibilità di applicare all'istituto stragiudiziale, le regole che disciplinano il gratuito patrocinio, destinate solo all'«ambiente» giurisdizionale. Avendo la controversia che muove dalla crisi familiare come parti persone non abbienti, si rende necessaria un'estensione del regime del gratuito patrocinio all'attività di negoziazione assistita.

2. *Le soluzioni offerte dalla legge n. 206 del 2021.* – L'art. 1, 4° comma, l. 26 novembre 2021, n. 206, interviene per numerosi aspetti sulle procedure di mediazione e di negoziazione assistita, fissando alcuni principi all'esercizio della delega⁽¹⁾.

Molti di questi principi direttivi rispondono alle problematiche insolite, ed evidenziate nel paragrafo che precede, proposte dalla l. n. 162 cit.

Le soluzioni si accompagnano ad alcune rilevanti novità, volte a valorizzare gli atti compiuti nei procedimenti di negoziazione assistita, in caso di fallimento della trattativa, all'interno del successivo episodio giurisdizionale: in particolare, le attività di istruzione stragiudiziale compiute dagli avvocati sono destinate a conservare il loro rilievo anche nel procedimento innanzi al giudice.

Delle soluzioni, deve anzitutto dirsi dell'art. 1, 4° comma, lett. u, l. n. 206 cit. che legittima, all'interno degli accordi, patti di trasferimento immobiliari ma con soli effetti obbligatori, e che affida agli avvocati il giudizio di congruità sull'ammontare della prestazione di mantenimento, corrisposta *una tantum*, attraverso la certificazione dell'accordo.

⁽¹⁾ Tra i primi commenti, B. POLISENO, *Le ADR in materia familiare*, in G. COSTANTINO (a cura di), *La riforma della giustizia civile*, Bari, 2022, 285; R. LOMBARDI, *La negoziazione assistita*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, Torino, 2022, 381.

Sotto il primo aspetto, con una soluzione di continuità tra l'emendamento risultato delle attività della Commissione ministeriale presieduta dal professor Francesco P. Luiso, che ammetteva patti di trasferimento immobiliare con effetti reali, affidando agli avvocati la qualifica di pubblico ufficiale nella certificazione delle sottoscrizioni, si è preferito riservare alla professione notarile detta funzione, ammettendo gli avvocati alla pattuizione del solo accordo obbligatorio. In tal modo, si risolve ogni dubbio lasciato residuare dalla disciplina previgente.

Sotto il secondo aspetto, per quanto già in via interpretativa l'art. 6 l. n. 162 del 2014 consenta tale possibilità, in modo, a questo punto, inequivoco, si ammette nell'accordo negoziato il patto sulla prestazione *una tantum* del contributo o assegno di mantenimento.

Inoltre, in sede di attuazione della delega, l'art. 1, 4° comma, lett. a, l. n. 206 cit., stabilisce l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di negoziazione assistita.

L'art. 1, 4° comma, cit., alla lett. p, legittima anche la negoziazione assistita, su accordo delle parti, allo svolgimento della trattativa con modalità telematiche, con possibilità di incontri svolti mediante collegamenti da remoto.

I principi direttivi esaminati diventeranno legge solo al momento della loro traduzione negli articolati dei decreti legislativi, che il Consiglio dei Ministri dovrà adottare entro l'anno 2022.

La legge delega, tuttavia, ha ritenuto di adottare, in alcuni significativi passaggi della disciplina dedicata alla giurisdizione sulle controversie familiari e minorili, norme prescrittive che entreranno immediatamente in vigore, secondo il regime transitorio, per i procedimenti introdotti dopo il 22 giugno 2022 (v. art. 1, 37° comma, l. n. 206 cit.).

La formulazione di norme immediatamente cogenti riguarda anche la negoziazione assistita (art. 1, 35° comma, l. n. 206 cit.).

Intervenendo sull'art. 6 l. n. 162 del 2014, sia nella rubrica e sia nell'articolato, si è ammessa una convenzione di negoziazione assistita, con l'assistenza di almeno un avvocato per parte, tra i genitori

al fine di giungere ad una soluzione consensuale per la regolazione delle modalità di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori dal matrimonio, nonché del mantenimento dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti nati fuori dal matrimonio. Si supera, in tal modo, la remora originaria all'applicazione della negoziazione assistita fuori dalla relazione familiare fondata sul matrimonio o sull'unione civile.

All'art. 6, 1° *bis* comma, l. n. 162 cit., l'ipotesi si amplia anche al caso della pretesa al diritto al mantenimento richiesta ai genitori dal figlio maggiorenne economicamente non autosufficiente e alle liti per la determinazione degli alimenti, ai sensi dell'art. 433 c.c., anch'esse ammesse alla negoziazione assistita, previa convenzione fra le parti.

La previsione riguarda anche le controversie sulla modifica delle determinazioni contenute in un provvedimento giurisdizionale che già determina le regole dell'affidamento o il mantenimento, nelle varie ipotesi prospettate dal legislatore.

Queste norme sono già in vigore, deve intendersi per le convenzioni di negoziazione assistita perfezionate dopo il 22 giugno 2022 (secondo le regole di perfezionamento del contratto, ai sensi dell'art. 1326, 1° comma, c.c.).

3. *L'assunzione stragiudiziale di mezzi istruttori.* – Di particolare rilievo, tale da favorire il percorso di una via di negoziazione assistita prima che sia introdotto un giudizio, la facoltà di un patto contenuto nella convenzione preliminare di svolgere, nel rispetto del contraddittorio e con l'intervento di tutti gli avvocati che assistono le parti coinvolte, un'attività di istruzione stragiudiziale coincidente con l'acquisizione delle dichiarazioni da parte di terzi su fatti rilevanti, oppure con dichiarazioni, richieste dalla controparte, della parte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli.

Si tratta, evidentemente, della prova testimoniale e della prova per interrogatorio formale.

All'art. 1, 4° comma, l. n. 206 cit., in particolare alla lett. t, si pongono, opportunamente, alcune garanzie al compimento di atti di istruzione stragiudiziale con rilievo in sede giurisdizionale.

In particolare, la possibilità per i terzi di rifiutare le dichiarazioni prevedendo, in tal caso, misure volte ad anticipare l'intervento del giudice al fine dell'acquisizione della testimonianza, in una sorta di istruzione preventiva o delega all'assunzione. Ugualmente, opportune garanzie per le parti per ciò che concerne le modalità di verbalizzazione delle proprie dichiarazioni.

L'eventuale compimento di abusi nell'acquisizione delle dichiarazioni del terzo e della parte costituisce, per l'avvocato, grave illecito disciplinare.

Qualora il terzo renda dichiarazioni false, deve prevedersi una sanzione penale a suo carico, come anche nel caso di rifiuto della parte a rendere la dichiarazione, il rilievo della condotta nel successivo giudizio, ai fini della regolamentazione finale delle spese e dell'applicazione degli artt. 96 e 642, 2° comma, c.p.c.

Il giudice potrà utilizzare le prove raccolte nell'ambito dell'attività di istruzione stragiudiziale, fatta salva la facoltà di disporre la rinnovazione della prova.

Nel contesto particolare delle controversie familiari e minorili, ove la prova testimoniale ha un rilievo meno significativo, fuori dai casi di domanda di addebito o di risarcimento danni per illecito endo-familiare, e ove il mezzo istruttorio che prevale, nei casi di maggiore conflittualità, sugli aspetti personali ed economici, è la consulenza tecnica, lo strumento degli atti di istruzione stragiudiziale sembra avere una minore importanza (ma sono certamente consentiti).

In questo ambito particolare, tuttavia, non è del tutto da escludere la possibilità di esperire una consulenza preventiva ai fini della composizione della lite, ai sensi dell'art. 696 *bis* c.p.c., particolarmente quando oggetto della controversia sia un diritto nella disponibilità delle parti, come anche la l. n. 206 cit. ha riconosciuto, al 23° comma, lett. i. Si tratta, ovviamente, di un mezzo avulso dall'isti-

tuto della negoziazione assistita, perché interamente giurisdizionale, pur avendo un evidente intento conciliativo, cosa che non esclude l'acquisizione agli atti del successivo giudizio di merito della consulenza, ai sensi dell'art. 696 *bis*, 5° comma, c.p.c.

4. *Il problema della difesa e dell'ascolto del minore.* – Gli atti istruttori stragiudiziali, che devono rigorosamente essere raccolti nel contraddittorio delle parti, pongono il delicato problema, ancora una volta insoluto, della rappresentanza tecnica del minore nella trattativa.

Il legislatore delegante, ancora una volta con una scelta verso norme immediatamente cogenti e non delegate, interviene sugli artt. 78 e 80 c.p.c., nell'ampliare le ipotesi di nomina obbligatoria di un curatore speciale del minore, che ne assuma la rappresentanza anche tecnica nel processo. Nessuna parola viene, tuttavia, spesa dal legislatore al rilievo di una presenza del curatore speciale del minore nell'ambito della trattativa di negoziazione assistita, come anche nella stipula della convenzione e dell'eventuale accordo finale.

Ora, se certamente le nomine imposte, a pena di nullità degli atti processuali compiuti, nel procedimento per la decadenza dalla responsabilità genitoriale o nel procedimento occasionato dagli atti amministrativi di allontanamento del minore dalla sua famiglia perché moralmente o materialmente abbandonato o sottoposto a grave pregiudizio e pericolo per la sua incolumità fisica, rendono scarsamente rilevante il profilo della negoziazione, non trattandosi di materie negoziabili, vi è tuttavia da dire della nomina obbligatoria, nel caso in cui venga alla luce una situazione di un'inadeguata rappresentanza del minore da entrambi i genitori, che può essere apprezzata dagli avvocati, oppure di una richiesta di un proprio rappresentante da parte del minore che ha compiuto quattordici anni.

Non è poi da escludere che il giudice, ai sensi dell'art. 80, 3° comma, c.p.c., pure esso novellato, nell'affidare poteri sostanziali al curatore speciale del minore possa affidargli il compito di rappre-

sentare il minore in un parallelo procedimento di negoziazione assistita.

Profili, questi tutti, che evidenziano la scarsa attenzione, ancora una volta, del legislatore verso la rappresentanza del minore, sensibilità evidenziata oggi in sede giurisdizionale, ma del tutto dimenticata in sede negoziale.

Si tratterà, allora, di sensibilizzare gli avvocati delle parti che avvertano, per il livello elevato di conflittualità, un'inadeguata rappresentanza del minore da parte dei genitori, di chiudere la trattativa abbandonando le soluzioni da offrire, particolarmente ai profili personali, verso l'inesorabile via giurisdizionale, cui potrà partecipare il curatore speciale del minore.

Ancora una volta, una remora che conduce inesorabilmente all'impossibilità della confluenza naturale della trattativa verso l'accordo negoziato.

Il vero problema, tuttavia, resta quello, al di là della rappresentanza del minore nella trattativa, dell'ascolto del minore, come atto con il quale egli esprime il suo punto di vista nella regolamentazione dei suoi interessi personali ed economici (di cui già si è evidenziato il grave profilo della validità dell'accordo e della sua circolazione negli Stati membri dell'Unione europea).

Le opzioni possibili, sulle quali tuttavia il legislatore non dà indicazioni, possono essere quella di un ascolto effettuato dagli avvocati delle parti, nello stesso modo in cui gli avvocati delle parti possono compiere atti istruttori stragiudiziali (per certi versi, l'aver ricondotto l'atto a dichiarazioni di terzi e non a vere e proprie dichiarazioni testimoniali, fa pensare alla possibilità che anche l'ascolto rientri fra gli atti istruttori stragiudiziali). Si renderebbe, però, necessario un intervento dell'organo di autonomia deontologica della professione di avvocato, il quale ricomprenda nell'art. 56 c. deon., l'ipotesi derogativa, tenuto conto che oggi l'avvocato del genitore non può avere rapporti, anche indotti dall'ascolto, con i figli minori.

Questa sembra essere la soluzione auspicabile, poiché l'avvocato che riveste il ruolo di curatore speciale del minore, ai sensi dell'art. 80, 3° comma, c.p.c., procede all'ascolto del minore.

L'altra opzione è assimilabile all'ipotesi del rifiuto del testimone a rendere dichiarazioni in sede di negoziazione, in tal caso per limite legislativo alla dichiarazione del minore in sede di ascolto, che apre alla prospettiva di un ricorso al giudice, il quale raccolga l'opinione del minore in sede di ascolto a verbale, che verrà poi trasmesso agli avvocati e sarà unito agli accordi di negoziazione assistita.

Tale soluzione appare, francamente, indice di una remora ingiustificata verso l'attività professionale dell'avvocato il quale, potendo esprimere la propria opinione sulla regolamentazione dell'affidamento, certificando l'accordo come compatibile alle norme imperative, non si vede perché non possa assumere il punto di vista del minore, con tutte le precauzioni che contraddistinguono l'ascolto in sede giurisdizionale.

5. *L'attuazione degli accordi di negoziazione assistita.* – Il legislatore non pone la sua attenzione sulle problematiche suscitate dall'attuazione degli accordi, che assumendo gli effetti di un provvedimento giurisdizionale, ai sensi dell'art. 6 l. n. 162 del 2014, dovrebbe assicurarsi le misure attuative offerte ai provvedimenti di affidamento e di mantenimento.

L'assimilazione degli effetti potrebbe indurre, sul piano interpretativo, la possibilità di richiedere al giudice le misure di cui all'art. 709 *ter* c.p.c. o le altre misure, in più luoghi del codice civile, a tutela dei contributi al mantenimento (sequestro, iscrizione ipotecaria, concessione di garanzie, ordini di pagamento verso terzi obbligati a prestazione nei confronti del genitore inadempiente). Sarebbe stato utile, tuttavia, un'espressa previsione onde fugare dubbi.

Peraltro, v'è da dire che sul piano negoziale già esistono strumenti di eguale efficacia, qual è il sequestro convenzionale (art.

1798 ss. c.c.) oppure quella della clausola penale (art. 1382 c.c.), potendosi prevedere una cessione volontaria del credito verso il proprio datore di lavoro, in caso di inadempimento.

Abstract

L'a. esamina le novità della disciplina della l. n. 206 del 2021 in tema di negoziazione assistita nelle controversie familiari, sia in relazione alle norme di immediata entrata in vigore, come il più ampio ambito di applicabilità dello strumento; sia in relazione alle norme che dovranno entrare in vigore, come la determinazione dell'assegno *una tantum*, il gratuito patrocinio a favore delle parti non abbienti, la facoltà di assumere prove in sede di trattativa, denunciando la grave lacuna ancora esistente in relazione all'ascolto del minore e alla sua rappresentanza nel percorso negoziale.

This paper analyses the provisions of Law no. 206 of 2021 concerning the negotiation process assisted by attorneys in family disputes. The author firstly examines the provisions which entered into force on 22 June 2022, such as the extension of the scope of application of this negotiation process. Secondly, he explores the provisions that will enter into force at a later date, such as the possibility of agreeing a lump-sum maintenance payment, the provision of legal aid and the right to take evidence during negotiations. While praising this reform, the author strongly criticizes it for not having provided for the minor's right to be represented and heard during the negotiation process.

ACCORDARSI O SOCCOMBERE (*)

*Juan F. Herrero Perezagua (**)*

SOMMARIO: 1. Introduzione: incentivo all'accordo o disincentivo al processo. – 2. L'adesione del convenuto alla pretesa dell'attore: la disciplina vigente nell'ordinamento spagnolo. Regola ed eccezioni. Precauzioni dei litiganti. – 2.1. Il *cosa*, il *quando* e la posizione processuale. – 3. La disciplina speciale delle clausole abusive: il suo 'insegnamento'. Il problema (il collasso) e la risposta (un procedimento stragiudiziale). – 3.1. Il regime di allocazione delle spese processuali. – 4. Orientamenti giurisprudenziali di rilievo. – 4.1. I processi promossi dai consumatori. – 4.2. I processi sulla violazione del diritto della concorrenza. – 5. Un cammino annunciato: la connessione tra il regime dell'allocazione delle spese processuali e il tentativo di accordo stragiudiziale nel disegno di legge sulle misure per l'efficienza del processo.

1. *Introduzione. Incentivo all'accordo o disincentivo al processo.* – Tanto nel contesto nazionale come sovranazionale si va da tempo insistendo su opportunità e necessità di introdurre e promuovere l'uso di strumenti negoziali – indicati, a seconda dei casi, come 'alternativi', 'complementari' o, semplicemente, 'appropriati' – quali vie particolarmente adeguate alla soluzione dei conflitti, in partico-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022, 39-77. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il presente scritto si inserisce nel quadro del Progetto «Autonomia privata e forme ed effetti del contenzioso civile nella società di massa» (PID2019-108844RB-I00), finanziato dall'Agenzia Statale di Ricerca (Ministero della Scienza e dell'Innovazione, Governo della Spagna), e del Gruppo di Ricerca di riferimento «*De Iure*» (S26_20R), finanziato dal Governo di Aragona.

Traduzione di Silvana Dalla Bontà.

(**) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'*Universidad de Zaragoza*.

lare quando si tratta di controversie a carattere intersoggettivo e disponibile. Si insiste sulla loro capacità di conseguire risultati pratici e proficui, affermazione, questa, che prende a parametri di riferimento la durata del procedimento – prevedibilmente più breve di quello che segna il processo avanti al giudice statale – la riduzione dei costi – in genere, più elevati in giudizio – la preservazione della relazione tra le parti – il cui mantenimento sarebbe agevolato dallo stemperarsi del conflitto attraverso reciproche concessioni dei contendenti – o l’eliminazione dell’incertezza della decisione giudiziale – accresciuta dalla proliferazione legislativa, dai limiti e rischi che questa comporta e dalla diversità di criteri interpretativi applicati dalla giurisprudenza. In questo modo, la soluzione frutto del dialogo e del mutuo consenso delle parti si arricchisce di un valore aggiunto rispetto alla decisione imposta dal giudice e conforme al diritto.

Il legislatore ripetutamente sottolinea tali vantaggi ogniqualvolta intraprende iniziative relative agli strumenti negoziali. Al contempo, però, non tace il fatto che l’impiego di queste vie di soluzione del conflitto comporterà una diminuzione degli indici di litigiosità, con conseguenze benefiche per il sistema nel suo complesso: se inferiore sarà il numero delle cause pendenti, queste potranno essere decise in tempi ragionevoli e la qualità della loro decisione migliorerà.

Questa, che viene presentata come una conseguenza indiretta, costituisce invero la causa principale dell’incentivo che lo Stato accorda all’impiego degli strumenti negoziali di soluzione del conflitto. Questo almeno è ciò che si riscontra nell’ordinamento giuridico spagnolo, tanto allorché si volga lo sguardo alle norme di carattere generale – come la legge sulla mediazione nelle controversie civili e commerciali ⁽¹⁾ o nel disegno di legge sulle misure per l’efficienza

⁽¹⁾ Si tratta della l. 6 luglio 2012, n. 5, che nel suo preambolo delinea la mediazione come un’alternativa al processo avanti al giudice statale e indica come asse principale della sua configurazione la degiurisdizionalizzazione di una determinata tipologia di contenzioso. La precisazione del carattere alternativo della mediazione

processuale del servizio pubblico della giustizia ⁽²⁾ – o in ambiti specifici – come, segnatamente, nel caso del decreto-legge, 20 gennaio 2017, n. 1 ⁽³⁾.

Il dichiarato intento di potenziare i meccanismi stragiudiziali di soluzione del conflitto non ha però avuto successo. Ancorché non

rende evidente l'intento di equiparare l'accordo in essa raggiunto alla sentenza (e quindi con riguardo all'efficacia esecutiva); il riferimento alla degiurisdizionalizzazione, invece, mira a far sì che si veda il ricorso al giudice statale quale *extrema ratio* nella soluzione delle controversie, con conseguente riduzione del carico giudiziario.

⁽²⁾ Il Progetto preliminare, steso nel 2020 e portato all'attenzione del Consiglio generale del potere giudiziario il 6 maggio 2021 per un suo rapporto, richiama enfaticamente la massima illuministica: «prima di entrare nel tempio della Giustizia si deve passare per quello della Concordia». E a tal punto si mostra a quella fedele che generalizza l'esigenza di rivolgersi previamente ad un qualche strumento appropriato di soluzione della controversia perché la domanda giudiziale possa essere ammissibile (con alcune specialità, allorché si tratti di reclami dei passeggeri contro le compagnie aeree o dei consumatori per ottenere la restituzione di somme indebitamente pagate in virtù di clausole abusive). Eccezioni sono i casi in cui non si dà questo presupposto di procedibilità della domanda giudiziale. Nella relazione illustrativa del Progetto preliminare non si manca peraltro di sottolineare come il potenziamento della negoziazione riduca il conflitto sociale ed eviti il sovraccarico giudiziario.

⁽³⁾ La Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2016, indusse a correggere la giurisprudenza consolidata del *Tribunal Supremo* spagnolo (STS, 9 maggio 2013) con riguardo alla limitazione nel tempo degli effetti restitutori legati alla dichiarazione del carattere abusivo di una clausola. Lo scenario che ci si poteva aspettare dopo quella pronuncia, e che prontamente iniziò a delinearsi, fu quello di una valanga di ricorsi che travolsero i tribunali già gravati di un considerevole carico giudiziario. La risposta che vi diede il decreto-legge n. 1 del 2017 fu la seguente: gli enti finanziari avrebbero dovuto articolare un procedimento di reclamo (per loro obbligatorio), di cui il consumatore avrebbe potuto far uso (per lui a carattere volontario), onde ottenere dall'ente finanziario una risposta nel termine massimo di tre mesi, un periodo nel quale era precluso agire in giudizio con azioni aventi ad oggetto la restituzione dell'indebito pagato in virtù di una clausola che si affermava abusiva. Si riconosce espressamente nel preambolo del suddetto decreto-legge che tale strumento mira «ad evitare un aumento del contenzioso destinato alla giurisdizione civile, con un elevato costo per l'amministrazione della giustizia per ogni causa ed un impatto pregiudizievole sul suo funzionamento in ragione del considerevole aumento di durata del procedimento».

vi siano dati statistici che indichino quante controversie si sono tentate di risolvere per il tramite di questi strumenti e quante lo siano effettivamente state ⁽⁴⁾, certo è che il numero di cause avviate avanti ai giudici statali mostra, senza eccezione alcuna, una tendenza al rialzo ⁽⁵⁾. L'obiettivo di alleviare il carico giudiziario, tuttavia, permane e il mezzo per raggiungerlo resta lo stesso: le soluzioni negoziate del conflitto. Con la conseguenza che, sebbene le ragioni addotte e ampiamente diffuse a favore di questi strumenti non sono riuscite a persuadere né i cittadini né i professionisti, gli interventi legislativi si muovono nella direzione opposta: con l'intento di promuovere l'uso dei meccanismi stragiudiziali di soluzione della lite, si propongono novelle volte a disincentivare la proposizione di domande giudiziali. Detto in altri termini: se non si è riusciti a trasmettere il messaggio per cui attraverso la mediazione o altri mezzi

⁽⁴⁾ In ogni caso, e come evidenzia anche J. NIEVA FENOLL, *Mediación y arbitraje: ¿una ilusión decepcionante?*, in R. CABRERA MERCADO (dir.), P.M. QUESADA LÓPEZ (coord.), *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Madrid, 2017, 15 ss., prec. 24, uno studio statistico da cui trarre conclusioni sul successo della mediazione – e che si dovrebbe estendere agli altri mezzi alternativi – dovrebbe raccogliere dati non solo con riguardo al tasso di suo successo, ma anche in merito a costi e durata della mediazione, a sacrificio e beneficio delle parti rispetto alle loro posizioni iniziali, al livello di soddisfazione e, eventualmente, alla formazione del mediatore e alle tecniche da costui impiegate.

Gli unici dati accessibili sono quelli che si riferiscono alle mediazioni endo-processuali. Così, ad esempio, nel 2019, il numero delle cause iniziate presso i tribunali di prima istanza (inclusi quelli di prima istanza e istruzione), sono stati 1,3 milioni; le cause inviate in mediazione sono state 1073 e quelle risolte con accordo 143. Nel contenzioso di famiglia, le cifre sono superiori, ma non smettono di essere esigue: nel 2019, le cause iniziate furono circa 200.000; sono state 4769 quelle inviate in mediazione e, di queste, 553 si sono risolte con accordo 553. Gli anni precedenti presentano numeri simili.

⁽⁵⁾ Il tasso di litigiosità (le cause in entrata per ogni 1000 abitanti) è stato del 35,4 nel 2013; del 39,5 (11,3 % in più) nel 2014; del 44,5 (7,2 % in più) nel 2015; del 40,1 nel 2016 (9,8 % in meno); del 43,8 (9,2 % in più) nel 2017; del 47,7 (8,7 % in più) nel 2018 e del 50,7 (6,3 % in più) nel 2019. Il 2020 ha costituito un'eccezione (il tasso è sceso al 46,6, e cioè di 8 %), ancorché l'emergenza provocata dalla pandemia e le misure straordinarie adottate al riguardo non permettano di dedurre da tali numeri un cambio di tendenza.

consensuali si ottiene una soluzione mutualmente soddisfacente – tutti guadagnano più di quel che perdono – se ne lancia un altro: andando in giudizio è altamente probabile che si finisca per perdere, ancorché si ottenga una decisione a sé favorevole – si perde più di quello che si guadagna (se mai si guadagna). Il riferimento è qui alla connessione tra la pronuncia sulle spese processuali e i tentativi di soluzione stragiudiziale della lite che hanno preceduto il processo o hanno dovuto precederlo.

Ebbene, pare opportuno, a chi scrive, evidenziare questa tendenza, che già trova riscontro in alcune emersioni legislative e che annuncia ulteriori novelle nella medesima direzione. Al contempo, diventa, questa, occasione per sottolineare l'incidenza, diretta o indiretta, che su questo tema possono rivestire i criteri giurisprudenziali – che si stanno progressivamente consolidando – limitativi o determinanti la pronuncia sulle spese processuali e sulla sua portata.

2. *L'adesione del convenuto alla pretesa dell'attore: la disciplina vigente nell'ordinamento spagnolo. Regola ed eccezioni. Precauzioni dei litiganti.* – Nel testo vigente della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (d'ora innanzi, LEC) si rinviene una disposizione che correla il tentativo di accordo svolto prima dell'inizio del processo e la pronuncia sulle spese processuali che questo provoca. Si tratta dell'art. 395, che stabilisce il criterio da seguire in caso di composizione della lite: se questa ha luogo prima della costituzione del convenuto, allora non si procede alla condanna alle spese processuali. In caso di composizione, cioè, ciò che di fatto si produce è una soccombenza del convenuto, dal momento che si ha una sentenza di accoglimento della domanda giudiziale dell'attore. La LEC stabilisce, infatti, che non si applichi la conseguenza correlata alla soccombenza, ossia la condanna del soccombente. Si tratta d'altronde di dare una risposta adeguata al caso in cui il convenuto, disposto ad adempiere alla prestazione cui è obbligato, sia colto di sorpresa dalla presentazione

della domanda senza che sia stato allertato da una previa diffida. Allo stesso tempo, tale soluzione incoraggia la pronta conclusione del processo grazie ad un incentivo economico che dissuade la parte dal resistere senza fondamento.

La composizione della lite prima della costituzione in giudizio del convenuto, implicando il riconoscimento immediato del diritto azionato dall'attore, si rivela un indizio della mancata necessità del processo; con la conseguenza che si ritiene ingiusto far ricadere i suoi costi su chi lo ha provocato. Nel caso in cui la composizione della lite si verifichi in un momento posteriore, non vi è ragione che giustifichi questa eccezione; conseguentemente, in tali ipotesi, si imporranno le spese processuali in capo al convenuto, salvo che non sussistano seri dubbi di fatto o di diritto che inducano il giudice a non imporle (art. 395.2 LEC che rinvia all'art. 394.1 LEC).

Diverso è il caso in cui l'attore si sia visto costretto ad iniziare il processo a fronte di previ tentativi infruttuosi di ottenere soddisfazione del proprio diritto, ossia allorché la sua controparte abbia disatteso diffide stragiudiziali mosse nei suoi confronti oppure abbia omesso di raggiungere un accordo che avrebbe posto fine alla controversia. In tali ipotesi deve ritenersi che sia stato il convenuto a dar motivo, con il suo inadempimento o il suo rifiuto a trovare un accordo, all'inizio della causa. La legge stabilisce così un'eccezione alla regola della mancata imposizione delle spese processuali al convenuto che concilia la lite prima di costituirsi in giudizio: quella in cui il convenuto si sia condotto in mala fede. In tal caso, il giudice lo condannerà, motivando sul punto, alla rifusione delle spese processuali.

Come facilmente intuibile, dalla condotta tenuta dal convenuto in seno al processo non può inferirsi che egli si sia comportato in mala fede, dal momento che egli, nel caso descritto, si è limitato ad aderire alla pretesa dell'attore. La mala fede deve essere messa in relazione con la condotta pre-processuale. E questo fa l'art. 395 LEC; tale disposizione elenca tre casi in cui si dà mala fede, e cioè nel caso in cui: a) prima di presentare la domanda giudiziale, l'attore

avesse formulato al convenuto una richiesta giustificata e inconfutabile di pagamento; b) si fosse iniziato il procedimento di mediazione; e c) si fosse indirizzata al convenuto un'istanza di conciliazione.

Sono circostanze che mostrano la volontà da parte dell'attore di risolvere stragiudizialmente la controversia senza dar luogo al processo. Dalla lettera dell'articolo si ricavano peraltro corollari di rilievo:

1) il primo: se si è verificato uno dei fatti menzionati (richiesta di pagamento; avvio della mediazione; tentativo di conciliazione), il giudice non deve svolgere nessun'altra valutazione, ma, semplicemente, risconterà il fatto rivelatore della mala fede e, di conseguenza, condannerà il convenuto alla rifusione delle spese processuali; e

2) il secondo: l'elenco offerto dalla legge non è tassativo, con il che possono darsi altri fatti o circostanze, diversi da quelli menzionati dal legislatore, che fondino la valutazione del giudice circa l'esistenza della mala fede del convenuto; tra questi si deve comprendere la reiterazione di una condotta che, in precedenti sentenze, note al convenuto – in particolare, quelle emesse in un processo di cui fu parte – è stata dichiarata contraria alla legge.

Alla luce di queste eventualità, converrà all'attore provare il fatto di aver chiesto al convenuto l'adempimento del diritto, di avergli offerto un accordo o di averlo invitato a giungere ad una composizione della lite per il tramite di un procedimento negoziale. Tale prova potrà essere raggiunta allegando alla domanda giudiziale i documenti che dimostrino quei fatti o, eventualmente, archivi o strumenti informatici; inoltre l'attore dovrà tenere a mente la barriera preclusiva prevista a riguardo: caduta questa, infatti, egli non avrà un'altra occasione per dedurre prove sul punto.

Similmente, il convenuto dovrà prendere in considerazione le suddette circostanze per articolare bene la propria difesa: se vuole evitare che lo si condanni alla rifusione delle spese processuali in conseguenza della sua mala fede pre-processuale, gli converrà, nel documento scritto in cui esprime la sua adesione alla pretesa

dell'attore, allegare i fatti e indicare le ragioni che portano a ritenere che egli agì in buona fede, nonché produrre i documenti o altri mezzi che lo dimostrino.

2.1. Il cosa, il quando e la posizione processuale. – Queste ultime considerazioni portano a formularne altre di rilievo, in tre direzioni: a) la corrispondenza tra l'attività pre-processuale e la pretesa contenuta nella domanda giudiziale; b) il tempo trascorso tra l'una e l'altra; e c) l'asimmetria tra le posizioni dell'attore e del convenuto.

Le differenze tra la pretesa affermata nel processo e l'oggetto dell'attività negoziale che è tentata per evitarlo possono essere determinanti nell'imporre o meno al convenuto la rifusione delle spese processuali. Se non c'è identità tra la richiesta o l'offerta pre-processuale e la domanda giudiziale, la condotta del convenuto che aderisce alla domanda non potrà qualificarsi in mala fede. Così, per esempio, se A chiede a B che compri la metà indivisa di un bene di cui A e B sono comproprietari, e poi A cita in giudizio B esercitando l'azione di divisione della cosa comune, non può dirsi che vi sia identità tra l'oggetto della richiesta pre-processuale e quello del processo. Certo, in caso di pretesa di pagamento di crediti pecuniari, questa conclusione dev'essere sfumata. Ancorché non coincida il *quantum* della richiesta pre-processuale e della domanda del processo, si può sostenere che ci sono ragioni per condannare il convenuto in alcune ipotesi; si pensi alle seguenti: se il debitore ha pagato una parte di ciò che era richiesto e aderisce alla domanda giudiziale in cui viene chiesto il restante; se si è chiesto pre-processualmente un *quantum* che traeva origine da una prestazione periodica e nella domanda giudiziale si chiede un *quantum* maggiore quale conseguenza della somma delle quote scadute successivamente; se al *quantum* richiesto stragiudizialmente si aggiungono nella domanda gli interessi maturati successivamente. Le circostanze del caso concreto esigeranno una debita motivazione della pronuncia sulle spese processuali che il giudice ritenga adeguata alla norma fissata dal citato art. 395 LEC.

Anche il fattore tempo può incidere sulla condanna o meno del convenuto che fu richiesto di adempiere alla prestazione prima dell'instaurazione del processo, che non diede seguito alla richiesta e che, poi, una volta notificatagli la domanda giudiziale, vi aderisca. La giurisprudenza è andata sostenendo che non si deve imporre al convenuto la rifusione delle spese processuali se il tempo trascorso tra un momento ed un altro (tra la richiesta di adempimento e la domanda giudiziale) è stato talmente limitato che per il debitore non vi era margine sufficiente per adempiere (o per rispondere alla proposta di negoziazione, se questa è stata la misura prescelta per tentare di risolvere la controversia) ⁽⁶⁾.

L'asimmetria tra le posizioni dell'attore e del convenuto, cui prima si accennava, presenta invece un profilo più difficile da accertare. Come si è visto, il beneficio che ottiene il convenuto che aderisce alla richiesta dell'attore prima di rispondere alla domanda giudiziale (o la cui risposta ha come unico contenuto quello di aderire alla richiesta dell'attore) è quello di evitare di essere condannato alla rifusione delle spese processuali, nonostante la sua condizione di soccombente, salvo che non si sia condotto in mala fede. In altri termini, è la sua condotta contraria alla buona fede che comporta la corrispondente sanzione: la condanna alla rifusione delle spese processuali. Nulla si è però previsto nel caso di comportamento abusivo o in mala fede cui abbia eventualmente concorso l'attore. Si supponga che costui non abbia risposto al tentativo di negoziazione formulato dal convenuto (per esempio, allorché quest'ultimo abbia proposto un frazionamento del pagamento del *quantum* dovuto); e, ancor più, che questo tentativo sia servito ad avvertire il creditore delle difficoltà economiche in cui versava il suo debitore, e in ragio-

⁽⁶⁾ In questo senso v. la *Sentencia Audiencia Provincial de Asturias* (sez. 5ª), 22 gennaio 2018, n. 23. Nel caso deciso da questa pronuncia, erano trascorsi solo sette giorni (due dei quali festivi) dalla richiesta stragiudiziale alla presentazione della domanda; conseguentemente il tribunale ritenne che la finalità della richiesta avanzata prima dell'inizio del processo non era quella di addivenire ad una negoziazione stragiudiziale, bensì di ottenere una condanna automatica alla rifusione delle spese processuali.

ne di ciò il primo abbia deciso di convenirlo in giudizio per ottenere con una certa celerità un titolo esecutivo: è sufficiente il silenzio del creditore per inferire che egli si è condotto in mala fede? Ebbene, solo le circostanze del caso concreto permetteranno di risolvere questi dubbi.

Ma si veda un'altra ipotesi, tratta dalla prassi. Un cliente presenta domanda nei confronti di una banca chiedendo l'accertamento della nullità della clausola sugli interessi di mora inserita in un contratto di mutuo già estinto per ammortizzazione; posto che detta clausola non aveva trovato applicazione nel caso concreto, l'attore non aziona il diritto al risarcimento. Il processo, in questo caso, è utilizzato come fine a se stesso, e cioè con l'unica finalità di ottenere una condanna alla rifusione delle spese processuali. Si dovrebbe pertanto ritenere che l'attore abbia agito con mala fede e, di conseguenza, che dovrebbe ricevere una sanzione uguale a quella prevista per il caso in cui sia il convenuto a condursi in questo modo. Tuttavia nulla stabilisce la legge a riguardo.

Ugualmente, il disegno di legge sulle misure per l'efficienza processuale del servizio pubblico della giustizia – che tanta enfasi pone nel collegare la pronuncia sulle spese processuali alla negoziazione antecedente al processo – non offre una risposta soddisfacente sul punto, come si avrà modo di vedere in dettaglio nel prosieguo.

3. Il regime speciale delle clausole abusive: il suo 'insegnamento'. Il problema (il collasso) e la risposta (un procedimento stragiudiziale).

– In questa indagine, non è possibile omettere il riferimento al regime speciale introdotto dal decreto-legge 20 gennaio 2017, n. 1, sulle misure urgenti di protezione dei consumatori in materia di clausole di protezione del tasso di interesse sul suolo (c.d. *cláusula suelo*). La norma trasse origine dalla critica mossa alla consolidata giurisprudenza inaugurata dal *Tribunal Supremo* nella sentenza 9 maggio 2013: in questa, infatti, l'effetto restitutorio derivante dalla dichiarazione di nullità di una *cláusula suelo* abusiva (frequente-

mente utilizzata nei mutui ipotecari) venne limitato a partire dalla data di pronuncia di detta sentenza. In altri termini: quella sentenza limitò nel tempo le conseguenze della suddetta nullità, in modo da chiudere la porta alla restituzione delle somme indebitamente ottenute prima della data di pronuncia della sentenza del *Tribunal Supremo* che dichiarava abusiva quel tipo di clausola. Il consumatore non poteva pertanto pretendere la restituzione del *surplus* versato rispetto a ciò che avrebbe invece dovuto legalmente pagare: in altre parole, si consolidavano gli effetti di una clausola che avrebbe dovuto essere eliminata sin dalla sua stipulazione. Questa giurisprudenza rimase ferma sino alla sentenza della Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2016 (C-154/15, C-307/15 e C-308/15, causa *Gutiérrez Naranjo*) che dichiarò incompatibile con il diritto dell'Unione europea (in specie con gli artt. 6, par. 1 e 7, par. 1, direttiva 93 del 2013 concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori). La Corte di giustizia UE stabilì che, dichiarando il carattere abusivo della clausola, dovesse procedersi a «ristabilire la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato se la clausola non fosse mai stata posta in essere» ⁽⁷⁾, il che implicava, e così si diceva espressamente, che le corti spagnole dovevano astenersi dall'applicare la limitazione degli effetti nel tempo posti dal *Tribunal Supremo*. Ciò portava in concreto ad una moltiplicazione delle azioni in giudizio e così ad una valanga di domande, che avrebbe travolto i già oberati tribunali spagnoli.

Il decreto-legge n. 1 del 2017 costituì la prima e pronta risposta a questa situazione. Esso mirava ad un chiaro obiettivo: evitare il collasso degli organi giurisdizionali. E il meccanismo introdotto a

⁽⁷⁾ Per un esame della sentenza v. A. CAÑIZARES LASO, *Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016*, in *Revista de Derecho Civil*, 2016, 103 ss.; S. CÁMARA LAPUENTE, *Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016*, in *InDret*, 2017-1, F. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, *Algunas notas sobre la STJUE 21 diciembre 2016*, *ivi*; A.J. LAFUENTE TORRALBA, *Análisis crítico del Real Decreto-ley 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo: mucho ruido y pocas nueces*, in M.T. ALONSO PÉREZ (dir.), *Nuevas vías de acceso jurídico a la vivienda*, Cizur Menor (Navarra), 2018.

questo scopo fu quello di favorire una soluzione stragiudiziale del contenzioso: promuovere l'accordo tra i consumatori che sporgevano reclamo e gli enti finanziari. Questi avrebbero dovuto articolare un procedimento di reclamo (per loro a carattere obbligatorio) di cui il consumatore avrebbe potuto far uso (per lui a carattere volontario), onde ottenere dall'ente finanziario una risposta nel termine massimo di tre mesi, un periodo nel quale era precluso agire in giudizio con azioni aventi ad oggetto la restituzione dell'indebito pagato in virtù di una clausola che si affermava abusiva. E il modo per favorire l'accordo – e parallelamente, per dissuadere la proposizione delle relative domande giudiziali – si tradusse nell'introduzione di alcune disposizioni speciali nel regime di allocazione delle spese processuali.

a) Il consumatore che non aderisca alla proposta avanzata dall'ente finanziario e decida di rivolgersi al tribunale, deve sapere che, nel caso in cui ottenga una sentenza che condanni l'ente finanziario a pagare una somma uguale o inferiore a quella da questo previamente offertagli, non vedrà l'ente finanziario condannato alla rifusione delle spese processuali (in altri termini, non si valuta la pretesa vantata nella sua integrità), benché in determinate circostanze – così pare intendersi – tale condanna avrà luogo (ciò accade se l'ente finanziario venga condannato a restituire al consumatore una somma superiore a quella offerta, ancorché inferiore a quella chiesta nella domanda giudiziale). Deve peraltro segnalarsi che, benché il citato decreto-legge si riferisca soltanto a chi presenti un previo reclamo secondo il procedimento in esso previsto, la sentenza del *Tribunal Constitucional*, 16 settembre 2021, n. 156, ha escluso tale limitazione e esteso la disciplina suddetta a tutti i casi in cui il cliente abbia presentato reclamo per la ripetizione di quanto indebitamente pagato prima di adire la via giudiziale, qualunque sia stato il modo in cui esso fu proposto.

b) Per altro verso, nel caso in cui il consumatore dia direttamente avvio al processo, senza aver avanzato reclamo stragiudizialmente, non si imporrà la rifusione delle spese processuali all'ente finanzia-

rio se questo aderisca alla domanda giudiziale senza presentare la comparsa di costituzione e risposta (condotta che pare doversi presumere di buona fede), con il che esso eviterà la condanna benché, per esempio, sapesse di altre sentenze che, ripetutamente e in casi identici, avessero dichiarato la nullità della clausole e ordinato la ripetizione dell'indebito. Quest'ultima previsione è stata dichiarata incostituzionale dalla suddetta sentenza del *Tribunal Constitucional* ⁽⁸⁾, come a breve si preciserà.

3.1. Il regime di allocazione delle spese processuali. – Pare opportuno volgere attenzione – in uno sforzo di sintesi e per l'insegnamento che se ne può trarre a mo' di guida per le riforme future – alle pronunce in tema di allocazione delle spese processuali ⁽⁹⁾ contenute nella pronuncia del *Tribunal Constitucional* testé richiamata. Sono di segno diverso: di costituzionalità, di costituzionalità condizionata e di incostituzionalità.

Il procedimento stragiudiziale previsto dal citato decreto-legge – la cui attuazione è rimessa all'istituto bancario, quello che deve valutare il carattere abusivo della clausola e decidere sulla fondatezza e la ripetizione della somma – non è incostituzionale. Le ragioni

⁽⁸⁾ R. BONACHERA VILLEGAS, *La condena en costas a favor del consumidor*, in *Práctica de Tribunales* n. 148, gennaio-febbraio 2021, già avanzò alcune considerazioni a riguardo, poi estensivamente riprese dalla sentenza di cui nel testo. Per un commento a tale pronuncia si permetta rinvio a L. MORENO GARCÍA, *La inconstitucionalidad (parcial) del Real Decreto-Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*, in *Diario La Ley* n. 9956, 19 novembre 2021.

⁽⁹⁾ Di carattere generale è ciò che si riferisce all'articolo del decreto-legge che limita la nozione di consumatore alle persone fisiche. Contrasta con questa limitazione quanto stabilito nella rifusione della legge per la difesa dei consumatori e degli utenti, che estende la nozione alle persone giuridiche e agli enti senza personalità giuridica che operino senza scopo di lucro non in ambito commerciale o imprenditoriale. Alla luce di tale nozione, il *Tribunal Constitucional* conclude che la differenza di trattamento che il decreto-legge comporta manca di oggettiva e ragionevole giustificazione e costituisce una violazione del principio di uguaglianza, il che impone la dichiarazione di incostituzionalità del relativo inciso.

addotte dal *Tribunal Constitucional* sono le seguenti ⁽¹⁰⁾: il sistema del procedimento stragiudiziale è volontario per il consumatore; la sua implementazione è un onere soltanto per gli istituti di credito; sono questi che debbono garantire che il procedimento sia conosciuto dai consumatori interessati; il consumatore può rinunciare a questa via: l'unica limitazione che si impone è che se la domanda giudiziale venga proposta dal consumatore prima che si concluda il procedimento stragiudiziale, il processo verrà sospeso; la durata massima di tre mesi di tale procedimento è un tempo ragionevole che non può considerarsi eccessivo (soprattutto ove si raffronti il tempo stimato per la prima istanza di un processo su una causa di questo tipo, che in ragione dell'aumento della litigiosità è stato calcolato in 39 mesi).

Il decreto-legge lega la condanna alla rifusione delle spese processuali all'impiego o meno del procedimento stragiudiziale che in esso si prevede. Come visto, se il consumatore fa uso di tale procedimento per formulare il suo reclamo e rifiuta il calcolo della somma che gli sarà ripetuta, si imporrà la rifusione delle spese processuali all'istituto di credito solo se la sentenza di condanna a carico di quest'ultima sia per un *quantum* superiore alla somma offerta dalla banca, e, cioè, ancorché non si accolga totalmente la pretesa del consumatore. Il *Tribunal Constitucional* dichiara che questo regime speciale di allocazione delle spese processuali mantiene un equilibrio tra le parti, dal momento che riconosce vantaggi ugualmente all'una e all'altra. Certo, per escludere una violazione del principio di uguaglianza, il *Tribunal Constitucional* evidenzia che la norma prevista dal decreto-legge deve essere interpretata nel senso che il regime da esso contemplato si estende «a tutti i casi in cui il cliente abbia reclamato la ripetizione di quanto indebitamente pagato prima di rivolgersi alla via giudiziale, sia secondo le modalità fissate dal decreto-legge sia in qualunque altro modo contemplato dall'ordinamento, quali la richiesta fidefacente di pagamento,

⁽¹⁰⁾ La sentenza è stata adottata con un voto dissenziente.

l'istanza di conciliazione o il tentativo di mediazione, sempreché questi abbiano dato luogo ad una risposta da parte dell'ente finanziario che ha offerto una somma che il cliente ha rifiutato».

Il *Tribunal* ritiene che non vi sia violazione del principio di uguaglianza in un altro caso controverso. L'ipotesi è la seguente: se l'ente finanziario non risponde al reclamo o lo rigetta e poi è convenuto in giudizio, si dovrà dare applicazione al regime generale di allocazione delle spese processuali, ovvero queste verranno imposte alla banca soltanto se si abbia un accoglimento totale della domanda; tuttavia, se la domanda non è accolta totalmente, ciascuna parte sopporterà le proprie spese processuali, salvo che il giudice non ravvisi la temerarietà della lite. Pare, pertanto, che all'ente finanziario convenga tenere la condotta descritta (non rispondere o rifiutare il reclamo del consumatore), stante la probabilità di non vedersi imporre la rifusione delle spese processuali (con pregiudizio, però, del consumatore, che non potrà ripetere le spese che il processo gli ha occasionato). Tuttavia la sentenza del *Tribunal Constitucional* ritiene che la scelta del legislatore non è irragionevole. Il *Tribunal* argomenta a riguardo che, se l'istituto finanziario ha offerto al consumatore una somma, esiste un dato oggettivo che permette al giudice di determinarsi, quando decide sull'allocazione delle spese processuali, in modo preciso e molto più vantaggioso per il cliente. Viceversa, se il reclamo non trova risposta o viene rigettato, non esiste un tale dato né perciò è possibile modulare la condanna alle spese. La scelta legislativa, certo, avrebbe potuto essere diversa (e si vedrà più innanzi quale evoluzione giurisprudenziale si sia avuta e quali siano le proposte legislative a tal riguardo), tuttavia la soluzione abbracciata nella disciplina oggetto d'esame non è, conclude il *Tribunal Constitucional*, contraria al principio di uguaglianza.

La norma che non ha superato il giudizio di costituzionalità è quella di cui all'art. 4.2 decreto-legge. Questa si riferisce al caso in cui il consumatore propone una domanda nei confronti dell'istituto di credito senza aver svolto il procedimento stragiudiziale previsto dallo stesso decreto. La norma stabiliva che, in tali ipotesi, se

l'istituto finanziario aderiva alla domanda giudiziale prima di presentare la comparsa di costituzione e risposta, non sarebbe stata condanna alle spese processuali. In altri termini: restava esclusa la possibilità che il giudice valutasse la mala fede dell'istituto (e di qui la sua condanna alle spese). Prevedeva, inoltre, che, in caso di adesione parziale, se l'istituto finanziario avesse dato al consumatore la somma promessa, esso sarebbe stato condannato alle spese processuali solo se il consumatore avesse ottenuto una sentenza di condanna per una quantità maggiore di quella pagata dall'istituto in sede stragiudiziale. Pertanto, anche in questo caso non si andava a valutare l'esistenza della mala fede dell'istituto. Si osservava, quindi, che vi era una differenza di trattamento rispetto ai casi in cui non si fosse presentato il previo reclamo ai sensi del decreto-legge, ancorché si fossero utilizzati meccanismi di soluzione stragiudiziali della controversia. La disposizione è stata dichiarata incostituzionale per le seguenti ragioni, che si restituiscono qui in sintesi:

- a) questa differenza di trattamento altera la natura volontaria del reclamo, rendendolo obbligatorio;
- b) implica un maggior aggravio economico per chi non presenti il previo reclamo;
- c) gli istituti bancari si vedono favoriti a svantaggio dei consumatori;
- d) produce un effetto dissuasivo inverso (i consumatori si vedono dissuasi dall'instaurare il processo per ottenere la ripetizione di quanto indebitamente pagato, mentre, al contrario, non si dissuadono gli istituti bancari a inserire le clausole abusive nei loro contratti);
- e) favorisce chi ha imposto la clausola abusiva e si pregiudica chi patì tale imposizione, tanto più che non deve dimenticarsi che è l'istituto bancario quello che ha inserito nel contratto la clausola, che conosce del suo carattere abusivo, il suo obbligo di restituire l'indebitato e l'estensione degli effetti della dichiarazione di abusività della clausola;

f) se, nei casi descritti, il consumatore dovesse far fronte alle spese occasionate dalla sua domanda giudiziale, non lo si rimetterebbe nella situazione in cui si sarebbe trovato senza l'apposizione della clausola, in altri termini non rimarrebbe indenne, e, sapendo che dovrà sopportare le spese del processo, esiste il pericolo reale che egli non eserciti il suo diritto di accesso al giudice per motivi economici, il che costituisce un ostacolo all'effettività della tutela giurisdizionale.

4. *Orientamenti giurisprudenziali di rilievo* – Oltre ad esaminare ciò che prescrive la legge – opportunamente rivisitata, come si vedrà – è necessario volgere lo sguardo all'applicazione che ne ha dato la giurisprudenza, come sempre richiede uno studio completo. In questa materia, tale esigenza si mostra più urgente per un duplice motivo: per un verso, perché in materia consumeristica si è introdotta un'importante precisazione con riguardo alla pronuncia sulle spese allorché una delle parti sia un consumatore e, soprattutto, allorché si tratti della pretesa alla dichiarazione di nullità di una clausola; e, per altro verso, perché in altre materie (segnatamente, nel diritto della concorrenza) si riscontra che l'applicazione automatica di certi canoni interpretativi e la decisione della causa incidono sul regime dell'allocazione delle spese processuali – e di qui sulla tutela dei diritti – in maniera non soddisfattiva.

4.1. *Processi promossi dai consumatori*. – In materia consumeristica, notevole importanza riveste il principio di effettività, esaltato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea. Tale esaltazione ha interessato anche la condanna alle spese. Il principio di effettività richiede agli Stati membri di garantire l'esercizio e la tutela dei diritti riconosciuti dall'ordinamento euro-unitario. La connessione tra questo principio e l'istituto della condanna alle spese processuali si fonda sul fatto che il secondo favorisce l'ap-

plicazione del primo: contribuisce, infatti, a ristabilire la situazione di fatto e di diritto *quo ante* e, in definitiva, ad una più effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. Il riconoscimento del diritto sarebbe incompleto se chi lo ottiene dovesse sopportare le spese che lo hanno occasionato. Il *Tribunal Supremo* ha enunciato, a questo riguardo, un principio generale di particolare incidenza in tema di costi: «la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve andare contro chi ha ragione»⁽¹⁾. Il principio di indennità della tutela e il principio di effettività si intrecciano con la disciplina dell'allocazione delle spese processuali. Questo è stato particolarmente avvertito nei processi in materia di consumo e, specialmente, a proposito dei reclami contro le clausole abusive.

A riguardo si è succeduta una serie di pronunce tra le quali merita evidenziare le seguenti:

a) La sentenza del *Tribunal Supremo*, 4 luglio 2017, n. 419. Si tratta di una sentenza a sezioni unite su un ricorso per cassazione proposto da un consumatore e che impose le spese processuali del giudizio di appello in capo all'istituto bancario convenuto. La sentenza di secondo grado aveva dato ragione alla banca in applicazione della giurisprudenza consolidata vigente al tempo del processo. In pendenza del ricorso per cassazione, veniva pronunciata la sentenza della Corte di giustizia UE, 21 dicembre 2016 (caso *Gutiérrez Naranjo*), più sopra richiamata, che ritenne quella giurisprudenza contraria al diritto dell'Unione europea e che determinò quindi un mutamento della giurisprudenza spagnola. In conseguenza di ciò, il ricorso per cassazione veniva accolto e, sebbene l'istituto bancario insistesse per non vedersi imposta la rifusione delle spese processuali relative alla seconda istanza – dal momento che il caso oggetto d'appello presentava serie incertezze in punto di diritto e la sentenza d'appello aveva dato applicazione all'interpretazione giurisprudenziale allora vigente – il *Tribunal Supremo* condannò la banca alle

⁽¹⁾ Sentenze del *Tribunal Supremo*, 9 giugno 2006, n. 597, e 4 febbraio 2015, n. 40. Per un approfondimento a riguardo, *si vis*, J.F. HERRERO PEREZAGUA, *Reglas, excepciones y problemas del pronunciamiento sobre costas*, Madrid, 2019, 11-4.

spese. Sostenne che tale condanna contribuiva a ristabilire la situazione di fatto e di diritto in cui il consumatore si sarebbe trovato se non avesse subito la clausola abusiva e che, in caso contrario, costui non sarebbe rimasto indenne dal processo, producendosi un effetto dissuasivo inverso. La regola della soccombenza, conclude il *Tribunal Supremo*, «favorisce l'applicazione del principio di effettività del diritto dell'Unione europea e l'eccezione a tale regola pone un ostacolo all'applicazione di detto principio di effettività»⁽¹²⁾. I tribunali spagnoli si sono quindi allineati al criterio stabilito da questa sentenza.

b) La sentenza della Corte di giustizia UE, 16 luglio 2020 (C-224/19 e C-259/19). Essa risolve la questione relativa alla compatibilità o meno con il principio di effettività del fatto che ricadano sul consumatore le spese di un procedimento a seconda del *quantum* che si restituisce, ancorché sia accolta la sua pretesa con riguardo al carattere abusivo della clausola impugnata. La rilevanza di tale questione è massima in quei processi – frequenti – in cui il consumatore esercita un'azione di nullità della clausola e al contempo chiede la condanna alla restituzione di quanto indebitamente pagato e in quelli – altrettanto frequenti – in cui si accoglie la prima di tali domande (quella dichiarativa di nullità) e parzialmente la seconda (quella di condanna alla restituzione: si ricordi, infatti, che regola vuole che in caso di vittoria parziale ciascuna parte sopporti le proprie spese processuali). Questo regime, che permette che il consumatore sopporti parte dei costi in ragione del *quantum* che ottiene a fronte della dichiarazione di nullità della clausola abusiva, può dissuadere il consumatore dall'esercitare il suo diritto al controllo giurisdizionale del carattere potenzialmente abusivo delle clausole contrattuali, motivo per cui si ritiene che esso contrasti con quanto

⁽¹²⁾ La sentenza presenta un voto dissenziente che ritiene non violato il principio di effettività. I giudici dissenzienti sostengono che ciò che esige tale principio, nel caso in cui ad essere colpiti siano i consumatori, è un'applicazione più restrittiva del potere di imporre la rifusione delle spese processuali in caso di vittoria e una motivazione più stringente e rigorosa.

stabilito dagli artt. 6, par. 1 e 7, par. 1, direttiva n. 93 del 2013, così come con il principio di effettività⁽¹³⁾.

c) La sentenza del *Tribunal Supremo*, 17 settembre 2020, n. 472. In questa pronuncia il *Tribunal* reitera la sua giurisprudenza consolidata sul principio di effettività per escludere, nelle cause sulle clausole abusive che accolgono la domanda del consumatore, l'applicazione dell'eccezione al criterio oggettivo della vittoria della parte basata sull'esistenza di seri dubbi di diritto. Se ne deve ricavare, *a sensu contrario*, che l'eccezione sarà applicabile quando la condanna alle spese dovrebbe ricadere sul consumatore o un'associazione di consumatori, senza che la sua applicazione sia condizionata al *petitum* da costoro avanzato⁽¹⁴⁾; il giudice, d'ufficio, potrà non imporre la rifusione delle spese processuali in capo al consumatore le cui pretese siano state interamente rigettate, se ritiene e motiva che ricorrevano a riguardo serie incertezze di fatto e di diritto. E, per altro verso, è opportuno precisare che questa nuova regola elaborata dalla giurisprudenza nei processi promossi dai consumatori, da cui discende la condanna alle spese dell'istituto finanziario in ogni

⁽¹³⁾ J.M. FERNÁNDEZ SEIJO, *La condena en costas en el contexto del Derecho comunitario de consumo*, in *Revista jurídica sobre consumidores*, numero speciale, settembre 2020, 53, che, sebbene apprezzi questa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea che rafforza l'effetto dissuasivo e il principio di effettività modulando la portata della condanna alle spese processuali in questa materia, avanza al contempo una critica: «Sicuramente la Corte di giustizia UE ha preso le mosse da una raffigurazione eccessivamente rigida del regime di allocazione delle spese processuali nel sistema spagnolo – le parti di quel processo non tradussero con precisione i meccanismi di flessibilità in esso esistenti, quelli cioè che si riferiscono all'accoglimento sostanziale, all'accoglimento parziale e all'incidenza della buona e mala fede delle parti». Inoltre, egli ritiene poco calzante il riferimento alla sentenza della Corte di giustizia UE, 13 settembre 2018, (C-176/17, caso *Profi Credit Polska*), dal momento che essa riguardava una fattispecie in cui le tasse giudiziali si ripercuotevano sul consumatore, nel caso in cui la domanda venisse rigettata e la tassa giudiziale, ancorché un costo della giustizia, non è assimilabile alle spese processuali.

⁽¹⁴⁾ In questo senso, F. CORDÓN MORENO, *Criterios para la condena en costas en los procesos promovidos por consumidores*, in *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* n. 115, gennaio-aprile 2021.

caso, senza applicazione di eccezione alcuna, non si estende alle spese del ricorso (per cassazione) quando questo viene accolto. Lo esclude l'art. 398.2 LEC come confermato dalle sentenze del *Tribunal Supremo*, 24 novembre 2020, n. 632, e 3 dicembre 2020, n. 653.

Sorgono tuttavia alcune questioni con riguardo alle quali si debbono svolgere ulteriori considerazioni che invitano a puntualizzare quelle sinora proposte.

a) Ci sono sentenze ⁽¹⁵⁾ che hanno ritenuto abusiva la presentazione di una domanda giudiziale di nullità di clausole ipotecarie avente come unica finalità il conseguimento della condanna di controparte al pagamento delle spese processuali. L'accoglimento della domanda conduce ad una condanna alla rifusione dei costi processuali in capo al convenuto, ma il ricorso al processo all'esclusivo fine di ottenere un guadagno economico derivante dall'avvio e dallo svolgimento del processo non deve trovare tutela nel diritto consumeristico. A tal riguardo si è detto che in questi casi non impone la ripetizione delle spese processuali non lede il principio di effettività dei diritti del consumatore. Ad ogni modo, come più sopra evidenziato, non vi è una norma che ammetta espressamente la condanna alle spese processuali del vincitore che ha agito in mala fede o con abuso del diritto. I meccanismi offerti dall'ordinamento processuale spagnolo per sanzionare siffatte condotte sono limitati: si tratta di quelli previsti per i casi in cui il giudice ritenga che una delle parti abbia agito violando la regola della buona fede processuale, mediante l'imposizione di una multa (tra 180 e 6000 euro, per la cui determinazione si terranno in considerazione le circostanze di fatto del caso concreto e del danno causato alla controparte, senza che in nessun caso si possa superare un terzo del valore della causa, secondo quanto prevede l'art. 247.3 LEC).

b) Non può considerarsi esercizio abusivo del diritto il fatto che il consumatore instauri due o più processi contro il medesimo ente finanziario per chiedere la dichiarazione di nullità di altrettante

⁽¹⁵⁾ Un esempio a riguardo è offerto dalla sentenza dell'*Audiencia Provincial* di Salamanca (sez. 1^a), 10 giugno 2021, n. 396.

clausole incluse nel medesimo contratto e, eventualmente, la restituzione di quanto indebitamente pagato in loro applicazione ⁽¹⁶⁾. È certo che l'economia processuale potrebbe invitare al cumulo di tutte le pretese in un unico processo; però non si riscontra una norma che lo imponga. È una scelta dell'attore optare per l'esercizio cumulativo o separato di dette azioni. Egli ha l'onere di allegare tutti i titoli che fondano la sua pretesa, altrimenti egli se ne vedrà precluso (art. 400 LEC). La preclusione, però, non matura se l'oggetto del secondo processo è diverso da quello del primo. Il motivo che può indurre l'attore a procedere in questo modo può rinvenirsi nella condanna alle spese: se esercitasse diverse azioni di nullità di altrettante clausole in unico processo e alcune venissero rigettate, la conseguenza sarebbe per lui la mancata rifusione delle spese processuali. Questo rischio può diminuire nel caso in cui eserciti dette azioni separatamente, ancorché, certo, in caso di azioni separate la banca convenuta, se condannata, si espone ad una condanna alle spese per una somma inferiore a quella che patirebbe in ipotesi di processo cumulato – e anche questa variabile può incidere sulla strategia processuale dell'attore. La correzione o diminuzione della somma oggetto della ripetizione dell'indebito, in questo caso, dovrebbe ripercuotersi sulla pronuncia in tema di spese processuali.

c) Dovrebbero ricevere un trattamento speciale i casi in cui l'istituto bancario convenuto contesti solo una parte della somma richiesta dall'attore, riconoscendo il restante e mettendolo a disposizione dell'attore. In questo caso il decreto-legge n. 1 del 2017, come visto, prevede una disciplina speciale: si imporranno le spese processuali all'istituto convenuto soltanto se l'attore abbia ottenuto una sentenza il cui risultato economico sia stato a lui più favorevole della somma già ricevuta. Tale disposizione è stata dichiarata incostituzionale dal momento che impediva al giudice di valutare la mala fede dell'istituto bancario convenuto. Varie sono le possibilità

⁽¹⁶⁾ Un esempio a riguardo è offerto dalla sentenza dell'*Audiencia Provincial* di Cadice (sez. 5ª), 20 settembre 2021, n. 861.

che si aprono: 1) scindere in due le pronunce sui costi (quella relativa alla pretesa che l'istituto bancario ha riconosciuto e quella relativa alla pretesa contestata); 2) effettuare il calcolo delle spese prendendo a base il *quantum* controverso; 3) ritenere che, restituite le somme riconosciute dall'istituto di credito, si è avuta una riduzione sopravvenuta dell'oggetto del processo per intervenuta soddisfazione extra-processuale dell'attore⁽¹⁷⁾, di modo che il processo dovrebbe continuare soltanto per il *quantum* restante e la decisione su questo (e non sulla somma di cui l'attore ha già avuto stragiudizialmente soddisfazione) dovrà contenere una pronuncia sulle spese processuali in applicazione delle regole generali sui costi. La base legale di queste tre eventualità esiste (v. artt. 21 e 22 LEC), tuttavia non si può omettere di rilevare come la sua interpretazione non sia pacifica, e per questo consigliabile sarebbe che un'eventuale novella precisi la portata di questa condanna e i suoi limiti, soprattutto per quanto riguarda i processi in materia di clausole abusive e, in termini più generali, quelli che abbiano ad oggetto la tutela dei consumatori.

Da quanto precede si possono peraltro trarre talune conclusioni.

1) La prima e principale è la convenienza di tentare una soluzione consensuale della controversia. Questa conviene ad entrambe le parti: al consumatore, perché, se lo fa, potrà ottenere una condanna alla rifusione delle spese processuali a carico della sua controparte, anche nel caso in cui costei aderisca alla sua domanda giudiziale; all'istituto bancario, perché potrà evitare che, per il fatto di aver rifiutato il tentativo di arrivare ad un accordo, il giudice ritenga che esso si sia condotto con temerarietà o mala fede (ancorché è chiaro che la valutazione giudiziale di questa circostanza può fondarsi su altri fatti). Per altro verso, la domanda giudiziale presentata dal consumatore non preceduta da un reclamo stragiudiziale può essere un indizio del fatto che la sua richiesta è frutto dell'abuso del diritto,

⁽¹⁷⁾ In merito v. F. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Madrid, 2003, 120-5.

mirando al solo scopo di ottenere la condanna alle spese processuali della sua controparte.

2) La seconda conclusione. Alla controparte del consumatore (l'istituto finanziario nei casi summenzionati e, in termini generali, l'impresa o il professionista se la giurisprudenza consolidata sul punto si estenda anche ad altre ipotesi) conviene non solo tentare, ma anche allegare l'accordo raggiunto se l'oggetto della controversia è la somma da restituire a titolo di indebito. Come visto, infatti, in questi casi, alla luce della giurisprudenza consolidata, all'accoglimento della domanda di dichiarazione della nullità della clausola si unisce la condanna alle spese processuali, anche se la pretesa risarcitoria non venga integralmente accolta. Ben potrebbe accadere che la somma da restituire, oggetto di controversia, sia inferiore alla somma cui può arrivare la condanna alle spese. In tal caso, l'alternativa 'accordarsi o soccombere' si manifesta con particolare intensità, perché solo il riconoscimento da parte del giudice di un abuso del diritto (per impiego del processo come fine a se stesso) potrebbe fondare la mancata imposizione delle spese processuali in capo all'istituto bancario.

3) Terza conclusione. Non è sufficiente dimostrare che si è tentato di arrivare ad un accordo. Come più sopra evidenziato, è necessario che tra l'atto di reclamo stragiudiziale e la domanda giudiziale sussista una debita corrispondenza (benché in alcuni casi non serva una totale identità dell'oggetto dell'uno e dell'altro) e che sia trascorso un tempo sufficiente tra reclamo e domanda. Questo doppio requisito permetterà di valutare, da un lato, se vi è coincidenza tra ciò che si chiede in via giudiziale e in via stragiudiziale; dall'altro, se sussista una vera volontà di negoziare o se invero si cercasse soltanto un vantaggio economico grazie all'automatismo della condanna alla rifusione delle spese processuali.

4.2. Processi sulla violazione del diritto della concorrenza. – Tra i processi che traggono origine da illeciti anti-concorrenziali, di particolare interesse, ai fini che qui occupano, sono quelli promossi per

far valere la pretesa risarcitoria avanzata da chi non sia consumatore. Varie sono le ragioni che giustificano un'attenzione a queste ipotesi.

a) Il fatto che in esse l'attore non sia un consumatore impedisce di tradurre automaticamente le considerazioni svolte con riguardo alla disciplina che stabilisce per i consumatori un regime speciale di tutela.

b) Se si esercita soltanto una pretesa risarcitoria è perché si è già avuto l'accertamento di anti giuridicità della condotta, ossia si versa in un'ipotesi di azione c.d. consecutiva o *follow on*, con la conseguenza che, a differenza di quanto emerso con riguardo ai processi su clausola abusiva, non si esercita unitamente all'azione risarcitoria quella di nullità (si ricordi che l'accertamento della nullità della clausola ha portato la giurisprudenza a ritenere che si avrà la condanna al pagamento delle spese processuali anche se l'azione risarcitoria non sia accolta integralmente).

c) La prassi ha evidenziato che i casi in cui si richiede un risarcimento del danno per condotte collusive si risolvono, per lo più, con una condanna per una somma inferiore a quella richiesta, ossia con una soccombenza parziale. Questo porta alla mancata imposizione delle spese processuali o, detto in altri termini, comporta che non si condanni il convenuto alla loro rifusione. Al contempo, però, siccome un danno vi è stato, si arriva in ogni caso a non condannare alla rifusione delle spese processuali l'attore, cosa che però riduce le possibilità di difesa del convenuto. Ai sensi dell'art. 17, par. 2, direttiva 2014/104/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 novembre 2014, recante norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea, infatti, chi commette l'infrazione ha il diritto di prova contraria con riguardo alla presunzione che la sua infrazione abbia causato un danno.

d) È frequente che l'ammontare delle spese processuali sia elevato, non solo per le voci relative agli onorari dell'avvocato e ai diritti

del procuratore, ma anche, soprattutto, per quelle relative alle consulenze tecniche.

A quanto precede si deve aggiungere inoltre che anche in questa materia vigono i principi di indennità della tutela e dell'effettività. Al primo si riferisce l'art. 3, par. 2, direttiva cit., il cui par. 1 sancisce:

Il pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi ⁽¹⁸⁾.

Per altro verso, il principio di effettività della tutela esige dagli ordinamenti degli Stati membri (come ricorda l'art. 4 direttiva cit.) di vigilare

affinché tutte le norme e procedure nazionali relative all'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno siano concepite e applicate in modo da non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto, conferito dall'Unione, al pieno risarcimento per il danno causato da una violazione del diritto della concorrenza.

Non stupisce pertanto che sia stato sollevato un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE (C-312/21) sulla compatibilità del diritto al risarcimento del danno pieno con il regime delle spese processuali stabilito dalla LEC in caso di soccombenza parziale. In

⁽¹⁸⁾ La lettera della disposizione pare dare adito ad una doppia interpretazione. Per un verso, stabilisce che il risarcimento del danno sarà dato dalla somma dei *quanta* relativi al danno emergente, lucro cessante e agli interessi – senza alcun riferimento ai costi processuali. Per altro verso, però, nel prevedere che il pieno risarcimento del danno comporta la restituzione del soggetto pregiudicato nella situazione antecedente al danno patito, la direttiva lascia intendere che ciò non potrà aversi se l'attore vittorioso nel processo deve sopportare il peso delle spese processuali: così F. MARCOS, *Costas, estimación judicial del daño y responsabilidad solidaria entre partícipes de un cártel: la cuestión prejudicial C-312/21 del juzgado mercantil 3 de valencia sobre los daños causados por el cártel de camiones*, in *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución* n. 29, luglio-dicembre 2021.

attesa della pronuncia della Corte a riguardo, e senza pronosticare quale potrebbe essere il suo segno, pare opportuno formulare le seguenti considerazioni.

a) Può venire in gioco in questi casi la giurisprudenza consolidata spagnola ai sensi della quale si deve equiparare l'accoglimento sostanziale della domanda a quello totale, ossia si deve applicare la regola della soccombenza anche se a rigore la domanda non sia stata integralmente accolta⁽¹⁹⁾. Questo significa che, se la differenza tra chiesto nella domanda e accordato dalla sentenza è minima o se si riferisce soltanto a profili meramente accessori, sarebbe contrario ad equità imporre a chi ottiene ragione la rifusione all'altra parte delle spese processuali. Chiaro è che questa giurisprudenza dell'accoglimento sostanziale (per come la si conosce) confida nel prudente apprezzamento del giudice e nell'esame del caso concreto. La sua applicazione dovrà operare in modo bidirezionale, e cioè tanto in quei casi in cui si abbia un accoglimento sostanziale della domanda, quanto in quelli in cui la pretesa attorea sia stata accolta soltanto in minima parte.

b) Sull'accoglimento della domanda di risarcimento del danno possono influire diversi fattori: i tentativi di raggiungere un accordo, l'accesso a fonti di prova, l'asimmetria informativa tra le parti, il principio di vicinanza della prova (e, eventualmente, delle conseguenti difficoltà probatorie), la valutazione dello sforzo probatorio minimo svolto dalla parte attrice, la qualità delle perizie tecniche, il contributo del convenuto alla produzione del danno...⁽²⁰⁾. Tutta-

⁽¹⁹⁾ Per un'illustrazione di fondamento, limiti, presupposti e conseguenze di questa giurisprudenza v. la sentenza del *Tribunal Supremo*, 14 dicembre 2015, n. 715.

⁽²⁰⁾ A riguardo v. F. MARCOS, *Costas, estimación judicial del daño y responsabilidad solidaria* cit.; Á. CARRASCO PERERA, *Cárteles con daño cero*, in *La Ley Mercantil* n. 86, 202. In merito al particolare regime dell'allocazione delle spese processuali nei casi in cui faccia istanza di mezzi di accesso alle fonti di prova, si permetta rinvio a J.F. HERRERO PEREZAGUA, *El régimen de costas en las medidas de acceso a las fuentes de prueba*, in J.M. ASENSIO MELLADO (dir.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales*, Madrid, 2020, 955-70.

via, non pare opportuno – ancorché questo modo di procedere si sia via via diffuso – che il giudice utilizzi criteri statistici o standardizzati (ad esempio, una determinata percentuale del prezzo pagato) che fungano da parametri di riferimento per la quantificazione del danno o come base per la presunzione del *quantum*. Al consolidarsi di questa prassi si consoliderebbe, infatti, anche la mancata imposizione dei costi su una controversia che non si risolve sulla base di criteri giuridici e di tecnica processuale, bensì sulla ponderazione di dati, quantità e valori la cui trasposizione nel caso concreto appare altamente discutibile.

c) Oltre ai principi di effettività e indennità della tutela, non può sottacersi il principio di proporzionalità. Questo si può tradurre in un limite massimo di costi corrispondenti a determinate voci (in particolare: gli onorari degli avvocati e quelli del consulente). L'intenzione che anima il legislatore nella fissazione di questi limiti è quella di evitare una sproporzione tra il valore della causa e quello dei costi che si possono rifondere alla controparte, ossia si ha con questo una sorta di protezione del soccombente e, a sua volta, una tutela contro l'impiego del processo per ottenere una somma per le spese del processo superiore al valore dell'oggetto della controversia. Il principio di proporzionalità presenta, però, un'altra declinazione, che la Corte di giustizia UE ha evidenziato nei processi relativi alla tutela della proprietà intellettuale, e che potrebbe trovare proiezione anche nella materia che qui occupa: la proporzionalità non solo deve tener conto del valore della causa, ma anche dei costi che essa ha generato nel vincitore per la difesa del suo diritto. In altri termini, deve far sì che la parte vincitrice «abbia diritto quanto meno alla rifusione di una parte significativa e proporzionata ai costi ragionevoli in cui ella sia effettivamente incorsa» (Corte di giustizia UE, 28 luglio 2016, causa C-57/15).

Alla luce di quanto esposto e delle considerazioni sin qui svolte, è possibile ricavare le seguenti conclusioni.

a) A chi sia danneggiato e non rivesta la qualifica di consumatore – e salvo ciò che pronuncerà la Corte di giustizia UE sul citato rin-

vio pregiudiziale pendente – a costui conviene una soluzione consensuale della lite, dal momento che la prassi giurisprudenziale è incline – nei casi di valutazione giudiziale del danno – a diminuire il *quantum* richiesto nella domanda giudiziale, cosa che porta alla mancata imposizione della rifusione delle spese processuali in capo al soccombente con conseguente sopportazione da parte del vincitore dei suoi costi.

b) La convenienza per il danneggiato-attore di accordarsi con la controparte-danneggiante se versa in una delle eventualità che si possono presentare in cui egli patisca conseguenze economiche sfavorevoli, sia perché la sentenza non allochi la rifusione delle spese processuali a nessuna delle parti sia perché la imponga a lui. L'una e l'altra ipotesi si presentano con tal grado di probabilità che aumentano l'attrattiva della soluzione consensuale: 1) ove il danneggiato-attore abbia fatto ricorso ad una consulenza tecnica, per il fatto che la contro-perizia presentata dal convenuto sia ritenuta dal giudice più fondata di quella dell'attore; 2) ove l'attore-danneggiato chieda di ampliare la sua consulenza tecnica di parte a fronte dei dati forniti dal convenuto, perché questo comporta un aumento dei costi su cui egli non avrebbe certezza di rifusione; 3) e ove lo sforzo probatorio dell'attore-danneggiato sia minimo, perché vi sarebbe il rischio di rigetto della sua domanda con conseguente condanna in capo a lui delle spese processuali.

c) La soluzione negoziale conviene anche al convenuto che abbia violato il divieto anti-concorrenziale, dal momento che la prassi mostra che la difesa maggiormente destinata al successo è quella che mira alla riduzione del *quantum* richiesto dal danneggiato, e non quella che ambisce a veder dichiarare l'inesistenza del danno. I costi degli onorari dell'avvocato e del consulente tecnico e i diritti del procuratore possono essere elevati e anche essere superiori al pur ridotto risarcimento del danno richiesto.

d) L'applicazione del principio di proporzionalità nell'ambito che qui occupa può contare soltanto sulla previsione stabilita dall'art. 394.3 LEC: il condannato alla rifusione delle spese proces-

suali sarà obbligato a pagare, con riguardo agli onorari professionali (non soggetti a tariffario), un *quantum* che non ecceda un terzo del valore della causa, per ciascuna delle parti del processo che abbia ottenuto la rifusione delle spese processuali. Pertanto, incluso il caso di soccombenza di una delle parti e di imposizione a questa di tale rifusione, il beneficiario della condanna non potrà ripetere l'intera spesa sostenuta. Per quanto la legge consenta di superare il suddetto limite di un terzo in ragione della complessità della causa, e benché l'idea di un risarcimento pieno potrebbe incoraggiare ad applicare la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia UE sviluppatasi in materia di tutela della proprietà intellettuale, certo è che non è probabile né frequente che la giurisprudenza spagnola si avvalga di detti argomenti per superare quel limite. Un nuovo elemento, quindi, per preferire la soluzione consensuale, onde evitare il pregiudizio economico derivante dal ricorso alla via giurisdizionale.

5. *Un cammino annunciato: la connessione tra il regime dell'allocatione delle spese processuali e il tentativo di accordo stragiudiziale nel disegno di legge sulle misure per l'efficienza del processo.* – Come menzionato in esordio, l'intento che anima il disegno di legge sulle misure per l'efficienza del processo è quello di potenziare i meccanismi negoziali di soluzione delle controversie allo scopo di ridurre il conflitto sociale ed evitare il sovraccarico giudiziario. Per questo, il disegno di legge impone come regola generale quella per cui, onde rendere ammissibile la domanda, l'attore deve dimostrare di aver previamente fatto ricorso ad uno degli strumenti che il testo del disegno di legge chiama *appropriati* ⁽²¹⁾ al superamento del con-

⁽²¹⁾ Il disegno di legge si riferisce alla mediazione, conciliazione o istanza per il parere neutrale di un esperto indipendente, così come alla formulazione di un'offerta vincolante riservata o all'impiego di qualsiasi altro tipo di attività negoziale non legalmente tipizzata volta a risolvere il conflitto, e che, in ogni caso, permetta di lasciare traccia del suo svolgimento.

flitto, di modo che questo tentativo si converte in una condizione di procedibilità. Il disegno di legge unisce, però, a questo una serie di disposizioni che legano la pronuncia sulle spese processuali e la loro quantificazione al modo in cui si è proceduto in questo tentativo di soluzione stragiudiziale o lo si è posto in essere. In altri termini: l'imposizione o meno della rifusione delle spese processuali, e ciò che il suo beneficiario può pretendere dal condannato (una volta che la condanna sia stata pronunciata), dipenderanno in buona parte da ciò che è accaduto o potrebbe essere accaduto nella negoziazione che ha preceduto il processo. È opportuno prestare attenzione a questi mutamenti normativi che, anche se nell'*iter* di adozione della riforma potrebbero poi non venire concretamente adottati, sono comunque indicativi di una tendenza legislativa. Qui di seguito le principali proposte di modifica.

Il disegno di legge mantiene la regola della soccombenza come criterio generale. Esso, però, introduce una disposizione (un nuovo terzo paragrafo nell'art. 394 LEC) che esclude la sua applicazione allorché la parte vincitrice abbia rifiutato, senza giustificato motivo, di partecipare all'attività negoziale. Se, come più sopra evidenziato, il disegno di legge opta per il carattere obbligatorio del previo tentativo di accordo stragiudiziale, il principale pregiudicato da questa disposizione sarà il convenuto (se infatti l'attore non abbia tentato la previa negoziazione, la sua domanda sarà dichiarata inammissibile). Ebbene, anche l'attore patirà la mancata rifusione delle spese processuali a suo favore nel caso in cui la sua domanda sia accolta, allorché, ove la previa mediazione (o un altro tentativo di accordo negoziale) non sia obbligatoria, il giudice l'abbia ordinata (c.d. mediazione derivata) e l'attore abbia deciso di non parteciparvi ⁽²²⁾.

⁽²²⁾ A questo riguardo v. J. BANACLOCHE PALAO, *Las reformas en el proceso civil previstas en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal: ¿una vuelta al pasado?*, in *Diario La Ley* n. 9814, 19 marzo 2021, e S. DURÁN ALONSO, *Mediación intrajudicial o por derivación judicial, Novedades introducidas por el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal*, in *Diario La Ley* n. 9899, 16 luglio 2021.

Il rifiuto di partecipare ad un'attività negoziale può essere espresso o tacito, ossia dedotto da determinati atti (atti concludenti), il che apre al giudice un considerevole margine di interpretazione. Al suo discrezionale apprezzamento spetta inoltre valutare se le circostanze del caso o le ragioni allegate dalla parte vittoriosa integrino un giustificato motivo per essersi rifiutata di partecipare all'attività negoziale. A questo riguardo sussistono due diversi rischi: 1) che il giudice prescinda dalla valutazione di tali circostanze e ragioni e, per questo, non tenga conto della collaborazione della parte vittoriosa nel processo nel raggiungimento di un previo accordo che lo avrebbe evitato; e 2) che il rifiuto dell'accordo offerto da una delle parti, ancorché fondato, si interpreti come un rifiuto di intraprendere la via negoziale che avrebbe potuto evitare il giudizio.

La disposizione introdotta dal disegno di legge serve ad evitare che il processo venga utilizzato come fine a se stesso, ossia con l'unico obiettivo di ottenere una condanna alla rifusione delle spese processuali della controparte e, con questa, il corrispondente vantaggio economico. Si vuole porre fine a contenziosi fomentati da avvocati che rifiutano le offerte del futuro convenuto, perché si sono accordati con i loro clienti – un patto che serve ai primi per accaparrare i secondi – di recuperare il credito che ottengono con la condanna alla rifusione delle spese legali.

Se nel caso visto la regola dell'imposizione delle spese processuali cede il passo all'eccezione della non imposizione, in caso di soccombenza parziale succede il contrario: la non imposizione (che è la regola in questo caso) cede il passo all'imposizione. Così succederà quando il convenuto non aderisca, senza giustificato motivo, al procedimento negoziale cui è stato invitato dall'attore prima del processo o cui è stato inviato dal giudice dopo il suo inizio. La condanna alle spese in questi casi non è automatica: rientra nel margine di discrezionalità del giudice («lo si *potrà* condannare alla rifusione delle spese processuali», sono le parole utilizzate nella disposizione introdotta dal disegno di legge).

Si richiede che la decisione del giudice sia motivata: pare che la motivazione, oltre a dar conto dell'assenza o del rifiuto della parte di partecipare all'attività negoziale, dovrà riferirsi alla mancanza del motivo che avrebbe potuto giustificare una siffatta condotta.

Il disegno di legge riafferma il legame tra la condotta antecedente al processo e l'adesione alla domanda, di modo che ciò non serva a eludere la condanna alla rifusione delle spese processuali quando la presentazione della domanda giudiziale fu preceduta dal tentativo di accordo rifiutato dal convenuto.

La nuova formulazione dell'art. 395 LEC si riferirebbe non solo alla richiesta di adempimento, alla mediazione e alla conciliazione (come fa il testo vigente), ma anche alla partecipazione a qualsiasi altro strumento adeguato di soluzione della controversia. Si introduce, inoltre, un'altra norma, un cui inciso appare, in principio, superfluo. Esso prevede:

Se il convenuto non ha partecipato, senza giustificato motivo, ad un tentativo di mediazione o di un altro mezzo adeguato di soluzione delle controversie quando questo è obbligatorio per legge o tale sia stato per ordine del giudice nel corso le processo, ed egli poi aderisca alla domanda, lo si condannerà alla rifusione delle spese processuali con decisione debitamente motivata.

La norma si fonda su tre elementi: due presupposti fattuali e una conseguenza giuridica. I due presupposti fattuali hanno una base comune: la mancata partecipazione al tentativo di mediazione o altro meccanismo di simile natura e, successivamente, l'adesione alla domanda giudiziale. A riguardo si deve però poi differenziare tra i casi in cui la mediazione o il procedimento negoziale è obbligatorio per legge (che è ciò che il disegno di legge pone come regola generale) e i casi in cui tali attività debbono svolgersi per ordine giudiziale. I primi casi rispondono alle medesima *ratio* di quelli cui si collega la condanna alle spese processuali per non aver aderito alla richiesta di adempimento, per aver rifiutato l'offerta di accordo o declinato la partecipazione ad un procedimento negoziale (sia esso la mediazione o un altro): si tratta, in tutti i casi, di una condotta anteriore al

processo, che ha impedito di raggiungere un accordo e ha causato l'inizio di un giudizio cui si pone fine con un comportamento che, benché immediato, si aveva modo di porre in essere previamente e nei medesimi termini. Invece, nei casi di mediazione o procedimento negoziale ordinati dal giudice, l'adesione alla domanda giudiziale ha luogo dopo che le parti si sono costituite in giudizio, e cioè in un momento in cui, applicando la regola generale, si arriva in ogni caso alla condanna alla rifusione delle spese processuali del convenuto che aderisce alla domanda, con il che la disposizione introdotta dal disegno di legge si rivela superflua, salvo che non se ne dia una lettura *a sensu contrario*, ossia tale da ritenere che il mero fatto di partecipare all'attività negoziale cui le parti siano giunte per ordine del giudice conduce a che non si imponga al convenuto l'allocatione delle spese processuali ⁽²³⁾.

Il disegno di legge non solo tiene in conto il tentativo di negoziazione o il fatto di aver accettato o rifiutato di parteciparvi per determinare quale può o deve essere la pronuncia sulle spese processuali. Guarda anche al contenuto delle proposte formulate nella negoziazione, al fine di ridurre o esonerare il condannato dall'obbligo di rifusione che nasce dalla condanna alle spese processuali. A questo riguardo si introduce un nuovo comma nell'art. 245 LEC ⁽²⁴⁾. Questa disposizione stabilisce che la parte condannata a

⁽²³⁾ Come sottolinea J. BANACLOCHE PALAO, *Las reformas en el proceso civil*, cit., questa rappresenterebbe un'interpretazione erronea «perché lo stesso trattamento non è previsto per gli altri convenuti né è compatibile con il fatto che con la sua condotta ha evitato lo svolgimento del processo».

⁽²⁴⁾ Quando il condannato alla rifusione delle spese processuali non paga volontariamente, il beneficiario della condanna ha a sua disposizione, per ottenerlo, un procedimento speciale di liquidazione (la *tasación de costas*) di competenza del cancelliere (*letrado de la Administración de Justicia*). Al giudice o al tribunale spetta di decidere sulle impugnazioni che in seno a quel procedimento vengano presentate. L'art. 245 LEC vigente regola l'impugnazione della *tasación de costas*. Il condannato alla rifusione delle spese processuali può presentare impugnazione se nella loro liquidazione si sono inclusi diritti o costi indebiti o se la somma liquidata è eccessiva. Il beneficiario della condanna può impugnarla se non include costi debitamente giustificati o se la somma liquidata è stata indebitamente ridotta.

pagare le spese processuali può fare istanza di esserne esonerata o di riduzione del suo ammontare quando, nell'attività negoziale svolta, abbia formulato una proposta alla controparte, e questa non l'abbia accettata e la decisione finale del processo sia sostanzialmente coincidente con il contenuto della proposta formulata. Ci troviamo di fronte ad una violazione del principio della riservatezza⁽²⁵⁾. L'eventuale utilizzo di questa informazione – che dovrà essere debitamente documentata, perché l'istanza suddetta sia ammessa – preannuncia alla controparte che la sua vittoria potrebbe non essere tale, dal momento che, nonostante questa, potrebbe accadere che essa debba sopportare tutte o parte delle proprie spese processuali.

Il grado di coincidenza tra la proposta formulata e la pronuncia del giudice si esprime in termini – che sia '*sostanzialmente* coincidente' – che dovranno essere apprezzati dal giudice nell'ambito del suo ampio margine di discrezionalità, il che, a sua volta, apre le porte a valutazioni giurisprudenziali differenti o contrastanti. In ogni caso, ciò che emerge è la spinta affinché la parte accetti un accordo a fronte della prospettiva che all'accertamento del diritto non si accompagni il suo pieno riconoscimento. In altri termini: se il soggetto non si accorda, è molto probabile che perda.

A quanto precede deve aggiungersi che, nel caso in cui le parti avviino il procedimento negoziale assistite dai loro avvocati, do-

L'impugnazione si propone contro la decisione che stabilisce l'esonero o la riduzione con riguardo alla quale l'art. 245 *bis* – una nuova disposizione introdotta dal disegno di legge – stabilisce quale debba essere la sua modalità di presentazione.

⁽²⁵⁾ Il disegno di legge pare seguire, a questo riguardo, l'influenza del diritto comparato laddove si prevede che la confidenzialità della proposta si estende sino alla decisione finale del processo. Nulla dice, però, in merito alle conseguenze del *vulnus* a questa confidenzialità. Che la proposta non sia conosciuta dal giudice, non solo favorisce la possibilità di accordo tra le parti, ma evita anche che il giudice, nel conoscerla e conoscere anche il suo rifiuto, possa formarsi un (pre-)giudizio su questa circostanza. Di qui, in altri ordinamenti si stabilisce che, se ciò succede, il giudice deve astenersi, ancorché si prevedano a riguardo eccezioni. Sul punto, P. CORTÉS, F. SOTELO, *Negocia o atente a las consecuencias. La condena en costas en los Derechos del Common Law y su aplicación al proceso civil español*, in *InDret* 4-2011.

vranno pagarne gli onorari (art. 10.1 disegno di legge), come dovranno pagare – in base a come si accordino – gli onorari del terzo neutrale che gestisca tale procedimento (art. 10.2 disegno di legge) ⁽²⁶⁾. L'assistenza dell'avvocato sarà obbligatoria quando si ricorre alla formulazione da parte del terzo di un'offerta vincolante o quando si ricorra alla conciliazione privata o alla mediazione, sempre che il conciliatore o il mediatore non sia un giurista. Dubbi vi sono sul fatto che tali costi siano da includersi o meno tra le spese processuali oggetto di rifusione (pare a chi scrive che così sia ⁽²⁷⁾); tanto se lo siano – vista l'incertezza che segna il loro recupero – e a maggior ragione se non lo siano, un tale costo costituisce un fattore ulteriore per spingere alla soluzione del conflitto senza ricorrere al processo.

Nei processi consumeristici, si introduce una specialità che incide anche sulla questione che qui occupa. La regola, la si ricordi, è la seguente: in quei contenziosi in cui l'intervento di avvocato e procuratore non è obbligatorio (e cioè per i processi di valore non superiore a 2000 euro), non si includeranno nella condanna alle spese processuali gli onorari e i diritti di questi professionisti di cui il vincitore si sia servito. Questa regola presenta due eccezioni: nel caso in cui il giudice ritenga vi sia stata temerarietà del condannato al pagamento delle spese processuali oppure nel caso in cui il domicilio del beneficiario si trovi in un luogo diverso da quello in cui si è svolto il processo, sebbene, in quest'ultimo caso, e per quel che

⁽²⁶⁾ Attualmente, ai sensi dell'art. 15 legge sulla mediazione su cause civili e commerciali (l. 6 luglio 2012, n. 5), il costo della mediazione viene diviso in parti uguali tra le parti, salvo diverso accordo.

⁽²⁷⁾ In questo senso D. MARCOS FRANCISCO, *Reflexiones en torno a los MASC en el Anteproyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal*, in S. BARONA VILAR (dir.), *Meditaciones sobre mediación (MED+)*, Valencia, 2022, 63 ss., prec. 90. Ricorda l'a. che non tutti i mezzi di soluzione del conflitto comportano costi uguali: di qui i dubbi che possono sorgere rispetto all'inclusione del compenso del terzo neutrale quando si sarebbe potuto impiegare un altro rimedio, come quello della negoziazione, che non comporta gli stessi costi; questo imporrà una valutazione sull'adeguatezza del mezzo prescelto rispetto alla natura del conflitto.

riguarda l'onorario dell'avvocato, continua ad operare il limite massimo di rifusione sino ad un terzo del valore della controversia. Il disegno di legge aggiunge una nuova disposizione (introduce un nuovo paragrafo all'art. 32.5 LEC). Dispone che quando il consumatore⁽²⁸⁾, dopo aver formulato un previo reclamo stragiudiziale, si avvalga di questi professionisti nel processo, si includeranno nelle spese del processo la parcella dell'avvocato e il conto del procuratore, ancorché la loro assistenza nel processo non sia obbligatoria, e inoltre senza limite del terzo del valore della causa che vige per l'avvocato. Pertanto, per chi avvia un processo di modesta entità con un consumatore, le conseguenze di non arrivare ad un accordo possono risultare, senza dubbio, gravose, perché, nel caso di soccombenza, egli dovrà aggiungere la somma dovuta in via principale al consumatore quella dovuta per le spese del processo, che possono essere maggiori del valore della controversia. L'alternativa accordarsi o soccombere si manifesta qui con particolare intensità.

Alla luce di quanto esposto, pare di poter formulare le seguenti considerazioni.

a) Vincere senza rifusione delle spese processuali o vincere con rifusione delle spese processuali il cui ammontare può poi essere diminuito o anche escluso induce le parti ad accordarsi ed evitare il processo a fronte del rischio che non si giunga ad un'integrale restituzione nella situazione *quo ante*.

b) Per evitare la soccombenza non si può scartare la strategia di alcuni litiganti, in posizioni di forza o vantaggio rispetto alla con-

⁽²⁸⁾ Il parere del Consiglio generale del potere giudiziario sul Progetto preliminare si mostra critico sul punto (267° comma), considerando restrittiva la disposizione che vorrebbe introdurre, per il fatto che si vorrebbe riferirla solamente ai consumatori. Segnala, infatti, che con uguale frequenza si verificano conflitti tra le parti fuori dalle relazioni di consumo, che danno luogo a contenziosi di valore non superiore a 2000 euro (per esempio, nel quadro delle relazioni derivanti dai contratti finanziari) e rispetto ai quali potrebbe immaginarsi un'estensione della disposizione in parola, in ragione della sua finalità (incentivare un accordo che eviti il processo o la sua continuazione a pena di unire ai costi del reclamo quelli derivanti dall'intervento dei professionisti della parte contraria).

troparte, consistente nell'introdurre una certa complessità aggiuntiva al conflitto ⁽²⁹⁾ (anche nella forma della contestazione totale della posizione altrui), di modo che la controparte debole, di fronte alla poca probabilità di ottenere il rigetto della domanda, preferisca l'accordo.

c) Se non si tengono in conto determinati elementi che potrebbero modulare il contenuto della condanna alla rifusione delle spese processuali (come il momento in cui si formula la proposta conciliativa, la consegna o messa a disposizione della quantità offerta – anteriore o posteriore alla sua accettazione – la differenza tra la proposta e la sentenza), l'incertezza sul segno della pronuncia e la riduzione o limitazione del *quantum* richiesto, in caso di sentenza di condanna, inducono le parti all'accordo, per il rischio che l'accertamento del diritto ottenuto nel processo risulti oneroso e sia lungi dal risarcire pienamente chi merita una debita riparazione.

Abstract

Mentre continua a rimanere esiguo il numero di procedimenti che si concludono con una soluzione negoziata, alto resta quello dei processi. A fronte di una tale situazione, il legislatore spagnolo mantiene fermo l'intento di cambiarne il segno e per questo, a nulla essendo serviti gli sforzi a tal fine profusi, ricorre a due misure: da un lato, la previsione del tentativo di mediazione (o di altro meccanismo stragiudiziale ritenuto dalle parti adeguato) quale requisito di ammissibilità della domanda giudiziale; dall'altro, la modifica del regime dell'allocazione delle spese processuali.

In questo contributo, l'a. indaga il legame tra la pronuncia sulla rifusione delle spese del processo e i tentativi di soluzione stragiudiziale della lite che hanno preceduto l'instaurazione del giudizio o che hanno dovuto precederlo, nonché l'incidenza di tali tentativi sulla tassazione dei costi, con particolare attenzione ai criteri che la giurisprudenza ha nel tempo

⁽²⁹⁾ In questo senso P. CORTÉS, F. SOTELO, *Negocia o atente a las consecuencias*, cit.

elaborato a riguardo. Il rischio o la probabilità di non ottenere una pronuncia di ripetizione delle spese processuali a sé favorevole o, comunque, non pienamente soddisfattiva, inducono molte volte la parte a raggiungere un accordo, dal momento che, ove essa non raggiunga un tale accordo, finisce per perdere più di quello che vince, benché ella abbia giuridicamente ragione.

Settlement rates are still relatively low compared to the percentage of cases that go to trial. Against this backdrop, the Spanish legislator has committed to reversing the trend. After some early efforts that were in vain, the legislator resorted to two instruments: the mandatory mediation attempt as a prerequisite to instituting judicial proceedings (as an alternative to mediation, parties may opt for other extrajudicial dispute resolution methods), and a new scheme for the allocation of judicial costs.

This paper investigates correlations between judicial decisions on cost allocation and mandatory or voluntary extrajudicial settlement attempts. Furthermore, it examines the impact of the aforementioned attempts on the determination of judicial costs, with a special focus on relevant case law. Oftentimes, the risk or likelihood of obtaining an unfavorable – or only partially favorable – decision on the allocation of costs prompts the parties to reach an out-of-court settlement. In fact, if it is not the case, the winning party to litigation stands to lose more than they would gain financially.

‘PROCEDURALIZZAZIONE’ DEI POTERI DATORIALI
E MEDIAZIONE SINDACALE.

IL LABORATORIO TRENTENNALE
IN MATERIA DI LICENZIAMENTI COLLETTIVI

Stefania Brun (*)

SOMMARIO: 1. La tecnica di tutela della ‘procedimentalizzazione’ dei poteri datoriali: la via italiana alla partecipazione. – 2. Il laboratorio applicativo in materia di licenziamento (economico) collettivo: la l. 23 luglio 1991, n. 223 e il modello ‘partecipativo’ in essa condensato. – 3. (segue) Il crinale verso un obbligo semi-vincolante a contrarre sotteso alla procedura. – 4. La valorizzazione della mediazione sindacale ad opera della giurisprudenza: il principio della c.d. a-causalità del licenziamento collettivo. – 4.1. Le critiche dottrinali rivolte alla c.d. a-causalità del licenziamento collettivo. – 4.2. (segue) E, di contro, i suoi vantaggi. – 5. La valorizzazione della mediazione sindacale ad opera del legislatore. – 6. La monetizzazione dei vizi della procedura nelle riforme recenti: un *vulnus* apparente o reale al ruolo della mediazione sindacale? – 7. Il *punctum dolens* della disciplina: il controllo giudiziale dei criteri di scelta quale elemento di rottura della logica partecipativa.

1. *La tecnica di tutela della ‘procedimentalizzazione’ dei poteri datoriali: la via italiana alla partecipazione.* – Molteplici ragioni hanno dimostrato, nel tempo, come la tecnica di tutela in grado di realizzare la sintesi più efficace e virtuosa dei contrapposti interessi in gioco – le esigenze dell’impresa e la conservazione dell’occupazione – sia quella della ‘procedimentalizzazione’ dei poteri datoriali, non

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022, 79-115. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professoressa Associata di Diritto del Lavoro nell’Università di Trento.

a caso ritenuta una plastica «definizione di democrazia industriale» ⁽¹⁾ e «la via attraverso la quale l'ordinamento si è aperto, (...), alla sottile penetrazione di valori partecipativi» ⁽²⁾.

La stessa si sostanzia, come noto, in un meccanismo – imposto, a seconda dei casi, dal legislatore ⁽³⁾ o, *sua sponte*, dalla contrattazione collettiva ⁽⁴⁾ – mediante il quale si vincola l'esercizio del potere privato, di cui gode *naturaliter* il datore di lavoro, al rispetto di procedimenti (di informazione, consultazione e, in ultima istanza, mediazione); negli stessi, «allo scopo di costringere l'autore a tenere conto dei loro interessi», intervengono, «con gli strumenti per influenzarne il corso, i destinatari dell'atto finale» ⁽⁵⁾, ossia i lavoratori, direttamente o (più di frequente) indirettamente, per il tramite del sindacato quale potere contrapposto a quello dell'impresa.

Invero, è fuor di dubbio che il procedimento in questione rappresenti una mera «condizione per l'esercizio del potere, il cui significato e la cui portata costituiscono variabili dipendenti da un insieme di fattori» esogeni ⁽⁶⁾, su cui impatta negativamente anzitutto la fisionomia conflittuale del sistema nostrano di relazioni industriali ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Così M. PEDRAZZOLI, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milano, 1985, 110; F. LISO, *Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella nuova legge di riforma del mercato del lavoro*, in M. CINELLI (a cura di), *Il fattore occupazione nelle crisi di impresa*, Torino, 1993, 37.

⁽²⁾ R. DEL PUNTA, *I licenziamenti collettivi*, in M. PAPALEONI, R. DEL PUNTA e M. MARIANI (a cura di), *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, 297.

⁽³⁾ Uno dei primi esempi di proceduralizzazione introdotto ad opera del legislatore è quello inaugurato, in materia di Cassa integrazione guadagni, dagli artt. 4 e 5 l. 20 maggio 1975, n. 164.

⁽⁴⁾ Di importanza storica gli accordi interconfederali siglati nel settore industriale in data 8 ottobre 1950 e 20 dicembre 1950 in materia di licenziamenti.

⁽⁵⁾ Cfr. U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1049.

⁽⁶⁾ C. ZOLI, *La tutela delle posizioni 'strumentali' del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Milano, 1988, 164.

⁽⁷⁾ Cosicché lo stesso procedimento, pur complicando le decisioni dell'imprenditore «rendendole meno arbitrarie», non è sempre «in grado (...) di

Tuttavia, appare altrettanto indiscutibile che la proceduralizzazione abbia dimostrato un alto grado di resilienza rispetto ai cambiamenti sociali e, in larga misura, il successo dello schema di tutela ad esso sotteso.

Sul primo fronte basti pensare che con riguardo al suo principale ambito di applicazione – quello del licenziamento collettivo – la legge che ha introdotto il meccanismo di gestione partecipata ha, in più di trent'anni, subito solo qualche *restyling*, confermando in tale modo la bontà del modello.

Sul secondo fronte, sempre la procedura in materia di licenziamento collettivo, come si avrà modo di sottolineare *funditus* nel prosieguo, ha dimostrato, in buona misura, sul campo i principali vantaggi di quel modello di tutela preconizzati dalla dottrina più autorevole addirittura prima che lo stesso decollasse sotto la spinta degli obblighi di matrice comunitaria ⁽⁸⁾.

Il riferimento è, anzitutto, alla circostanza che l'opzione per il modello di controllo affidato a procedure di confronto sindacale induce, al contempo, la regressione di quello giudiziale ⁽⁹⁾: a tacere del fatto che, soprattutto quando la procedura si conclude con un accordo, è fortemente disincentivato il ricorso in giudizio, occorre considerare come dinnanzi ad un atto di gestione del rapporto di lavoro 'cogestito' il vaglio *sub iudice* rimane in buona misura «assorbito dalla verifica del corretto espletamento» della procedura stessa ⁽¹⁰⁾; quest'ultima, infatti, soprattutto se conclusasi con un accordo, trascina con sé «una presunzione relativa di legittimità» ⁽¹¹⁾

eliminare la loro discrezionalità»: A. DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, I, 1983, 341.

⁽⁸⁾ Cfr. ancora U. ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, cit., 1049 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. per tutti, autorevolmente, M.V. BALLESTRERO, E. GHERA, in AA.VV., *L'intervento del giudice nel conflitto industriale*, *Atti delle giornate di studio dell'Aidlass, Bologna, 8-9 aprile 1983*, Milano, 1984, rispettivamente, 111 ss. e 103 ss.

⁽¹⁰⁾ L. SPAGNUOLO VIGORITA, *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale nella recente legge n. 223/1991: la fattispecie*, in *Dir. rel. ind.*, 1992, 207.

⁽¹¹⁾ C. ZOLI, *La procedura*, in AA. VV., *I licenziamenti collettivi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 19; F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, *ivi*, 29.

delle misure adottate, e la tendenza ad evitare il controllo giudiziale nel «merito dei risultati dialetticamente raggiunti» ⁽¹²⁾.

Ciò con vantaggi notevoli in termini di certezza applicativa soprattutto in considerazione del fatto che la tecnica della ‘proceduralizzazione’ è applicata ad istituti quali il licenziamento (economico) collettivo ⁽¹³⁾, che sottendono problemi di notevole «complessità tecnico-discrezionale» e una «natura essenzialmente politica» tali da rendere «chiaramente inidonea la mediazione giudiziaria» ⁽¹⁴⁾.

Di più: la capacità negoziale del sindacato può in qualche misura condizionare il c.d merito delle scelte aziendali, esterne alla relazione contrattuale, ossia l’adozione o comunque la fisionomia della decisione imprenditoriale (ad esempio, la soppressione o l’esterernalizzazione di una parte dell’attività) che costituisce l’antecedente logico dell’atto di gestione del rapporto di lavoro (come il licenziamento). Un tipo di sindacato che, al contrario, dottrina e giurisprudenza e, da ultimo, anche il legislatore ⁽¹⁵⁾ – ispirati ad «un modello

⁽¹²⁾ Così G. FERRARO, *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamica contrattuale di tutela*, Padova, 1981, 167.

⁽¹³⁾ Ma anche, per fare un altro esempio, il trasferimento d’azienda, potere ‘proceduralizzato’, in attuazione di obblighi comunitari, ad opera della l. 29 dicembre 1990, n. 428.

⁽¹⁴⁾ F. LISO, *Modifiche dell’organizzazione e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1981, 561; cfr. altresì M. PERSIANI, *Commento sub art. 4, 2°-16° comma*, in ID. (diretto da), *Commentario alla legge 23 luglio 1991, n. 223*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 917 s., secondo cui, con specifico riguardo all’istituto dei licenziamenti collettivi, i giudici non dispongono di strumenti adeguati «e, forse, nemmeno dell’attitudine» a controllare «l’esistenza dei presupposti» che consentono l’adozione dei licenziamenti stessi, «trattandosi di valutazioni che non attengono a diritti, e cioè all’applicazione del dettato legislativo al caso concreto, ma ad interessi o, meglio ancora, a scelte economiche e sociali».

⁽¹⁵⁾ Cfr. l’art. 30, 1° comma, l. 4 novembre 2010, n. 183, secondo cui qualora disposizioni lavoristiche contengano concetti giuridici formulati in termini vaghi o indeterminati che dir si voglia (invero, nella norma si utilizza, in modo evidentemente atecnico, l’espressione «clausole generali»), come ad esempio in materia di «esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso», il controllo del giudice va «limitato esclusivamente, (...)», all’accertamento del presupposto di legit-

(...) assai rispettoso della libertà di iniziativa economica» ex art. 41 Cost. – ritengono rigorosamente sottratto al controllo del giudice⁽¹⁶⁾.

Come anticipato, è l’istituto del licenziamento (economico) collettivo, per la molteplicità di interessi – individuali, collettivi, ma non di rado anche pubblici – che coinvolge⁽¹⁷⁾, ad aver consentito di misurare la bontà della tecnica di tutela oggetto del presente contributo.

L’obiettivo di quest’ultimo sarà quello di mettere in luce le precondizioni che hanno consentito l’ottimizzazione delle potenzialità della ‘proceduralizzazione’ in tale ambito.

Con la precisazione che quelle precondizioni propizie sono senz’altro da ricercarsi nell’atteggiamento che ha guidato gli attori ‘esterni’ più che quelli ‘interni’ al negoziato. Detto in altri termini sono stati soprattutto *giurisprudenza e legislatore* ad aver assunto il ruolo di «formidabile sostegno del potere negoziale dei soggetti

timità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro».

⁽¹⁶⁾ Cui è riconosciuto il mero controllo circa la veridicità della scelta organizzativa – ma non dell’*an* e/o della convenienza/razionalità, in termini economici e/o sociali, della sua adozione – e sul nesso di causalità tra la stessa e l’atto di gestione del personale che se ne è fatto conseguire sul piano della gestione del rapporto di lavoro. Sul riferimento al complesso principio dell’insindacabilità c.d. nel merito delle scelte organizzative, che, in realtà, pur nella sostanza condivisibile – e condiviso – anche dalla dottrina assolutamente prevalente, appare equivoco (atteso che il sindacato giudiziale, in ambito giuslavoristico, è sempre di merito – quantomeno in senso processual-civilistico – in quanto il giudice è chiamato ad accertare i fatti e la corrispondenza del caso concreto alla fattispecie astratta contenuta nella legge: cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 332), sia consentito il rinvio a S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012, 18 ss.

⁽¹⁷⁾ Il che accade quando, per le dimensioni della vicenda di riduzione del personale e/o dell’impresa che la determina, la stessa possa avere ripercussioni anche ultra-aziendali di carattere socio-economico ed occupazionale sul «territorio su cui insiste la realtà aziendale interessata»: cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interesse, procedure, tutele*, Milano, 2004, 12.

sindacali»⁽¹⁸⁾, mentre paradossalmente questi ultimi hanno giocato il loro ruolo di ‘negoziatori’ scontando le note e complesse deficienze che caratterizzano il sistema di relazioni industriali nostrano.

Vengono in considerazione, anzitutto, il carattere conflittuale dello stesso, che genera scarsa cooperazione ed affidamento reciproco tra le parti, anche in virtù della debole capacità negoziale delle stesse⁽¹⁹⁾; ancora, la sovrapposizione, in sede di negoziazione, di diversi soggetti sindacali coinvolti dal legislatore (le rappresentanze sindacali in azienda e le loro associazioni di categorie: cfr. art. 4, 2° comma, l. 23 luglio 1991, n. 223) nelle diverse fasi della stessa; circostanza che, a sua volta, chiama in causa l’ulteriore e altrettanto nota «criticità del rapporto tra le gerarchie sindacali» e complica, in ultima istanza, la via verso l’accordo⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Così R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in AA. VV., *I licenziamenti collettivi*, cit., 17.

⁽¹⁹⁾ Così si rileva, spesso, la chiusura verso soluzioni alternative da parte dei negoziatori «aziendali, che hanno un mandato ben preciso in questo senso e non sono in grado di prendere decisioni divergenti rispetto agli ordini impartiti dai vertici dell’impresa» (L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni per la soluzione delle crisi occupazionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 730); ciò tanto più laddove il datore di lavoro non abbia le competenze tecniche per guidare in proprio la trattativa e al tavolo della stessa siedano dei professionisti delegati (ed eterodiretti, circa gli esiti da raggiungere) dal primo.

⁽²⁰⁾ Nello specifico, occorre considerare che il legislatore, laddove introduce obblighi di proceduralizzazione delle decisioni dell’impresa, affida sempre alla rappresentanza sindacale aziendale il ruolo di negoziatore protagonista, per così dire, nella prima fase del confronto (che è esclusivamente aziendale) e, fallita questa fase, in quanto non si raggiunge un accordo, anche al sindacato esterno (di categoria), che accede a quella (eventuale) pubblica, guidata, con funzione di mediazione (cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 107), dagli Uffici del lavoro (v. l’art. 4, 7° e 15° comma, l. n. 223 cit.); orbene, se nella prima fase la rappresentanza sindacale «porta sulle spalle il peso della vertenza perché è il soggetto legittimato a firmare o a rifiutare l’accordo che chiude la procedura di licenziamento collettivo», spesso nella seconda «la volontà della base non coincide con gli intendimenti del sindacato di categoria»: così può accadere non di rado che la prima «intenda firmare un accordo scommettendo sulla possibilità di recuperare in futuro i sacrifici negoziati per salvaguardare la stessa sopravvivenza dell’azienda», ma che il sindacato esterno non sia d’accordo perché ritiene la soluzione lesiva «dell’inderogabilità del contratto collettivo nazionale»; d’altro canto, in senso esattamente op-

2. *Il laboratorio applicativo in materia di licenziamento (economico) collettivo: la l. 23 luglio 1991, n. 223 e il modello 'partecipativo' in essa condensato.* – Si deve alla l. 23 luglio 1991, n. 223 l'introduzione della prassi di 'proceduralizzazione' certamente più significativa, imposta, in ottemperanza ad obblighi di matrice comunitaria, nel caso di licenziamento (economico) collettivo.

La relativa fattispecie è declinata – all'interno delle ampie possibilità offerte agli Stati membri dal «*mix* quali-quantitativo» ⁽²¹⁾ tracciato nella direttiva 1998/59/CE ⁽²²⁾ – in due serie di casi: in primo luogo, sono qualificati come collettivi i licenziamenti che, all'esito di un periodo di Cassa integrazione guadagni straordinaria, vengono intimati in quanto l'impresa non è nelle condizioni di riammettere in servizio tutti i lavoratori sospesi (art. 4, 1° comma, l. n. 223 cit.); in secondo luogo, quelli che un'impresa con più di quindici dipendenti intenda intimare in conseguenza di una medesima «riduzione o trasformazione di attività o di lavoro», purché gli stessi siano almeno cinque «nell'arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del territorio di una stessa provincia» (cfr. il successivo art. 24, 1° comma).

posto, può accadere «che la rappresentanza aziendale non firmi accordi sostenuti a livello confederale o di categoria perché ritenuti contrari al mandato ricevuto dai lavoratori»: cfr. L. VALENTE, *I ruoli del sindacato e delle istituzioni*, cit., 730 ss.

⁽²¹⁾ G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 22.

⁽²²⁾ L'art. 1 dir. cit. statuisce che «per licenziamento collettivo si intende ogni licenziamento effettuato da un datore di lavoro per uno o più motivi non inerenti alla persona del lavoratore» (e quindi *lato sensu* riferiti a circostanze di carattere tecnico-organizzativo-produttivo) «se il numero dei licenziamenti effettuati è, a scelta degli Stati membri: i) per un periodo di 30 giorni: almeno pari a 10 negli stabilimenti che occupano abitualmente più di 20 e meno di 100 lavoratori; almeno pari al 10% del numero dei lavoratori negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 100 e meno di 300 lavoratori; almeno pari a 30 negli stabilimenti che occupano abitualmente almeno 300 lavoratori; ii) oppure, per un periodo di 90 giorni, almeno pari a 20, indipendentemente dal numero di lavoratori abitualmente occupati negli stabilimenti interessati».

Con la procedura c.d. di mobilità⁽²³⁾, condensata nell'art. 4 l. n. 223 cit., tra il momento della decisione relativa alla trasformazione/riduzione/innovazione dell'attività tecnico-produttiva-organizzativa, diretto appannaggio delle prerogative dell'impresa, e quello della sua trasposizione consequenziale sul piano dell'amministrazione del rapporto di lavoro⁽²⁴⁾, si inserisce «un passaggio procedimentale»⁽²⁵⁾ che prende avvio con l'obbligo da parte dell'impresa di fornire tutta la serie di informazioni indicate in modo analitico nel 3° comma dell'art. 4 cit. alle «rappresentanze sindacali aziendali» e alle «rispettive associazioni di categoria» (cfr. 2° comma).

Su richiesta di tali soggetti ha luogo un «esame congiunto»⁽²⁶⁾ tra le parti, che prosegue⁽²⁷⁾, in caso di mancato accordo, davanti agli Uffici del lavoro; lo stesso è finalizzato ad «evitare» o a ridurre il numero di licenziati e/o ad esaminare «le possibilità di utilizzazione diversa» del personale eccedente «o di una sua parte, (...), anche mediante contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro» e/o il ricorso «a misure sociali di accompagnamento» (5° comma).

La saldatura tra omnicomprensività delle informazioni che debbono essere fornite al sindacato ai sensi del 3° comma dell'art. 4

⁽²³⁾ Che mutua l'espressione utilizzata per indicare l'indennità, particolarmente generosa, cui accedevano i lavoratori destinatari del licenziamento collettivo infine abrogata dalla l. 28 giugno 2012, n. 92; quest'ultima ha disposto il diritto dei lavoratori in questione a fruire, come in tutti gli altri casi di perdita involontaria dell'occupazione, dell'ordinario istituto della Nuova assicurazione Sociale per l'Impiego (NASpI) a decorrere dal 1° gennaio 2017.

⁽²⁴⁾ Sui due tasselli fondamentali che costituiscono l'ossatura binaria di tutte le scelte aziendali con ripercussioni sui rapporti di lavoro cfr. F. LISO, *La mobilità in azienda*, cit.

⁽²⁵⁾ Cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 78.

⁽²⁶⁾ Da concludersi in un periodo di 45 giorni dal ricevimento delle comunicazioni, termine ridotto alla metà «Qualora il numero dei lavoratori interessati dalle procedure di licenziamento collettivo sia inferiore a dieci» (cfr. art. 4, 8° comma, l. n. 223 cit.).

⁽²⁷⁾ Per ulteriori 30 giorni, eventualmente dimezzati nel caso ricorrano le circostanze previste dall'8° comma dell'art. 4 l. n. 223 cit. : cfr. nt. precedente.

cit. ⁽²⁸⁾) e scopo della consultazione (poc'anzi rammentato) denota chiaramente le grandi potenzialità assegnate al modello di tutela inaugurato dalla legge del 1991.

In effetti, l'ampiezza e la certosità dell'informativa iniziale, destinata a contornare in modo preciso e serrato i termini del confronto e dell'eventuale scambio contrattuale, traghetta gli interlocutori verso una conoscenza piena ed esauriente della situazione organizzativa e occupazionale dell'impresa ⁽²⁹⁾, in vista di un confronto *reale* circa la fattibilità in ordine all'adozione di misure alternative rispetto a quelle paventate dall'impresa.

Si è così concluso che il modello inaugurato dalla legge del 1991, pur ancora distante da quello tedesco, «considerato pilota» ⁽³⁰⁾, assume un'indubitabile valenza partecipativa, la quale conserva ben poco delle caratteristiche di controllo-conflitto che caratterizzava la «procedura conciliativa» ⁽³¹⁾ prevista in precedenza dagli accordi interconfederali siglati nel settore industriale ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Tali da riguardare non solo i motivi che hanno determinato, in senso stretto, l'eccedenza ed il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale da ridurre, ma anche quelli che afferiscono all'organigramma e alla situazione generale in termini di organizzazione tecnico-organizzativa dell'impresa; l'art. 4, 3° comma, l. n. 223 cit., infatti, chiede a quest'ultima di fornire al sindacato anche l'indicazione circa i motivi «tecnici, organizzativi e produttivi», che impediscono di «porre rimedio», in tutto o in parte, alla predetta situazione, nonché in ordine al «personale abitualmente impiegato». Sul punto non manca il rilievo secondo cui il grado di dettaglio delle informazioni da fornire sia tale da porre il problema della tutela del contrapposto interesse dell'impresa alla riservatezza anche con riguardo alla concorrenza: cfr. A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996, 177. In giurisprudenza di recente si soffermano sul grado di dettaglio e specificità delle informazioni da fornire Cass., 29 marzo 2018, n. 7837, in *Giust. civ. mass.*, 2018; App. Roma, 25 febbraio 2019, n. 907; Trib. Catania, 5 giugno 2019, n. 2662.

⁽²⁹⁾ Cfr., per tutti, M. MILITELLO, *Licenziamento collettivo per riduzione del personale. La libertà dell'an e i vincoli del quomodo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 260.

⁽³⁰⁾ G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 81.

⁽³¹⁾ Formula letterale, si è sottolineato, chiaramente allusiva di un modello più conflittuale che partecipativo: cfr. ancora ID., *Il licenziamento collettivo*, cit., 78.

⁽³²⁾ Cfr. *supra* par. 1, nt. 4.

In tale ottica, l'esame congiunto in materia di licenziamento collettivo ha assunto la fisionomia di quell'obbligo a trattare – se non a contrarre – che per la sua robustezza costringe l'impresa a far sedere al tavolo delle trattative interlocutori dotati di effettivo «potere contrattuale», ed entrambe le parti a comportamenti massimamente trasparenti, improntati a correttezza e buona fede⁽³³⁾, evitando tattiche «ostruzionistiche e dilatorie» e/o atteggiamenti passivi⁽³⁴⁾ meramente pretestuosi, reticenti o evasivi⁽³⁵⁾.

3. (segue). *Il crinale verso un obbligo semi-vincolante a contrarre sotteso alla procedura.* – Siffatte caratteristiche dell'esame congiunto prescritto dalla l. n. 223 cit. suggeriscono una netta distanza tra l'incisività del controllo assegnato al sindacato nell'ipotesi di licenziamento (economico) collettivo rispetto a quello, riconosciuto, in via (peraltro) solo eventuale, al giudice dinnanzi all'impugnazione di un licenziamento economico qualificabile (invece) come individuale ai sensi dell'art. 3, seconda parte, l. 15 giugno 1966, n. 604, e quindi sottratto alla 'proceduralizzazione' di cui alla l. n. 223 cit.

In effetti, seppure il sistema costituzionale, delineato soprattutto nell'art. 41, 1° comma, Cost., impedisca a quest'ultimo meccanismo, nell'ambito del primo istituto, di *vincolare* in senso proprio e diretto il processo decisionale dell'impresa, la trattativa dallo stesso prevista è in grado di lambire, se non di dirigere, la libertà gestionale dell'impresa, influenzando interstizi sicuramente preclusi all'indagine del giudice chiamato ad appurare la sussistenza delle circostanze di fatto che condizionano la legittimità del licenziamento individuale⁽³⁶⁾. Sono almeno due i piani che possono efficace-

⁽³³⁾ Cfr. di recente Cass., 23 gennaio 2019, n. 1852, in *Lav. dir. Europa*, 2019.

⁽³⁴⁾ Ad esempio, di mero ascolto dell'opinione dei rappresentanti sindacali: cfr. F. LISO, *Il ruolo dei poteri pubblici*, cit., 44 s.

⁽³⁵⁾ C. ZOLI, *La procedura*, cit., 79 ss.; di recente, M. MANICASTRI, *Licenziamenti collettivi*, in *Dir. prat. lav.*, 2020, 1663.

⁽³⁶⁾ Netta in tal senso anche la più attenta dottrina: cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed*

mente esemplificare la maggiore incisività del controllo di matrice sindacale rispetto a quello giudiziale, cui sono sottoposti i licenziamenti economici, rispettivamente (qualificabili come), collettivi e individuali.

In primo luogo, seppure si tratti di un risultato non facile da raggiungere, l'esame congiunto di cui alla l. n. 223 cit. può influire sulla scelta di carattere *stricto sensu* tecnico-organizzativo-produttivo che determina, eziologicamente, la necessità (sul piano distinto e succedaneo della gestione del rapporto di lavoro) di ridurre il personale di un certo numero di lavoratori, modificando almeno in parte gli intendimenti dell'azienda, come annunciati nelle comunicazioni iniziali. Si tratta come detto di un esito poco probabile, ma non impossibile: ciò marca la differenza rispetto al controllo del giudice in caso di licenziamento individuale che, per giurisprudenza pacifica, può solo riguardare la veridicità di quella scelta, senza sindacarne opportunità e scopi (mero aumento dei profitti o necessità di risolvere una crisi di impresa mediante l'abbattimento dei costi, ecc.), nonché l'opportunità/convenienza in termini di razionalità economica ⁽³⁷⁾.

In secondo luogo, e soprattutto, il sindacato può tentare, con ancora maggiore *chance* di successo, di raggiungere l'obiettivo – anch'esso totalmente precluso al margine di 'azione' di cui dispone il giudice nel valutare la legittimità del licenziamento economico individuale – di arrivare ad una trasposizione più 'indolore' delle decisioni dell'impresa sul piano della gestione dei rapporti di

evoluzione normativa, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 525, secondo cui « (...) al sindacato viene concesso ciò che non è consentito al Giudice (neanche nei licenziamenti individuali)».

⁽³⁷⁾ È infatti diffusissima la massima secondo cui la reale sussistenza della modifica organizzativa giustifica da sola il licenziamento, quali che ne siano le finalità e quindi comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti: cfr., tra le più recenti, Cass., 15 gennaio 2019, n. 828, in *Ilgiuslavorista.it.*, 2019; Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Foro it.*, 2017, 2, I, 590; Cass., 1° luglio 2016, n. 13516, in *Giust. civ. mass.*, 2016; App. Milano, 21 giugno 2019, n. 1313, in *Ilgiuslavorista.it.*, 2019.

lavoro: in tal senso, pur consentendo all'azienda di realizzare, a monte, lo stesso obiettivo di carattere tecnico-organizzativo-produttivo (come il ridimensionamento di un reparto o la parziale esternalizzazione dell'attività), si fa in modo che lo stesso non si risolva, a valle, in tutto o in parte, nella progettata riduzione del personale annunciata nella fase di avvio delle procedura, bensì in una scelta diversa (ad esempio, in luogo del licenziamento di un certo numero di lavoratori, la trasformazione dei loro rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale).

Al riguardo, in tale direzione ⁽³⁸⁾ giocano un ruolo rilevante quei doveri di effettivo, leale e costruttivo confronto, ritenuti consustanziali alla natura stessa della procedura imposta dalla l. n. 223 cit. tanto che il loro mancato rispetto è in grado di inficiare la legittimità della stessa, con le conseguenze previste dall'ordinamento ⁽³⁹⁾: quei doveri, infatti, impediscono all'impresa, quantomeno secondo l'opinione assolutamente maggioritaria, di rifiutare *immotivatamente* o comunque sulla base di giustificazioni blande e non sufficientemente circostanziate, la proposta di misure alternative al licenziamento ⁽⁴⁰⁾. Di più: il sindacato, in virtù di quella conoscenza

⁽³⁸⁾ Ritenuta lo scopo «preminente» dell'intera procedura e che verte sui rimedi «*pro futuro*» riguardando la possibilità di una «utilizzazione diversa del personale o di una sua parte (...)», ex art. 4, 5° comma, l. n. 223 cit.; G. NATULLO, *Tutele sostanziali*, cit., 525.

⁽³⁹⁾ Il rischio, *in primis*, che l'impresa subisca in un eventuale successivo giudizio la sanzione prevista per il mancato rispetto della procedura (cfr. *infra* par. 6), ma non solo: occorre infatti considerare che il risultato ultimo di un confronto non effettivo, ossia il mancato raggiungimento dell'accordo in sede sindacale, rende molto più probabile il ricorso in giudizio da parte del o dei lavoratori licenziati collettivamente (o, nel caso in cui ciò accada, di un esito vittorioso per il o i ricorrenti).

⁽⁴⁰⁾ Cfr., per tutte, Cass., 14 aprile 2010, n. 8894, in *Giust. civ. mass.*, 2010, 4, 540; Cass., 23 maggio 2008, n. 13381, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 915, con nota di M.T. SALIMBENI. *Contra* tuttavia, in modo isolato, seppure altrettanto autorevole, in dottrina, U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione del personale in Italia*, in AA. VV., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Bari, 2001, 53, secondo cui tale esito non pare sostenibile in quanto arriverebbe ad incidere sull'*an* dei processi decisionali dell'impresa.

esaustiva della situazione occupazionale e tecnico-organizzativa complessiva in cui l'impresa versa, consentitagli dal tenore delle informazioni che gli devono essere fornite ex art. 4, 3° comma, l. n. 223 cit., sarà in grado di controbattere adeguatamente in caso di debolezza del rifiuto in ordine alle proposte alternative avanzate.

Come anticipato, nulla di tutto ciò si realizza, in giudizio, dinnanzi ad un licenziamento economico individuale: infatti, seppure i giudici abbiano coniato (benché in assenza di un'espressa disposizione in tal senso) il c.d. obbligo di reimpiego (o di *repêchage*) del lavoratore in odore di licenziamento, lo stesso, nonostante l'enfasi che spesso ne accompagna la 'narrazione' ⁽⁴¹⁾, a ben vedere, implica semplicemente che, una volta deciso di risolvere quella situazione di difficoltà attraverso la riduzione del numero di lavoratori in azienda, il datore di lavoro dovrà adibire il soggetto potenzialmente destinatario dell'atto di recesso ad eventuali posti vacanti nel momento storico del licenziamento (per dimissioni, pensionamenti, trasferimenti geografici, licenziamenti di altri lavoratori dovuti a ragioni soggettive o tecnico-organizzative) con preferenza rispetto a nuovi assunti.

Al riguardo è importante aggiungere come le sentenze in materia non impongano la scelta organizzativa di coprire necessariamente le mansioni disponibili, come si sostiene, talvolta, in dottrina ⁽⁴²⁾; ciò perché, a ben vedere, in caso di licenziamento individuale, l'obbligo di *repêchage* lascia intatta la possibilità per il datore di lavoro di 'coprire' le funzioni rimaste scoperte attraverso, ad esempio, la loro esternalizzazione, il loro affidamento ad un collaboratore autonomo o lo svolgimento delle stesse ad opera dello stesso datore di lavoro, ecc. Solo nel caso in cui il datore di lavoro decida di coprire le funzioni disponibili adibendovi, come in precedenza, un lavoratore

⁽⁴¹⁾ Resa evidente da quell'allusione al concetto, diffuso nell'alluvionale produzione dottrinale in materia, di licenziamento *extrema ratio*, che promette più di quello che riesce a mantenere.

⁽⁴²⁾ Così M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 803.

subordinato dovrà dare la preferenza al soggetto in odore di licenziamento.

Un esito, quello segnalato, che discende chiaramente dal modo in cui la giurisprudenza in materia di licenziamento economico individuale affronta il profilo relativo alla prova circa l'impossibilità di utilizzo del lavoratore su posizioni alternative. Sotto quest'ultimo aspetto, infatti, emerge una configurazione del *repêchage* tale da evitare che lo stesso possa costituire un serio ostacolo alla libertà di gestione tecnico-organizzativa dell'impresa. Al riguardo, basta ricordare che secondo la giurisprudenza l'obbligo in questione può dirsi rispettato se si prova in giudizio che, dopo il licenziamento e per un congruo periodo di tempo, non è stata effettuata alcuna nuova assunzione. Ne consegue che il datore di lavoro non è, sempre nell'ambito del licenziamento individuale, costretto a coprire i posti vacanti esistenti nell'impresa al momento del licenziamento; in effetti la circostanza che la giurisprudenza ritenga violato quell'obbligo solo nei casi in cui in giudizio si dimostri la copertura di un posto vacante con un nuovo assunto, preferito al soggetto licenziato, ha un preciso significato: essa dimostra, *a contrario*, come il reimpiego sia necessario solo quando il datore di lavoro decida di coprire le funzioni disponibili adibendovi, come in precedenza, un lavoratore subordinato. Resta invece in capo al primo l'assoluta libertà di fare una scelta di gestione del personale diversa, come esemplificato poc'anzi ⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ Si è infatti dinnanzi ad un meccanismo probatorio che, chiedendo di appurare l'inesistenza di assunzioni effettuate *dopo* il licenziamento, sposta l'oggetto della prova del rispetto dell'obbligo di reimpiego su accadimenti successivi rispetto al licenziamento stesso. Ciò diversamente da quanto accade in altri ordinamenti dove la prova in questione verte, da un punto di vista temporale, sulla situazione esistente nel momento in cui si manifesta la necessità di procedere all'estinzione del rapporto di lavoro: così, in Francia, il legislatore, imponendo al datore di lavoro l'indicazione per iscritto dei posti vacanti e quindi disponibili, prima del licenziamento, costringe quest'ultimo a fotografare la situazione dell'impresa e a coprire quei 'posti', se eventualmente esistenti, adibendovi il lavoratore in odore di licenziamento; non sono di conseguenza possibili scelte alternative in merito al modo di coprire gli stessi (cfr. art. L1233-4 *Code du travail*).

Si può ben affermare che la proceduralizzazione del potere di licenziare collettivamente esprime quindi un potenziale che, in quanto assegnato alla forza negoziale dell'interlocutore sindacale e quindi non giuridicamente vincolante, è invece del tutto precluso al controllo del giudice, in un contesto di tutela della libertà di iniziativa economica privata come quello prospettato dalla Costituzione. Una conclusione che porta senza dubbio a rendere quanto meno discutibile l'assenza pressoché totale nell'ambito del licenziamento economico (solo perché qualificabile come individuale) di filtri di confronto sindacale preventivi all'intimazione dello stesso ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴⁴⁾ Infatti la procedura preventiva, introdotta dall'art. 1, 40° comma, l. 28 giugno 2012, n. 92, che ha riscritto l'art. 7 l. 15 luglio 1966, n. 604, da svolgersi in presenza del lavoratore e del datore di lavoro (con la possibilità per entrambe le parti di farsi assistere dal sindacato, da un avvocato o da un consulente del lavoro) davanti alla Commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 c.p.c e finalizzata «ad esaminare (...) soluzioni alternative al recesso», si applica ad un numero limitato di licenziamenti economici individuali. Da un lato, infatti, sin dall'inizio la stessa è stata prevista come obbligatoria solo in caso di licenziamento intimato da datore di lavoro di medio-grandi dimensioni, ossia in possesso dei «requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300»; dall'altro lato, è stata poi ulteriormente circoscritta ai soli licenziamenti economici individuali intimati nei confronti di lavoratori assunti entro la data del 6 marzo 2015 ai sensi dell'art. 3, 3° comma, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 ed è quindi destinata, a regime, a venire meno. Il notevole ridimensionamento dell'ambito di applicazione di tale (pur) micro-procedura (di cui è comunque stata criticata la «logica tutta individualistica e precontenziosa»: cfr. F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità*, cit., 2) lascia il licenziamento economico individuale in quasi tutti i casi privo di un filtro preventivo, privandolo di tutti i benefici tipicamente riconnessi a tali meccanismi procedurali (cfr. *supra* par. 1); inoltre costituisce, a ben vedere, un *unicum* nel panorama comparato: tralasciando il noto modello di cogestione tedesco, si può pensare ad esempio all'ordinamento francese che attraverso il c.d. *entretien préalable* coinvolge il singolo lavoratore in un confronto sottoposto a rigorosi obblighi di forma e di contenuto e applicabile a tutti i licenziamenti individuali (per ragioni organizzative e soggettive) (cfr. gli artt., rispettivamente, L1233-11 ss. e L1232-2 ss. *Code du travail*).

4. *La valorizzazione della mediazione sindacale ad opera della giurisprudenza: il principio della c.d. a-causalità del licenziamento collettivo.* – La tenuta nel tempo del modello di proceduralizzazione per antonomasia, condensato nella l. n. 223 cit., è ascrivibile con tutta probabilità e in buona misura alla benevolenza con cui i giudici hanno accolto il ruolo di controllo assegnato in prima battuta all'interlocutore sindacale, auto-contingentando il proprio.

Al riguardo è pressoché costante nell'ordito delle sentenze l'affermazione secondo cui, con la l. n. 223 cit., nell'ambito del licenziamento collettivo il legislatore abbia *inteso* sostituire al controllo giudiziale relativo alla sussunzione del caso concreto nella fattispecie legale, effettuato *ex post*, tipico del licenziamento economico individuale, quello praticato, *ex ante*, dalle organizzazioni sindacali beneficiarie di ampi diritti di informazione e trattativa⁽⁴⁵⁾. In tal modo la giurisprudenza perviene al risultato, probabilmente voluto, di ridurre al minimo i controlli esterni (come quello giudiziario), limitati essenzialmente alla verifica del rispetto della procedura⁽⁴⁶⁾, a fronte di licenziamenti con «connotati quantitativi»⁽⁴⁷⁾ di rilievo.

In realtà la giurisprudenza non esclude ogni forma di controllo sull'esistenza del presupposto che pure l'art. 24, 1° comma, l. n. 223 cit., come visto, pone alla base della fattispecie del licenziamento collettivo, ossia la «riduzione o trasformazione di attività o di

⁽⁴⁵⁾ Cfr., tra le tante, Cass., 24 gennaio 2022, n. 2010, in *Giust. civ. mass.*, 2022; Cass., 16 dicembre 2020, n. 28816, in *Not. giur. lav.*, 2021, 253; Cass., 26 novembre 2018, n. 3550; App. Roma, 21 ottobre 2020, n. 2197; App. Roma, 4 aprile 2019, n. 1532.

⁽⁴⁶⁾ Con un'attenzione quasi maniacale circa la completezza delle comunicazioni iniziali che dovranno dirsi funzionali ad un effettivo e consapevole confronto sindacale: così, per tutti, L. FOGLIA, *Il sindacato di legittimità della procedura di licenziamento collettivo alla luce delle nuove regole processuali*, in *Giur. it.*, 2016, 644; M.T. SALIMBENI, *Dalla Corte di Giustizia un invito all'introduzione di limiti causali al licenziamento collettivo?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 465.

⁽⁴⁷⁾ In effetti, in numerose sentenze che propendono per la c.d. a-causalità del licenziamento collettivo è presente il riferimento agli «effetti sociali rilevanti» del progetto di riduzione del personale; per tutte cfr. Cass., 30 ottobre 2015, n. 22260.

lavoro»; tuttavia, la verifica è limitata alle ipotesi in cui il lavoratore riesca a fornire la difficile prova del motivo discriminatorio o di «maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali»⁽⁴⁸⁾, delle quali costituisce indizio, ad esempio, il fatto che l'impresa non fornisca un'informativa completa o addirittura veritiera circa i motivi dell'eccedenza di personale. A ben vedere, quindi, anche tale tipo di *verifica* in ordine al presupposto sostanziale si colloca sul piano della procedura: eventuali carenze circa la fase delle comunicazioni iniziali alterano la dialettica sindacale e compromettono la correttezza del confronto⁽⁴⁹⁾.

4.1. Le critiche dottrinali rivolte alla c.d. a-causalità del licenziamento collettivo. – È opinione diffusa in dottrina che lo 'slittamento' del controllo in ordine alle ragioni che sorreggono il licenziamento dal piano della giustificazione sostanziale a quello del (corretto e proficuo) confronto sindacale, da un lato, forzi il dato normativo e, dall'altro, abbia conseguenze negative in termini di tutela del lavoratore.

Sul primo fronte si sottolinea come l'art. 24, 1° comma, l. n. 223 cit., nell'affermare che i licenziamenti collettivi sono la conseguenza di una riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro, assegni all'esistenza di un siffatto presupposto il carattere di condizione di legittimità dei licenziamenti stessi, (per tale motivo) controllabile ad

⁽⁴⁸⁾ Cfr. tra le più recenti Cass., 25 giugno 2019, n. 16997; Cass., 21 gennaio 2019, n. 1515, che ha dichiarato l'illegittimità dei licenziamenti collettivi, (pur) preceduti dal confronto sindacale ex l. n. 223 cit., in seguito all'accertamento giudiziale circa il fatto che la totale cessazione dell'attività produttiva non si era in realtà verificata, in quanto la società aveva acquisito ulteriori commesse durante la procedura c.d. di mobilità e, subito dopo la chiusura di quest'ultima, aveva appaltato parte dei lavori a ditte esterne, nonché proceduto alla riassunzione di alcuni dipendenti.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, 78; analogamente, M. PIVETTI, *Alcune osservazioni su licenziamenti collettivi e mobilità nella legge n. 223 del 1991*, *ivi*, 1993, I, 63.

opera del giudice⁽⁵⁰⁾. Quindi, la verifica (procedurale) sindacale non potrebbe avere come effetto quello di eliminare il controllo del giudice sulla sussistenza dei presupposti sostanziali di tale tipo di licenziamenti⁽⁵¹⁾. Una conclusione che, secondo la dottrina, sarebbe corroborata dalla sovrapposizione, da un punto di vista semantico, del concetto utilizzato nell'art. 24, 1° comma, l. n. 223 cit. rispetto a quello contenuto nell'art. 3, seconda parte, della l. n. 604 del 1966 per definire il presupposto di legittimo ricorso ai licenziamenti economici individuali (ossia «ragioni inerenti all'attività produttiva» e «all'organizzazione del lavoro»)⁽⁵²⁾: i licenziamenti collettivi finirebbero così con il distinguersi da questi ultimi solo «in virtù dei requisiti spazio-temporali e dimensionali richiesti dall'art. 24, 1° comma, l. n. 223/1991»⁽⁵³⁾.

Venendo alla tutela del lavoratore, la dottrina sottolinea come il rilievo solo procedurale assegnato dai giudici alla fattispecie del licenziamento collettivo finirebbe con l'addossare, in buona parte, l'onere probatorio sul lavoratore-ricorrente che adduca falsità, reticenze o mancanze nella fase informativa, prodromica alla trattativa sindacale⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ Per una ricostruzione sul punto cfr., per tutti, M. CORTI, *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, in *Jus online*, 2019, 1, 3 ss.; A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge n. 92/2012*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 617.

⁽⁵¹⁾ Cfr. C. ZOLI, *La procedura*, cit., 84; analogamente, tra i tanti, L. MONTUSCHI, *Mobilità e licenziamenti: primi spunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla l. n. 223 del 23 luglio 1991*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, I, 438; M. PERSIANI, *Commento sub art. 4*, cit., 918.

⁽⁵²⁾ Si esprime in modo netto nei termini dell'inesistenza di un'«alterità (...) della fattispecie» sottesa al licenziamento collettivo «rispetto a quella dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo», P. ALLEVA, *Presente e futuro dei licenziamenti*, cit., 68 e, nella stessa direzione, in precedenza, per tutti, M. NAPOLI, voce *Licenziamenti*, in *Dig. it. disc. priv. sez. comm.*, IV ed., IX, Torino, 1993.

⁽⁵³⁾ Così C. ZOLI, *La procedura*, cit., 84.

⁽⁵⁴⁾ Al riguardo pare dirimente, come insegna la giurisprudenza, il fatto che la l. n. 223 cit. detti una procedura che si cadenzia in una pluralità di adempimenti, sia di forma che di sostanza, ciascuno dei quali origina da un'autonoma obbligazione. Ne

4.2. (segue). *E, di contro, i suoi vantaggi.* – Tuttavia, nonostante la robustezza di molte di tali obiezioni, a parere di chi scrive le critiche rivolte alla tesi della c.d. a-causalità sono in parte eccessive e, quindi, non del tutto condivisibili.

Anzitutto, occorre rilevare come la dottrina, nel contrastare il fondamento del filone giurisprudenziale sul punto, si avviti attorno ad un'ipotesi – quella di licenziamenti collettivi intimati in assenza di reali e genuine ragioni di carattere tecnico-organizzativo – di difficilissima realizzazione⁽⁵⁵⁾. Da un lato, infatti, sembra remota l'ipotesi di un licenziamento collettivo non sorretto dalle ragioni organizzative addotte a suo sostegno dal datore di lavoro, soprattutto «nei 'grandi' licenziamenti»⁽⁵⁶⁾; dall'altro lato, nel confronto con il licenziamento individuale, appare altresì di difficile realizzazione l'ipotesi che attraverso la riduzione collettiva del personale l'impresa miri a «mascherare recessi (in realtà) diretti a eliminare, sostituendoli, dipendenti sgraditi»⁽⁵⁷⁾.

In secondo luogo, occorre considerare che la teorizzazione della c.d. a-causalità del licenziamento da parte della giurisprudenza assolutamente unanime costituisce un esempio di diritto vivente, inteso come «una massa critica di decisioni analogamente orientate»⁽⁵⁸⁾, di

deriva che il lavoratore ricorrente non può limitarsi genericamente ad allegare l'obbligo dell'imprenditore di rispettare la stessa, ma deve al contrario indicare con precisione l'obbligo o gli obblighi, tra tutti quelli previsti, dei quali sostiene la violazione, con la connessa specificazione di circostanze ed elementi di fatto che giustificano la domanda: cfr. chiaramente sul punto Cass., 29 luglio 2003, n. 11651, in *Gius. civ. mass.*, 2003, 7-8; Trib. S. Maria Capua Vetere, 22 gennaio 2001, in *Dir. lav.*, 2001, II, 374.

⁽⁵⁵⁾ In tal senso persino uno dei più convinti detrattori della c.d. a-causalità: cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali*, cit., 525, che ammette, per tale via, la rilevanza, perlopiù, solo «tecnico-teorica e sistematica della questione».

⁽⁵⁶⁾ E comunque anche se si verificasse quest'ipotesi peregrina la fattispecie integrerebbe, contemporaneamente, anche la violazione delle procedure sindacali per mancanza di veridicità delle affermazioni contenute nelle comunicazioni iniziali.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. ancora G. NATULLO, *Tutele sostanziali*, cit., 525.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. S. CHIARLONI, *Ruolo della giurisprudenza e attività creative di nuovo diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 5.

cui occorre prendere atto⁽⁵⁹⁾, tanto più perché fondata su una decisiva valorizzazione di quello che, nell'*intentio* legislativa, è «l'elemento costitutivo della fattispecie»⁽⁶⁰⁾, ossia il rispetto della procedura⁽⁶¹⁾.

Infine, e soprattutto, la stessa a ben vedere presenta più benefici che svantaggi.

Anzitutto, la circostanza che il giudice non controlli la sussistenza delle ragioni di carattere tecnico-organizzativo che hanno originato i licenziamenti consente al datore di lavoro di gestire vicende tecnico-organizzative sicuramente articolate e complesse «nella maggiore autonomia, e certezza di risultati, possibile»⁽⁶²⁾: il corretto e costruttivo svolgimento della procedura, tanto più se chiusosi con un accordo di qualche tipo, agisce sulla pre-comprensione del giudice ed, anzi, (già) a monte, crea effetti di disincentivo al ricorso in giudizio.

Inoltre, si evitano indebite sovrapposizioni tra controllo sindacale e giudiziale, valorizzando il primo a discapito del secondo dinanzi a vicende bisognose di un bilanciamento «contestualizzato»

⁽⁵⁹⁾ Sul punto, seppure in un'ottica generale, non riferita nello specifico al licenziamento collettivo, cfr. L. NOGLER, *Intervento*, in *Opinioni sul 'collegato lavoro'*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 126, che invita la dottrina a porsi, maggiormente, nell'ottica dei «vincoli argomentativi connessi al diritto vivente» sulla base del presupposto, evidentemente, che la stessa non lo faccia abbastanza.

⁽⁶⁰⁾ Così G. VIDIRI, *L'evoluzione della disciplina dei licenziamenti collettivi nel tempo e la certezza del diritto*, in R. COSIO, F. CURCURUTO e R. FOGLIA (a cura di), *Il licenziamento collettivo in Italia nel quadro del diritto dell'Unione europea*, 2016, Milano, 101 ss.; più di recente, R. COSIO, *La sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi. La risposta della Corte di Giustizia*, in *Lav. giur.*, 2021, 815; in giurisprudenza, Cass., 23 gennaio 2019, n. 1852, cit.

⁽⁶¹⁾ Si fa riferimento alla circostanza che, nell'ambito della l. n. 223 cit., il legislatore ha scelto di non prevedere una sanzione per l'ipotesi della mancanza della «riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro» di cui all'art. 24, 1° comma. D'altro canto non è mancato anche nella dottrina più autorevole l'avallo, seppur rimasto isolato, alla teoria dell'a-causalità: cfr. M. D'ANTONA, *'Riduzione di personale' e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. n. 223/1991*, in *Foro it.*, 1993, I, 2030 s.

⁽⁶²⁾ Cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 60.

in base a tutte le innumerevoli variabili tecnico-organizzative-occupazionali (sul fronte dell'impresa) e sociali (sul fronte dei lavoratori potenzialmente destinatari dell'atto finale di licenziamento) che sfuggono in larga misura alla conoscenza (e alla competenza) del giudice; ciò anche in virtù della sfasatura temporale tra il momento storico in cui si verifica la riduzione del personale e quello in cui il giudice stesso è chiamato eventualmente ad intervenire.

Va infine sottolineato che la rinuncia da parte della giurisprudenza in ordine al controllo delle ragioni tecnico-organizzative poste a base del licenziamento è largamente compensata dal sindacato circa l'applicazione da parte dell'impresa dei criteri utilizzati per selezionare, fra tutti, i lavoratori infine licenziati: aspetto, come si vedrà, sul quale, anzi, il tipo di controllo operato dai giudici diviene quasi parossistico⁽⁶³⁾ e che afferisce a ben vedere pur sempre a quel presupposto causale che, secondo la dottrina, i giudici eviterebbero *in toto* di controllare⁽⁶⁴⁾.

5. *La valorizzazione della mediazione sindacale ad opera del legislatore* – Anche il legislatore ha contribuito nel tempo a dare un decisivo sostegno all'azione sindacale, ritenendola evidentemente fioriera di effetti benefici per la tutela dei molteplici interessi sociali sottesi alla fattispecie del licenziamento collettivo.

A prescindere dal meccanismo di incentivazione economica riconnesso al raggiungimento di un accordo sindacale all'esito della

⁽⁶³⁾ Cfr. *infra* par. 7.

⁽⁶⁴⁾ Infatti il controllo circa la scelta dei lavoratori espulsi, tra tutti i potenziali licenziandi, si giustifica in virtù del fatto che è dalle caratteristiche del presupposto tecnico-organizzativo che ha determinato il licenziamento che origina l'*idoneità* dello stesso a giustificare, in concreto, *proprio il licenziamento di quei lavoratori*, infine individuati. Esprime chiaramente tale concetto, con riferimento al diverso (ma contiguo) ambito del licenziamento economico individuale, C. PISANI, *Nesso di causalità e criteri di scelta per la mobilità dei lavoratori*, in *Gius. civ.* 1999, II, 30, secondo cui negare il controllo sulla scelta dei lavoratori licenziati «equivarrebbe ad escludere la necessità della stessa giustificazione obiettiva».

procedura⁽⁶⁵⁾, nel 2012, attraverso l'art. 1, 45° comma, della legge c.d. Fornero Monti (l. n. 28 giugno 2012, n. 92), intervenendo «ai margini»⁽⁶⁶⁾ di una riforma dedicata in realtà, più in generale, alla riscrittura delle sanzioni comminabili in caso di licenziamento (anche individuale) illegittimo, si è inserito un ultimo periodo al 12° comma dell'art. 4 l. n. 223 cit.

La nuova previsione stabilisce che «gli eventuali vizi della comunicazione» di cui al precedente 2° comma «possono essere sanati, ad ogni effetto di legge, nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo».

Si è così avallata l'opinione, sostenuta da una parte della giurisprudenza – sul punto, invero, assai divisa⁽⁶⁷⁾ – che riteneva sanabili ad opera dell'accordo sindacale gli eventuali vizi della procedura,

⁽⁶⁵⁾ Solo in presenza di accordo infatti l'impresa evita la triplicazione del contributo dovuto all'Inps in tutti i casi di interruzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per le causali che danno diritto all'accesso all'indennità di disoccupazione come rivisitata ad opera dell'art. 2, 31° comma, l. 28 giugno 2012, n. 92.

⁽⁶⁶⁾ G. NATULLO, *Tutele sostanziali*, cit., 538.

⁽⁶⁷⁾ Riassume efficacemente l'assetto della giurisprudenza M.T. SALIMBENI, *Dalla Corte di Giustizia*, cit., 466, secondo cui prima della riforma l'eventuale accordo sindacale assumeva rilevanza «ai fini di un giudizio retrospettivo di adeguatezza della comunicazione», ma non sanava *ex se* eventuali insufficienze di quest'ultima; infatti, i giudici si riservavano la prerogativa di accertare «che il sindacato avesse partecipato alla trattativa, sfociata nell'intesa, senza piena consapevolezza dei dati di fatto», il che poteva accadere quando fosse dimostrata in giudizio l'idoneità dei vizi della comunicazione di avvio a fuorviare l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuiti alle organizzazioni sindacali: cfr., ad esempio, Cass., 20 giugno 2012, n. 10126, in *Guid. dir.*, 2012, 32, 78; Cass., 19 gennaio 2009, n. 1181, in *Arg. dir. lav.*, 2010, 1, 163, con nota di S. LAFORGIA. Sulla scia di tali principi, non di rado le sentenze sono giunte a sancire, in caso di mancata indicazione di tutti gli elementi previsti dall'art. 4 l. n. 223 cit., l'invalidità della procedura anche nei casi in cui si era raggiunto un accordo (cfr., per tutte, Cass., 6 aprile 2012, n. 5582, in *Foro it.*, 2012, 6, 1, 1734; Cass., 21 settembre 2011, n. 19233, in *Lav. giur.*, 2012, 3, 271, con nota di G. GIRARDI). Ciò in virtù della considerazione che la comunicazione iniziale rappresentava «un passaggio fondamentale, non assorbibile nella successiva fase di consultazione sindacale»: F. DI NOIA, *Se la forma non è più sostanza: il licenziamento collettivo prima e dopo la l. n. 92/2012*, in *Lav. giur.*, 2017, 667.

circoscrivendoli, peraltro, solamente a quelli «inerenti l'informativa iniziale» (ed escludendo, di conseguenza, «gli ulteriori vizi della procedura» ⁽⁶⁸⁾).

Invero la dottrina si è affrettata a circostanziare tale possibilità di sanatoria anche quando non ha inteso mettere in discussione la bontà dello strumento ⁽⁶⁹⁾, le cui condizioni applicative in effetti non sono indicate in modo del tutto perspicuo nell'ordito della nuova disposizione.

A prescindere dal dubbio in ordine alla possibilità che l'accordo sindacale possa pervenire a sanare anche «carenze strutturali dell'atto datoriale» ⁽⁷⁰⁾, che riguarda un'ipotesi probabilmente peregrina, è diffusa l'opinione che la nuova disposizione non faccia discendere effetti sananti di eventuali vizi della comunicazione in ragione della semplice conclusione di un accordo ⁽⁷¹⁾; l'opinione si

⁽⁶⁸⁾ Come puntualizza correttamente F. DI NOIA, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁹⁾ Sul punto tuttavia cfr. l'opinione, invero isolata, di M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice nella nuova disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 418, il quale critica l'«offuscamento dell'anello iniziale della procedura», che, sempre secondo l'a., invece, andava lasciato alla responsabilità unilaterale del datore di lavoro» in quanto l'eventuale sanatoria sposta «in avanti il momento temporale in cui si procede all'individuazione effettiva e definitiva dei 'motivi' dell'eccedenza» non più cristallizzati nella comunicazione di avvio della procedura, ma definiti nella «successiva fase dell'esame congiunto»; si assisterebbe così ad un eccesso di «enfasi del legislatore per la 'negoiazione' o 'gestione bilateralizzata' dell'avvio della procedura».

⁽⁷⁰⁾ Esito non possibile secondo M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice*, cit., 423, secondo cui «Il vizio della comunicazione datoriale a cui fa riferimento la legge è da intendersi (...) nell'accezione di mera irregolarità dell'atto datoriale (...), come tale priva di ripercussioni negative sull'efficacia sostanziale del negozio» atteso che, al contrario, in presenza di negozio affetto da carenze strutturali, «l'ordinamento gius-privatistico riconnette conseguenze sanzionatorie radicali, quali la invalidità nelle forme della nullità».

⁽⁷¹⁾ Cfr., tra gli altri, P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92, in materia del mercato del lavoro: prima riflessioni*, in *Dir. lav.*, 2012, 249 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento legittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 452 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, 66 ss.

fonda sul dato letterale della norma ⁽⁷²⁾ e sulla necessità di non avallarne un significato, sul piano interpretativo, «che (...) rischierebbe di annullare la *ratio* sistematica» ⁽⁷³⁾ dell'intera procedura; si ritiene per tale via necessario «l'esplicito riferimento contenuto nell'accordo alla volontà di sanare i vizi formali della comunicazione» ⁽⁷⁴⁾.

Anche con tali 'contingentamenti', non vi è dubbio che il legislatore abbia promosso ancora una volta il ruolo sindacale, cercando di sfruttarne al massimo le potenzialità, e sancito l'ulteriore regressione di quello giudiziale, come palesato dal chiaro «intento deflativo» ⁽⁷⁵⁾ della riforma; inoltre, ha inteso, probabilmente, anche correggere il tiro rispetto ad una giurisprudenza che, avendo rinunciato a controllare la causale del licenziamento ⁽⁷⁶⁾, si è concentrata sull'«ipervalutazione della procedura» ⁽⁷⁷⁾ (atteggiamento che era, in

⁽⁷²⁾ In quanto «l'effetto sanante viene prodotto 'nell'ambito di un accordo' sindacale, e non per effetto dell'accordo»: così efficacemente A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi*, cit., 617, cui si rinvia anche per la ricostruzione del dibattito sul punto; in precedenza, V. FERRANTE, *Modifiche nella disciplina dei licenziamenti collettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, 279.

⁽⁷³⁾ Cfr. G. NATULLO, *Tutele sostanziali*, cit., 523.

⁽⁷⁴⁾ Senza che sia sufficiente «il ricorso a clausole 'di stile' puramente ricognitive»: G. NATULLO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁷⁵⁾ M. RICCI, A. OLIVIERI e C. CORBO, *Nozione e procedura*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, V, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, 2017, 44; M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice*, cit., 422.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. par. precedente.

⁽⁷⁷⁾ M.T. SALIMBENI, *Dalla Corte di Giustizia*, cit., 465. Cfr., sul punto, G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 195, secondo cui la novità del 2012 è stata diretta «opportunamente (...) a ridimensionare qualche intemperanza giurisprudenziale e ad assicurare una maggiore speditezza e funzionalità del confronto sindacale»; nello stesso senso, seppure nell'ambito di un giudizio negativo in ordine allo strumento della sanatoria introdotta nel 2012, anche M. CORTI, *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, cit., 11, che parla di un eccessivo formalismo nel controllo operato dalla giurisprudenza, giunta talora a sanzionare «con l'inefficacia anche lievi irregolarità di procedura, e perfino quando sia poi intervenuto un accordo sindacale».

fondo, la causa principale della resistenza giurisprudenziale verso l’accoglimento della sanatoria dei vizi delle procedura ⁽⁷⁸⁾).

6. *La monetizzazione dei vizi della procedura nelle riforme recenti: un vulnus apparente o reale al ruolo della mediazione sindacale?* – È fuor di dubbio che, al contrario dell’istituto della sanatoria, non vada nel senso di una valorizzazione della procedura sindacale l’opzione legislativa di monetizzare il mancato rispetto delle procedure.

A tale scelta dà l’abbrivio la medesima l. n. 92 cit., sancendo il passaggio dalla precedente sanzione della reintegra del lavoratore ad una tutela meramente risarcitoria ⁽⁷⁹⁾; una direzione di marcia successivamente confermata dal d.lgs. n. 4 marzo 2015, n. 23 ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. *supra* nt. 67.

⁽⁷⁹⁾ Fissata in «un’indennità (...) onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto» (cfr. il novellato art. 5, 3° comma, l. n. 223 cit., che rinvia tortuosamente alla sanzione risarcitoria derivante dal combinato disposto del 5° e del 7° comma («terzo periodo») dell’art. 18 Stat. lav., anch’esso riscritto ad opera della riforma c.d. Fornero-Monti del 2012.

⁽⁸⁰⁾ Che, per le stesse violazioni procedurali relative però a licenziamenti (collettivi) intimati nei confronti dei lavoratori assunti a far data dal 7 marzo 2015, stabilisce «un’indennità (...) di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a sei e non superiore a trentasei mensilità» (cfr. il combinato disposto degli artt. 10 e 3, 1° comma, modificato ad opera della l. n. 96 del 2018). Per completezza va rammentato come la Corte costituzionale, con la sentenza dell’8 novembre 2018, n. 194 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2018, 4, II, 1031, con note di P. ICHINO e M.T. CARINCI) abbia censurato la costituzionalità dell’aggancio al rigido parametro delle «due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio»; si è, di conseguenza, riconosciuto in capo al giudice il potere-dovere di stabilire il *quantum* risarcitorio tenendo conto «innanzitutto» (ma non esclusivamente) dell’anzianità di servizio e poi *anche* di tutti gli altri criteri (relativi alla gravità delle violazioni commesse dall’impresa, al numero dei dipendenti in essa occupati, alle sue dimensioni e al tipo di attività economica esercitata, al comportamento e alle condizioni delle parti) previsti dalle ulteriori disposizioni che nell’ordinamento si

Nonostante ciò, appare a chi scrive eccessivo il rilievo, diffuso in dottrina ⁽⁸¹⁾, in merito al fatto che siffatte scelte legislative avrebbero depotenziato in modo incisivo, se non irreversibile, il ruolo assegnato alla mediazione sindacale ⁽⁸²⁾.

A tacere del fatto che anche la dottrina più resiliente e critica nei confronti di tali modifiche è costretta ad ammettere che le nuove sanzioni per i vizi procedurali sono perfettamente in linea con i requisiti di effettività, proporzione e dissuasività elaborati al riguardo dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ⁽⁸³⁾ e che le medesime sanzioni si inseriscono giocoforza in una tendenza di destrutturazione delle tutele che ha colpito, attraverso le riforme dell'ultimo decennio, *in generale* l'impianto sanzionatorio nei confronti di tutte le tipologie di licenziamenti ⁽⁸⁴⁾, di svuotamen-

occupano di risarcimento del danno da licenziamento illegittimo, ossia gli artt. 8 l. 15 luglio 1966, n. 604, e 18, 5° comma, Stat. lav.

⁽⁸¹⁾ Atteso il nutrito numero di autori che propendono per tale giudizio si rinvia alle puntuali indicazioni bibliografiche contenute in M. CORTI, *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, cit., 11, nt. 27.

⁽⁸²⁾ Concorda con chi scrive, isolatamente, G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 197, che tuttavia in un altro passaggio (riferito tuttavia anche allo strumento della sanatoria introdotto sempre nel 2012: cfr. nel testo par. precedente) dello scritto citato sembra formulare un giudizio ben diverso laddove sostiene come in seguito alla novella del 2012 «la fisionomia dei licenziamenti collettivi sia stata completamente stravolta».

⁽⁸³⁾ Cfr. per tutti, ad esempio, M. CORTI, *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, cit., 10 e ivi nt. 24, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali.

⁽⁸⁴⁾ Collocando anzi le tutele previste per le violazioni procedurali nel licenziamento collettivo ad «un gradino più in alto rispetto» a quelle riferite alle violazioni procedurali nell'ambito del licenziamento (pur sempre economico ma) individuale (N. FRASCA, *Interessi collettivi ed individuali nella disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale: la violazione dei criteri di scelta e le conseguenze sanzionatorie*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 125; F. LUNARDON, *Licenziamenti collettivi: la riforma dell'apparato sanzionatorio*, in *Giur. it.*, 2014, 2, 452 ss.), che sono connotate da un *quantum* molto più ridotto (cfr. l'art. 18, 6° comma, Stat. lav. e l'art. 4 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23); anzi, anche quando il licenziamento economico individuale sia radicalmente privo dei presupposti giustificativi per la sua legittima adozione, la sanzione è quasi sempre meramente risarcitoria, con una dimostrazione di come il legislatore ritenga *ancora* la fattispecie del licenziamento collettivo di rango

to/svilimento del ruolo sindacale si può infatti, ed in tutta evidenza, parlare solo misurando l'entità dell'effetto che può conseguire alla modifica legislativa di cui si discute.

In tal senso, l'impatto del ridimensionamento della sanzione in cui incorre l'impresa che violi la procedura va valutato avendo riguardo a due circostanze: da un lato, la reale influenza che possono avere le modifiche dei (soli) trattamenti sanzionatori in presenza di presupposti-fattispecie di legittima adozione di un atto datoriale che restano invariati, e, dall'altro lato, come peraltro ovvio, l'entità più o meno significativa di quel ridimensionamento.

Sul primo fronte, seppure colga il vero il rilievo, persino scontato, che la «reale forza di una regola sta nella possibilità di garantirne l'osservanza, e dunque nella capacità dissuasiva che si rinviene nella sanzione» fissata per la sua violazione⁽⁸⁵⁾, occorre considerare come, sul fronte dell'impresa, sia probabile che la violazione delle regole procedurali venga temuta a prescindere dal tipo di conseguenze 'punitive' che l'ordinamento vi riconnette; quindi, sembra difficile supporre che l'impresa scelga, con facilità, di trasgredire alcuni passaggi procedurali sol perché la sanzione in caso di loro mancato rispetto sia risarcitoria (e non ripristinatoria). Soprattutto quando l'impresa non abbia grandi dimensioni (come accade spesso in un Paese caratterizzato in larghissima misura da un tessuto sociale costituito da aziende di medio-piccola entità) pure una sanzione indennitaria può essere percepita come gravosa⁽⁸⁶⁾, anche conside-

«superiore» per la tipologia di interessi ad esso sottesi: così U. CARABELLI, S. GIUBBONI, *Il licenziamento collettivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013, 399.

⁽⁸⁵⁾ G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 101.

⁽⁸⁶⁾ Di diverso avviso L. ZOPPOLI, *La riforma del mercato del lavoro*, cit., 4, secondo cui non sarebbe poi così «elevata» neppure la ben più rilevante indennità risarcitoria tra le 12 e le 24 mensilità ora fissata per le imprese sottoposte al regime dell'art. 18 Stat. lav. in tutta una serie di ipotesi; analogamente P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti*, cit., 23, secondo il quale la predeterminazione ad opera della legge di un risarcimento di cui il datore di lavoro conosce, nel momento in cui licenzia, il limite minimo, ma soprattutto massimo, potrà fungere da efficace *severance cost* cosicché l'impresa sarà disposta a sobbarcarsi volentieri quel costo in

rando che la stessa va sommata alle altre ‘voci’ da corrispondere al momento del licenziamento ⁽⁸⁷⁾. Ciò tanto più se lo stesso viene intimato in periodi di congiuntura economica non favorevole, tra l’altro in presenza di un potenziale effetto moltiplicatore di tale sanzione, legato alla circostanza che nell’ambito di un licenziamento economico collettivo, evidentemente, sono diversi i licenziati che potrebbero scegliere la via del ricorso giudiziale. Inoltre, le stesse imprese non riescono spesso ad afferrare la distinzione, formale, tra licenziamento dotato di efficacia estintiva, a prescindere dalla sua legittimità, che lo connota quando si applichi la mera sanzione risarcitoria, dal licenziamento privo di tale efficacia, in caso di applicazione di rimedi ripristinatori.

Sul fronte, invece, dall’entità più o meno significativa del ridimensionamento sanzionatorio, pare doveroso porre l’accento sulla circostanza che la sanzione risarcitoria fissata nell’ambito dell’art. 18 St. lav. (derivante dal combinato disposto del 7° comma (terzo periodo) e del 5° comma), e quella contemplata nell’art. 3, 1° comma, d.lgs. n. 23 cit. ⁽⁸⁸⁾ paiono in linea con i requisiti chiesti dall’ordinamento euro-unitario ⁽⁸⁹⁾ e capaci di differenziare il *quantum* sanzionatorio a seconda della mancata indicazione di informazioni da ritenersi più o meno essenziali ⁽⁹⁰⁾; inoltre,

cambio della possibilità di ‘aggiustare’, al ribasso, il proprio organico.

⁽⁸⁷⁾ Cui si aggiunge, oggi, il vero e proprio ‘balzello’ economico introdotto con l’art. 2, 31° comma, l. 28 giugno 2012, n. 92, che prevede il pagamento per ogni tipo di licenziamento economico, e a prescindere dall’accertamento giudiziale della sua illegittimità, di «una somma pari al cinquanta per cento del trattamento mensile iniziale di Assicurazione sociale per l’impiego per ogni 12 mesi di anzianità aziendale negli ultimi tre anni», che, come visto, viene triplicato in caso di mancato raggiungimento di un accordo sindacale nell’ambito del licenziamento collettivo (cfr. *supra* nt. 65).

⁽⁸⁸⁾ Soprattutto dopo i ‘correttivi’ introdotti nella modalità di liquidazione ad opera di Corte cost. n. 194 del 2018: cfr. *supra* nt. 80.

⁽⁸⁹⁾ Come accennato in premessa.

⁽⁹⁰⁾ In virtù della fissazione, nelle due norme, di minimi e massimi risarcitori che disegnano una forbice assai larga; semmai lascia perplessa, nell’ambito dell’art. 18, 5° e 7° comma, Stat. Lav., il riferimento, ai fini della liquidazione in giudizio dell’indennità a criteri che non alludono alla gravità della violazione procedurale,

sembrano a chi scrive (anche) adeguate, ed anzi probabilmente eccessive dinnanzi a violazioni procedurali di lieve entità ⁽⁹¹⁾.

Infine, sembra di potersi confutare anche il dubbio, pure sollevato, in ordine alla capacità di quelle sanzioni di dissuadere l'impresa da violazioni particolarmente gravi della procedura, da intendersi come quelle in grado di svuotare «di contenuto il compito di controllo che il legislatore ha attribuito al sindacato» ⁽⁹²⁾.

Dinnanzi ad inadempimenti di tale gravità, infatti, possono entrare in campo, più o meno efficacemente, gli strumenti 'di chiusura' del sistema quali la fattispecie del licenziamento discriminatorio e il ricorso, da parte dei soggetti collettivi, per condotta antisindacale ⁽⁹³⁾, che permettono l'applicazione di rimedi ripristinatori ⁽⁹⁴⁾.

bensi a circostanze del tutto «estrinseche alla (...) stessa», come l'anzianità del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti, le iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione: così A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi*, cit., 618. Per una distinzione tra informazioni da «considerarsi maggiormente 'essenziali'» e «contenuti della comunicazione (...) 'accessori'», cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 92 ss.

⁽⁹¹⁾ Come ammette ad esempio R. COSIO, *La sanzione dissuasiva nei licenziamenti collettivi*, cit., 823, seppure critico nei confronti del passaggio a meccanismi sanzionatori di stampo risarcitorio a seguito delle novella del 2012.

⁽⁹²⁾ ID., *La sanzione dissuasiva*, cit., 823.

⁽⁹³⁾ Seppure anche di recente si sia segnalato lo scarso utilizzo dello strumento in questione: cfr. M. CORTI, *Partecipazione dei lavoratori e licenziamenti collettivi*, cit., 14; A. SARTORI, *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi*, cit., 620; per alcuni esempi di ricorso abbastanza recente allo strumento della condotta antisindacale in casi in cui il comportamento datoriale aveva compromesso, secondo il giudice, l'efficace espletamento del ruolo delle organizzazioni sindacali, cfr. Trib. Roma, 12 aprile 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 917 ss.; Trib. Roma, 11 febbraio 2016. Sul punto cfr. altresì la ricostruzione di B. DE MOZZI, *Questioni introduttive in tema di licenziamento collettivo nel c.d. Jobs Act*, in *WP CSDLE Massimo d'Antona.it*, 2018, n. 353, 21 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. rispettivamente gli artt. 18, 1°-3° comma, Stat. Lav. e 2, 1°-3° comma, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (che prevedono il reintegro del lavoratore che abbia subito il licenziamento discriminatorio), sul primo fronte, e l'art. 28 Stat. lav. (il quale dispone un ordine giudiziale di ricostituzione dello *status quo* precedente il comportamento antisindacale), sul secondo.

7. *Il punctum dolens della disciplina: il controllo giudiziale dei criteri di scelta quale elemento di rottura della logica partecipativa.* – A differenza di quanto accade con riguardo alla sussistenza delle ragioni tecnico-organizzative-produttive determinanti la necessità di licenziare, che rimangono estranee al vaglio del giudice ⁽⁹⁵⁾, la cornice giurisprudenziale segnala da tempo come il rispetto dei criteri di scelta sia il vero punto di sofferenza, e la vera insidia, per le imprese quando si discute di legittimità dei licenziamenti collettivi ⁽⁹⁶⁾.

Si tratta di un controllo relativo ad un aspetto che, come già rilevato, afferisce a ben vedere a quelle stesse ragioni poste a base del licenziamento in quanto ha ad oggetto il collegamento causale tra queste ultime e il tipo di lavoratori licenziati; in particolare, quel nesso conferisce alle prime l'idoneità a giustificare *in concreto* proprio *quei recessi* ⁽⁹⁷⁾. Per tale via, come già sottolineato, sembra di assistere ad un notevole ridimensionamento in merito alla preoccupazione manifestata dalla dottrina per il fatto che attraverso la c.d. a-causalità del licenziamento collettivo la tutela offerta ai lavoratori espulsi si esaurisca nel controllo circa il rispetto della sola procedura.

Anzi, sul fronte dei criteri di scelta il controllo giudiziale sembra persino eccessivo, atteso che ciò che viene censurato è spesso addirittura il 'prodotto' del confronto sindacale preventivo ai licenziamenti collettivi (visto che in materia l'art. 5, 1° comma, l. n. 223 cit. assegna all'accordo collettivo tra le parti un ruolo prioritario nell'individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da espellere ⁽⁹⁸⁾). Ne con-

⁽⁹⁵⁾ Cfr. *supra* par. 4.

⁽⁹⁶⁾ Secondo P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità 'in entrata' e flessibilità 'in uscita' nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, I, 836, è questo «uno dei capitoli più tormentati del contenzioso alimentato dalla legge 223/1991»; da ultimo, M. GAMBACCIANI, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, Roma, 2017, 149; in precedenza cfr. altresì L. VENDITTI, *Licenziamento collettivo e tecniche di tutela*, Napoli, 2012, 145 ss.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. *supra* nt. 64.

⁽⁹⁸⁾ Infatti la norma assegna una valenza residuale ai tre criteri indicati al suo interno, relativi ai «carichi di famiglia», all'«anzianità» (da intendersi come di servizio e non anagrafica) e alle «esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale», da applicarsi «in concorso tra loro»: gli stessi debbono essere

segue che tale atteggiamento giurisprudenziale fa venire meno, in tutta evidenza, i vantaggi tipicamente riconnessi alla tecnica della procedimentalizzazione dei poteri datoriali ⁽⁹⁹⁾.

Prima di illustrare la declinazione che assume il controllo giudiziale al riguardo, è utile chiarire quali possano esserne, probabilmente, le cause.

Anzitutto, alle tentazioni giudiziali di quella che sembra una vera invasione nel merito dei prodotti dell'autonomia collettiva ⁽¹⁰⁰⁾ ha dato forse l'abbrivio la pronuncia della Corte costituzionale ⁽¹⁰¹⁾ secondo cui l'eventuale accordo sui criteri di scelta *ex art. 5, 1° comma, l. n. 223 cit.* va sottoposto ad un vaglio giudiziario «di razionalità» che ne accerti «i caratteri dell'obiettività e della generalità» e la coerenza «col fine dell'istituto della mobilità dei lavoratori» ⁽¹⁰²⁾.

Occorre inoltre considerare che la fase della selezione dei licenziandi è quella che maggiormente sfugge al controllo sindacale – richiedendo quindi la necessità di un più severo vaglio sul piano giudiziale – e in cui risalta la tutela della «dimensione individuale»,

applicati solo in caso di mancato raggiungimento, nel corso della procedura di consultazione, di un accordo stipulato «con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2».

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *supra* par. 1.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. P. TOSI, E. PUCETTI, *I criteri di scelta convenzionali nel contrasto tra le Corti*, in *Arg. Dir. lav.*, 2018, 561, che si esprimono nei termini di controlli che vanno «ben oltre i limiti del sindacato di merito»; nello stesso senso, B. FUMAI, *Il valore dell'accordo sindacale nei licenziamenti collettivi e il limite del sindacato giudiziale: due ordinanze a confronto*, in *Ilgiuslavorista.it*, 9 marzo 2018.

⁽¹⁰¹⁾ Corte cost., 30 giugno 1994, n. 268, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 237 ss., con nota di E. MANGANIELLO.

⁽¹⁰²⁾ Con l'ulteriore precisazione secondo cui «come parametro del giudizio di razionalità o di ragionevolezza» possono venire in considerazione «anche i criteri legali, (...), ma in quanto riproducono criteri tradizionalmente praticati nei rapporti collettivi connessi ai licenziamenti per riduzione del personale nel settore dell'industria, sicché lo scostamento da essi deve essere giustificato»; un vincolo, quello imposto dalla Consulta in tale modo, che ha finito per rendere tutt'altro che agevole per l'autonomia collettiva sottrarsi alla censura giudiziale dinnanzi alla scelta di criteri diversi da quelli legali.

costituendo così «un terreno più consono al vaglio giudiziario»⁽¹⁰³⁾: la stessa infatti produce «una scissione tra gli interessi dei lavoratori infine scelti e gli interessi di coloro che non vengono ‘toccati dai licenziamenti’»⁽¹⁰⁴⁾.

Ancora, il profilo della selezione dei licenziandi, relativo al (me-ro) *quomodo* delle scelte d'impresa (chi licenziare), permette al giudice di filtrare il principio costituzionale di solidarietà sociale⁽¹⁰⁵⁾ non esigibile sul piano, a monte, dell'*an* delle modifiche tecnico-organizzative e dei motivi che determinano il licenziamento, come più volte ricordato in questa sede.

Infine, si tratta di una fase che solletica il controllo giudiziale in quanto in relazione alla stessa (ri)emerge il rischio di un'applicazione da parte dell'impresa dei criteri di scelta (pur magari individuati in un accordo con il sindacato nel corso della procedura) piegata, in qualche guisa, dall'obiettivo di dirigere la selezione in concreto verso un lavoratore (magari sgradito) piuttosto che un altro⁽¹⁰⁶⁾.

Venendo ai profili che segnalano, tra gli altri⁽¹⁰⁷⁾, l'eccessiva

⁽¹⁰³⁾ Cfr. G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi*, cit., 193.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo*, cit., 202 ss.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. L. VENTURA, voce *Licenziamenti. II. Licenziamenti collettivi*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990, 25.

⁽¹⁰⁶⁾ Con atteggiamenti discriminatori/ritorsivi facilitati dalla circostanza che il profilo della scelta dei lavoratori da licenziare è la parte del procedimento decisionale più difficilmente controllabile in modo matematico ed oggettivo (atteso il numero e il tipo di variabili in gioco quando si parla di comparare elementi di scelta – quali, per restare ai criteri più diffusi, quelli dei carichi di famiglia o delle situazioni personali, ad esempio di salute, dei lavoratori coinvolti) anche molto disomogenei e di cui è difficile quantificare il peso 'sociale' o 'economico'.

⁽¹⁰⁷⁾ In tale sede lasciati al margine in quanto non toccano propriamente le scelte fatte dal sindacato nel corso della procedura, investendo invece un momento in cui l'impresa, a valle del procedimenti di confronto con le parti sociali, agisce in 'solitudine'. Si pensi ad esempio alla tendenza ad interpretare in modo rigoroso il dovere di cui all'art. 4, 9° comma, l. n. 223 cit.: si fa riferimento all'obbligo per il datore di lavoro di comunicare per iscritto, e in modo puntuale, ai lavoratori colpiti dal licenziamento ed ai competenti uffici del lavoro, tra le altre cose, anche le «modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta»; secondo la giurispru-

«discrezionalità valutativa»⁽¹⁰⁸⁾ che i giudici in numerose occasioni si auto-attribuiscono al riguardo, si possono segnalare due esempi abbastanza significativi.

Anzitutto, terreno elettivo di tali interventi è l'aspetto relativo all'ambito di applicazione dei criteri di scelta che, secondo un orientamento pacifico, deve, in linea di massima, riguardare l'intera impresa, a prescindere dai reparti o dalle unità produttive direttamente coinvolte nella riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro⁽¹⁰⁹⁾; fa eccezione a tale regola il caso il cui il datore di lavoro riesca a dimostrare la necessità di limitare la scelta ad un solo reparto o settore in virtù della ricorrenza di specifiche professionalità, infungibili rispetto alle altre presenti nel complesso aziendale.

Orbene, un siffatto orientamento concreta una tipologia di controllo destinata a scivolare, inavvertitamente, verso controlli di merito sulle scelte dell'impresa, vietati dall'art. 30, 1° comma, l. n. 183 del 2010⁽¹¹⁰⁾; ma vi è di più: diverse sentenze, anche recenti, censu-

denza tale dovere si sostanzia nella necessità di rendere chiaro come i criteri (legali o eventualmente contrattuali) abbiano fatto cadere la scelta su taluni lavoratori e non su altri (attraverso l'indicazione della valutazione comparativa operata tra tutti i dipendenti coinvolti nella selezione e dei modi di ponderazione dei vari elementi presi in considerazione): di recente, per tutte, cfr. Cass., 24 ottobre 2017, n. 25152, in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass., 24 agosto 2017, n. 20335, in *Dir. e giust.*, 2017; Cass., 13 dicembre 2016, n. 25554, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 129, con nota di L. VENDITTI.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. G. FERRARO, *Ammortizzatori sociali*, cit., 14.

⁽¹⁰⁹⁾ Al riguardo si valorizza lo scarno riferimento, contenuto nell'art. 5, 1° comma, l. n. 223 cit., alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del «complesso aziendale»: così, tra le più recenti, Cass., 27 gennaio 2022, n. 2390, in *Giust. civ. mass.*, 2022; Cass., 5 ottobre 2020, n. 21306, in *Dir. e giust.*, 2020; Cass., 13 febbraio 2020, n. 3628; App. Firenze, 19 luglio 2021, n. 339; App. Roma, 19 novembre 2019, n. 4221, in *Guida dir.*, 2020, 36, 72.

⁽¹¹⁰⁾ Basti pensare, ad esempio, che «l'applicazione a livello nazionale», o comunque avendo riguardo a tutte le unità produttive dell'impresa, dei criteri di scelta costringe quest'ultima ad operare il trasferimento geografico «in altra sede per ricoprire il posto rimasto scoperto», come ammette, in modo isolato, Cass., 22 aprile 2005, n. 8474, in *Not. giur. lav.*, 2005, 577; in dottrina, cfr. G. PISTORE, *La determinazione dell'ambito di comparazione dei licenziamenti collettivi: luci e ombre di un orientamento consolidato*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 428, la quale, citan-

rano *persino* le scelte ‘condivise’ dall’impresa (attraverso la stipulazione di un accordo con il sindacato) relative all’ambito di applicazione dei criteri di selezione dei licenziandi ⁽¹¹¹⁾. Si tratta di decisioni – spesso dagli esiti persino schizofrenici e, forse, pure puntigliosi: il sospetto pare lecito ⁽¹¹²⁾ – che vanificano lo sforzo volto a districare l’intreccio di situazioni ed equilibri già presumibilmente soppesati a monte da impresa e sindacati con lo scopo di tutelare, spes-

do Corte Giust. UE, 13 maggio 2015, C-392/13, fa condivisibilmente notare come «la possibilità di ridurre l’operatività dei criteri di scelta a una sola unità produttiva» sia «pacificamente ammessa dalla giurisprudenza comunitaria».

⁽¹¹¹⁾ Cfr. ad esempio Cass., 17 gennaio 2020, n. 981, in *Lav. giur.*, 2020, 842, con nota di M. MOCELLA, che ha censurato la scelta di circoscrivere i lavoratori da licenziare a quelli dell’unità produttiva interessata dal trattamento di integrazione salariale che aveva preceduto il licenziamento collettivo; ciò nonostante quella scelta fosse stata introiettata in un accordo con le organizzazioni sindacali nel corso delle procedura di confronto preventiva allo stesso; App. Firenze, 3 aprile 2017, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 561 ss., con nota di P. TOSI, E. PUCCHETTI, cit.; *contra* Trib. Caltagirone, 4 novembre 2017, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 250, con nota di M. MILITELLO, secondo cui è legittima la restrizione operata dall’accordo sindacale in ordine all’ambito di applicazione dei licenziamenti alla sola sede romana dell’azienda sulla base della presa in considerazione da parte dell’accordo stesso della peculiare realtà organizzativa e produttiva della società, che rendeva del tutto impraticabile la strada dei trasferimenti e, di conseguenza, la comparabilità dei lavoratori di Roma con quelli delle altre sedi; in senso del tutto analogo, da ultimo, cfr. Cass., 6 maggio 2021, n. 12040, in *Giust. civ. mass.*, 2021.

⁽¹¹²⁾ Significativa la decisione resa da App. Firenze, 3 aprile 2017, cit., che, addirittura in un caso in cui nell’accordo sindacale si era individuato come ambito di selezione dei lavoratori da licenziare l’intera azienda – in linea, quindi, con l’orientamento giurisprudenziale che impone, di regola, come visto, tale esito – censura l’intesa: ciò sulla base della considerazione che l’impresa nelle comunicazioni iniziali, rese ai sensi dell’art. 4, 3° comma, l. n. 223 cit., aveva individuato come area coinvolta nell’eccedenza solo una parte del complesso produttivo; il giudice fiorentino ha ravvisato un vizio procedurale nella divergenza tra quest’ultima e l’ambito di applicazione dei criteri di scelta senza che l’accordo sindacale si fosse premurato, sempre secondo il collegio giudicante, di chiarire le ragioni di tale discrasia. In senso esattamente opposto cfr., comunque, la coeva App. Torino, 15 maggio 2017, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 561 ss., con nota di P. TOSI, E. PUCCHETTI, cit.

so, anche interessi (pubblico-sociali) che trascendono quelli dei lavoratori direttamente coinvolti nel licenziamento ⁽¹¹³⁾.

Viene inoltre in rilievo quel nucleo di sentenze attraverso le quali si sconfessa il contenuto dei criteri di selezione individuati nell'accordo collettivo che si riferiscano in via esclusiva a circostanze tecnico-organizzative-professionali, in virtù dell'asserita imprescindibile necessità di contemperare sempre tali parametri con quelli a carattere *stricto sensu* sociale-personale (i carichi di famiglia, l'anzianità del lavoratore, ecc.) ⁽¹¹⁴⁾; ciò alla stregua, evidentemente,

⁽¹¹³⁾ Un esempio si rinviene nella pronuncia del Trib. Roma, 16 novembre 2017, in *Arg. dir. lav.*, 2018, 316, con nota di C. FAVRETTO: il giudice boccia la legittimità dell'accordo sindacale che circoscriveva l'ambito di applicazione dei criteri di scelta ad una parte dell'azienda con l'obiettivo, condiviso con i sindacati, di risparmiare sui costi dovuti agli «interventi formativi, organizzativi e logistici» che lo spostamento dei lavoratori da una sede all'altra avrebbe comportato, e che apparivano incompatibili con la situazione economica in cui versava l'azienda; secondo il giudice esclusivamente «la peculiarità dell'inquadramento professionale e la specificità delle mansioni svolte dai dipendenti romani» avrebbero potuto concretamente giustificare «l'esigenza di limitare i licenziamenti a quella sola unità» atteso che neppure l'accordo collettivo, sempre secondo il tribunale romano, può derogare a tale principio; nello stesso senso cfr. Trib. Roma, 16 novembre 2017, in *Ilgiuslavorista.it*, 9 marzo 2018, con nota di B. FUMAI, cit., in un caso in cui lo spostamento dei lavoratori da una sede all'altra imposto dal giudice all'azienda, che versava in una situazione di grave crisi, richiedeva interventi di formazione di minimo 80 ore; *contra*, invece, di recente, Cass., 6 maggio 2021, n. 12040, cit., che ha ritenuto del tutto ragionevole la limitazione, concordata con il sindacato, dell'ambito di applicazione dei criteri di scelta alle sole unità produttive coinvolte nell'eccedenza anche in considerazione dell'eccessiva difficoltà logistica di disporre il trasferimento dei lavoratori interessati alle altre unità produttive (distanti oltre 500 chilometri) e dell'eccessiva onerosità dei percorsi di formazione e riqualificazione necessari allo scopo.

⁽¹¹⁴⁾ Sul punto, per gli opportuni riferimenti bibliografici, si rinvia a F. DI NOIA, *La Cassazione ritorna sulla selezione dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Lav. giur.*, 2019, 599; tuttavia, cfr. Cass., 10 dicembre 2018, n. 31872, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 648, con nota di M. BIASI, che ha giudicato legittimo l'unico criterio dell'«alta specializzazione in funzione delle esigenze tecnico, produttive ed organizzative» individuato, in accordo con il sindacato, da una società operante nel settore della bonifica bellica ed ambientale e che aveva condotto al licenziamento di un ingegnere elettronico (anziché ambientale).

delle coordinate di controllo assegnate, a suo tempo, dalla Consulta al controllo giudiziale sulle scelte operate di volta in volta, sul punto, dall'autonomia collettiva.

Innanzitutto a quella che appare come una sorta di cortocircuito nella prassi applicativa del licenziamento collettivo, stupisce che il legislatore non sia mai intervenuto per riportare il controllo dei giudici entro ambiti più consoni. Un 'silenzio' pesante se si pensa come in ordinamenti vicini, e sempre nell'ottica di semplificare un vincolo che potenzialmente può generare notevoli incertezze applicative, abbondino previsioni che mirano a irrobustire il ruolo del sindacato e (persino) il potere unilaterale dell'impresa nell'individuazione dei criteri di scelta e in ordine al loro ambito di applicazione. Così, ad esempio, il § 1, cpv. 5 legge tedesca di protezione contro i licenziamenti (*Kündigungsschutzgesetz*) stabilisce che il giudice può censurare l'applicazione, da parte dell'impresa, dei criteri di scelta – legali o fissati con accordo aziendale di codeterminazione – solo in caso di manifesta erroneità; ancora il legislatore portoghese, con la l. n. 23 del 2012, ha novellato la disciplina dei criteri di scelta aprendo ad una gestione decisamente 'discrezionale' di tale aspetto da parte dell'impresa, abilitata a definire, anche unilateralmente, criteri di scelta purché «rilevanti e non discriminatori» ⁽¹¹⁵⁾.

Analogamente, nell'ordinamento francese, la l. 6 agosto 2015, n. 2015-990 ha potenziato il margine di discrezionalità dell'impresa nell'individuazione dei lavoratori da licenziare: da un lato, si stabilisce la possibilità di privilegiare, rispetto agli altri, uno dei criteri indicati dal legislatore (cfr. il terzo capoverso dell'art. L1233-5 *code du travail*); dall'altro lato, si consente di derogare al livello d'impresa come 'perimetro' di applicazione dei criteri di scelta non solo, come stabilito, in precedenza, dalla giurisprudenza, in presenza di un accordo collettivo, ma anche per decisione unilaterale del

⁽¹¹⁵⁾ Così l'art. 368, 2° cpv., codice del lavoro; cfr. A. MONTEIRO FERNANDES, *Lezioni di diritto del lavoro portoghese fra sicurezza e flessibilità*, Trento, 2012, 147.

datore di lavoro nell'ambito della stesura del documento previsto dall'art. L1233-24-4 ⁽¹¹⁶⁾.

Abstract

Il contributo, attraverso un bilancio dell'applicazione trentennale della l. n. 223 del 1991 in materia di licenziamento collettivo, muovendo da un apprezzamento sugli esiti della stessa, indaga il ruolo avuto da giudici e legislatore nel rendere quel modello un esempio di buone prassi; in tale direzione, il contributo evidenzia come sia stata la decisa valorizzazione della mediazione sindacale nella fase di confronto procedurale che deve precedere l'adozione dei licenziamenti collettivi, a consentire i positivi effetti di una regressione del controllo giudiziale e un buon grado di certezza applicativa in materia.

This article reviews the three-decade history and present-day application of Law no. 223 of 1991 on collective dismissal. While providing an overall positive evaluation of this law, the article seeks to examine the role of the judicial and legislative branches in promoting best practices in its application. In this regard, it emphasizes the role of trade union mediation in the phase preceding collective dismissal as an effective means for reducing judicial scrutiny and ensure greater legal certainty.

⁽¹¹⁶⁾ Obbligatorio in caso di mancato raggiungimento di un accordo sul *plan de sauvegarde de l'emploi* 'concordato'.

IL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO
COME STRUMENTO DI GIUSTIZIA CONSENSUALE.
POTENZIALITÀ E LIMITI

Antonio Cassatella ()*

SOMMARIO. 1. Dal procedimento come modo di esercizio del potere al procedimento come tecnica di produzione di decisioni 'giuste'. – 2. Concordare la decisione 'giusta': il ruolo degli accordi procedurali come strumento di composizione del conflitto economico-sociale. – 3. Accordi procedurali come strumento di soluzione consensuale dei conflitti giuridici: profili critici. – 4. Le carenze della l. n. 241 del 1990 ed i modelli rinvenibili nella legislazione speciale. – 5. Considerazioni di sintesi.

1. *Dal procedimento come modo di esercizio del potere al procedimento come tecnica di produzione di decisioni 'giuste'*. – Questo contributo mira a stabilire se il procedimento amministrativo possa essere qualificato come uno strumento idoneo a comporre le controversie fra amministrazione e terzi, favorendo la stipulazione di accordi capaci di bilanciare interessi pubblici e privati entrati in conflitto nel corso di esso.

La cornice teorica entro la quale si colloca lo scritto è rappresentata dalla diffusione delle ADR quale tecnica di soluzione stragiudiziale delle controversie in cui si faccia applicazione del diritto amministrativo e del diritto privato dell'amministrazione pubblica ⁽¹⁾.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022, 117-145. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994

(*) Professore Associato di Diritto Amministrativo nell'Università di Trento.

(¹) Sul dibattito relativo alla diffusione delle ADR nell'ambito delle controversie amministrative ci si limita a richiamare per tutti B. MARCHETTI, *ADR e amministrazione pubblica*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Giustizia amministrativa ed eco-*

Va dunque appurato se si possa considerare lo stesso procedimento come un ambito decisionale che incentivi le parti alla composizione del conflitto mediante la negoziazione degli interessi coinvolti nella lite ⁽²⁾.

L'evenienza di un conflitto procedimentale è tutt'altro che rara, come confermano sia la prassi amministrativa che quella giurisdizionale. Basti pensare a liti relative alla quantificazione di un indennizzo da revoca, alla determinazione delle condizioni di rilascio di un permesso di costruire in deroga, alla ripartizione degli oneri inerenti all'attuazione di una convenzione di lottizzazione.

Gli esempi formulati mostrano come il conflitto non abbia necessariamente ad oggetto l'esercizio di un potere pubblico, ma possa riguardare specifici momenti dell'attività amministrativa, caratterizzati da incertezze in ordine alla determinazione della disciplina applicabile, a questioni di mero fatto o a problemi di ordine tecnico ⁽³⁾.

nomia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato, Milano, 2017, 323 ss.; M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.; EAD., *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss. Per un'impostazione comparata, se si vuole, cfr. A. CASSATELLA, *Il ricorso alle ADR nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e caratteri*, in *Dir. form.*, 2004, 1226 ss., nonché D. DE PRETIS, *La giustizia amministrativa*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Diritto amministrativo comparato*, Milano, 2007, 317 ss. Una recente rivisitazione del tema, in chiave monografica, si deve a F. APERIO BELLA, *Tra procedimento e processo. Contributo allo studio delle tutele nei confronti della pubblica amministrazione*, Napoli, 2017, spec. 353 ss.

⁽²⁾ Sul procedimento come «ambiente decisionale» cfr. M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*, Torino, 1995, 280 ss., e, in particolare, 289, dove si notava come «il campo decisionale si presenta (...) come l'insieme aperto e flessibile dei nessi di complementarietà [fra interessi], dei criteri di comportamento e dei possibili percorsi strategici che di volta in volta si offrono alle diverse componenti della coalizione decisionale [amministrazioni e privati] per risolvere il problema che affrontano e per ridurre la complessità che esso provoca nella loro esistenza».

⁽³⁾ Sulla conflittualità amministrativa cfr., da ultima, S. TRANQUILLI, *Il malum discordiae del potere amministrativo. Contributo allo studio dei conflitti e delle liti*

L'assunto da cui si muove può sembrare contraddittorio.

Il procedimento non è normalmente concepito come strumento di soluzione stragiudiziale delle controversie, ma come modo di esercizio delle funzioni amministrative. La stessa disciplina degli accordi procedurali nasce come modo di esercizio condiviso della funzione, allo scopo di favorire la cooperazione fra pubblico e privato nella definizione di assetti di interessi stabili e congruenti rispetto alle aspettative delle parti ⁽⁴⁾.

Sul piano assiologico, assumere che il procedimento possa concludersi con un accordo rappresenta la ricaduta del principio di imparzialità obiettivamente inteso. Se, ai sensi dell'art. 97 Cost., l'amministrazione è istituzionalmente tenuta a valutare in maniera imparziale tutti gli interessi in rilievo ai fini dell'assunzione di decisioni discrezionali, nulla esclude che questa valutazione possa essere compiuta attraverso un dialogo con i privati che siano portatori di conoscenze e punti di vista idonei ad arricchire il quadro conoscitivo e valutativo di riferimento ⁽⁵⁾.

L'accordo rappresenta, pertanto, l'esito di una partecipazione procedimentale letta in chiave collaborativa o 'paritaria', nel solco della concezione benvenutiana dell'amministrazione oggettivata ⁽⁶⁾.

tra Pubbliche amministrazioni, Napoli, 2022, 39 ss., e, se si vuole, A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, 21 ss.

⁽⁴⁾ Sulla genesi dell'art. 11 l. n. 241 del 1990 cfr. per tutti G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 75 ss.

⁽⁵⁾ Il riferimento principale rimane U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 290 ss.; ID., *Imparzialità e buon andamento secondo l'art. 97 della Costituzione*, in ID., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, 1996, 94 ss.; ID., *Procedura, procedimento, processo: un'ottica di democrazia partecipata*, in *Dir. amm.*, 2007, 779 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. soprattutto F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello* (1978), ora in ID., *Scritti giuridici*, IV, Milano, 2006, 3467 ss. Non meno rilevanti le considerazioni di G. BERTI, *Procedimento, procedura, partecipazione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 779; ID., *La struttura procedimentale dell'amministrazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1980, 437 ss.; ID., *Legalità delle istituzioni*, in *Jus*, 1991, 3 ss. Si tratta di studi poi compendati in G. BERTI, *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*, Padova, 1986, 325 ss.; ID., *Diritto amministrativo: memorie e argomenti*, Milano, 2008, 33 ss. Per una rivisitazione

La determinazione dell'interesse pubblico concreto è frutto di un bilanciamento di interessi che non viene compiuto in via unilaterale dall'amministrazione, ma è auspicato oggetto di un confronto dialettico fra apparati e cittadini, le cui posizioni di partenza devono ritenersi pariordinate.

Questa tesi non sembra negare l'esistenza di conflitti di interessi superabili mediante accordi, ma ne accentua la matrice economico-sociale, prima ancora che giuridica. L'accordo serve a concertare (e condividere) l'esercizio del potere, più che a superare le controversie fra le parti ⁽⁷⁾.

La natura economico-sociale dei conflitti procedurali va riferita ai presupposti del dissidio ed ai parametri che ne possono determinare la composizione: i presupposti sono rappresentati dalle differenti posizioni di partenza delle parti e da diverse visioni del risultato da perseguire; i parametri che guidano la composizione del dissidio sono quelli che caratterizzano il bilanciamento di interessi sotteso alla decisione discrezionale, in vista del raggiungimento di un obiettivo condiviso ⁽⁸⁾.

La composizione delle discordanze viene quindi effettuata sulla base di parametri di buona amministrazione, nei quali convergono criteri di sensibilità politica, efficienza economica, razionalità pratica, da valorizzare entro la cornice dell'amministrazione di risultato ⁽⁹⁾. Ciò implica che siano concordati fra le parti il criterio meta-

di questi orientamenti cfr. M. BELLAVISTA, *Procedimento e procedura come processo sostanziale (contraddittorio, cognizione piena e cognizione differenziata)*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della l. 7 agosto 1990 tra garanzia di legalità e amministrazione di risultato*, Padova, 2008, 93 ss., spec. 101 ss.

⁽⁷⁾ Per la distinzione fra conflitto giuridico e conflitto economico-sociale, su cui si tornerà comunque oltre, restano essenziali le definizioni di F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, II ed., Padova, 1975, 5 ss.

⁽⁸⁾ Cfr. sempre F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, cit., 5 ss.

⁽⁹⁾ Sull'amministrazione di risultato e la relativa cornice teorica cfr., fra i tanti, M. CAMMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario Aipda 2002*, Milano, 2003, 107 ss.; L. IANNOTTA (a cura di), *Economia, diritto e politica nell'amministrazione di risultato*, Torino, 2003; A. ROMANO TASSONE, *Sulla formula 'amministrazione per risultati'*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, II, Napoli,

giuridico che guida la graduazione degli interessi e la stessa individuazione della misura più idonea al loro contemperamento.

Da questa prospettiva, la composizione del conflitto di interessi può dunque definirsi adeguata nella parte in cui contempera le posizioni delle parti in termini di tendenziale efficienza paretiana, tale da disincentivare l'inadempimento delle prestazioni pattuite⁽¹⁰⁾.

Per esemplificare, una convenzione di lottizzazione può stabilire un efficiente equilibrio fra gli interessi contrapposti del Comune e del lottizzante in ordine alle modalità ed ai tempi di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria. L'accordo può risolvere il conflitto mediante specifiche clausole, volte a regolare le caratteristiche estetiche delle opere, la tempistica dei lavori ed altri elementi utili, il cui contenuto risponde ai ravvisati criteri di razionalità amministrativa.

Se il pensiero appena riassunto esprime la posizione della dottrina maggioritaria, non sono mancati tentativi di segno opposto, tesi ad accentuare la dimensione organizzativa del procedimento quale ambito decisionale utilizzabile (anche) in funzione di soluzione anticipata di conflitti giuridici. Ci si riferisce a contrasti nascenti da divergenze rispetto all'applicazione di principi e norme giuridiche a favore della parte che ne pretende l'osservanza⁽¹¹⁾.

Per spiegare questo ordine di idee occorre tuttavia riflettere su alcune premesse culturali della stessa l. n. 241 del 1990, che appare come l'esito maturo di molteplici correnti di pensiero.

2001, 813 ss.; ID., *Amministrazione di risultato e provvedimento amministrativo*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004, 1 ss.; M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

⁽¹⁰⁾ Sull'utilizzo dell'accordo procedimentale per giungere a soluzioni pareto-ottimali nella comparazione di interessi cfr. G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 2014, 695 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 29 ss.

Assumono primario rilievo, a questo proposito, gli studi compiuti da Mario Nigro alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo⁽¹²⁾.

Nel discutere le diverse concezioni di procedimento, Nigro sottolineava la necessità di definire il fenomeno come «il metodo di realizzazione di una nuova legalità: non una legalità-legittimità, ma una *legalità-giustizia*, perché non si tratta più (o non si tratta più soltanto o prevalentemente) di controllare ed assicurare la conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, con la partecipazione ed attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un *giusto e originale assetto di interessi*»⁽¹³⁾.

Il passaggio appena menzionato va riferito al contesto storico e culturale che lo ha prodotto. La concezione esposta da Nigro postula, infatti, l'incapacità della legge di orientare l'intera attività amministrativa ed i suoi esiti, con l'effetto di delegare alla stessa amministrazione il compito di integrare le norme di attribuzione del potere e di decidere – ossia scegliere fra possibili alternative – come tutelare in concreto il pubblico interesse e come risolvere il problema amministrativo da affrontare⁽¹⁴⁾.

⁽¹²⁾ Per una ricostruzione delle radici culturali del pensiero dello studioso calabrese cfr. S. CASSESE, *Mario Nigro: lo studioso e l'opera*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 685 ss.; R. CHIEPPA, *Mario Nigro e la disciplina del procedimento amministrativo*, *ivi*, 2010, 667 ss.; A. SANDULLI, *Mario Nigro, giurista dello stato democratico sociale*, in *ivi*, 2010, 641 ss.

⁽¹³⁾ Cfr. M. NIGRO *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)* (1980), ora in ID., *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1429 ss. Corsivi aggiunti.

⁽¹⁴⁾ Restano attuali, al riguardo, le osservazioni di F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e i suoi caratteri* (1987), ora in ID., *Scritti giuridici*, Padova, 2002, 257 ss., spec. 262; ID., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento* (1993), ora *ivi*, 333 ss., spec. 348 s. Per una rivisitazione recente del tema sia permesso un rinvio a A. CASSATELLA, *Le responsabilità di un'amministrazione posta nelle condizioni di decidere: concetti alla ricerca di un sistema*, in R. URSI, M. RENNA (a cura di), *La decisione amministrativa*, Napoli, 2021, 153 ss.

La tesi può farsi a propria volta risalire alla concezione decisionistica del pensiero giuridico, che ha in Carl Schmitt il referente più immediato ⁽¹⁵⁾. È noto come tale concezione implichi che la norma giuridica non sia tanto quella posta dal legislatore o quella emergente dalla regolarità dei comportamenti sociali, quanto l'esito di un procedimento decisionale concreto. Secondo Schmitt, infatti, «si può rintracciare il fondamento ultimo di tutto ciò che ha validità e valore giuridico in processo della volontà, in una decisione, che è in grado essa sola, in quanto decisione, di *creare diritto* e la cui forza giuridica non può essere derivata dalla forza giuridica di regole precedenti, relative alla decisione medesima. Infatti anche una decisione non corrispondente alla regola [posta] crea diritto» ⁽¹⁶⁾.

Citando per esteso questi passaggi non si vuole tanto attualizzare il pensiero di Nigro o di Schmitt, quanto focalizzare l'attenzione del lettore su alcune precondizioni culturali della formulazione della stessa l. n. 241 del 1990, tali da orientare il contenuto di alcune norme e la loro interpretazione sistematica.

Per quanto più interessa ai fini di questo scritto, la concezione del procedimento come modalità di formazione della decisione è esplicitamente codificata nell'art. 3 della legge, che è norma solo in parte dedicata alla motivazione dei provvedimenti, giacché il suo oggetto specifico è rappresentato dalle modalità di formazione della «decisione» in rapporto alle risultanze dell'istruttoria. Lo stesso provvedimento amministrativo, nei termini indicati dalla legge, non è altro che la sovrastruttura formale della decisione elaborata nel

⁽¹⁵⁾ Cfr. lo stesso M. NIGRO, *Carl Schmitt e lo Stato amministrativo* (1986), in ID., *Scritti giuridici*, III, cit., spec. 1779 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr. C. SCHMITT, *I tre tipi del pensiero giuridico* (1934), in ID., *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1972, 261. Corsivo aggiunto. Sul decisionismo schmittiano cfr. J.F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, trad. it., Roma-Bari, 2016, 113 ss.

corso del procedimento, ossia un modo di esternare la decisione così da renderla efficace ⁽¹⁷⁾.

È quindi la decisione a creare l'assetto di interessi rilevante nel caso concreto. Va da sé che, quando l'attività amministrativa sia vincolata all'attuazione di norme dal contenuto univoco o caratterizzata dalla formulazione di valutazioni tecniche, i margini di scelta sono molto più ridotti rispetto al caso in cui le norme abbiano un contenuto più vago e lascino all'amministrazione margini discrezionali di ponderazione degli interessi. In tutti i casi, nondimeno, spetta all'amministrazione concretizzare la norma attraverso procedimenti conoscitivi e valutativi al termine dei quali si assume una decisione che implica sempre la scelta fra un'alternativa di base: produrre (con provvedimenti) o non produrre (con atti di diniego o arresti procedurali) un dato effetto giuridico.

Se si attribuisce alla decisione – ed al successivo provvedimento che ne manifesta ed esterna gli effetti nell'ordinamento generale ⁽¹⁸⁾ – la capacità di stabilire l'assetto di interessi che integra e specifica il precetto legale, si deve accettare l'idea per cui la stessa decisione regoli la fattispecie concreta. In tal senso non pare errato attribuire al provvedimento un'efficacia precettiva analoga a quella della sentenza, ferma restando la differente stabilità degli effetti dei due atti autoritativi ⁽¹⁹⁾.

Valorizzando questi assunti sembra quindi possibile attribuire alla decisione anche il compito di risolvere un conflitto fra amministrazione e privati, nella parte in cui l'assetto di interessi definito dall'amministrazione appare soddisfacente per tutte le parti coinvolte e disincentiva la contestazione del provvedimento innanzi al giudice. In tal senso, affermare che la decisione crea il diritto del ca-

⁽¹⁷⁾ Su questo specifico punto sia permesso rinviare più diffusamente a A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione nell'attività amministrativa*, Padova, 2013, 275 ss.

⁽¹⁸⁾ Cfr. A. FALZEA, voce *Manifestazione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXV, Milano, 1975, 442 ss., spec. 445 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, 6 ss.

so concreto significa che essa diventa la fonte del rapporto o della posizione soggettiva nascente dall'esercizio del potere amministrativo.

Nulla esclude, inoltre, che l'amministrazione possa risolvere il conflitto nell'interesse di tutte le parti, mediante una decisione unilaterale che miri a stabilire la soluzione 'giusta' di un conflitto insorto fra amministrazione e terzi: sul piano teorico, si sono così qualificati alcuni poteri di autotutela della p.a. ⁽²⁰⁾ e gli stessi ricorsi amministrativi, espressione di una giustizia erogata dalla p.a. ⁽²¹⁾.

Si tratta di un ordine di idee non certo nuovo. Già negli anni Trenta dello scorso secolo Arnaldo De Valles aveva attribuito a revoche ed annullamenti d'ufficio un potenziale scopo transattivo, individuabile in tutti i casi in cui l'amministrazione eliminasse precedenti atti al fine di prevenire l'insorgenza di controversie ⁽²²⁾. La stessa tesi, seppur entro un quadro teorico più articolato, veniva ribadita negli stessi anni da Enrico Guicciardi ⁽²³⁾.

Si tratta, tuttavia, di contributi elaborati in un'epoca in cui si tendeva a negare la stessa esistenza (formale) di accordi fra amministrazione e privati.

L'attuale formulazione della l. n. 241 del 1990 va in direzione opposta e permette di approfondire il problema stabilendo se, accanto alla decisione amministrativa cui rinvia l'art. 3 della l. n. 241 del 1990, vi sia spazio accordi volti a risolvere conflitti giuridici fra amministrazioni e privati.

⁽²⁰⁾ Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.

⁽²¹⁾ Cfr. V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, e, più recentemente, F. APERIO BELLA, *Procedimento e processo*, cit., 98 ss.

⁽²²⁾ Cfr. A. DE VALLES, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Foro it.*, 1934, I, 46 ss.

⁽²³⁾ Cfr. E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 64 ss.

2. *Concordare la decisione ‘giusta’: il ruolo degli accordi procedurali come strumento di composizione del conflitto economico-sociale e del conflitto giuridico.* – La questione appena accennata trova una prima risposta nell’art. 11 l. n. 241 del 1990, relativo alla disciplina degli accordi procedurali.

Sul piano sostanziale, coerente con le teorizzazioni di Nigro, l’accordo non è altro che una co-decisione espressiva di una convergenza fra gli interessi della p.a. e del privato. L’art. 11 cit. non fa altro che estendere la disciplina della decisione sottesa all’art. 3 l. n. 241 del 1990 ad ipotesi in cui esista una negoziazione dell’esercizio del potere amministrativo fra apparati pubblici e soggetti (24).

Resta tuttavia da individuare il criterio attraverso il quale questo tipo di accordo può essere preordinato anche a risolvere conflitti giuridici sorti nel corso del procedimento amministrativo, così da assumere la funzione di una ADR.

A tal fine, appare necessario soffermarsi su un peculiare profilo della disciplina, non affrontato dal legislatore in termini espliciti. Ci si deve infatti chiedere quale sia la funzione principale dell’accordo, o, in termini più vicini alla dottrina civilistica, quale sia la sua causa intesa in senso concreto (25).

Non è soddisfacente, da questo punto di vista, ritenere che la causa sia la tutela dell’interesse pubblico concretamente individuato dalle parti. Così argomentando, si rischia di sovrapporre il problema dei motivi dell’accordo – sempre rilevanti quando ne sia parte l’amministrazione – con quello della ragione giustificativa della

(24) Per un’apertura in tal senso cfr. anche M. BOMBARDELLI, *Decisioni e pubblica amministrazione*, cit., 364 ss.

(25) Per una recente rivisitazione del dibattito relativo alla rilevanza della causa in concreto, anche in rapporto a tecniche di collegamento negoziale, cfr. E. GABRIELLI, *Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica*, in *Giust. civ.*, 2020, 445 ss.

scelta di negoziare il contenuto discrezionale del provvedimento, e, dunque, di rinunciare all'esercizio unilaterale del potere ⁽²⁶⁾.

Seguendo la più fruttuosa prospettiva decisionistica, la causa concreta può semmai essere individuata nella necessità di superare il problema amministrativo emerso nel corso del procedimento e di comporre il conflitto economico-sociale che caratterizza ogni decisione discrezionale, intesa nel senso gianniniano del termine. In questo si ravvisa la principale dissonanza dalla tesi dell'amministrazione paritaria, che non ritiene il conflitto fisiologico, ma patologico.

Ad avviso di chi scrive, invece, il principale merito della tesi formulata da Massimo Severo Giannini è l'aver posto in rilievo la fisiologica conflittualità sottesa ad ogni decisione discrezionale, destinata a superare il dissidio fra interessi dell'autorità e libertà individuali mediante una graduazione che incide sull'oggetto e sugli effetti del provvedimento finale ⁽²⁷⁾. A ben guardare, è in questo dissidio la radice stessa del «problema» amministrativo cui ha fatto riferimento la dottrina successiva ⁽²⁸⁾.

Nei termini, qui condivisi, dello stesso Giannini, autorità e libertà andrebbero considerati come «momenti di un procedimento dialettico», in quanto «ciascuna delle due forze, in quanto opera, *comprime l'altra e la riduce*» ⁽²⁹⁾. Sulla base di queste premesse non stu-

⁽²⁶⁾ Si rammenta come l'art. 11, 4° *bis* comma, l. n. 241 del 2011 preveda l'onere di motivare sia la delibera a contrarre che lo stesso accordo, a differenza di quanto prevede l'art. 1325 c.c. nel sancire il principio di irrilevanza dei motivi del contratto (e della motivazione che li esterna).

⁽²⁷⁾ Per un'interpretazione evolutiva della tesi gianniniana cfr. F.G. COCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1053 ss.

⁽²⁸⁾ Per un aggiornamento della tesi di Franco Ledda, nella direzione qui indicata, cfr. A. ROMEO, *Dalla forma al risultato: profili dogmatici ed evolutivi della decisione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2018, 551 ss.

⁽²⁹⁾ Cfr. M.S. GIANNINI, *Libertà e autorità* (1950), ora in S. CASSESE, *op. cit.*, 140. Si tratta di un passo delle Lezioni del 1950, poi ripreso da ultimo in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, III ed., Milano, 1993, 228 ss. Corsivo aggiunto.

pisce, pertanto, che nei suoi scritti più tardi lo stesso Giannini abbia definito il procedimento come sede funzionale per comporre i diversi interessi pubblici, precisando come i moduli procedurali convenzionali consentano «di addivenire fra gli interessati e le amministrazioni a *soluzioni concordate*, evitandosi così soluzioni unilateralmente imposte in via autoritativa» ⁽³⁰⁾.

Resta da chiarire se questo ordine di idee si possa applicare anche alla soluzione di conflitti giuridici propriamente intesi.

Questi ultimi presuppongono sempre un contrasto fra pretese reciprocamente escludenti. Ciascuno dei soggetti si afferma esclusivo titolare di una prerogativa che non può essere condizionata dall'interesse della controparte. In questo caso, le parti qualificano i propri interessi al rispetto di una determinata interpretazione di norme giuridiche come 'primari'. Nessuna accetta che la soluzione della controversia avvenga mediante la degradazione del proprio interesse a 'secondario' e sacrificabile, il che pare coerentemente impedire la ricerca di soluzioni pareto-ottimali ⁽³¹⁾.

Con riferimento all'esempio della convenzione di lottizzazione, si può ipotizzare che il conflitto non abbia ad oggetto il contenuto delle obbligazioni delle parti, ma la stessa individuazione delle opere di urbanizzazione primaria da realizzare a servizio dell'edificato e la loro incidenza sul calcolo del contributo di costruzione delle opere.

In tal caso, la soluzione della controversia non può essere effettuata mediante una scelta discrezionale che ponderi gli interessi, giungendo ad una soluzione di compromesso che le stesse parti rifiutano in partenza. L'unico modo per superare il dissidio è quello di rivolgersi ad un giudice che accerti la fondatezza della pretesa della parte legittimata ad agire o a ricorrere, mediante una decisione che apparirà 'giusta' in rapporto ai parametri giuridici applicati alla singola fattispecie.

⁽³⁰⁾ Cfr. sempre M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 185. Corsivo aggiunto.

⁽³¹⁾ Si sintetizza quanto sostenuto in A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 21 ss.

La strutturale diversità fra decisione discrezionale – integrabile o sostituibile mediante accordo ai sensi dell'art. 11 cit. – e decisione volta a dirimere un conflitto giuridico sembra quindi escludere che l'accordo possa avere funzione (o causa concreta) latamente transattiva.

Le previsioni dell'art. 11 cit. non sono infatti dettate, sul piano letterale e sistematico, ai fini di una soluzione *lato sensu* transattiva dei conflitti insorti nel corso del procedimento, come avviene anche in altri sistemi giuridici. Per esemplificare, nella *VwVfG* tedesca le prescrizioni dettate per la formazione degli accordi 'verticali' fra amministrazione e privato (§ 54) sono distinte da quelle relative alla stipulazione di accordi transattivi fra le parti (§ 55) ⁽³²⁾.

Va tuttavia rilevato come parte della dottrina abbia ritenuto che l'art. 11 l. n. 241 del 1990, in quanto norma ricognitiva della disponibilità del potere pubblico, possa rappresentare la base giuridica di accordi procedurali a scopo transattivo, aventi ad oggetto il superamento della controversia mediante intese che superano lo stallo iniziale e stabiliscono un nuovo assetto di interessi soddisfacente per le parti ⁽³³⁾.

L'intuizione è certamente rilevante in tutti i casi di esercizio negoziato delle potestà di riesame, come avviene nelle ipotesi in cui l'accordo procedimentale integri – a scopo transattivo – le revoche e

⁽³²⁾ Sulla disciplina del 55 *WvVfG* cfr. ID., *La transazione*, cit., 133 ss.

⁽³³⁾ Per questa tesi cfr. già le prime aperture di P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, voce *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 868 ss., nonché, più diffusamente, M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI, L. DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2010, spec. 203 ss.; G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss.; ID., *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009, 97; G. LIGUGNANA, *Conflitto e consenso nei rapporti tra privati e amministrazione*, in D. CORLETTI (a cura di), *Gli accordi amministrativi tra consenso, conflitto e condivisione*, Napoli, 2012, 10 ss.

gli annullamenti d'ufficio. Il coinvolgimento del privato in queste attività determina la formazione di co-decisioni che conformano il contenuto dell'atto di riesame: nulla di nuovo rispetto alle tesi di De Valles e Guicciardi, rivisitate alla luce della disciplina degli accordi procedimentali.

Non pare, tuttavia, che la soluzione ravvisata possa esaurirsi nell'ambito di tale fenomeno, anche in considerazione del fatto che l'accordo integrativo degli atti di riesame non muta regime giuridico, restando esposto alla contestazione di terzi controinteressati sostanziali ed allo *jus poenitendi* dell'amministrazione⁽³⁴⁾.

Il vero banco di prova della tesi va semmai individuato nella possibilità di sostituire il contenuto discrezionale del provvedimento con un accordo volto a ridisciplinare i rapporti fra le parti in via transattiva. Si sarebbe in presenza, pertanto, di un accordo sostitutivo 'novativo' – da considerare come lecito ai sensi dell'art. 1976 c.c. – che ridefinisce l'assetto di interessi emerso nel corso del procedimento, così da evitare che il conflitto si radicalizzi e determini una frattura del rapporto fra le parti.

Sul piano formale, l'accordo resta dunque sostitutivo di un provvedimento diverso da quello che si sarebbe emanato sulla base delle pretese originarie dell'amministrazione, ma, sul piano funzionale, esso mira a comporre una lite⁽³⁵⁾.

Richiamando l'esempio utilizzato in precedenza, se nel corso del procedimento di lottizzazione del Comune la lite ha ad oggetto la realizzazione di una data opera di urbanizzazione, cui si correlino questioni interpretative legate al calcolo del contributo di costruzione degli edifici in progetto, l'accordo transattivo potrebbe pre-

⁽³⁴⁾ Sul punto cfr. già quanto sostenuto in A. CASSATELLA, *Note in tema di transazione e atti a funzione transattiva nel diritto amministrativo*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi*, Napoli, 2015, 227 ss.

⁽³⁵⁾ Sul piano della teoria generale, cfr. S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, Milano, 2002, 196 ss. Si tratta di una conclusione cui perviene anche la giurisprudenza, specie al fine di stabilire il riparto di giurisdizione fra g.o. e g.a. Cfr., fra le ultime, Cass. civ., sez. un., 21 luglio 2021, n. 20823.

vedere l'eliminazione di quell'opera e la sua sostituzione con un nuovo progetto.

A ben guardare, il problema di questa ricostruzione non attiene tanto all'ammissibilità della tesi, quanto alle sue ricadute sul piano della disciplina dell'accordo e la sua riconduzione al tipo contrattuale della transazione, qui inteso come l'unico modello idoneo a garantire adeguata stabilità alla soluzione della controversia⁽³⁶⁾.

Senza indulgere nella ricostruzione della disciplina codicistica della transazione, basti rammentare come essa limiti le ipotesi di nullità, annullabilità e risoluzione del contratto, allo scopo di conferire all'assetto di interessi individuato dai transigenti una stabilità analoga a quella della sentenza.

Gli accordi procedurali sono invece contratti asimmetrici, nella parte in cui consentono alla p.a. di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale sulla base di sopravvenute ragioni di interesse pubblico, che fanno somigliare il recesso configurato dal legislatore alla revoca disciplinata dall'art. 21 *quinquies* l. n. 241 del 1990⁽³⁷⁾. Tale instabilità appare dunque incompatibile con la causa concreta dell'accordo finalizzato alla composizione del conflitto giuridico, che appare comunque soggetto all'esercizio dello *jus poenitendi* della p.a.

Va aggiunto come la determinazione a contrarre – anche in funzione transattiva – sia esposta all'impugnazione dei terzi pregiudicati dall'accordo *inter alios*, con il rischio di determinarne l'inefficacia sopravvenuta a seguito dell'annullamento dell'atto prodromico, in applicazione dei principi sottesi all'art. 119 c.p.a.⁽³⁸⁾.

Per esemplificare, qualora l'accordo transattivo preveda la permuta di un immobile di proprietà pubblica, nulla esclude che un

⁽³⁶⁾ Anche sul punto sia concesso rinviare a A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 34 ss.

⁽³⁷⁾ Su questi aspetti cfr. S. VASTA, *La revoca degli atti amministrativi consensuali*, Milano, 2004, *passim*.

⁽³⁸⁾ Sul regime e sull'opugnabilità della determinazione a contrarre cfr. A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 306 ss.

terzo, interessato all'acquisizione del bene rientrante nel patrimonio disponibile della p.a. mediante asta, contesti in giudizio la transazione.

Si tratta di rilievi sufficienti a ridimensionare l'utilità dell'accordo procedimentale come possibile strumento di composizione negoziale della *res* controversa. Benché, dal punto di vista pratico, l'amministrazione ed il privato possano assumere il rischio di risolvere il conflitto mediante l'applicazione dell'art. 11 l. n. 241 del 1990, dal punto di vista giuridico l'operazione appare di dubbia utilità, patendo l'instabilità tipica degli accordi procedimentali.

Come si è dimostrato in altra sede, questo non impedisce alle parti di risolvere un conflitto mediante una transazione, abbia essa ad oggetto rapporti patrimoniali o rapporti relativi all'esercizio di potestà pubbliche.

Sul piano della disciplina, tuttavia, occorre far riferimento all'art. 1, 1° *bis* comma, l. n. 241 del 1990, che consente di stipulare questi contratti al di fuori del procedimento, sulla base di trattative dirette fra le parti in lite e mediante l'applicazione analogica di buona parte della disciplina prevista dagli artt. 1965 ss. c.c. ⁽³⁹⁾.

3. *Le carenze della l. n. 241 del 1990 ed i modelli rinvenibili negli ordinamenti stranieri e nella legislazione speciale.* – La difficoltà di disciplinare gli accordi procedimentali con funzione transattiva sulla base dell'art. 11 l. n. 241 del 1990 discende dai limiti stessi della legislazione, che, nel caso appena esaminato, introduce le menzionate deroghe alla disciplina del codice civile e fa comunque salva la sua applicazione nei limiti della compatibilità con l'interesse pubblico.

Non si tratta, tuttavia, del solo limite della legge. L'intero impianto della l. n. 241 del 1990 non pare idoneo a garantire quella

⁽³⁹⁾ Cfr. sempre ID., *La transazione*, cit., 331 ss.

che, nell'ottica di Nigro e Giannini, può considerarsi una composizione 'giusta' dei conflitti giuridici fra interessi confliggenti.

Ne discende che la disciplina del procedimento non risulta attualmente compatibile con la logica della giustizia consensuale e, in termini più ampi, con la necessità di concepire lo stesso procedimento come una concreta alternativa al processo. Questo, non già nel senso di una piena fungibilità fra procedimento e processo, ma in quello – preconizzato e per certi versi auspicato dallo stesso Nigro – di fare in modo che il procedimento sia strutturato in modo tale da favorire la formazione di decisioni, o co-decisioni, accettate stabilmente dalle parti.

Non si intende, con questo, rinverdire il dibattito relativo alla possibilità di configurare la disciplina dell'intero procedimento amministrativo *ad instar* di quella del processo, nei termini per certi aspetti propri dell'esperienza austriaca e statunitense. Si vuole invece sottolineare come l'attuale disciplina della l. n. 241 del 1990 non contenga norme di principio che, sia sul piano procedurale che su quello contenutistico, superino davvero la logica della riserva di decisione unilaterale – legittima o meno – in capo alla stessa amministrazione.

I maggiori limiti della legislazione vigente riguardano il capo III della legge e la disciplina della partecipazione procedimentale.

Nonostante l'enfasi posta dalla dottrina sull'importanza della partecipazione, va osservato come le disposizioni della l. n. 241 del 1990 restino in larga parte ambigue, se non lacunose, in ordine alla definizione delle concrete modalità attraverso cui vanno esercitate le prerogative riconosciute dalla legge.

L'art. 10 l. n. 241 del 1990, a questo proposito, appare anodino. Se è vero che il privato ha il diritto (procedimentale) di accedere ai documenti amministrativi rilevanti ai fini della decisione, di presentare memorie ed osservazioni, è altrettanto vero che il legislatore non chiarisce in quale sede, e con quali modalità o tempistiche, possano essere discusse le posizioni delle parti. La gestione di queste attività non regolate spetta al responsabile del procedimento sulla

base dell'art. 6 l. n. 241 del 1990, che non risolve, tuttavia, i problemi anzidetti.

La stessa disciplina dell'art. 10 *bis* l. n. 241 cit., di cui si è talora enfatizzata la rilevanza ai fini della deflazione del contenzioso nell'ambito dei procedimenti ad istanza di parte, presenta alcuni limiti ⁽⁴⁰⁾.

Se il preavviso di rigetto è il presupposto per un supplemento di istruttoria, questo non toglie che, anche in tal caso, la partecipazione ed il confronto fra le parti siano contemplati in via del tutto astratta, alla stregua di un mero scambio documentale. Quello che la legge non dice – e che l'amministrazione non è sempre in grado di garantire – è come possano essere valutati e discussi gli apporti procedurali del privato, come possa variare l'oggetto del procedimento in rapporto alle nuove allegazioni, in quale misura la decisione unilaterale che va maturando possa essere integrata o sostituita con accordi procedurali.

In questa sequenza, anche l'art. 11 cit. presenta una lacuna che non si è rilevata in precedenza. Il legislatore configura la stipulazione dell'accordo alla stregua di un incidente procedimentale: il subprocedimento è scandito da una preliminare delibera a contrarre e dalla successiva formazione dell'accordo. Si tratta di una rappresentazione ambigua: resta in ombra la rilevanza delle trattative che possono aver preceduto la formazione della delibera a contrarre, non di rado anticipando il contenuto dello stesso accordo; la stessa bilateralità dell'accordo non esclude che una delle parti – non necessariamente la p.a. – possa dettarne in concreto il contenuto, sfruttando asimmetrie informative o altre posizioni di vantaggio ⁽⁴¹⁾.

Se nulla impedisce, sul piano teorico, di negoziare l'esercizio di determinate funzioni, su quello pratico la l. n. 241 del 1990 non

⁽⁴⁰⁾ Per una sintesi delle questioni inerenti alle caratteristiche del contraddittorio procedimentale cfr. F. APERIO BELLA, *Procedimento e processo*, cit., 117 ss.

⁽⁴¹⁾ Sul punto, si condividono le riflessioni critiche di R. FERRARA, *La partecipazione al procedimento amministrativo: un profilo critico*, in *Dir. amm.*, 2017, 209 ss.

contiene norme utili a guidare amministrazione e privati nell'esercizio negoziato del potere, che rischia, pertanto, di essere relegato nell'ambito dei c.d. accordi informali, in contrasto con gli stessi principi di pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa ⁽⁴²⁾.

Va osservato come lo stesso problema si ponga anche in altri ordinamenti europei in cui la legislazione prevede la possibilità di stipulare accordi con funzione transattiva, come quello tedesco e quello spagnolo.

Le leggi generali sul procedimento non prevedono particolari formalità in ordine alle caratteristiche delle trattative negoziali. Nell'ordinamento tedesco la transazione è distinta dagli accordi procedurali sul piano sostanziale, ma non vi sono specifiche previsioni del *VwVfG* volte a definire le caratteristiche del procedimento transattivo. Anche in Spagna, dove si è molto enfatizzata la possibilità di transigere nel corso del procedimento, mancano previsioni sulle modalità di conclusione dell'accordo ⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ Va sottolineato come analoga lacuna caratterizzi, sul piano del diritto amministrativo speciale, il fenomeno più rilevante di transazione conclusa dalla p.a. L'art. 208 codice dei contratti pubblici, nel consentire la transazione di controversie relative all'esecuzione dei contratti d'appalto – aventi ad oggetto rapporti patrimoniali – non disciplina, infatti, la procedura di stipulazione del contratto, lasciando alle parti la piena disponibilità delle trattative. In tal caso la lacuna potrebbe ritenersi apparente, a fronte della residuale applicabilità delle previsioni del codice civile, per quanto non sembrano appieno soddisfatte le esigenze di trasparenza e pubblicità dell'azione amministrativa riferibili anche a questo tipo di attività negoziale. Sulla transazione in materia di contratti pubblici cfr. almeno R. D'ANGIOLELLA, *La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti di soluzione alternativa delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre*, in *Riv. arb.*, 2018, 345 ss.; B. MARCHETTI, *Le ADR nel contenzioso dei contratti pubblici*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Milano, 2016, 425 ss.; M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557 ss.

⁽⁴³⁾ Per i riferimenti alle soluzioni praticate in Germania e Spagna sia sempre permesso rinviare a A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 127 ss.

L'unica eccezione è rappresentata dall'ordinamento francese, dove è disciplinato il sub-procedimento transattivo, volto alla stipulazione di un contratto di transazione analogo a quello previsto dal *Code civil*. Va tuttavia avvertito come le transazioni abbiano ad oggetto unicamente rapporti patrimoniali, a differenza di quanto avviene in Italia, Germania e Spagna, dove le liti transigibili possono avere ad oggetto anche l'esercizio di funzioni autoritative ⁽⁴⁴⁾.

La fonte della procedura è contenuta nella circolare dell'8 aprile 2011 (*Développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits*). La scelta di procedere alla stipulazione del contratto è preceduta da una valutazione degli organi di indirizzo dell'ente. Essi devono esprimersi su tutti gli elementi essenziali del negozio, in rapporto alla pretesa avanzata nei confronti dell'amministrazione ed al contenuto delle reciproche concessioni. La scelta di transigere è preceduta da un'attività istruttoria prettamente giuridica, in rapporto alla quale la stessa circolare suggerisce di effettuare una disamina della controversia mediante un'analisi della fattispecie simile a quella compiuta da un giudice ⁽⁴⁵⁾.

In attesa di possibili riforme della l. n. 241 del 1990 e della sistematizzazione della materia, può tuttavia osservarsi come nell'ordinamento italiano non manchi una disciplina speciale di singoli tipi di transazione, che assume rilievo come possibile modello procedurale generalizzabile da parte del legislatore.

⁽⁴⁴⁾ Per una ricognizione dell'istituto cfr. R. DRAGO, *Les établissements publics et la transaction*, in AA.VV., *Gouverner, administrer, juger. Liber amicorum Jean Waline*, Paris, 2002, 185 ss.; G. EVEILLARD, *La transaction administrative*, in *R.F.D.A.*, 2018, 829 ss.; J. GOURDOU, P. TERNEYRE, *Les transactions administratives*, in *R. Jur. Entr. Pub.*, 2003, 543 ss.; A. LYON-CAEN, *Sur la transaction en droit administratif*, in *A.J.D.A.*, 1997, 48 ss.; B. PLESSIX, *Transaction et droit administratif*, in B. MALLET-BRICOUT, C. NOURISSAT (dir.), *La transaction dans toutes ses dimensions*, Paris, 2006, 133 ss.; M. TERRAUX, M. GARDELLIN, *Le conditions de recours à la transaction*, in *Contr. Publ.*, 2019, 55 ss.; P. YOLKA, *Les modes alternatifs de règlement des litige administratifs*, in P. GONOD, F. MELLERAY, P. YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, II, Paris, 2011, 585 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per questa disciplina sia consentito rinviare a A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 117 ss.

L'esempio più noto è rappresentato dalla disciplina delle transazioni in materia di danni ambientali, ai sensi dell'art. 306 *bis* d.lgs. n. 152 del 2006 (codice dell'ambiente) ⁽⁴⁶⁾.

Il codice disciplina la procedura attribuendo l'onere di formulare una proposta transattiva all'affermato responsabile del danno. Il Ministero dell'Ambiente valuta preliminarmente l'ammissibilità della proposta e convoca una conferenza di servizi alla quale partecipano anche gli enti territoriali coinvolti nella vicenda che ha originato la proposta. La conferenza può approvare, respingere o modificare la proposta entro centottanta giorni dalla sua convocazione. Nei successivi sessanta giorni la parte privata può accettare la proposta. Successivamente, il Ministero predispone uno schema contrattuale che viene sottoposto al parere dell'Avvocatura generale dello Stato. Il parere tiene conto della possibile durata del giudizio e dell'alea sottesa alla controversia. Successivamente il contratto viene sottoscritto dalle parti ad approvato dal Ministero.

La disciplina speciale conferma la necessità di dare autonoma fisionomia ai procedimenti transattivi, almeno in tutti i casi in cui la lite sia insorta prima – o al di fuori – dell'apertura di un procedimento amministrativo. Nulla esclude, ovviamente, di concepire la procedura transattiva come un sub-procedimento sorto a seguito dell'insorgenza di una lite 'procedimentale', previa sospensione dei termini di conclusione del procedimento principale.

⁽⁴⁶⁾ Su questo istituto cfr. M. ANTONIOLI, *Consensualità e tutela ambientale tra transazioni 'globali' e accordi di programma*, in *Dir. amm.*, 2012, 749 ss.; P.A. DE SANTIS, *La transazione in materia ambientale alla luce della l. n. 13 del 2009 tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Giur. merito*, 2012, 2491 ss.; F. FONDERICO, *Alla ricerca della 'pietra filosofale': bonifica, danno ambientale e transazioni globali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 917 ss.; M. MELI, *La nuova disciplina delle transazioni nelle procedure di bonifica dei siti inquinati e di riparazione del danno ambientale concernenti i siti di interesse nazionale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 456 ss.; S. OGGIANU, *ADR in materia ambientale: le transazioni globali*, in *Ianus*, n. 2/2010, 2 ss.; F. SCARDINA, *Sulla cd. transazione ambientale*, in *Riv. giur. amb.*, 2011, 203 ss.

Va messo in rilievo, ad ogni modo, come il codice dell'ambiente scansioni la procedura transattiva in fasi facilmente generalizzabili ad ogni altro tipo di lite amministrativa. Rispetto alla disciplina dell'art. 306 *bis* cit. può osservarsi come, in altri casi non ricadenti nella disciplina del codice, l'iniziativa possa essere lasciata anche alla stessa p.a., ferma restando l'acquisizione dei pareri e delle valutazioni delle altre amministrazioni coinvolte e, soprattutto, dell'Avvocatura di Stato.

Un'altra disciplina di riferimento può essere rappresentata dalla stipulazione dei c.d. impegni in materia di tutela della concorrenza, ai sensi dell'art. 14 *ter* l. n. 287 del 1990 ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁷⁾ In dottrina gli impegni sono stati oggetto di discussione soprattutto in rapporto alla loro qualificazione giuridica, non essendovi una visione unanime circa la loro assimilazione a veri e propri accordi modellati sull'art. 11 della l. n. 241/1990 o ad altre forme di atto bilaterale consensuale. Sul punto, cfr. almeno V. CERULLI IRELLI, *Consenso e autorità negli atti delle autorità preposte alla tutela della concorrenza*, in P. BARUCCI, C. RABITTI BEDOGNI (a cura di), *20 anni di Antitrust. L'evoluzione dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato*, Torino, 2010, 325 ss.; F. CINTIOLI, *Le nuove misure riparatorie del danno alla concorrenza: impegni e misure cautelari*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia antitrust*, Torino, 2008, 29 ss.; G. GITTI, *Gli accordi con le autorità indipendenti*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 180 ss.; ID., *Gli impegni delle imprese e le decisioni delle autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo*, in *Dir. amm.*, 2015, 597 ss.; M. LIBERTINI, *Le decisioni 'patteggiate' nei procedimenti per illeciti antitrust*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1284 ss.; G. MORBIDELLI, *Impegni e principio di tipicità degli atti amministrativi*, in F. CINTIOLI, F. DONATI (a cura di), *Recenti innovazioni in materia antitrust*, cit., 2 ss.; M. ONORATO, *La natura degli impegni nella disciplina della concorrenza e del mercato*, in *Obbl. e Contr.*, 2010, 459 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Decisioni con impegni e tutela civile dei terzi*, in *Dir. amm.*, 2010, 503 ss. Per una sintesi del dibattito, cfr. anche P. DURET, *Gli 'impegni' nel procedimento antitrust*, in B. MARCHETTI, G. FALCON (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, Padova, 2013, 71 ss.; L. DE LUCIA, *Le decisioni con impegni nei procedimenti antitrust tra sussidiarietà e paradigma neoliberale*, *ivi*, 109 ss.; G. MANFREDI, *Gli impegni nei procedimenti antitrust e la disciplina generale degli accordi*, *ivi*, 123 ss. Una ricognizione monografica del tema si deve a C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, 149 ss.

Senza entrare nel dibattito relativo alla loro funzione latamente transattiva, gli impegni sono pattuiti sulla base di una proposta presentata dall'impresa, entro i tre mesi dalla notifica dell'apertura dell'istruttoria per le violazioni della disciplina in materia di intese restrittive della concorrenza ed abuso di posizione dominante. La proposta può essere accettata dall'AGCM, sulla base di una valutazione di idoneità degli impegni, sentiti gli operatori di mercato.

Per quanto il procedimento sia più scarno di quello previsto dal codice dell'ambiente, anche in tal caso il legislatore ha ripartito fra le parti gli oneri procedurali più rilevanti, riservando l'iniziativa alla parte privata che intende sottrarsi all'applicazione di sanzioni derivanti dalla violazione della disciplina *antitrust* ed ogni valutazione in ordine all'ammissibilità della proposta alla stessa AGCM.

Nel perdurante stallo legislativo, è la prassi amministrativa ad aver sviluppato una procedura *standard* utilizzabile per la stipulazione dei contratti di transazione, o, altrimenti, di negozi funzionali a comporre la lite. Si possono isolare quattro momenti della procedura: trattative informali in ordine al contenuto delle pretese e contestazioni; decisione preliminare di transigere; elaborazione di protocolli d'intesa o programmi transattivi; dichiarazione della volontà di transigere e formalizzazione del negozio ⁽⁴⁸⁾.

Le trattative possono essere avviate indifferentemente da ciascuna delle parti, in rapporto alle caratteristiche della lite e ad una prima valutazione della convenienza di transigere in rapporto all'alea dell'esito della controversia. La lite può sorgere tanto a fronte di condotte illecite delle parti quanto di illegittimo esercizio della funzione amministrativa. L'insorgenza della lite può precedere l'apertura del processo, e può riguardare anche questioni già parzialmente decise da sentenze passate in giudicato, nel caso in cui residuino in capo alla p.a. poteri valutativi non coperti dall'effetto conformativo della sentenza.

⁽⁴⁸⁾ Si ripropone, in questi passaggi, quanto già rilevato in A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 85 ss.

Qualora i confronti avviati dalle parti siano fruttuosi, si procede ad una serie di approfondimenti inerenti al contenuto ed alle caratteristiche dell'accordo. In questa seconda fase, l'amministrazione è tenuta a valutare la liceità e convenienza della transazione in relazione al contesto normativo di riferimento ed alle alternative possibili. Sono quindi acquisiti tutti i dati strumentali a valutare la prevalenza dell'interesse alla composizione negoziale della controversia, in luogo dell'accettazione del rischio della resistenza in giudizio o dell'azione a tutela degli interessi pubblici di riferimento. Le valutazioni della parte privata hanno ad oggetto la conformità dell'accordo agli interessi perseguiti.

Quando si sia raggiunto un accordo di massima in ordine all'opportunità di transigere, prende avvio la terza fase di co-decisione. Le parti predispongono dei protocolli d'intesa o atti programmatici, in cui si fissa la cornice che giustifica sia la futura transazione che gli atti esecutivi funzionali all'adempimento delle obbligazioni pattuite. Vengono parallelamente acquisiti i pareri dell'Avvocatura e del Consiglio di Stato, o di altri organi competenti ad esprimere una posizione in materia sulla base delle singole discipline di settore ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁹⁾ La disciplina legale nulla prevede in ordine alla tempistica dei pareri di Avvocatura e Consiglio di Stato, né stabilisce in quale specifica fase della procedura debba collocarsi l'acquisizione dei pareri da parte dell'amministrazione procedente. Resta fermo il rilievo per cui tali acquisizioni istruttorie devono necessariamente precedere il momento della definitiva formazione della decisione in ordine alla necessità di transigere ed all'assunzione di specifici obblighi da parte della p.a. Ne deriva che tali atti non possono che essere richiesti prima (ed ai fini della) formazione della determinazione a contrarre da parte della p.a., essendo parimenti escluso che si tratti di atti espressivi di una funzione di controllo successiva alla formazione della decisione o alla stipulazione del contratto stesso. Sul piano letterale, inoltre, l'art. 13 r.d. n. 1611 del 1933 stabilisce che il parere dell'Avvocatura abbia ad oggetto «atti di transazione *redatti* dalle Amministrazioni», ossia contratti, o bozze di contratto, elaborati ma non ancora stipulati (corsivo aggiunto). Il che appare compatibile con il fatto che il parere possa avere ad oggetto l'accordo o la bozza di contratto. In senso analogo l'art. 14 r.d. n. 2440 del 1923, che impone il parere del Consiglio di Stato «*prima* di approvare gli atti di transazione diretti a prevenire od a troncane contestazioni giudiziarie» (corsivo aggiunto). Anche nella disciplina speciale si ha conferma di tale premessa: l'art. 306 *bis*, 4° e 6° comma,

Nella quarta ed ultima fase, lo schema negoziale è sottoposto all'esame dall'organo competente ad esprimere la volontà della p.a., che, in caso di positiva valutazione, autorizza la stipulazione del contratto da parte del legale rappresentante dell'ente pubblico. Tale attività non è necessaria per la controparte privata, che esprime la sua adesione al negozio al momento stesso della sua stipulazione ⁽⁵⁰⁾.

Non si tratta di un modo di agire cui si possa attribuire un'efficacia propriamente normativa. Si reputa, al contempo, che attraverso queste scansioni procedimentali emerga la conformità dell'agire pubblico ai principi generali individuati dall'art. 1 l. n. 241 del 1990, in termini di pubblicità e trasparenza della procedura transattiva.

4. *Considerazioni di sintesi.* – Mentre si reputa di aver dimostrato come il procedimento amministrativo possa rappresentare l'ambito decisionale idoneo ad una negoziazione volta a determinare assetti di interessi utili a prevenire o superare controversie, appare evidente come la disciplina della l. n. 241 del 1990 non fornisca particolari addentellati per sostenere la tesi e sorreggerne l'applicazione pratica.

d.lgs. n. 152 del 2006 prevede che, in materia ambientale, siano sottoposte ai pareri tecnici di Ispra e Iss, oltre che dell'Avvocatura di Stato, le proposte di transazione e lo schema di transazione.

⁽⁵⁰⁾ Sulla competenza a manifestare la volontà della p.a. ai fini della stipulazione del contratto non può che farsi rinvio alle singole leggi di settore. Con riferimento alle amministrazioni locali, può osservarsi come sia esclusa una competenza generale del Consiglio comunale, ai sensi dell'art. 42 d.lgs. n. 267 del 2000, salvo il caso in cui la transazione implichi acquisti o alienazioni immobiliari, secondo le previsioni della lett. l, del medesimo articolo. In tutti gli altri casi, pertanto, la delibera sarà di competenza della Giunta comunale, in forza delle potestà residuali ad essa attribuibili ai sensi dell'art. 48, 2° comma, d.lgs. n. 267 del 2000. Per un'applicazione giurisprudenziale, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2013, n. 5599.

Prospettare specifici percorsi di riforma appare prematuro e fuoriesce, ad avviso di chi scrive, dai compiti della scienza giuridica, la cui funzione primaria è semmai quella di sottolineare i limiti del diritto positivo e gli effetti che derivano dalle carenze della disciplina legale. Sono due i principali elementi critici emersi nel corso di questo studio.

Da un lato, permangono forti perplessità in ordine all'esatta determinazione del regime degli accordi, dovute alle difficoltà di armonizzare le previsioni del codice civile e della legislazione speciale. Se l'art. 11 l. n. 241 del 1990 non può essere agevolmente utilizzato per dare struttura giuridica agli accordi transattivi, la soluzione obbligata non può che essere quella di far rifluire il fenomeno entro l'alveo dell'art. 1, 1° *bis* comma, della stessa legge.

L'operazione – già sperimentata – non è tuttavia priva di rischi, giacché impone di ricostruire la disciplina degli accordi sulla falsariga dei tipi contrattuali individuati dal codice civile, adattandoli di volta in volta alle caratteristiche della situazione controversa ed alla posizione della p.a. in lite. Per quanto si possa giungere a risultati soddisfacenti, ciò non toglie che permanga sempre una certa incertezza in ordine al modo in cui si coordinano diritto privato e pubblico nella soluzione della controversia, vanificando la stessa funzione pacificatoria degli accordi ⁽⁵¹⁾.

Dall'altro, se si afferma la natura contrattuale dell'accordo, al di fuori dello schema previsto dall'art. 11 l. n. 241 del 1990, si deve ammettere che le controversie relative all'esecuzione o agli effetti del contratto siano devolute al giudice ordinario, non potendosi prospettare né una giurisdizione generale di legittimità né una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁽⁵²⁾.

La soluzione è obbligata ma non è desiderabile, perché determina una serie di dubbi inerenti alle modalità di tutela a garanzia delle parti e degli stessi terzi nei confronti di accordi transattivi illeciti, come pure di inadempimenti contrattuali.

⁽⁵¹⁾ Cfr. A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 331 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. sempre A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., *ibidem*.

I limiti della disciplina legale determinano, pertanto, una situazione di anomia che ha l'effetto – teorico e pratico assieme – di incentivare la soluzione stragiudiziale delle controversie amministrative attraverso strumenti che dissimulano la loro funzione transattiva, alla stregua di quanto avviene sul piano generale per i c.d. negozi indiretti o le tecniche di collegamento negoziale ⁽⁵³⁾.

Alcuni esempi, desunti dalla prassi, confermano questo ordine di idee ⁽⁵⁴⁾. Si consideri una lite inerente alle modalità di utilizzo di un immobile destinato ad un'autostazione, risolta mediante il trasferimento della proprietà del complesso a favore di una parte, contro il versamento di una somma forfettaria e la costituzione di un diritto parziale di uso della struttura a favore dell'altra. Analogo è il caso in cui si risolva una lite derivante dall'interclusione di un fondo per effetto della realizzazione di un'opera pubblica mediante un accordo avente ad oggetto la rinuncia all'azione risarcitoria, contro il rilascio di un'autorizzazione di accesso al fondo sul lato della carreggiata.

Vicende analoghe si riscontrano anche nel caso di liti nascenti da revoche o decadenze di rapporti concessori. Gli accordi possono contemplare la rinuncia ai ricorsi giurisdizionali nei confronti dei provvedimenti interruttivi del rapporto, a fronte della loro riforma da parte della p.a., in termini tali da mitigare i pregiudizi a carico del concessionario.

Nessuno dei casi anzidetti rientra nello schema dell'accordo procedimentale previsto dalla l. n. 241 del 1990. Allo stesso modo, non sempre tali accordi rientrano nello schema della transazione propriamente detta, ai sensi degli artt. 1965 c.c. e 1, 1° *bis* comma, l. n. 241 del 1990, per quanto siano volti a realizzare un effetto pacifica-

⁽⁵³⁾ Sulla possibilità di transigere attraverso negozi indiretti e collegamenti negoziali cfr. S. RUPERTO, *Gli atti con funzione transattiva*, cit., 456; G. SCHIZZEROTTO, *Il collegamento negoziale*, Napoli, 1983, 123 ss. Per inquadramenti sistematici, cfr. C. COLOMBO, *Operazioni economiche e collegamento negoziale*, Padova, 1999; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999.

⁽⁵⁴⁾ Per questi esempi cfr. A. CASSATELLA, *La transazione*, cit., 85 ss.

torio analogo a quello che ci si propone di ottenere mediante il tipo civilistico.

Se il quadro tratteggiato non può quindi dirsi soddisfacente, restano ampi margini di riflessione attorno alla necessità di ridefinire il ruolo degli accordi transattivi nell'ambito del procedimento ed al di fuori di esso. Una ragionevole codificazione del fenomeno, valorizzando gli esempi offerti dalla legislazione speciale, dal diritto comparato e dalla stessa prassi amministrativa, potrebbe rappresentare una possibile via d'uscita dallo stato di *impasse* appena tratteggiato.

Sembrano quindi aprirsi spazi per riflessioni utili a chiarire il contesto giuridico entro il quale dovrebbe inserirsi l'intervento del legislatore, a partire dalle caratteristiche delle controversie amministrative, delle modalità di composizione del conflitto e del ruolo delle parti rispetto alla negoziazione delle rispettive pretese, dal coinvolgimento di terzi controinteressati o cointeressati sostanziali, dal regime sostanziale dell'accordo e dalle conseguenze sul piano della giurisdizione e delle connesse tutele.

Abstract

Il saggio è dedicato alla possibilità di attribuire agli accordi procedurali disciplinati dall'art. 11 l. n. 241 del 1990 una funzione latamente transattiva. La soluzione del problema implica, tuttavia, una più generale riflessione sulle caratteristiche e finalità dello stesso procedimento amministrativo, che, da modo di esercizio del potere decisionale della p.a., andrebbe qualificato a tale scopo come 'ambito decisionale' potenzialmente fruibile anche ai fini della soluzione di controversie sorte nel corso di esso. Se una rivisitazione della teoria giuridica del procedimento in tale chiave di lettura non è rifiutata a priori dall'a., dubbi maggiori attengono alla possibilità di attribuire una funzione propriamente transattiva agli accordi procedurali. La conclusione non dipende da ragioni teorico-generalì, quanto dai li-

miti stessi della disciplina dell'art. 11 l. n. 241 del 1990, che non pare conferire agli accordi la stabilità richiesta alle transazioni.

Ne consegue la proposta di introdurre, nella stessa l. n. 241 del 1990, una disciplina appositamente dedicata agli accordi transattivi, sulla falsariga del modello rappresentato dalla legislazione tedesca e, in parte, francese.

This paper focuses on settlements reached by an individual and the public administration in the course of an administrative procedure as governed by Law No. 241 of 1990.

According to the author, these types of settlement are only possible if the administrative procedure is not seen as a unilateral exercise of the public administration's power, but rather as a way of settling disputes between the administration and citizens. The author argues that from a theoretical point of view, the administrative procedure can be considered an alternative dispute resolution mechanism. However, Art. 11 of the aforementioned law cannot be considered an effective legal basis for settlement between an individual and the public administration due to its intrinsic limitations.

Therefore, the author proposes that the Italian legislator reforms Law No. 241 of 1990 taking as a model the German and French legislations.

LA CONCILIAZIONE GIUDIZIALE TRIBUTARIA.
CRITICITÀ APPLICATIVE E PROSPETTIVE DI RIFORMA

Lorenzo Bianchi ()*

SOMMARIO: 1. Conciliazione e mediazione (tributarie): problematiche terminologiche e di significato. – 2. La conciliazione tributaria: origine e panoramica dell'istituto. – 3. Il contrasto conciliabile tra atto impugnabile e ricorso. – 3.1. (segue) Il contrasto sulle sole sanzioni e la conciliazione integrale adesiva. – 4. Il perfezionamento dell'accordo tra effetto novativo o estintivo della conciliazione. – 5. Il ruolo del giudice nella conciliazione tributaria. – 6. La natura della conciliazione tributaria. – 7. Prospettive di riforma e considerazioni conclusive.

1. *Conciliazione e mediazione (tributarie): problematiche terminologiche e di significato.* – Un'analisi dell'istituto della conciliazione giudiziale tributaria è, prima ancora che un problema interpretativo delle norme di settore, un problema terminologico; di significati precostituiti che si tende ad applicare a fattispecie dotate di marcate peculiarità, quale è quella in discorso.

Una criticità presentatasi, in qualche misura, anche in ambito civilistico nella necessità di distinguere tra la mediazione di un terzo con funzioni non giurisdizionali e la conciliazione giudiziale a seguito del recepimento nel nostro ordinamento della direttiva 2008/52/CE.

Una difficoltà esasperata nell'ordinamento tributario dalle singolarità della fattispecie impositiva sostanziale e dalla coesistenza di

istituti che, per caratteristiche (e nonostante i molteplici punti di similitudine), non possono essere confusi tra loro, né assimilati con quelli previsti nella disciplina privatistica: l'accertamento con adesione, la mediazione tributaria nella fase processuale del reclamo (disciplinata dall'art. 17 *bis* d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) e, per l'appunto, la conciliazione tributaria.

L'accertamento con adesione, come noto, è un procedimento di contraddittorio tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente che può consentire di definire la controversia impositiva già nella fase della verifica fiscale o, al più tardi, in quella successiva del decorso del termine per il ricorso sull'atto di accertamento.

L'istanza di reclamo è contenuta obbligatoriamente nel testo del ricorso giudiziale avente ad oggetto un atto impugnabile di valore inferiore ai 50.000 euro. Essa consente, nelle more del termine per il deposito del ricorso innanzi alla commissione tributaria (a tal fine sospeso per 90 giorni), di svolgere l'eventuale tentativo di mediazione tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente. Un tentativo affidato a un'articolazione interna dello stesso ente emittente l'atto impugnato.

La conciliazione, in via di prima approssimazione, si svolge nel corso del processo tributario e con l'intervento, in forme variamente articolate, del giudice.

Il minimo comune denominatore di tali figure, civilistiche e tributarie, risiede nella loro funzione sostanziale di risoluzione di una controversia ⁽¹⁾ e, quindi, nel loro carattere di «equivalenti giurisdizionali» ⁽²⁾.

Al di là di tale convergenza, s'incontrano prevalentemente distinguo e differenze con riflessi terminologici. Anzitutto, sul componimento della lite per l'opera delle stesse parti, oppure sull'intervento di un soggetto terzo, sia esso giudice-conciliatore o mediatore non giurisdizionale.

⁽¹⁾ A. ROSSI, voce *Conciliazione*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988; A. BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig. it. disc. priv. sez. civ.*, III, Torino, 1988, 205.

⁽²⁾ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1965, 60.

Negli istituti tributari tali elementi assumono contorni assai meno marcati di quanto non accada, ad esempio, nella comparazione tra transazione stragiudiziale, mediazione e conciliazione giudiziale di tipo privatistico.

Con sufficiente sicurezza si può sostenere, ad esempio, che l'accertamento con adesione è un istituto di auto-composizione della controversia pre-processuale tributaria, poiché il d.lgs. n. 218 del 1997 che lo regola non prevede un'attività media-conciliativa di alcun soggetto terzo. Specularmente, appare pacifica la natura eterocompositiva giudiziale e contenziosa di quella specifica forma di tentativo conciliativo tributario (previsto dall'art. 48 *bis* d.lgs. n. 546 del 1992) che si svolge nel corso del processo, in udienza, innanzi alla commissione tributaria.

Diversamente, appaiono affatto peculiari, anche rispetto alle più tipiche classificazioni civilistiche, gli istituti, da un lato, del reclamo e della mediazione *ex art. 17 bis* d.lgs. n. 546 del 1992 e, dall'altro, del procedimento conciliativo perfezionato fuori udienza e disciplinato dall'art. 48 d.lgs. n. 546 cit.

L'attività di 'mediazione' tributaria viene svolta, a lite pendente, dallo stesso ente impositivo che è parte del giudizio, seppur attraverso apposite strutture o articolazioni diverse e (solo formalmente) autonome da quelle che curano l'istruttoria dell'atto impugnato. E già da tali sommarie indicazioni s'intuisce come qui il termine 'mediazione', per il grado di terzietà e indipendenza del mediatore, presenti significative peculiarità rispetto al suo corrispondente civilistico.

Altrettanto atipica è la 'conciliazione' fuori udienza, in cui l'eventuale accordo si perfeziona in corso di processo, ma senza l'intervento del giudice, come invece usualmente suggerirebbe l'omonima terminologia civilistica.

Il panorama descritto, in definitiva, non permette di utilizzare nell'ambito tributario i termini 'conciliazione' e 'mediazione' nel senso civilistico tipizzato, sia sotto il profilo dell'attività di componimento che degli esiti di quest'ultima. E rende maggiormente op-

portuno, al fine di una piena comprensione del fenomeno deflativo fiscale, individuarne le differenze di significato sulla base delle specifiche norme tributarie che disciplinano i vari istituti (mediazione e conciliazione, appunto), valorizzando i caratteri specifici che li contraddistinguono: la presenza o meno di un terzo con funzione di ausilio alla formazione dell'accordo, la sua natura giurisdizionale o meno e la sua indipendenza e autonomia sostanziale; la fase giudiziale o stragiudiziale e la sede contenziosa o pre-contenziosa in cui tali istituti si svolgono; i procedimenti in cui si sostanzia la conciliazione, rispetto agli atti che ne formalizzano gli esiti.

Tali caratteri sono frutto di un'evoluzione del fenomeno compositivo tributario – che ha avuto origine con il c.d. 'concordato tributario', seguito dall'odierno (e diverso nella natura, nella struttura e nella funzione) istituto dell'accertamento con adesione – che ha condotto fino alla conciliazione tributaria e a ulteriori fattispecie deflative. Un'evoluzione di cui occorre brevemente dar conto, seppur nei limiti del tema che qui interessa affrontare.

2. La conciliazione tributaria: origine e panoramica dell'istituto. – La faticosa genesi della conciliazione tributaria, che ha affiancato e intersecato l'evoluzione dell'accertamento con adesione, ha visto un primo tentativo d'introduzione culminato, a seguito della reiterazione di tre successivi decreti-legge⁽³⁾, con l'art. 20 *bis* d.p.r. n. 636 del 1992.

A distanza di breve tempo, tuttavia, con l'entrata in vigore del nuovo processo tributario, la disciplina della conciliazione ha trova-

⁽³⁾ L'entrata in vigore del d.l. 30 settembre 1994, n. 564 (convertito nella l. 30 novembre 1994, n. 656) è stata preceduta dalla reiterazione di tre decreti-legge. Il d.l. 18 luglio 1994, n. 452, che aveva limitato la conciliazione alle cause non basate su prove «certe e dirette». Il successivo d.l. 17 settembre 1994, n. 538, che aveva escluso dall'ambito applicativo dell'istituto le liti sui rimborsi d'imposta e aveva introdotto un primo regime premiale di riduzione sanzionatoria. L'ultimo, il d.l. 16 novembre 1994, n. 630, aveva infine escluso la conciliazione in grado d'appello e aveva abrogato il riferimento alle «prove dirette».

to una più stabile regolamentazione nell'art. 48 d.lgs. n. 546 del 1992 ⁽⁴⁾.

La norma ha subito nel tempo alcune modifiche di rilievo. Anzitutto, quella portata dal d.l. n. 437 del 1996 ⁽⁵⁾, che ha strutturato i caratteri fondamentali dell'istituto per come tuttora vigente, eliminando i limiti applicativi (dipendenti dalla tipologia – non estimativa o basata su prove non certe o dirette – della controversia) previsti dai precedenti tentativi normativi e attribuendo un'autonomia disciplinare all'istituto rispetto all'accertamento con adesione.

La seconda, ad opera del d.lgs. n. 218 del 1997 ⁽⁶⁾, ha parzialmente riavvicinato la conciliazione all'accertamento con adesione, ridefinendo in senso parzialmente coincidente la disciplina procedurale di entrambi gli istituti.

L'ultima modifica, in ordine temporale, è quella introdotta dal d.lgs. n. 158 del 2015, con la quale il legislatore è tornato a incidere significativamente sull'istituto dopo quasi un ventennio di sostanziale stabilità della procedura conciliativa – fatti salvi alcuni interventi su aspetti di dettaglio legati alle condizioni e modalità del pagamento del conciliato e alla misura di riduzione delle sanzioni ⁽⁷⁾ –

⁽⁴⁾ Parallelamente al percorso di modifica dell'art. 20 *bis* cit. si era sviluppato quello volto al superamento dell'intera disciplina processuale del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 636, previsto dall'art. 30 l. 30 dicembre 1991, n. 413. Va ricordato che l'efficacia del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 era stata differita al 1° aprile 1996, con conseguente sopravvissuta applicabilità, nel frattempo, del novellato art. 20 *bis* d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 636. Per una più ampia disamina di tale percorso evolutivo si rinvia a G. PETRILLO, *Profili sistematici della conciliazione giudiziale tributaria*, Milano, 2006, 41 ss.

⁽⁵⁾ Convertito nella l. 24 ottobre 1996, n. 556, il d.l. 8 agosto 1996, n. 437 ha reiterato l'antecedente d.l. 16 maggio 1996, n. 259.

⁽⁶⁾ Per una disamina ricostruttiva della l. 23 dicembre 1996, n. 662 che ha generato il d.lgs. n. 218 cit., si veda R. LUPI, *Prime considerazioni sul nuovo regime del concordato fiscale*, in *Rass. trib.*, 1997, 793 ss.

⁽⁷⁾ Le modifiche citate nel testo, relative alle sanzioni, sono riferibili ai seguenti provvedimenti normativi: art. 3, 1° comma, d.lgs. 5 giugno 1998, n. 203; art. 1, 419° comma, l. 30 dicembre 2004, n. 311; art. 1, 127° comma, l. 24 dicembre 2007, n. 244; art. 3, 1° comma, lett. b, d.l. 25 marzo 2010, n. 40; art. 9, 6° comma, d.lgs. 4 settembre 2010, n. 141; art. 1, 19° comma, l. 13 dicembre 2010, n. 220; art. 23, 19°

tentando un componimento delle criticità (anche ricostruttive) manifestatesi.

All'esito di tale ultima novella, l'attuale disciplina della conciliazione è contenuta negli artt. 48, 48 *bis* e 48 *ter* d.lgs. n. 546 del 1992, per il tramite dei quali è stata ammessa la conciliazione anche in grado d'appello, è stato individuato nella sottoscrizione il momento perfezionativo dell'accordo deflativo (in luogo di quello del pagamento del debito, ancora applicato nell'accertamento con adesione) e sono stati sistematizzati i precetti che disciplinano il procedimento.

In particolare, il legislatore ha dato maggiore organicità alla disciplina delle due distinte procedure di conciliazione tributaria, quella «fuori udienza» e quella «in udienza», separandole, rispettivamente, nell'art. 48 cit. e nel neo introdotto 48 *bis* cit. In tal modo il legislatore ha di fatto valorizzato la prima di tali modalità, che nella previgente lettera dell'art. 48 cit. risultava un procedimento alternativo d'eccezione (seppur non formalmente subordinato), rispetto a quella tipicamente giudiziale, che la prassi (soprattutto degli enti impositori) aveva spesso elevato a metodologia preferenziale.

La conciliazione «fuori udienza» *ex art.* 48 cit. si sostanzia in un procedimento extra-processuale, privo della funzione di mediazione del giudice. L'ente impositore e il contribuente – al pari di quanto avviene nell'accertamento con adesione per la fase d'accertamento – svolgono uno o più momenti di contraddittorio dalle forme libere, all'esito del quale può determinarsi un consenso sulle situazioni giuridiche soggettive (tipicamente il tributo e i suoi accessori) oggetto del contrasto.

L'accordo di conciliazione è formalizzato in un atto sottoscritto dalle parti, che contiene, per espressa previsione dell'art. 48 cit., l'indicazione delle somme dovute e le modalità e i termini del pa-

gamento delle stesse, coerentemente con quanto stabilito nel successivo art. 48 *ter*.

Con lo stesso atto di conciliazione, ovvero con altro separato, le parti depositano in giudizio un'istanza congiunta per la definizione totale o parziale della controversia. A questa segue la declaratoria di cessazione della materia del contendere da parte della commissione tributaria nelle forme della sentenza o del decreto – a seconda della fase processuale in cui interviene l'accordo – ovvero, ancora, dell'ordinanza, se il contenuto conciliativo è solo parziale rispetto alla controversia.

La conciliazione «in udienza», disciplinata dall'art. 48 *bis* cit., rappresenta, al contrario di quella precedente, una più tipica forma conciliativa giudiziale, in cui le parti, per il tramite dei propri difensori, svolgono il tentativo di componimento consensuale innanzi alla commissione.

Il procedimento presuppone che almeno una delle parti presenti un'istanza per la conciliazione totale o parziale della controversia, depositandola entro il termine dei dieci giorni liberi prima dell'ordinaria udienza pubblica di trattazione previsto dall'art. 32, 2° comma, d.lgs. n. 546 del 1992. Salvo un eventuale rinvio dell'udienza – funzionale a perfezionare, nelle more, l'accordo con la modalità stragiudiziale dell'art. 48 cit. – la conciliazione raggiunta in sede giudiziale trova formalizzazione nella redazione del processo verbale che, al pari di quanto avviene nell'accordo stragiudiziale, deve precisare le somme dovute, i termini e modi dell'adempimento.

L'art. 48 *ter* cit., infine, contiene la disciplina, comune a entrambe le procedure, della misura della riduzione sanzionatoria, quale effetto premiale del raggiungimento dell'accordo conciliativo, nonché delle modalità di pagamento – anche rateale (attraverso un rinvio alla disciplina dell'accertamento con adesione) – delle somme dovute all'Amministrazione, e, in ultimo, la disciplina sulle conseguenze dell'inadempimento.

Più precisamente, la disposizione prevede la riduzione delle san-

zioni originariamente irrogate nella misura del 40 o 50 per cento del minimo previsto dalla legge (calcolato sull'importo concordato), a seconda che il perfezionamento della conciliazione intervenga, rispettivamente, nel primo o nel secondo grado di giudizio. E prevede, altresì, l'applicazione di un'ulteriore sanzione, calcolata sul residuo dovuto, in caso di mancato pagamento delle somme conciliate entro i termini di legge.

Il contesto procedimentale descritto, seppur solo nelle linee essenziali del dato positivo di prima percezione, fa trasparire una serie rilevante di criticità di seguito esaminate: alcune, pratico-applicative, legate alle modalità di formazione, perfezionamento ed efficacia dell'accordo; altre, conseguenti, di tipo ricostruttivo e sistematico, relative ai limiti contenutistici dell'accordo, alla natura dell'istituto e alle sue attuali prospettive di riforma.

3. *Il contrasto conciliabile tra atto impugnabile e ricorso.* – L'ambito di applicazione del procedimento di conciliazione tributaria e, ancor più, il contenuto dell'eventuale atto conclusivo di essa sono condizionati dalla strutturazione dell'intera attività pubblicistica d'imposizione come una consequenzialità di poteri e atti ⁽⁸⁾, attraverso i quali vengono esercitate le funzioni di accertamento e riscossione.

L'individuazione del contrasto conciliabile dipende, dunque, prima ancora che dal ricorso tributario (dai suoi motivi), dall'atto che con quello s'impugna e con cui l'Amministrazione fiscale fissa, attraverso la motivazione, i confini della propria pretesa sostanziale.

Una pretesa dal lato attivo del rapporto impositivo che (a prescindere dal suo controverso inquadramento in termini di obbligazione d'imposta o di potestà pubblicistica ⁽⁹⁾) non può essere modi-

⁽⁸⁾ A. COMELLI, *Poteri e atti nell'imposizione tributaria. Contributo allo studio degli schemi giuridici d'accertamento*, Milano, 2012, *passim*.

⁽⁹⁾ Il concetto d'obbligazione d'imposta è stato oggetto di molteplici trattazioni. Senza pretesa di completezza, si vedano: A.D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico*

ficata nei suoi elementi essenziali (rispetto al tipo e ai presupposti d'imposta) nel corso del processo e che rappresenta il primo elemento d'individuazione della controversia conciliabile.

L'altro polo del contrasto, per l'appunto, è rappresentato dal ricorso con cui il contribuente destinatario dell'atto individua, attraverso i motivi d'impugnazione (d'incerto inquadramento rispetto alla *causa petendi* nel contesto dell'altrettanto controverso oggetto del processo tributario⁽¹⁰⁾), quale parte della pretesa contestare ai fini dell'annullamento dell'atto (in tesi potendo egli fare acquiescenza su alcuni dei rilievi d'accertamento) e per quali ragioni di fatto e diritto.

In una branca ordinamentale come quella tributaria – in cui l'inderogabilità normativa (tradotta dalla dottrina prevalente in termini d'indisponibilità del tributo)⁽¹¹⁾ e la conseguente vincolatività dell'agire amministrativo si pongono come principi generali – gli atti impositivi e processuali delimitano il contrasto sostanziale

d'imposta, Milano, 1937; F. BATISTONI FERRARA, *La determinazione della base imponibile nelle imposte indirette*, Napoli, 1964, 89 ss.; P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969; E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, V ed., Torino, 1969. In termini contrari al concetto d'obbligazione d'imposta, per tutti, C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984 e A. COMELLI, *op. cit.*, 58 ss.

⁽¹⁰⁾ Esclude che i motivi di ricorso (oggi previsti dall'art. 18 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) concorrano a determinare l'oggetto del processo tributario: C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., 502 ss. Sul controverso tema dell'oggetto del processo, si vedano, tra i molti, M. BASILAVECCHIA, A. COMELLI (a cura di), *Discussioni sull'oggetto del processo tributario*, Milano, 2020, *passim*; G. FRANSONI, *Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2001, *passim*; C. CONSOLO, P. D'ASCOLA, voce *Giudicato tributario*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 2001, 47; P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, cit., *passim*.

⁽¹¹⁾ Sul tema dell'indisponibilità del tributo e dei conseguenti limiti di legittimità alla stessa introduzione di istituti deflativi, oltre che (oggi) di contenuto degli accordi tributari, si segnalano, tra i molteplici contributi, le precise ricostruzioni di A. GUIDARA, *Indisponibilità del tributo e accordi in fase di riscossione*, Milano, 2010, *passim*, e M. VERSIGLIONI, *Accordo e disposizione nel diritto tributario. Contributo allo studio dell'accertamento con adesione e della conciliazione giudiziale*, Milano, 2001, 316 ss.

conciliabile, e individuano i confini normativi entro cui può esprimersi, nel contesto d'eccezione della conciliazione, la libertà privatistica del contribuente e la discrezionalità dell'Amministrazione ai fini dell'eventuale accordo.

Da tali limiti deriva un primo vincolo alla conciliazione, non potendosi con essa comporre un contrasto su una situazione giuridica sostanziale tributaria – un'imposta, i suoi interessi, la collegata sanzione irrogata – diversa da quella rappresentata nell'atto. E neppure è ammissibile conciliare il contrasto con (mediante la costituzione di) una situazione giuridica sostanziale diversa – un'altra tipologia d'imposta, d'interesse, di sanzione – da quella oggetto della lite.

Il contrasto sostanziale trova poi un ulteriore elemento d'individuazione e delimitazione nella pluralità degli atti impugnabili precisati nell'elencazione (tassativa nel *genus* sostanziale di ciascuna figura) contenuta nell'art. 19 d.lgs. n. 546 del 1992. A ciascuna tipologia di atto corrisponde, infatti, una rappresentazione peculiare del contrasto: la lite sulla situazione giuridica soggettiva individuata da un avviso di accertamento per un'imposta reddituale o da un avviso di liquidazione dell'imposta di registro non è, ad esempio, immediatamente sovrapponibile a quella generata da un diniego di rimborso o da un atto di recupero di un credito d'imposta.

Ha caratteri propri, ancora a titolo d'esempio, la controversia conciliabile sull'atto di accertamento catastale, con cui l'Agenzia delle entrate individua la rendita di un terreno o fabbricato⁽¹²⁾. Sebbene il legislatore abbia espressamente inserito tale atto tra quelli autonomamente impugnabili⁽¹³⁾, attraverso di esso possono essere contestate violazioni relative a diverse operazioni catastali tra quelle rientranti nella giurisdizione tributaria ai sensi dell'art. 2, 2°

⁽¹²⁾ Sul tema G. SALANITRO, *Profili sostanziali e processuali dell'accertamento catastale*, Milano, 2003, 2 ss.

⁽¹³⁾ La previsione di autonoma impugnabilità è contenuta nella lett. f dell'art. 19 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

comma, d.lgs. n. 546 del 1992 ⁽¹⁴⁾: le operazioni d'intestazione, delimitazione, figura, estensione e classamento dei terreni, nonché la ripartizione dell'estimo fra i compossessori e, per i fabbricati, la consistenza o il classamento.

Se, astrattamente, la conciliazione delle controversie su tale tipologia d'atto è indubbiamente applicabile, rientrando quest'ultimo nell'ambito d'applicazione degli artt. 48 ss. d.lgs. n. 546 cit., la sua concreta ammissibilità dipende da quale operazione catastale s'intende censurare da parte del contribuente.

Non consentono di proporre legittimamente una conciliazione, ad esempio e usualmente, le operazioni di delimitazione, figura ed estensione dei terreni, nonché di consistenza dei fabbricati. Sono queste delle operazioni tecniche di computo metrico e di misurazione di elementi fattuali, che, nella fase patologica dell'accertamento, tendono ad esprimere solo delle alternative duali sulla loro correttezza e, conseguentemente, sull'*an* e non sul *quantum* della pretesa fiscale. Al contrario di quanto accade nelle operazioni di classamento dei fabbricati, dove l'imposizione deriva da stime e valutazioni rispetto a immobili comparabili, che consentono plurime e legittime alternative conciliative.

Tali diversità sostanziali e i conseguenti limiti che ne derivano all'ambito applicativo della conciliazione si amplificano nella progressione (funzionale) dagli atti della fase d'accertamento a quelli della riscossione.

Il divieto d'impugnazione di un atto per vizi riferibili ad altri prodromici a quello e divenuti definitivi per mancata impugnazione – divieto contenuto nell'ultimo comma dell'art. 19 d.lgs. n. 546 cit. –

⁽¹⁴⁾ Mentre gli atti di determinazione delle tariffe d'estimo, in quanto atti di natura provvedimento generale, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo, le operazioni catastali individuali rientrano in quelle del giudice tributario, come stabilito da Cass., sez. un., 18 aprile 2016, n. 7665, in *Riv. giur. trib.*, 2016, 649, con commento adesivo di M. BASILAVECCHIA, *Giurisdizione amministrativa su atti catastali generali*.

incide particolarmente sulla natura del contrasto conciliabile che si genera nella fase di riscossione del tributo.

La controversia su uno degli atti più tipici della riscossione coattiva, la cartella di pagamento, se preceduta da un atto impositivo definitivo (ad esempio, un avviso di accertamento), non può riguardare l'esistenza o la quantificazione del tributo, delle sanzioni e degli accessori, ma, tutt'al più, gli errori sulla misura d'iscrizione a ruolo (d'affidamento in carico all'Agente della riscossione) o le illegittimità formali dell'atto.

Nel contesto degli atti di riscossione (o prodromici ad essi, come nel caso delle iscrizioni ipotecarie), dunque, la tipologia di contrasto sostanziale rende non ammissibile una conciliazione con funzione tipicamente transattiva rispetto al debito tributario già divenuto definitivo, di fatto marginalizzando l'istituto e limitandolo alle fattispecie originate da vizi (di notifica, anzitutto) del procedimento d'accertamento e degli atti impositivi.

3.1. (segue). Il contrasto sulle sole sanzioni e la conciliazione integrale adesiva. – Un'ulteriore variabile generale incide sia sul perimetro d'ammissibilità della conciliazione, sia sul possibile contenuto dell'accordo.

L'atto impositivo impugnabile, anche in ragione della sua tipologia (d'accertamento, di liquidazione, ecc.), esprime una pretesa formalmente unitaria, la quale, tuttavia, può essere composta, come usualmente accade, da una pluralità di titoli (la sanzione, il tributo, l'interesse) e da un numero variabile di ciascuno di essi: più sanzioni, più tributi, più interessi. Poiché ciascuno di tali titoli è autonomo sotto il profilo del rapporto tra l'atto e la norma sostanziale, più il loro numero aumenta e più aumenta astrattamente il perimetro del contrasto conciliabile e le soluzioni (astrattamente possibili) di componimento dello stesso.

Al contrario, con il ridursi del loro numero, aumentano le problematiche relative alla stessa ammissibilità dell'istituto. Ne sono un esempio, quelle – poste sul confine logico della minima e della mas-

sima estensione di tale pluralità – sull'ammissibilità della conciliazione della sola sanzione irrogata e della conciliazione integralmente adesiva.

Per incentivare la risoluzione concordata delle controversie tributarie, il legislatore ha previsto un sistema di riduzioni delle sanzioni a fronte della definizione del dovuto nell'ambito di uno strumento deflativo. Tale sistema è improntato alla progressiva diminuzione del vantaggio in termini sanzionatori. Più lo strumento deflativo è temporalmente distante dal momento di venuta ad esistenza del presupposto impositivo (in ordine: ravvedimento operoso, accertamento con adesione, mediazione tributaria, conciliazione), maggiore è l'aggravio di attività di controllo dell'Amministrazione e, dunque, minore è la riduzione premiale delle sanzioni irrogabili.

In coerenza con tale progressività, l'art. 48 *ter* d.lgs. n. 546 cit.⁽¹⁵⁾ prevede l'evidenziata applicazione delle sanzioni amministrative nella misura del 40 o 50 per cento del minimo previsto dalla legge, a seconda del grado di giudizio di merito in cui si perfeziona la conciliazione.

La riduzione sanzionatoria, quale conseguenza legale e automatica dell'accordo, rende controversa la possibilità di conciliare il *quantum* della sanzione originaria anche oltre il limite premiale di legge, e ciò a maggior ragione laddove la sanzione stessa, in quanto irrogata con un autonomo atto di contestazione⁽¹⁶⁾, assorba in sé l'oggetto del contrasto conciliabile.

L'orientamento dottrinale più rigoroso⁽¹⁷⁾, basato su un'inter-

⁽¹⁵⁾ Il vantaggio sanzionatorio, che ha sempre contraddistinto il percorso evolutivo della conciliazione tributaria, era previsto anche dal previgente art. 48 cit., seppur in una misura e con criteri di determinazione differenti da quelli attuali.

⁽¹⁶⁾ Le modalità d'irrogazione e contestazione della sanzione sono disciplinati dagli artt. 16 e 17 d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

⁽¹⁷⁾ P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, Milano, 2013, 245; G. FRANSONI, *Osservazioni sui rapporti fra conciliazione giudiziale e accertamento con adesione*, in *Rass. trib.*, 2000, 1820. In senso solo parzialmente contrario, R. LUPI, *Le crepe del nuovo concordato: anatomia di un'occasione perduta*, in *Rass. trib.*, 1994, 1870; ID., *Prime considerazioni sul nuovo regime del concordato*

pretazione restrittiva della disposizione, considera non conciliabile la misura della sanzione, escludendo che alla riduzione premiale di legge possano sommarsene altre o che possa determinarsi una rinuncia integrale alla sanzione da parte dell'Ufficio, ad esempio, in accoglimento condiviso di una causa di non punibilità.

L'orientamento opposto⁽¹⁸⁾ – maggiormente condivisibile – riconosce tali alternative, purché esse originino dall'esistenza di specifici motivi di ricorso sulla sanzione⁽¹⁹⁾. Tale orientamento si fonda su una valorizzazione del dato normativo contenuto negli artt. 2, 48 e 48 *ter* d.lgs. n. 546 del 1992, che non permette di escludere dal concetto generale di 'controversia' conciliabile quella, tipicamente rientrante nella giurisdizione tributaria, sugli atti sanzionatori.

Ciò anche in ragione della più recente formulazione letterale dell'art. 48 *ter* cit., il quale, nell'individuare i criteri di calcolo della sanzione agevolata, ha visto la sostituzione del riferimento al minimo irrogato o irrogabile rispetto al tributo, con la più generale previsione del minimo di legge. Questo criterio, rendendo meno stretto il collegamento tra la sanzione e l'atto originario impugnato, pare consentire anche l'applicazione della misura conciliativa premiale su una base sanzionatoria diversa da quella originariamente contestata nell'atto oggetto di conciliazione.

4. *Il perfezionamento dell'accordo tra effetto novativo o estintivo della conciliazione.* – La modalità di perfezionamento della conciliazione, in tutto lo sviluppo storico della sua disciplina, ha riflesso

fiscale, *ivi.*, 1997, 804.

⁽¹⁸⁾ M. CANTILLO, *Il processo tributario*, Napoli, 2014, 378; F. BATISTONI FERRARA, *Conciliazione giudiziale: come, quando e perché*, in *Boll. trib.*, 1996, 1576. In senso parzialmente favorevole anche L. TOSI, *La conciliazione giudiziale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Torino, 1998, 896.

⁽¹⁹⁾ Il problema della conciliabilità delle sole sanzioni presuppone che il ricorso contro l'atto contenga specifici motivi di contestazione avverso la sanzione stessa. In caso contrario, la conciliazione sarebbe esclusa e non spetterebbe al contribuente nulla più del vantaggio di legge.

le criticità legate alla natura e agli effetti dell'accordo. Fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 156 del 2015, il perfezionamento si realizzava con il pagamento delle somme dovute all'esito della conciliazione, che, tuttavia, doveva essere eseguito in un termine (di 20 giorni) successivo all'emissione del decreto di estinzione del giudizio per ammissibilità dell'accordo stragiudiziale o alla redazione del verbale di conciliazione in udienza.

Secondo un orientamento dottrinale, la posteriorità del perfezionamento rispetto all'estinzione del giudizio avrebbe esposto il ricorrente inadempiente al rischio della definitività della pretesa contenuta nell'atto originario, per esaurimento dell'azione giudiziale⁽²⁰⁾, con contestuale risoluzione di diritto dell'accordo conciliativo *ex art. 1976 c.c.* Tale norma civilistica avrebbe trovato applicazione in ragione della natura transattiva della conciliazione e di un effetto non novativo dell'accordo rispetto all'obbligazione tributaria originaria determinata dall'atto impugnato.

A fronte di tale criticità e del conseguente contrasto generatosi in dottrina, la Corte di Cassazione⁽²¹⁾ era intervenuta ammettendo la legittimità di un'ordinanza di rinvio dell'udienza di trattazione a una data successiva alla scadenza del termine concesso per il pagamento.

Il rinvio era logicamente funzionale alla verifica da parte della commissione dell'esatto e tempestivo adempimento all'obbligo di pagamento delle somme conciliate, consentendo, alternativamente, l'emissione del provvedimento di estinzione del giudizio, ovvero la prosecuzione della trattazione dello stesso.

⁽²⁰⁾ S. MENCHINI, *Il nuovo processo tributario*, Milano, 1997, 415; P. CASULA, *I procedimenti speciali nel nuovo processo tributario. Dalla definizione preventiva della controversia alla conciliazione giudiziale illimitata*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, I, 942 ss.

⁽²¹⁾ Cass., 13 febbraio 2009, n. 3560, in *Fisco*, 2009, I, 5459 ss., con nota di D. RICCIO, *Cass., n. 3560 del 13 febbraio 2009 – Mancato versamento delle somme dovute a seguito di conciliazione giudiziale*, nonché edita in *Giur. it.*, 2010, 1955 ss. In senso conforme anche le successive Cass., 21 aprile 2011, n. 9219, in *Fisco*, 2011, 3664; Cass., 14 maggio 2011, n. 11722; Cass., 13 luglio 2015, n. 14547.

Sempre secondo tale orientamento giurisprudenziale, solo per la fattispecie di conciliazione stragiudiziale proposta prima della fissazione dell'udienza – in caso di omesso pagamento nei termini – il decreto di estinzione eventualmente già emesso dal presidente della commissione sarebbe stato oggetto di reclamo ai sensi dell'art. 28 d.lgs. n. 546 del 1992.

Nel tentativo di un componimento sistematico dei richiamati contrasti, con la novella portata dal d.lgs. n. 156 del 2015 il legislatore ha separato il momento del perfezionamento da quello dell'esecuzione dell'accordo, anticipando il primo rispetto all'adempimento e alle conseguenti pronunce estintive del giudizio.

Ai sensi del novellato art. 48, 4° comma, d.lgs. n. 546 cit. e 48 *bis*, 3° comma, d.lgs. n. 546 cit., la conciliazione si perfeziona, rispettivamente, con la sottoscrizione dell'accordo concluso fuori udienza o con la redazione del processo verbale d'udienza. Entrambi sono titolo per il successivo pagamento delle somme dovute dal contribuente (o dall'Amministrazione), ma l'eventuale inadempimento non fa venir meno gli effetti dell'accordo conciliativo, determinando esclusivamente l'irrogazione della già accennata sanzione aggiuntiva specifica e l'attivazione della procedura di riscossione coattiva del non versato, come espressamente previsto dal nuovo art. 48 *ter* (2° e 3° comma) cit.

La risoluzione della problematica descritta, tuttavia, ne ha generata un'altra, seppur principalmente teorica, relativa alla verifica delle condizioni di ammissibilità dell'accordo intervenuto fuori udienza.

Il combinato disposto del secondo e del quarto comma del novellato art. 48 cit. prevede che la commissione effettui tale verifica sull'accordo stragiudiziale già perfezionato. Ciò con le conseguenti difficoltà d'individuazione del provvedimento giudiziale di declaratoria d'inammissibilità (con ordinanza o con decreto), d'inquadramento ricostruttivo sostanziale di tale declaratoria (in termini di risoluzione o di annullamento degli effetti dell'accordo), nonché d'individuazione delle principali criticità dovute alla retroazione degli effetti: di reviviscenza (o meno) degli effetti dell'atto origina-

rio impugnato e d'imputazione della somma conciliata e già versata al debito complessivo.

La rinnovata scissione tra perfezionamento ed esecuzione ha determinato, altresì, lo spostamento dell'asse del dibattito sulla natura degli effetti della conciliazione.

Nella previgenza dell'art. 48 cit., la rilevanza costitutiva del pagamento ha fatto sorgere un dibattito sull'effetto novativo o, al contrario, estintivo dell'accordo conciliativo, a sua volta condizionato da quello sulla natura dell'istituto e sulla matrice dichiarativa o costitutiva della situazione giuridica d'obbligazione espressa dal tributo. Il pagamento perfezionativo, non rendendo astrattamente necessaria una modificazione o novazione dell'obbligazione originaria, aveva indotto una parte significativa della giurisprudenza⁽²²⁾ a riconoscere un mero effetto estintivo sull'obbligazione, che avrebbe mantenuto la propria fonte nell'atto impugnato originario.

Nell'attuale scissione tra adempimento e perfezionamento, invece, parrebbe acquistare maggior vigore la teoria opposta dell'effetto novativo, derivata da una lettura negoziale e transattiva della conciliazione attraverso il richiamo alla disciplina di cui all'art. 1230 c.c. Una teoria sostenuta e perfezionata da quella parte di giurisprudenza⁽²³⁾ – pure formata sul testo previgente dell'art. 48 d.lgs. n. 546 cit. – secondo cui l'accordo conciliativo costituirebbe una nuova situazione giuridica soggettiva tributaria in sostituzione di quella preesistente per l'oggetto e il titolo⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Oltre a Cass., 13 febbraio 2009, n. 3560, si vedano le successive Cass., 27 gennaio 2012, n. 1171, Cass., 3 luglio 2012, n. 11125 e Cass., 27 gennaio 2014, n. 1553.

⁽²³⁾ Cass., 20 settembre 2006, n. 20386, in *Giur. it. Mass.*, 2006; Cass., 25 novembre 2011, n. 24931, in *Giur. it.*, 2012, 1696; Cass., 15 maggio 2015, n. 9019 e Cass., 19 giugno 2009, n. 14300, quest'ultima massimata in *Corriere trib.*, 2009, 2904.

⁽²⁴⁾ Cass., 24 febbraio 2017, n. 4807, in *Dir. prat. trib.*, 2017, II, 2240, con nota di L. BIANCHI, *L'effetto novativo della conciliazione tributaria esclude l'applicazione delle misure cautelari ex art. 22 d.lgs. n. 472 del 1997*, *ivi*, 2017, II, 2243, e in *Riv. giur. trib.*, 2017, 893 ss., con commento di E. MARELLO, *Caratteri novativi della conciliazione giudiziale e misure cautelari pro fisco*, *ivi*, 895. La citata

Anche nella disciplina attuale, tuttavia, tale impostazione contiene alcune incongruenze ⁽²⁵⁾ derivate da un inserimento, non adeguatamente adattato alle peculiarità pubblicistiche dell'ordinamento tributario, della figura tipicamente civilistica della novazione.

Il mutamento dell'oggetto, anzitutto, solleva dubbi ricostruttivi, non potendosi intendere, per i visti limiti d'inderogabilità del sistema, l'effetto della conciliazione come sostituzione di un'imposta originaria (l'oggetto) con un'altra, diversa e convenzionalmente individuata.

Così come controversa appare la modificabilità del 'titolo', quantomeno per quella corrente dottrinale dichiarativista che, ricostruendo il fenomeno tributario in termini d'obbligazione, ne identifica il fondamento non nell'atto, ma nel presupposto di legge. Incongruenza sistematica che si estende al necessario elemento costitutivo dell'*animus novandi*, tipicamente fondato sulla libera autodeterminazione delle parti private e difficilmente conciliabile con le prescrizioni pubblicistiche tributarie.

Tali criticità possono essere superate se osservate da una prospettiva alternativa, inquadrando l'effetto conciliativo nel rapporto tra l'accordo e l'atto che formalizza la conciliazione e che rappresenta il 'titolo' della situazione giuridica sostanziale. In tale prospettiva, l'effetto novativo della conciliazione in senso civilistico è più propriamente un effetto 'sostitutivo' ⁽²⁶⁾ dell'atto e dell'imposta,

pronuncia definisce la conciliazione come un accordo formalizzato in un «atto» che è il «titolo» originante il nuovo «credito» tributario.

⁽²⁵⁾ Per una critica della teoria novativa e transattiva si rinvia a G. FRANSONI, R. SURACI, *L'esecuzione degli 'accordi' che definiscono le liti di rimborso in sede di mediazione o conciliazione*, in *Corriere trib.*, 2016, 429.

⁽²⁶⁾ Per una più compiuta disamina di tale sostituzione e della sua relazione con la situazione giuridica soggettiva impositiva, si permetta rinvio a L. BIANCHI, *La conciliazione nel processo tributario*, Milano, 2021, 135 ss. Nel senso di una possibile, seppur mediata, applicazione di alcuni caratteri della novazione civilistica all'accordo conciliativo tributario, si esprime anche E. MARELLO, *Caratteri novativi della conciliazione giudiziale*, cit., 899.

a prescindere dal fatto che la situazione giuridica sostanziale sia identificata in termini di potere pubblicistico o di obbligazione.

5. *Il ruolo del giudice nella conciliazione tributaria.* – Nel contesto delle viste peculiarità e della già accennata difficoltà ricostruttiva (ermeneutica e terminologica), l'attuale disciplina della conciliazione tributaria esprime il paradosso di una svalutazione delle funzioni e dei poteri di media-conciliazione del giudice: tanto di quelle finalizzate a favorire la formazione di un accordo tra le parti – tipicamente caratterizzanti l'istituto e la fase processuale in cui questo si colloca – quanto di quella di verifica dei presupposti di ammissibilità dell'accordo.

Il più evidente limite a tali funzioni è rappresentato dalla descritta procedura di conciliazione fuori udienza, nella quale l'assenza di qualunque forma d'intervento della commissione priva il contraddittorio tra le parti di un ausilio terzo per la formazione della convergenza degli interessi, quand'anche nelle sole forme della media-conciliazione aggiudicatoria.

Né incide significativamente su tale carattere di autocomposizione stragiudiziale della figura la descritta verifica d'esistenza delle 'condizioni d'ammissibilità' attribuita alla commissione a perfezionamento già avvenuto, con le criticità conseguenti già rilevate.

Nonostante la rubrica dell'art. 48 d.lgs. n. 546 cit. e l'usuale inquadramento sistematico-ricostruttivo riconducano tale procedura nell'ambito in discorso, dunque, è legittimo il dubbio sulla effettiva qualificazione di essa in termini d'istituto conciliativo e giudiziale. A maggior ragione, se essa viene esaminata con le lenti ricostruttive tipicamente processualcivilistiche, che qualificano come giudiziali solo le fattispecie di componimento del contrasto interne al processo (sia esso in corso o meno) in cui un giudice interviene nella funzione (latamente) mediatrice, ricomprendendo le altre nel negozio transattivo privato o nella vera e propria mediazione-conciliazione

a seconda che, rispettivamente, manchi il mediatore o esso sia un terzo con funzioni non giurisdizionali.

In definitiva, a prescindere dalla sua classificazione formale, la procedura di conciliazione fuori udienza ha un maggiore collegamento strutturale con altri istituti procedimentali tributari, come l'accertamento con adesione, risultando ridotto al suo minimo strutturale il collegamento con il processo in cui essa interviene.

Un'apparente svalutazione del ruolo del giudice riguarda, altresì, i limiti alla verifica di ammissibilità della conciliazione, a prescindere che quest'ultima derivi dalla procedura in udienza o meno.

Nonostante alcune incertezze legate all'evoluzione del dato normativo ⁽²⁷⁾, la dottrina prevalente ⁽²⁸⁾, supportata dalla prassi ⁽²⁹⁾ e dalla giurisprudenza ⁽³⁰⁾, esclude la sindacabilità nel merito

⁽²⁷⁾ Nella formulazione previgente dell'art. 48 cit. la commissione era chiamata ad analizzare i «presupposti» e le «condizioni» di ammissibilità dell'accordo. I novellati artt. 48 e 48 *bis* cit. hanno abrogato il riferimento ai primi, limitando la verifica alle seconde. In ragione di Cass., 25 febbraio 2005, n. 7505 e Cass., 22 aprile 2005, n. 8455, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, un condivisibile orientamento dottrinale (M. CANTILLO, *Il processo tributario*, cit., 385 ss.) ha individuato i 'presupposti' della conciliazione negli aspetti costitutivi dell'accordo: la legittimazione delle parti, la legittima rappresentanza dell'Ufficio o della parte privata e, in genere, la validità del consenso prestato. Aderendo a tale ricostruzione, la novella introdotta dal d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156 non sembra apportare una modifica sostanziale alla disciplina, dovendosi considerare ricompresi i presupposti nelle 'condizioni di ammissibilità'.

⁽²⁸⁾ M. BASILAVECCHIA, *Funzione impositiva e forme di tutela. Lezioni sul processo tributario*, Torino, 2018, 173; S. MENCHINI, *Il nuovo processo tributario*, cit., 413; S. LA ROSA, *Amministrazione finanziaria e giustizia tributaria*, Torino, 2000, 179; A. FINOCCHIARO, M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, 1996, 683; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, cit., 232; F. RANDAZZO, *La conciliazione giudiziale tributaria nell'interpretazione della giurisprudenza: casi e materiali per un'analisi critica dell'istituto*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 987 e, in particolare, 1001-2; M. CANTILLO, *Il processo tributario*, cit., 385-6.

⁽²⁹⁾ Circolari Agenzia delle entrate, 23 aprile 1996, n. 98/E; 30 novembre 1994, n. 197/E e 29 dicembre 2015, n. 38/E.

⁽³⁰⁾ In questo senso si è espressa Cass., 3 ottobre 2006, n. 21325, in *Foro it.*, 2007, 1689; in *Fisco*, 2006, 6728 e in *Corr. trib.*, 2006, 3583, con commento di F. GRAZIANO, *Errata indicazione dell'imposta dovuta nella conciliazione giudiziale*.

dell'accordo di conciliazione, dovendo la commissione limitare la propria verifica alle condizioni di legittimità di esso.

Le cause d'inammissibilità, dunque, si sostanziano in quelle esclusivamente procedurali o processuali correlate alla mancata indicazione di elementi essenziali dell'accordo stesso o del ricorso previsti dagli artt. 18, 48, e 48 *bis* d.lgs. n. 546 cit. Oppure, ancora, a quelle fattispecie relative alla proposizione e deposito del ricorso oltre i termini decadenziali o in violazione del principio dell'atto impugnabile autonomamente e per vizi propri previste dagli artt. 19, 21 e 22 d.lgs. n. 546 cit.

Coerentemente con tale ricostruzione restrittiva, non sarebbero invece cause d'inammissibilità della conciliazione non solo (come pacifico anche nella conciliazione propriamente civilistica) le valutazioni discrezionali, estimative, valutative o di mera opportunità o giustizia sul contenuto dell'accordo di composizione delle imposte, ma anche quelle collegate a motivi manifesti di violazione di norme inderogabili relative alla disciplina sostanziale del tributo.

Nonostante l'apparente legittimazione normativa, il potenziale contrasto tra l'inderogabilità della disciplina sostanziale e il contenuto dell'accordo conciliativo ha portato una parte della dottrina a considerare più ampio l'ambito di valutazione dell'ammissibilità della conciliazione, espandendolo alle manifeste illegittimità impositive sostanziali ⁽³¹⁾.

La descritta criticità è stata parzialmente risolta con la sentenza

Nella giurisprudenza di merito si segnalano Comm. trib. prov. Lecco, 10 novembre 1997, n. 1420, in *Boll. trib.*, 1998, 238 e Comm. trib. reg. Milano, 2 dicembre 1996, n. 175, in *Fisco*, 1997, 7165.

⁽³¹⁾ In questo senso sembra orientata la posizione dottrinale di F. BATISTONI FERRARA, B. BELLÈ, *Diritto tributario processuale*, Padova, 2006, 146; F. BATISTONI FERRARA, voce *Conciliazione giudiziale (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1998, 235. Nel contesto delle prime proposte d'introduzione dell'istituto, si sono espressi nel senso descritto E. DE MITA, *Profili storici e costituzionali delle definizioni transattive in Italia*, in *Giur. imp.*, 2000, 478 e, con posizione più articolata, L. TOSI, *La conciliazione giudiziale*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, Torino, 1998, 920.

della Corte costituzionale n. 443 del 2000 ⁽³²⁾, che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale del previgente art. 48, 5° comma, d.lgs. n. 546 cit. nella parte in cui, secondo il giudice remittente, avrebbe legittimato un'assoluta discrezionalità dell'Amministrazione nella determinazione del contenuto dell'accordo, non consentendo alla commissione di esprimere una valutazione di congruità delle imposte conciliate rispetto alla disciplina sostanziale. Nell'escludere un ruolo meramente 'notarile' del giudice, la Corte ha negato la violazione degli artt. 97, 53 e 108 Cost., valorizzando il contesto giurisdizionale e processuale della conciliazione.

Quanto alle prime due norme, per quanto qui più rileva, non troverebbero applicazione in quanto di natura sostanziale, poiché funzionali, rispettivamente, all'esercizio della sola azione amministrativa e alla garanzia sostanziale della proporzionalità dell'imposta rispetto alla capacità del contribuente.

Più precisamente, la Corte ha confinato l'art. 53 cit. (e il suo collegamento con l'art. 3 Cost.) nell'ambito del 'sostanziale', ossia del rapporto tra Amministrazione e contribuente, separandolo da quello 'processuale' del rapporto tra le parti e il giudice, cui atterrebbe il potere della commissione di controllare l'ammissibilità dell'accordo. Nonostante il riconoscimento giurisprudenziale del limite formale d'inammissibilità, tuttavia, parte della dottrina ha mantenuto un orientamento critico, tendente a legittimare quantomeno la descritta valutazione del giudice sugli eventuali profili di patologia dell'accordo rispetto alle norme inderogabili collegate alla disciplina delle singole imposte ⁽³³⁾.

Un ulteriore condizionamento al ruolo della commissione nella procedura deflativa tributaria concerne, infine, la funzione latamen-

⁽³²⁾ La sentenza è edita in *Fisco*, 2000, 12400 e in *Riv. giur. trib.*, 2000, 373 ss., con nota di M. GIORGETTI, *Sull'insindacabilità della conciliazione da parte del giudice tributario*.

⁽³³⁾ G. PETRILLO, *Profili sistematici della conciliazione giudiziale tributaria*, Milano, 2006, 47 ss.

te mediatoria (o conciliativa, per l'appunto) finalizzata ad agevolare la formazione del consenso su una modalità di risoluzione del contrasto.

Dagli esaminati limiti del perimetro applicativo della conciliazione – tipici dell'ordinamento tributario e riconducibili alla natura inderogabile delle norme sostanziali – deriva che 'l'oggetto' del tentativo di composizione del contrasto sulla situazione giuridica soggettiva non coincide con interessi e fini variabili, non positivizzati e di stampo privatistico delle parti, ma con il diritto che forma oggetto della lite, a prescindere dal fatto che tale situazione soggettiva sia qualificata in termini d'obbligazione d'imposta o di esercizio del potere impositivo e del conseguente interesse legittimo del contribuente.

In altri termini, poiché la disciplina sostanziale, come quella sanzionatoria, presenta margini limitati di derogabilità, l'intervento della commissione nel contesto del tentativo di conciliazione in udienza, nella maggior parte dei casi, può solo agevolare la formazione dell'accordo attraverso un'indiretta valutazione della sostenibilità giuridica (in fatto o in diritto) della controversia e dei diritti che la riguardano, inducendo le parti (e in particolare la parte pubblica) a rinunciare o modificare le proprie pretese, ma non a valorizzare interessi diversi da quelli che trovano tutela nelle norme (o nei diritti) collegati alla posizione tributaria controversa.

Può richiamarsi, per migliore rappresentazione di tale limite e pur con i dovuti distinguo ricostruttivi, la nota (e già in parte accennata) distinzione tra mediazione 'facilitativa' e 'aggiudicativa'. In tale dicotomia, la soluzione della lite si basa, rispettivamente, sulla reciproca soddisfazione di bisogni o interessi delle parti – anche attraverso la costituzione di un nuovo rapporto giuridico avente ad oggetto situazioni giuridiche diverse da quelle controverse – oppure (nel caso della forma aggiudicativa) «su chi ha ragione o torto»⁽³⁴⁾.

⁽³⁴⁾ F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2017, 30. Sulla differenza tra mediazione facilitativa e aggiudicativa, anche R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011.

L'attività 'conciliativo-mediatoria' del giudice tributario rientra, per l'appunto, in tale seconda tipologia, trovando, tuttavia e paradossalmente, in tale limite la sua principale ragione di efficacia, seppur inquadrata nella permanente, problematica coesistenza tra la 'pre-cognizione', che porta a una implicita anticipazione di un possibile esito del giudizio, e i limiti di astensione e riconsuazione.

6. *La natura della conciliazione tributaria.* – Il dibattito sulla natura della conciliazione tributaria risente certamente degli esiti di quello civilistico, ma è amplificato dalle peculiarità della fattispecie impositiva. Un'amplificazione che dipende sia dall'altrettanto controversa qualificazione della situazione giuridica soggettiva d'imposta e della sua indisponibilità, sia dai limiti strutturali determinati dalla generalizzata inderogabilità della disciplina fiscale e dalla tendenziale vincolatività del connesso agire amministrativo.

Un punto di partenza per la rappresentazione di tale complessità ricostruttiva è dato dalle tre alternative logiche sulla natura dell'istituto, in cui possono inquadrarsi i singoli, variegati orientamenti: propriamente processuale, esclusivamente sostanziale o, ancora, sostanziale e processuale insieme.

Nell'ambito propriamente civilistico della conciliazione giudiziale possono ricondursi alla prima alternativa quegli orientamenti che individuano nel ruolo del giudice l'elemento caratterizzante la figura e qualificano l'aspetto sostanziale di costituzione, modificazione o estinzione delle situazioni soggettive coinvolte quale mero effetto dell'accordo. Deriva da tale orientamento la qualificazione della conciliazione in termini di procedimento di giurisdizione volontaria⁽³⁵⁾.

In ambito tributario l'impostazione esclusivamente 'processualista' non ha trovato un riscontro significativo⁽³⁶⁾. Una tale qualifi-

⁽³⁵⁾ F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 337 ss.

⁽³⁶⁾ Valorizzano l'elemento processuale C. GARBARINO, *Imposizione ed effettività nel diritto tributario*, Padova, 2003, 291 e L. TOSI, *La conciliazione giudiziale*,

cazione, nonostante il pur rilevante effetto dell'estinzione del processo, sarebbe stata discutibile già nelle formulazioni previgenti dell'art. 48 d.lgs. n. 546 del 1992, a causa della vista marginalizzazione del ruolo del giudice, oltretutto nel contesto della controversa ricostruzione dell'oggetto del processo in termini costitutivistici⁽³⁷⁾. Ma ancor meno sostenibile essa appare nella vigenza dell'attuale disciplina, che pone a ostacolo l'anticipazione del perfezionamento al momento della sottoscrizione dell'accordo stragiudiziale e la conseguente irrilevanza costitutiva del provvedimento di estinzione del giudizio rispetto al verificarsi degli effetti sostanziali della conciliazione.

Una maggior influenza in ambito tributario va invece riconosciuta agli orientamenti sostanzialistici o misti che hanno affermato la natura negoziale della conciliazione, pur con diverse varianti di pensiero.

Anzitutto, quella di qualificazione contrattuale, con assimilazione della conciliazione alla transazione⁽³⁸⁾, in ragione dei due elementi fissati dall'art. 1965 c.c. delle reciproche concessioni e dalla funzione di composizione della controversia. Senza fuoriuscire dal contesto negoziale, altrettanto rilevante (dalla prospettiva tributaria) appare l'orientamento civilistico di chi, negando la natura tipicamente transattiva della conciliazione, ammette la possibilità che quest'ultima si sostanzi non solo in una reciproca concessione, ma anche in un mero riconoscimento della pretesa integrale altrui, con

cit., 912. Nella giurisprudenza tale prospettiva è stata fatta propria da Cass., 6 ottobre 2001, n. 12314 e Cass., 12 giugno 2002, n. 8369, entrambe in *Boll. trib.*, 2002, 1333.

⁽³⁷⁾ In tal senso, C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, cit., *passim*.

⁽³⁸⁾ C.A. NICOLETTI, *La conciliazione nel processo civile*, Milano, 1963, 85; C.M. DE MARINI, *La successione nel diritto controverso*, Roma, 1953, 97; L.P. COMOGGIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 591; A. RICCIO, *La natura contrattuale dei verbali di conciliazione giudiziale e la loro impugnabilità per illiceità della causa in concreto*, in *Contratto impr.*, 2011, 56 ss.

la conseguenza di considerare la conciliazione, per peculiarità, una forma negoziale a natura mista ⁽³⁹⁾.

Nel descritto contesto generale, sulla natura della conciliazione tributaria la dottrina di settore si è ripartita tra, da un lato, l'orientamento unilateralista di chi ha inquadrato l'istituto tra quelli d'autotutela amministrativa ⁽⁴⁰⁾ (in cui l'accordo consisterebbe in una mera adesione del contribuente al provvedimento dell'Amministrazione di annullamento parziale dell'atto impugnato) e, dall'altro lato, una visione bilaterale di consensualità formale della decisione conciliativa.

All'interno di quest'ultimo orientamento, che pare prevalente, si assiste a un ulteriore contrasto tra prospettive 'sostanzialiste' e 'procedimentali': propriamente negoziali e di stampo privatistico/transattivo (legate spesso alla figura dell'obbligazione d'imposta), le prime; d'accertamento latamente consensuale con prevalenza di profili pubblicistici, collegate alla ricostruzione del diritto tributario in termini di potestà pubblicistica, le seconde ⁽⁴¹⁾.

Nella prospettiva sostanzialista e negoziale la conciliazione acquisisce la tipica natura transattiva ⁽⁴²⁾, derivante dalle reciproche concessioni secondo lo schema dell'*aliquid datum* e dell'*aliquid retentum*. Una natura transattiva e negoziale da cui originano, nella

⁽³⁹⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, Napoli, 1959, 47, secondo cui la conciliazione non è una figura negoziale a se stante, ma indica soltanto un modo della composizione che ha luogo tra le parti.

⁽⁴⁰⁾ F. GALLO, *Ancora sul neo concordato e sulla conciliazione giudiziale*, in *Rass. trib.*, 1994, 1483 ss., spec. 1491 ss.; E. GRASSI, *Un istituto chiaro negli scopi ma in attesa dell'opera dell'interprete per incompletezza della disciplina*, in *Fisco*, 1999, 7431; S. LA ROSA, *Concordato, conciliazione e flessibilità dell'amministrazione*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, I, 1089; F. RANDAZZO, *Manuale di diritto tributario*, Torino, 2020, 359.

⁽⁴¹⁾ Descrive i vari orientamenti citati, D. STEVANATO, *op. cit.*, 637.

⁽⁴²⁾ F. BATISTONI FERRARA, B. BELLÈ, *Diritto processuale tributario*, cit., 144-5; C. LAMBERTI, *I rappresentanti degli uffici possono conciliare 'discrezionalmente'*, in *Corriere trib.*, 2001, 1513; M. REDÌ, *Conciliazione giudiziale: anabasi di un istituto*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, I, 401; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2008, 567.

prospettiva in esame, i già citati effetti ‘novativi’ della conciliazione rispetto all’obbligazione originaria accertata.

Nell’opposto orientamento, la conciliazione sarebbe inquadrabile nella più recente figura degli accordi consensuali di stampo pubblicistico di cui alla l. n. 241 del 1990⁽⁴³⁾, con una sostanza (non negoziale o giurisdizionale, ma) procedimentale e tipicamente amministrativa, seppur non unilaterale⁽⁴⁴⁾. Lo svolgimento del contraddittorio conciliativo rappresenterebbe sempre un’attività d’accertamento dell’imposizione rispetto al canone legale che le parti assumono violato. E l’incontro di volontà tra la parte pubblica e quella privata (l’accordo) in tal caso sarebbe la conseguenza della verifica concordata d’accertamento.

Entrambe le prospettive, invero, radicalizzano la natura della conciliazione su posizioni eccessivamente privatistiche, da un lato, o amministrativistiche, dall’altro, non riuscendo completamente a far coesistere coordinatamente i caratteri dei due ordinamenti, che insieme convivono nella fattispecie tributaria. Da un lato, la tipica libertà e autonomia privatistica delle parti, su cui si basa la figura transattiva, sconta i limiti d’indisponibilità del tributo e d’inderogabilità della disciplina fiscale. Dall’altro, una rigidamente intesa funzione d’accertamento della disciplina fiscale rappresenta, quantomeno nel caso della procedura fuori udienza, un paradosso, con conseguenti effetti di pratica inefficacia dell’istituto: si pretende di ottenere con una deliberazione consensuale di certezza e verità la soluzione del disaccordo che proprio tale certezza ha escluso.

Per tali ragioni, un’altra parte della dottrina⁽⁴⁵⁾, qui condivisa, ha ritenuto possibile far coesistere, esaltando la peculiarità dell’istituto tributario, una natura pubblicistica consensuale con

⁽⁴³⁾ Diffusamente sul tema, M.T. MOSCATELLI, *Moduli consensuali e istituti negoziali nell’attuazione della norma tributaria*, Milano, 2007, *passim*; ID., *Le fattispecie consensuali e negoziali nell’attività di accertamento e in quella di riscossione del tributo*, in *Giust. trib.*, 2008, 659 ss.

⁽⁴⁴⁾ P. SELICATO, *La conciliazione giudiziale tributaria: un istituto processuale dalle radici procedimentali*, in *Giust. trib.*, 2008, 687.

⁽⁴⁵⁾ E. MARELLO, *Caratteri novativi della conciliazione giudiziale*, cit., 895.

aspetti tradizionalmente di origine privatistico-transattiva, qualificando la conciliazione come un accordo consensuale pubblicistico, non d'accertamento ma latamente transattivo (per scambio reciproco di rinunce alle pretese) e con effetti anche processuali, finalizzato alla risoluzione del contrasto sostanziale sulla pretesa dell'Amministrazione finanziaria.

Un orientamento che, attraverso l'opera del giudice e nei limiti normativi inderogabili alla discrezionalità delle parti, tende a raggiungere un consenso di tipo negoziale proprio valorizzando l'incertezza sulla rispondenza delle singole pretese contenute nell'atto impugnato con il paradigma normativo che si assume violato e sulla conseguente prognosi, più o meno favorevole per l'una o l'altra parte, sull'esito del giudizio.

7. Prospettive di riforma e considerazioni conclusive. – La disciplina processuale tributaria contenuta nel d.lgs. n. 546 del 1992, pur nell'elevato grado di raffinatezza concettuale della sua architettura, è in corso di revisione al fine di ricostituire una sua coerenza sistematica, parzialmente (e forse fisiologicamente) ridottasi con l'evoluzione giurisprudenziale, oltre che una maggiore efficacia.

Nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza⁽⁴⁶⁾, l'ampio consenso generale per una riforma che abbia come priorità un accrescimento della competenza specialistica del giudice tributario e l'aumento della capacità deflativa non pare aver finora generato un'altrettanto generale convergenza sugli specifici strumenti tecnici per il raggiungimento di tali obiettivi.

Nella prima formalizzazione del confronto istituzionale, la Commissione interministeriale per la riforma della giustizia tributa-

⁽⁴⁶⁾ Il Piano è stato presentato il 30 aprile 2021 in attuazione del regolamento UE n. 241/2021, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 febbraio 2021.

ria, nella sua relazione conclusiva del 30 giugno 2021 ⁽⁴⁷⁾, ha manifestato l'esistenza di un contrasto tra prospettive: una prima, d'intervento solo puntuale e limitato ad alcuni aspetti processuali, conservativo dell'attuale impianto giurisdizionale; una seconda, di più radicale revisione di quest'ultimo, in particolar modo rispetto alle modalità di reclutamento e al regime dei giudici tributari, che ha trovato una compiuta e sistematica espressione in alcune condivisibili proposte dottrinali di riforma ⁽⁴⁸⁾.

A superamento del descritto contrasto, è recentemente stato approvato dal Governo lo schema di d.d.l. di riforma della giustizia tributaria recante «disposizioni in materia di giustizia e di processo tributari», con la quale si è data forma a una parziale revisione professionalizzante della magistratura tributaria e ad alcune modifiche specifiche al d.lgs. n. 546 del 1992, mantenuto, tuttavia, nel suo impianto sostanziale attuale.

Tra le modifiche alle disposizioni sul processo tributario, per quanto qui interessa, l'art. 2 dello schema propone l'inserimento, nel corpo del d.lgs. n. 546 del 1992, di una nuova disposizione (l'art. 48 *bis*.1), volta a introdurre e disciplinare la «conciliazione proposta dalla Commissione tributaria».

In sostanza, per le controversie soggette a reclamo ai sensi dell'art. 17 *bis* d.lgs. n. 546 cit., la commissione tributaria, ove possibile, avrebbe la facoltà di formulare alle parti una proposta conciliativa, «avuto riguardo all'oggetto del giudizio e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione». Una proposta che potrebbe

⁽⁴⁷⁾ La relazione è consultabile sul sito internet del *Ministero della Giustizia*, <https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_DELLACANANEA_relazione_finale_30giu21.pdf>.

⁽⁴⁸⁾ Il riferimento è, anzitutto, alla proposta di *Codice della giustizia tributaria*, promosso da Cesare Glendi, in sintonia con Salvatore La Bruna, consultabile in appendice al volume di M. BASILAVECCHIA, A. COMELLI (a cura di), *Discussioni sull'oggetto del processo tributario*, cit., *passim*. Per una valutazione della proposta anche rispetto alle prospettive di riforma della conciliazione tributaria, si veda G. CORASANITI, *La mediazione e la conciliazione nel processo tributario*, in C. GLEN- DI (a cura di), *La riforma della giustizia tributaria*, Milano, 2021.

essere presentata fuori udienza, con comunicazione alle parti, oppure in udienza (con comunicazione alle parti non presenti) e con eventuale rinvio a una successiva udienza per il perfezionamento dell'eventuale accordo conciliativo raggiunto, ovvero, in mancanza di quest'ultimo, per la trattazione della causa.

Lo schema si preoccupa poi di uniformare la disciplina perfezionativa di questa rinnovata modalità di conciliazione con quella in udienza *ex art. 48 bis* d.lgs. n. 546 cit., prevedendo che la prima, parimenti, si perfezioni con la redazione del processo verbale e con indicazione in questo delle somme dovute, dei termini e delle modalità di pagamento, anche rateali e delle riduzioni sanzionatorie previste dall'*art. 48 ter* d.lgs. n. 546 cit. Verbale a cui seguirebbe la sentenza di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere e che costituirebbe titolo per la riscossione delle somme dovute.

Il nuovo *art. 48 bis.1* cit. stabilisce altresì che «la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice», in tal modo introducendo una limitazione alla specifica disciplina dell'astensione e ricusazione e, implicitamente, una qualificazione *ex lege* della proposta del giudice in termini indirettamente deliberativi.

In ultimo, a rafforzamento dell'astratta efficacia dell'istituto, lo schema governativo modifica l'*art. 15, 2° comma octies*, prevedendo che in caso di proposta conciliativa (tanto giudiziale, quanto di parte) non accettata senza giustificato motivo, le spese del giudizio, maggiorate del 50 per cento, restano a carico di chi tale rifiuto ha espresso ove il riconoscimento delle sue pretese risulti inferiore al contenuto della proposta ad essa effettuata. Con ciò estendendo alla conciliazione la disciplina già prevista per le ipotesi di mediazione in fase di reclamo di cui al *2° comma septies*.

L'iniziativa legislativa così formulata è indubbiamente un primo, seppur limitato, tentativo di riduzione del contenzioso di merito (reso ormai indifferibile, a valle, dalla dimensione di quello di legittimità) attraverso una maggiore valorizzazione, da più parti auspicata, del ruolo conciliativo del giudice.

Tuttavia, appare evidente l'eccessiva ristrettezza dell'ambito applicativo della soluzione e ben dubbia la sua efficacia pratica. La previsione della mera possibilità (facoltà) per il giudice di formulare la proposta conciliativa rimette ai tempi, all'organizzazione e alla sensibilità della commissione tributaria l'effettiva utilità dell'istituto. E introduce i conseguenti rischi di un'applicazione dell'istituto limitata e non organicamente generalizzata sul territorio, oltre che di un rinvio del tentativo conciliativo a un momento assai prossimo all'udienza, quando non esclusivamente all'interno di quella, con sostanziale inefficacia della proposta fuori udienza. Ciò in ragione della non sempre celere individuazione del relatore della causa e dell'assenza di un momento procedimentalizzato d'incontro del collegio giudicante, antecedente l'udienza, per la condivisa valutazione della fattispecie e conseguente formulazione della proposta.

A tali criticità si aggiunge quella relativa all'applicabilità della proposta del giudice nel contesto delle sole fattispecie in cui debba essere (e già sia stata) svolta la fase di reclamo e mediazione *ex art. 17 bis* d.lgs. n. 546 del 1992 e solo in presenza di («avuto riguardo a») questioni di pronta e facile soluzione.

Tali limitative previsioni – in cui riecheggia l'improprio e faticosamente superato riferimento alle cause basate su prove «certe e dirette» contenuto negli atti legislativi della fase di genesi dell'istituto conciliativo – circoscrivono eccessivamente l'ambito della novellata proposta giudiziale e creano un potenziale allungamento dei tempi processuali attraverso un'inefficace duplicazione del momento deflativo: prima in fase di reclamo e solo successivamente innanzi al giudice.

Inoltre, tali limitazioni potrebbero generare un paradossale depotenziamento della conciliazione in tutte le cause di maggior rilievo: dall'inapplicabilità ad esse della novellata disciplina, dovrebbe infatti conseguire l'impossibilità per il giudice di formulare una qualunque tipologia di proposta nel contesto della 'ordinaria' conciliazione in udienza prevista dall'*art. 48 bis* d.lgs. n. 546 cit., con conseguente rischio di ricusazione dello stesso in caso di violazione.

Un possibile risultato ermeneutico che appare non solo contrario agli scopi deflativi della riforma, ma anche al perimetro tipico della funzione 'mediatoria' del giudice nel contesto della conciliazione giudiziale, in cui rientra anche e soprattutto il potere di prospettare, seppur senza le formalità peculiari stabilite dal disegno di legge, alternative solutorie alle parti che possano determinare la formazione dell'accordo.

Lo schema di riforma, in definitiva, mostra margini di miglioramento, in particolare attraverso una possibile anticipazione dell'intervento conciliativo del giudice nella prima fase di proposizione del ricorso, con un auspicabile superamento della non efficace fase di reclamo.

Come già evidenziato, l'attività tipica di mediazione nella fase iniziale del processo è oggi attribuita dall'art. 17 *bis* d.lgs. n. 546 cit. allo stesso ente impositore che ha emesso l'atto, seppure per il tramite di una sua, formalmente autonoma, articolazione. Nella prassi, tali articolazioni sono state individuate nelle aree legali delle direzioni provinciali dell'Agenzia delle entrate, ossia a quell'organo interno cui è affidata la difesa in giudizio dell'ente.

Il contesto d'inderogabilità normativa che pervade l'ordinamento tributario e determina un'azione vincolata dell'Amministrazione rende strutturalmente inefficiente tale strumento di autocomposizione stragiudiziale della lite già formata perché, come detto, limita i criteri di componimento potenziale di questa alla sola valutazione della sostenibilità in giudizio delle pretese fiscali e riduce lo spazio per soluzioni legate a interessi contigui all'imposta controversa, quali quelli relativi alla pura convenienza delle premialità economiche previste per la conciliazione o alla prospettiva di efficace e fruttuosa riscossione del dovuto.

In assenza, dunque, di un organo terzo che consenta più o meno indirettamente alle parti di valutare il grado di sostenibilità giudiziale della pretesa (attraverso la tipica funzione mediatoria di natura aggiudicativo/delibativa svolta dal giudice), lo strumento previsto dall'art. 17 *bis* cit. (così come qualunque altro istituto latamente

concordatario) mantiene un suo strutturale limite d'efficacia compositiva della lite già formata.

Una maggior presa di consapevolezza di tale peculiarità della materia tributaria, che pare essere stata colta dallo schema, permette di auspicare, quantomeno, una modifica migliorativa al proposto art. 48 *bis*.1 cit. Ad esempio, prevedendo per tutte le controversie, e non solo quelle di valore inferiore ai 50.000 euro, un'obbligatorietà (e non una mera facoltà) generalizzata del tentativo conciliativo svolto dalla commissione (o da un giudice monocratico) in un'apposita udienza, da fissarsi in un termine non eccessivamente distante dalla costituzione in giudizio della parte resistente, coordinata con quella dell'eventuale fase cautelare.

In mancanza di tali minimi miglioramenti, la pur apprezzabile valorizzazione astratta dell'azione conciliativa del giudice tributario potrebbe non essere sufficiente a superare l'inefficacia deflativa degli strumenti attuali basati su alternative d'incentivazione premiale dell'accordo attraverso maggiori riduzioni sanzionatorie o di dissuasione dalla prosecuzione del giudizio. E ciò non per rigidità volontaristiche degli attori fiscali, ma per quella struttura ontologica del contrasto d'imposta di cui si è cercato di dar conto.

Abstract

Lo scritto analizza l'istituto della conciliazione giudiziale tributaria e i suoi rapporti con gli istituti di risoluzione alternativa delle controversie fiscali. Esamina l'evoluzione storica dell'istituto e la sua disciplina attuale: in particolare, le caratteristiche della lite e i limiti strutturali alla possibilità di raggiungere un accordo tra le parti, oltre che all'esercizio dei poteri del giudice nella conciliazione. In conclusione, l'analisi si sofferma sulle recenti prospettive di riforma del processo tributario e della conciliazione nel contesto delle iniziative del programma *Next Generation EU*.

This paper analyzes the mechanism of judicial conciliation in tax disputes and its relationship with out-of-court dispute resolution tools. The author examines the historical evolution of judicial conciliation and its current regulation. While exploring the main characteristics of tax disputes, particular attention is given to the inherent limits on reaching an agreement between the parties to litigation and the judicial power to promote settlement. In conclusion, the analysis focuses on the recent Italian reform proposals of the judicial proceedings regarding tax disputes and conciliation mechanisms as incentivized by the Next Generation EU plan.

A STUDY ON THE USE OF MEDIATION
IN COMBINATION WITH ARBITRATION

THE EXPERIENCE OF EAST ASIA
WITH FOCUS ON MAINLAND CHINA

Dilyara Nigmatullina () and Ruohan Zhu (**)*

TABLE OF CONTENT: Introduction. – PART I. The Study: Methodology. – PART II. The Study: Participants. – PART III. The Study: Limitations, Results and Discussion. – Conclusion.

Introduction

We are living in unprecedented times. Companies all over the world are facing overwhelming challenges as they navigate the impacts of the COVID-19 pandemic. The pandemic is shaking supply and pricing expectations in nearly every global market from commodities to industrial products.⁽¹⁾ Companies cannot operate at

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022 181-220. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Postdoctoral Researcher at the University of Antwerp (Faculty of Law, Law Enforcement research group).

(**) Project manager at the Shanghai Arbitration Commission.

Acknowledgements. The authors are grateful to Dr. Hu Li, Dr. Chen Jian, Prof. Liu Xiaohong, Dr. Xiang Lei, Dr. Huang Zhijin, Dr. Mingchao Fan, Mr. Haruo Okada, Mr. Christopher To, Mr. Oh Hyun Suk, Ms. Sue Hyun Lim, Mr. Heehwan Kwon, Mr. Haig Oghigian, Mr. Douglas K. Freeman, Mr. Gary J. Gao and many others for assistance in collecting questionnaire data.

⁽¹⁾ G.L. BENTON, *How Will the Coronavirus Impact International Arbitration?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/03/13/>>

full capacity and many experience extreme financial pressure. We might be on the brink of a tsunami of disputes. ⁽²⁾

Against this backdrop, we can expect that the need for time and cost-efficient dispute resolution will grow ⁽³⁾ because only in this way companies will be able to resume their operations quickly. ⁽⁴⁾ Rather than insisting on strict enforcement of contractual terms, businesses may prefer focusing on maintaining their business relationship and renegotiating contracts. ⁽⁵⁾ This may increase the demand for amicable dispute resolution mechanisms like mediation as well as the combined use of different dispute resolution processes. Notably, even before the current crisis, the global interest in the latter was on the rise. The results of the Global Pound Conference Series 2016-2017 (GPC) survey are the latest indication of that. ⁽⁶⁾

[how-will-the-coronavirus-impact-international-arbitration/](#)> (last visited 23 June 2022).

⁽²⁾ G. LIM, *Future of International Mediation: Post Covid-19 Pandemic and its Impact on Cross-Border Disputes*, in *SIMC-KCAB International Mediation Webinar*, <www.drive.google.com/file/d/10UtR_D_R1HtGJhBxRMZU_jbjriHWgUMuj2/view?pli=1> (last visited 23 June 2022); N. NEILSON, *Courts not Ready for Post-COVID World*, in *Lawyers Weekly*, <www.lawyersweekly.com.au/sme-law/28474-courts-not-ready-for-post-covid-world-covid-world> (last visited 23 June 2022).

⁽³⁾ The focus of this article is international commercial dispute resolution.

⁽⁴⁾ C. WEE MENG, *Resolving Cross-Border Disputes Online: SIMC COVID-19 Protocol*, in *SIMC-KCAB International Mediation Webinar*, <www.drive.google.com/file/d/10UtR_DR1HtGJhBxRMZU_jbjriHWgUMuj2/view?pli=1> (last visited 23 June 2022).

⁽⁵⁾ K. FAN, *The Impact of COVID-19 on the Administration of Justice*, in <*Kluwer Arbitration Blog*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/07/10/the-impact-of-covid-19-on-the-administration-of-justice/?doing_wp_cron=1596956923.4816219806671142578125%20> (last visited 23 June 2022).

⁽⁶⁾ More than 4,000 people participated in the survey at 28 conferences in 24 countries across the globe. Hundreds more completed the survey online. The participants included parties, outside lawyers, adjudicative and non-adjudicative providers, and influencers. GLOBAL POUND, *Global Pound Conference Series 2016-17 – Cumulated Data Results March 2016-September 2017*, in *GPC Series Data and Reports*, <<https://imimediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/#905-907-aggregated-results>> (last visited 23 June 2022).

The participants of the survey ranked combining adjudicative and non-adjudicative dispute resolution methods as a top second process (45%) that should be prioritized to improve the future of commercial dispute resolution.⁽⁷⁾ Combining arbitration with mediation is one way of using adjudicative and non-adjudicative processes together.

While mediation and arbitration can be combined in numerous ways,⁽⁸⁾ the analysis of the literature on the topic of combinations⁽⁹⁾ demonstrates that so far, their discussion has revolved around one combination, the same neutral (arb)-med-arb. The term ‘the same neutral (arb)-med-arb’ is used to refer jointly to the same neutral med-arb and the same neutral arb-med-arb. In both combinations mediation and arbitration are used sequentially and the same neutral acts as a mediator and an arbitrator. The processes differ in that the same neutral med-arb starts with mediation, whereas the same neutral arb-med-arb starts with arbitration. The mentioned focus on the same neutral (arb)-med-arb may be explained by two reasons. One is that this combination appears to have the

⁽⁷⁾ *Id.* Pre-escalation processes to prevent disputes were ranked as priority number one (51%). These results are indicative despite the non-scholarly nature of the survey.

⁽⁸⁾ Examples of combinations include the use of mediation and arbitration in sequence, in parallel and otherwise. J. LACK, *Appropriate Dispute Resolution (ADR): The Spectrum of Hybrid Techniques Available to the Parties*, in A. INGENHOUSZ (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, vol. II, Kluwer Law International, 2011, 339, 357-372; see also the work of the International Mediation Institute’s Mixed Mode Taskforce, <<http://imimediation.org/about/who-are-imi/mixed-mode-task-force/>> (last visited 23 June 2022). The Task Force aimed to develop criteria for ways of combining different dispute resolution processes.

⁽⁹⁾ In this article, ‘combinations’ or ‘the combined use of mediation and arbitration’ refer to the actual use of the discrete processes of mediation and arbitration in combination. These include any combination of processes in whatever order and whether conducted by the same or different neutrals. For a detailed discussion of key combinations, terms and definitions, see D. NIGMATULLINA, *Combining Mediation and Arbitration in International Commercial Dispute Resolution*, Routledge, 2018, 15-28, 261-263.

most potential for the increased time and cost efficiency of dispute resolution, as compared to arbitration and other combinations.⁽¹⁰⁾ The other is that it raises numerous concerns, particularly in some jurisdictions.⁽¹¹⁾ The literature and available empirical data explain the differing views of practitioners around the world on the same neutral (arb)-med-arb and perception of the process either as essentially beneficial or flawed by the practitioners' legal culture.⁽¹²⁾

This article presents and discusses the results of a questionnaire that follows up the empirical study conducted by Nigmatullina as part of her research project (original study). The original study was undertaken in 2014-2015 and it consisted of two phases. The first phase investigated the use of combinations in international commercial dispute resolution with the help of a questionnaire.⁽¹³⁾ The second phase involved interviews with highly experienced international commercial dispute resolution practitioners to collect views about the most significant questionnaire results.⁽¹⁴⁾ These included the results that all combinations are used to a relatively low extent in international commercial dispute resolution and diff neutral (arb)-med-arb⁽¹⁵⁾ is the most common combination. The use of

⁽¹⁰⁾ The process is also often praised for its finality and legal enforceability, quality of the outcome, flexibility, incentive to settle, and more honest behavior of parties in mediation as compared to stand-alone mediation. See discussion *id.* at 31-47.

⁽¹¹⁾ The main concerns are discussed in Part III section 2.3(iii).

⁽¹²⁾ See discussion in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 62-80.

⁽¹³⁾ The questionnaire results are reported and discussed in D. NIGMATULLINA, *The Combined Use of Mediation and Arbitration in Commercial Dispute Resolution: Results from an International Study*, in *J. Int'l Arb.* 37-82 (2016); see also D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 84-115.

⁽¹⁴⁾ The interview results are discussed in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 115-123, 172-173, 193-196, 224-225, 230, 232-234.

⁽¹⁵⁾ This term is used to refer jointly to the diff neutral med-arb and diff neutral arb-med-arb. In both combinations mediation and arbitration are used sequentially while different neutrals act as a mediator and an arbitrator. The processes differ in that diff neutral med-arb starts with mediation, whereas diff neutral arb-med-arb starts with arbitration.

the same neutral (arb)-med-arb appeared to be minimal only. ⁽¹⁶⁾

The result in respect of the most common combination supported the existence of a link between the practitioners' legal culture and their use of the same neutral (arb)-med-arb. It was explained by the fact that the majority of the questionnaire participants with experience in combinations practiced in Continental Europe and common law jurisdictions in the Asia Pacific region (Common Law Asia Pacific). Only one participant indicated mainland China as a primary jurisdiction of practice and none of the participants practiced in Japan or South Korea. ⁽¹⁷⁾ To further test the hypothesis about the existence of a link between the practitioners' legal culture and their use of the same neutral (arb)-med-arb, it appeared worthwhile to conduct a follow-up study that would involve international dispute resolution practitioners from East Asia, in particular those who have mainland China, Japan and South Korea as their primary jurisdiction of practice. ⁽¹⁸⁾

This article analyses the results of the follow-up study on the current use of combinations in international commercial dispute resolution by East Asian practitioners, most of whom are based in mainland China. It starts by explaining the study's methodology and the background of the questionnaire participants. It then examines the key study's results in the context of the results of the original study. ⁽¹⁹⁾ In presenting and discussing the results of the follow-

⁽¹⁶⁾ Other results of the original questionnaire are discussed, where relevant, in the following sections of this article.

⁽¹⁷⁾ This result and the issue of the legal culture overall are discussed further in Part III section 2.3.

⁽¹⁸⁾ While the focus of this article is on the impact of legal culture on the practice of combinations in various parts of the world, in no way do the authors argue that legal culture is the one and only factor that has influence on the practice of combinations. Whether to use any combination at all and if so in what way will depend on the particular circumstances of the case, including the jurisdictions that are the place of arbitration and the award's enforcement. The choice of any combination should be made in full awareness of applicable laws that may authorize, regulate, restrict or even prohibit the use of some combinations.

⁽¹⁹⁾ The goal of this article is to compare the results of the follow-up study

up study, the article follows the structure and uses the same figures and tables as the article analysing the results of the original questionnaire.⁽²⁰⁾ This is to facilitate the comparison between the results of the original questionnaire and those of this follow-up study for an interested reader.

PART I

The Study: Methodology

1. *Process.* – The study was conducted between March 2019 and January 2020 by distributing a questionnaire in electronic form to a pool of participants in two stages.

At the initial stage – from March until June 2019 – an invitation to complete the questionnaire in English was circulated by the China Academy of Arbitration Law (CAAL), the Japan chapter of the CIArb, Japan International Mediation Center (JIMC), and the Korean Commercial Arbitration Board (KCAB) International.⁽²¹⁾ A number of lawyers specialized in international dispute resolution from several international law firms in South Korea,⁽²²⁾ China⁽²³⁾ and Japan⁽²⁴⁾ were specifically invited to complete the questionnaire. This yielded 21 completed questionnaires.

with those of the original study. The authors have no intention to conduct a comparative analysis of the approaches to combinations beyond what is supported by the results of both studies. In particular, they do not intend to make any comparisons across Asian jurisdictions.

⁽²⁰⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 13.

⁽²¹⁾ In particular, the questionnaire was circulated among the contacts of CAAL, members of the CIArb's Japan chapter, Committee members of the JIMC, and posted by the KCAB International in its LinkedIn group.

⁽²²⁾ Kim & Chang, BKL, Lee & Ko, Yulcheon, Shin & Kim.

⁽²³⁾ Zhong Lun Law Firm.

⁽²⁴⁾ Squire Patton Boggs.

To increase the number of completed questionnaires, a Chinese translation of the questionnaire was prepared and uploaded online. In the second stage – from December 2019 until January 2020 – an invitation to complete the questionnaire in both Chinese and English languages was circulated among Chinese international dispute resolution practitioners by email and via WeChat.⁽²⁵⁾ The group contacted by email included dispute resolution lawyers⁽²⁶⁾ as well as scholars and graduates of the East China University of Political Science and Law working in the legal field. At the same time, more practitioners were invited to complete the questionnaire via WeChat. In particular, the questionnaire was posted in WeChat groups of arbitrators and sent to contacts of the authors. Upon the authors' request, several leading Chinese arbitrators forwarded an invitation to complete the questionnaire to their networks of dispute resolution practitioners. The authors received 29 responses in this second stage. The total number of completed questionnaire responses amounted to 50.

2. Aim, Design and Key Terms. – The questionnaire aimed to gather data about the current use of combinations in international commercial dispute resolution by dispute resolution practitioners who have mainland China, Japan and South Korea as their primary jurisdiction of practice.

The questionnaire designed for the original study was used. However, in this follow-up study, the Chinese version of the questionnaire was circulated next to the original English version. The questionnaire contained 22 questions arranged in three parts:

- (1) Questions 1-4 related to the background of the participants.
- (2) Questions 5-19 collected information about the participants'

⁽²⁵⁾ WeChat (weixin.qq.com) is a messaging and calling application in China and beyond which is believed to have over one billion users.

⁽²⁶⁾ These lawyers were affiliated with the following law firms in China: Wintell & Co, De Heng Law Offices, and Duan & Duan.

professional experience (if any) in combinations in international commercial dispute resolution over the previous five years.

(3) Questions 20-22 enquired into participants' views on the main benefits of combinations and their use in the future, irrespective of the participants' experience in this field.

Like in the original questionnaire, the authors defined the terms 'mediation' ⁽²⁷⁾ and 'the combined use of mediation and arbitration'. ⁽²⁸⁾

PART II

The Study: Participants

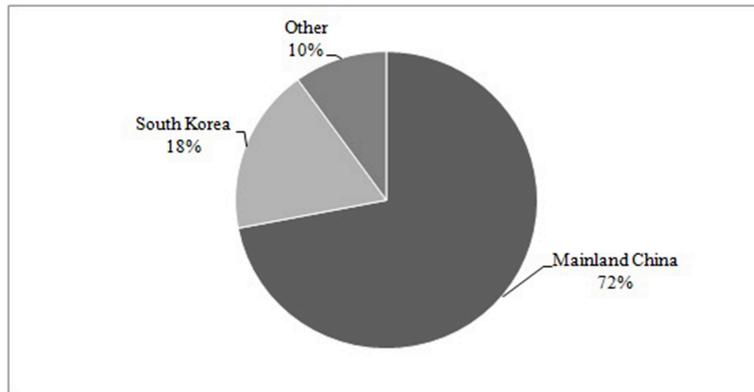
Fifty international dispute resolution practitioners from five jurisdictions of the world participated in the study. Two largest groups of the participants practiced in mainland China and South Korea (see Figure 1). ⁽²⁹⁾

⁽²⁷⁾ The questionnaire stated that 'mediation' is used interchangeably with conciliation. Evaluative and facilitative styles of mediation are distinguished. A mediator adopting a facilitative style will not suggest specific options for settlement, express a view as to the merits of the dispute, or be directive on the outcome.

⁽²⁸⁾ The questionnaire stated that 'the combined use of mediation and arbitration' refers to the actual use of the discrete processes of mediation and arbitration in combination. It includes any combination of processes in whatever order and whether conducted by the same or different neutrals.

⁽²⁹⁾ The smallest group 'Other' included participants practicing in Japan, Hong Kong, the United Kingdom and the United States, as well as a participant who indicated something other than a jurisdiction, ie 'juris practice'.

Figure 1. Jurisdiction of Practice

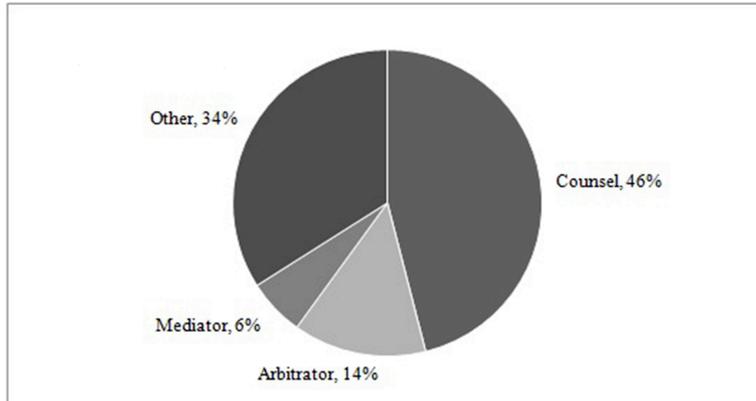


About three-quarters of the participants were lawyers (76%): 62% indicated that they were qualified to practice as a lawyer, while 14% were qualified but not in practice at the time of the survey. About one quarter of the participants had never been qualified to practice as a lawyer (24%).

The participants referred to the role of a counsel (46%) as the most frequent professional role in international commercial dispute resolution over the previous five years (see Figure 2).⁽³⁰⁾

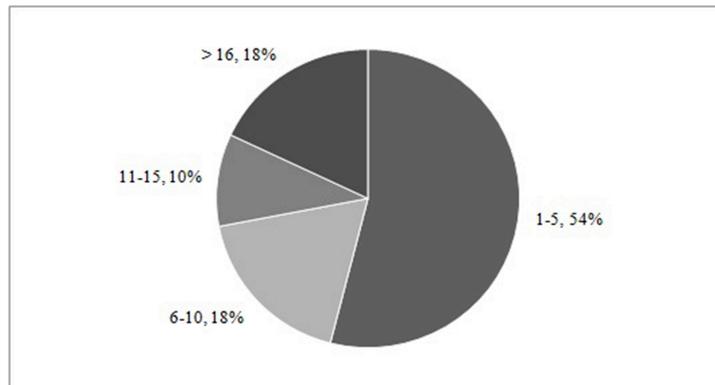
⁽³⁰⁾ The role of an arbitrator was selected by 14% of the participants, while the role of a mediator by 6% of the participants. The remaining participants (34%) included those who referred to a professional role other than as counsel, arbitrator or mediator: teacher/researcher (10%), judge (8%), arbitration institution employee (6%), judge assistant (2%), head of a company's legal department (2%), consultant (2%), and paralegal (2%). One person in this group did not specify any most frequent professional role (2%).

Figure 2. The Most Frequent Professional Role in International Commercial Dispute Resolution Over the Last Five Years



All 50 participants had been involved in international commercial disputes over the previous five years, although the degree of involvement varied (see Figure 3). More than half of the participants had participated in one to five international commercial disputes (54%).

Figure 3. Approximate Amount of International Commercial Disputes Over the Last Five Years



PART III

The Study: Limitations, Results and Discussion

This section points out several limitations to the study before presenting its key results and discussing them in the context of the literature and the original study.

1. *Limitations.* – The follow-up study has several limitations. While most of them are the same as in the original study,⁽³¹⁾ three are specific to the follow-up study. First, from a statistical point of view, the pool of 50 participants is a relatively small sample.⁽³²⁾ Second, while the authors intended to involve in the study the participants representing three East Asian jurisdictions: mainland China,

⁽³¹⁾ These are that the response rate to the questionnaire is impossible to calculate because of the way the electronic questionnaire data was collected; that those who had some experience in combinations may have been more inclined to complete the questionnaire than those without any experience in these processes; that the participants may have been more supportive of international commercial arbitration and mediation and their use, separately or in combination, than lawyers, in general, and in-house counsel, in particular; and that the questionnaire defined the term ‘the combined use of mediation and arbitration’ broadly and consequently in completing the questionnaire, the participants could have narrowed down the meaning of the term and used it to refer to a particular combination that they had experience or were familiar with. See D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 49-50.

⁽³²⁾ Nevertheless, other empirical studies and in particular surveys on arbitration involved comparable or even smaller number of participants. See, e.g. S. WANG, *The Theory and Practice of Combining Arbitration with Conciliation* (仲裁与调解结合的理论实务), Law Press China, 2001, 180-187, reporting results of the survey involving 56 Chinese arbitrators; C. BUHRING-UHLE *et al.*, *Arbitration and Mediation in International Business*, 2nd edn, Kluwer Law International 2006, 105-106, discussing results of the survey completed by 53 practitioners; K. FAN, *An Empirical Study of Arbitrators Acting as Mediators in China*, in 15 *Cardozo J. Conflict Resol.* 777 (2014), basing the analysis on 36 completed questionnaires. Notably, Buhning-Uhle regarded the sample size of 53 respondents as appropriate and not small. BUHRING-UHLE *et al.* at 105.

Japan and South Korea, the majority of the actual participants practiced in mainland China (72%). The second largest group of the participants practiced in South Korea (18%). Only one participant reported practicing in Japan (2%). This is the reason why the discussion that follows focuses on mainland China. Nevertheless, whenever the collected data allowed any meaningful analysis, the authors addressed the situation in South Korea. Due to the scarcity of data, the situation in Japan has not been discussed. Third, being given an option to complete the questionnaire in their native language may have encouraged more Chinese dispute resolution practitioners to participate in the study. However, the translation of the questionnaire into Chinese, like any other translation, may have led to the alteration, however slight, of the original message, mostly due to the intrinsic nature of cross-cultural communication. In view of the listed limitations, the authors suggest that the results of the study are indicative, and they should not be generalized even in respect of East Asia.

2. *Participants' Experience in Combinations.* – When asked about their experience as professionals in international commercial disputes involving combinations over the previous five years, 21 participants stated that they had not had this kind of experience (42%), whereas 29 reported on their involvement in disputes where a combination was used (58%). This result stands in stark contrast to the result in the original questionnaire, where about 65% of the participants reported no experience as professionals in combinations, while about 35% stated that they had this kind of experience.⁽³³⁾

All subsequent questions in the second part of the questionnaire were answered only by participants with experience in combinations. Some participants of this group did not answer certain questions.

⁽³³⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 50.

2.1. Professional Role in Combinations. – The participants were asked to indicate the professional roles they had in disputes involving the use of combinations. In answering this question, they were invited to select from four options. The answers to this question were not mutually exclusive. Like in the original questionnaire, most frequently the participants reported on their experience as counsel (see Table 1). However, contrary to the original questionnaire, the second most frequent professional role experienced by the participants of this study was of a mediator and an arbitrator in the same dispute. In the original questionnaire, this was the least frequently reported role.⁽³⁴⁾ Of 10 participants who reported professional experience as a mediator and an arbitrator in the same dispute, eight practiced in mainland China.⁽³⁵⁾

Table 1. Professional Role in an International Commercial Dispute Involving the Use of Combinations

Answer Options	Response %	Response Count
As a counsel	62.1%	18
As a mediator and an arbitrator in the same dispute	34.5%	10
As a mediator in a dispute that involved arbitration with a different neutral	20.7%	6
As an arbitrator in a dispute that involved mediation with a different neutral	17.2%	5
Total		29

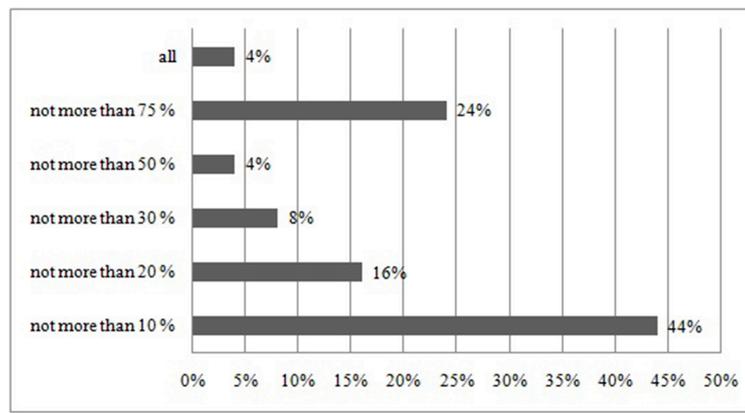
2.2. Proportion of Disputes Involving the Use of Combinations. – The participants were asked to specify the approximate proportion of disputes involving combinations of their overall international commercial dispute resolution practice over the previous five years (see Figure 4). In answering this question, they could select from six options. Twenty-five participants answered this question. Simi-

⁽³⁴⁾ *Id.* at 51.

⁽³⁵⁾ The Chinese practice of the same neutral arb-med-arb is discussed in Part III section 2.3(iii).

larly to the participants of the original questionnaire, most often the participants of the follow-up study reported that their involvement in combinations had been minimal, not more than 10% (44%).⁽³⁶⁾

Figure 4. Approximate Proportion of Disputes Involving the Use of Combinations of the Overall International Commercial Dispute Resolution Practice Over the Last Five Years

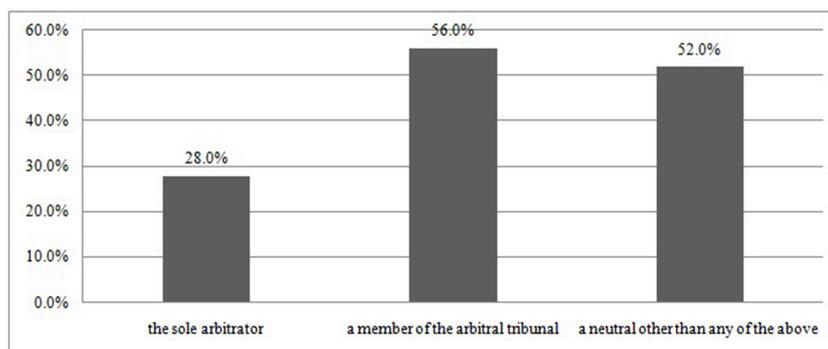


2.3. Single or Dual Role of a Neutral in Combinations. – The participants were asked who conducted mediation in the dispute involving the use of a combination (see Figure 5). In answering this question, the participants could select from three options. The answers to this question were not mutually exclusive. Twenty-five participants answered this question.

The data shows that the use of a member of the arbitral tribunal as a mediator is the most common way of using a combination (56%). Nevertheless, the involvement of different neutrals for the mediation and arbitration stages of the process is the second most popular option, which is almost as common as the first one (52%). The use of the sole arbitrator as a mediator in a combination is more limited (28%).

⁽³⁶⁾ In the original questionnaire that was the case for 48.1% of the participants. See D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 51-52.

Figure 5. Who Conducted Mediation in a Dispute Involving the Use of Combinations?



The above-mentioned results contrast with the results in the original questionnaire, where diff neutral (arb)-med-arb emerged as an obvious most common combination (84.6%).⁽³⁷⁾ As mentioned in the Introduction, that preference for diff neutral (arb)-med-arb over the same neutral (arb)-med-arb was explained by reference to the legal culture of the original questionnaire participants with experience in combinations. Before delving into a substantive discussion of this result of the original questionnaire, it is important to take a closer look at the issue of the legal culture.

(i) *Legal Culture*. – As follows from the literature on the topic, the legal culture and more specifically two key factors appear to shape practitioners' perception of the same neutral (arb)-med-arb.⁽³⁸⁾

The first factor is the practice of the judiciary in a particular jurisdiction. This factor is usually discussed in the context of contrasting the adversarial approach of the Anglo-American legal system with the inquisitorial legal traditions of Continental Eu-

⁽³⁷⁾ *Id.* at 60.

⁽³⁸⁾ These two factors are discussed in detail in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 62-80.

rope. ⁽³⁹⁾ Common law judges routinely refrain from being actively involved in settlement facilitation due to the fear of being perceived as partial if settlement efforts do not result in a resolution of the parties' dispute. At the same time, in some Continental European countries like Germany, Austria and Switzerland facilitation of settlement is regarded as part of a judge's role and judges systematically attempt to settle a dispute before them. This, however, does not seem to be the case in other Continental European countries. ⁽⁴⁰⁾ As follows from empirical research, practitioners tend to approach the role of an arbitrator relying on the rules applicable to the judiciary in their home jurisdiction. ⁽⁴¹⁾

The second factor is the way disputes are resolved in a particular jurisdiction. This factor is often examined in the context of contrasting the Western world that is commonly characterized as having a litigious culture with East Asian, and Arab and Islamic socie-

⁽³⁹⁾ B. EHLE, *The Arbitrator as a Settlement Facilitator*, in *Walking A Thin Line – What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do, Recent Developments and Trends*, Colloquium CEPANI40, 29 September 2010 Bruylant, 70, 80-83; J. ALMOGUERA, *Arbitration and Mediation Combined. The Independence and Impartiality of Arbitrators*, in M.A. FERNANDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, La Ley 2010, 101, 120, pointing to the differences between the Anglo-Saxon and Continental European systems; G. KAUFMANN-KOHLER, *When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard (Speech delivered at Clayton Utz, Sydney)*, in <www.claytonutz.com/ialecture/previous-lectures/2007/speech_2007> (last visited 23 June 2022), comparing the approach of common law courts with the approach of the courts in Romano-Germanic tradition.

⁽⁴⁰⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39; B. EHLE, *supra* note 39, at 82; M.E. SCHNEIDER, *Combining Arbitration with Conciliation*, in A.J. VAN DEN BERG (ed), *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, Kluwer Law International, 1998, 57, 78.

⁽⁴¹⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39; G. KAUFMANN-KOHLER, V. BONNIN, *Arbitrators as Conciliators: A Statistical Study of the Relation between an Arbitrator's Role and Legal Background*, ICCA, <http://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media01231914460597000950003.pdf> (last visited 23 June 2022); BUHRING-UHLE ET AL., *supra* note 32, at 122.

ties that are known for their conciliatory culture.⁽⁴²⁾ In many East Asian cultures, the maintenance of harmonious interpersonal relationship is paramount, and an outright conflict means a total breakdown of the harmony and an embarrassment.⁽⁴³⁾ To avoid an outright conflict, arbitrators actively assist parties in settling their disputes.⁽⁴⁴⁾ In East Asia, China and Japan appear to be the foremost proponents of the same neutral acting as an arbitrator and a mediator.⁽⁴⁵⁾ Notably, differences exist between the approach taken in respect of the dual role of a neutral in China and Japan and that in Germany.⁽⁴⁶⁾ For instance, while Chinese and Japanese judges and arbitrators do not seem to hesitate to caucus with parties,⁽⁴⁷⁾ this is uncommon for their German colleagues.⁽⁴⁸⁾

⁽⁴²⁾ B.M. CREMADES, *Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration*, in 14(2) *Arb. Int'l.* 156, 158-159 (1998); K. FAN, *Arbitration in China: A Legal and Cultural Analysis*, Hart Publishing, 2013, 137, contrasting the Western world with the Oriental world.

⁽⁴³⁾ K. FAN, *International Dispute Resolution Trends in Asia*, in 10(4) *Transnat'l Disp. Mgmt* 1, 11 (2013), observing that this is particularly relevant to China, Singapore, and Hong Kong.

⁽⁴⁴⁾ *Id.* at 12.

⁽⁴⁵⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 70.

⁽⁴⁶⁾ See discussion of the German approach in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 66-68; of the Chinese approach *id.* at 70-72; of the Japanese approach *id.* at 72-73; of the differences between the German approach and that of China and Japan *id.* at 73-74.

⁽⁴⁷⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *Integrating Mediation into Arbitration: Why It Works in China*, in 25(4) *J. Int'l Arb* 479, 488 (2008); L. NOTTAGE, *Arb-Med and New International Commercial Mediation Rules in Japan*, in *Japanese Law and the Asia-Pacific*, <<https://japaneselaw.sydney.edu.au/2009/07/arb-med-and-new-international-commercial-mediation-rules-in-japan/>> (last visited 23 June 2022), referring to a conversation with Professor Nakamura regarding the use of caucuses in Japan; A. MONICHINO, *Inquiry into Commercial Arbitration Bill 2011(WA) – Clause 27D Mediation Clause*, 3 (unpublished submission to Legislative Council of Western Australia, 17 Oct. 2011).

⁽⁴⁸⁾ See, e.g., J.T. PETER, *Med-Arb in International Arbitration*, in 4 *Revista de Arbitragem e Mediação* 155, 174 (2005); C. BÜHRING-UHLE, *Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management*, Kluwer Law International, 1996, 191, 195; C. NEWMARK, *Controlling Time and Costs in Arbitration*, in L.W. NEWMAN, R.D. HILL (eds) *Leading*

(ii) *Original Study Result.* Most of the participants of the original questionnaire with experience in combinations practiced in Common Law Asia Pacific and in Continental Europe.⁽⁴⁹⁾ Very few participants with a civil law background reported practicing in civil law jurisdictions known for favoring mediation by judges and arbitrators, namely Germany, Austria, Switzerland, Japan, and mainland China. The participants based in common law jurisdictions demonstrated a typical common law preference for a separate use of arbitration and mediation by involving different neutrals as mediators and arbitrators.

The infrequent use of the same neutral (arb)-med-arb was one of the questionnaire results followed up in the second phase of the original study.⁽⁵⁰⁾ When the interviewees were asked to explain this phenomenon, most of them noted that the extent of the use of the same neutral (arb)-med-arb varied from jurisdiction to jurisdiction. They referred to China, Japan, Korea, Switzerland and Germany as jurisdictions where the use of the same neutral (arb)-med-arb was the most widespread. All but one interviewee considered that the legal culture of counsel and neutrals significantly influences the way combinations are conducted. Thereby, the interview data further supported the earlier explanation of the original questionnaire result that diff neutral (arb)-med-arb was used more frequently than the same neutral (arb)-med-arb because of the legal culture of practitioners with experience in combinations.

(iii) *Follow-up Study Result.* – In this follow-up study, the data on the jurisdiction of practice of the participants selecting various options reveals an interesting picture. The option of a neutral different

Arbitrators' Guide to International Arbitration, 2nd edn, JurisNet, 2008, 81, 88; A. MARRIOTT, *Litigate, Arbitrate, Mediate – Frustrate? Breaking the Dispute Deadlock*, in https://www.claytonutz.com/ialecture/previous-lectures/2005/speech_2005 (last visited 23 June 2022).

⁽⁴⁹⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 46-47.

⁽⁵⁰⁾ See discussion in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 117-122.

from an arbitrator acting as a mediator was most frequently chosen by the participants practicing in South Korea.⁽⁵¹⁾ The options of a member of the arbitral tribunal and the sole arbitrator acting as a mediator were selected predominantly by practitioners from mainland China.⁽⁵²⁾

The result that the participants practicing in South Korea have experienced most often combinations involving different neutrals as mediators and arbitrators contrasts with the view expressed in the literature that in Korea, it is widely accepted that a judge or an arbitrator can ‘change hats’ and act as a mediator.⁽⁵³⁾ Nevertheless, the analysis of the relevant legislation and procedural rules may provide some explanation to this questionnaire result. Contrary to the Chinese Arbitration Law discussed in the next paragraph, the Korean Arbitration Act does not address the issue of the use of mediation during arbitration at all.⁽⁵⁴⁾ The Korean Commercial Arbitration Board (KCAB), the sole arbitral institution in Korea that is statutorily authorized to settle disputes under the Korean Arbitration Act,⁽⁵⁵⁾ has two sets of Arbitration Rules relating to domestic and international arbitration cases, respectively. Only the Domestic Arbitration Rules 2016 have provisions on the use of mediation in arbitration. In particular, Article 39(1) of the Rules authorizes the

⁽⁵¹⁾ Of 13 participants who selected this option, seven practiced in South Korea and four practiced in mainland China.

⁽⁵²⁾ Of 14 participants who selected the option of a member of the arbitral tribunal acting as a mediator, 12 practiced in mainland China. Of seven participants who selected the option of the sole arbitrator acting as a mediator, five practiced in mainland China.

⁽⁵³⁾ S. LIM, *Mediation in Arbitral Proceedings (Arb-Med): A Korean View*, in *1 Korean Arbitration Review* 38, 40 (2012). In addition, the result contradicts the interview data collected in the course of the original study indicating that the use of the same neutral (arb)-med-arb is widespread in Korea (see Part III section 2.3(ii)).

⁽⁵⁴⁾ *Korean Arbitration Act*, No. 14176, 2016 (Republic of Korea).

⁽⁵⁵⁾ KCAB INTERNATIONAL, <www.kcabinternational.or.kr/common/index.do?jpath=/contents/sub0402&CURRENT_MENU_CODE=MENU0020&TOP_MENU_CODE=MENU0018> (last visited 23 June 2022).

parties at any time during the arbitral proceedings to request mediation of all or part of the dispute upon a written agreement in accordance with the Mediation Rules of KCAB.⁽⁵⁶⁾ The article further specifies that the mediators shall be different from the arbitrators. Notably, Article 39 is a new provision in the KCAB Domestic Arbitration Rules 2016. The previous 2011 version of the Rules had no similar provision. Rather, it dealt in Article 18 with the use of mediation before arbitration. In particular, it required a request from both parties for mediation to take place and provided that the mediator ‘shall be deemed to be the arbitrator’ if mediation results in a settlement of a dispute. Apparently, in practice participants of KCAB proceedings rarely attempted mediation in accordance with Article 18.⁽⁵⁷⁾ According to Lim, a more common practice is for the tribunals to induce parties to settle during arbitration.⁽⁵⁸⁾ From the beginning of arbitration, the tribunals propose mediation several times, and if parties agree to mediate, the tribunals suspend arbitration during mediation. A big concern expressed in respect of judges and arbitrators acting as mediators is the absence of any provisions in the legislation or procedural rules that would prevent them from becoming biased after mediation that does not lead to settlement of a dispute.⁽⁵⁹⁾ Perhaps this concern is the reason why the KCAB Domestic Arbitration Rules as of 2016 explicitly require that neutrals other than arbitrators act as mediators. Experiences of the South Korea-based participants of this follow-up study reflect preference for diff neutral arb-med-arb.

The result indicating the frequent practice of the same neutral arb-med-arb by the Chinese practitioners is consistent with the Chinese legislation,⁽⁶⁰⁾ views expressed in the litera-

⁽⁵⁶⁾ *KCAB Domestic Arbitration Rules* 2016, <www.kcabinternational.or.kr/common/index.do?jpath=/contents/sub0202&CURRENT_MENU_CODE=MENU0009&TOP_MENU_CODE=MENU0007> (last visited 23 June 2022).

⁽⁵⁷⁾ S. LIM, *supra* note 53, at 42.

⁽⁵⁸⁾ *Id.*

⁽⁵⁹⁾ *Id.* at 41-42.

⁽⁶⁰⁾ Arbitration Law (仲裁法), 1994, art. 51, National People’s Congress, 1994

ture⁽⁶¹⁾ and findings of the previous empirical studies. Fan reports that during the interviews conducted in 2007, all of the Chinese arbitrators interviewed were in favor of using mediation, while in the 2011-2012 survey, 88.9% of the respondents considered that it was appropriate for arbitrators to facilitate settlement.⁽⁶²⁾ Among the Chinese arbitrators participating in Wang's questionnaire, not even one considered that it was inappropriate for an arbitrator to act as a mediator in the same dispute.⁽⁶³⁾ The majority of arbitrators attempted to mediate in the course of arbitration, while 37% reported mediating in more than half of their cases. In the study of Zhou, 110 of 120 respondents agreed that arbitrators could act as mediators in the same dispute (91.67%).⁽⁶⁴⁾ In response to a question 'Based on your experience, have the parties asked to change the neutral after mediation failed?', only 14.17% of the participants an-

(China), 1994. The first part of art 51 of the Chinese Arbitration Law encourages promotion of settlement by arbitrators. It states: 'The arbitration tribunal may carry out conciliation prior to giving an award. The arbitration tribunal shall conduct conciliation if both parties voluntarily seek conciliation. If conciliation is unsuccessful, an arbitration award shall be made promptly'. Arbitration rules of most Chinese arbitration institutions provide for the combined use of mediation and arbitration. In doing that, they generally follow the stipulation of art 51 and authorize arbitrators to mediate if parties consent to that. See, e.g. CIETAC Arbitration Rules 2015, art 47; Shanghai International Arbitration Center Arbitration Rules 2015, art 41; Xi'an Arbitration Commission Arbitration Rules 2011, ch 6; Guangzhou Arbitration Commission Arbitration Rules 2017, art 64; Wuhan Arbitration Commission Arbitration Rules 2018, arts 41, 55-56; Qingdao Arbitration Commission Arbitration Rules 2014, arts 54-55; and Chongqing Arbitration Commission Arbitration Rules 2018, arts 57-58.

⁽⁶¹⁾ See, e.g. W. GU, *Hybrid Dispute Resolution Beyond the Belt and Road: Toward a New Design of Chinese Arb-Med(-Arb) and Its Global Implications*, in 29(1) *Wash. Int'l L. J.* 117, 133 (2019); K. FAN, *supra* note 32, at 778; S. ALI, *The Legal Framework for Med-Arb Developments in China: Recent Cases, Institutional Rules and Opportunities*, in *Disp. Resol. Int'l* 119, 123 (2016).

⁽⁶²⁾ K. FAN, *supra* note 32, at 790.

⁽⁶³⁾ S. WANG, *supra* note 32, at 186.

⁽⁶⁴⁾ Y. ZHOU, *A Study on the Chinese Arb-Med Mechanism* (我国仲裁调解制度研究), Xiangtan University Press, 2017, 83.

swered 'yes.'⁽⁶⁵⁾ According to Tang, the Chinese believe that once mediation does not result in a settlement, mediators are the best persons to be appointed as arbitrators since they know everything about the case.⁽⁶⁶⁾

A relatively frequent practice of the same neutral arb-med-arb in mainland China is also demonstrated by the available data on case law. Analyzing the statistics published since 2015 by CIETAC and the China Academy of Arbitration Law on arbitration cases concluded by mediation (i.e. by consent awards and excluding cases where mediation attempts were futile), Gu concludes that the overall adoption rate of the same neutral arb-med-arb in China could be 47.07%.⁽⁶⁷⁾

Despite its common use in mainland China, many highly experienced practitioners raise grave concerns about the same neutral (arb)-med-arb and are convinced that this process is fatally flawed.⁽⁶⁸⁾ The main concerns may be divided into two groups:

⁽⁶⁵⁾ *Id.* 84. Empirical data shows that East Asian practitioners overall actively participate in settlement negotiations at a rate higher than their Western colleagues. See S. ALI, *International Arbitration and Mediation in East Asia: Examining the Role of Domestic Legal Culture and Globalization on Shaping East Asian Arbitration*, PhD Thesis, University of California, 2007, 149.

⁽⁶⁶⁾ H. TANG, *Combination of Arbitration with Conciliation: Arb/Med*, in A.J. VAN DEN BERG (ed), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, 2005, 13, cited in G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 492.

⁽⁶⁷⁾ W. GU, *supra* note 61, at 123-124.

⁽⁶⁸⁾ C. THOMSON, *Med-Arb: A Fresh Look*, 3 (2006) (on file with the ICC Documentation & Research Centre); T.J. STIPANOWICH, Z.P. ULRICH, *Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play*, in 6 *Y.B. on Arb. & Mediation* 1, 25 (2014); T.J. BREWER, L.R. MILLS, *Combining Mediation & Arbitration*, in 54(4) *Disp. Res. J.* 32, 35 (1999); J.T. BLANKENSHIP, *Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR*, in 42(11) *Tennessee Bar J.* 28, 29 (2006); D. ROSS, *Med-Arb/Arb-Med: A More Efficient ADR Process or an Invitation to a Potential Ethical Disaster?*, in A.W. ROVINE (ed), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers*, Martinus Nijhoff, 2013, 352.

behavioral and procedural.⁽⁶⁹⁾ Behavioral concerns surface in the mediation stage and these include the possible reluctance of parties to be open in their discussions with mediators;⁽⁷⁰⁾ the inhibited conduct of mediators;⁽⁷¹⁾ parties' use of mediation as a tactical tool;⁽⁷²⁾ and the abuse of power by mediators resulting in the coercion of parties into a settlement.⁽⁷³⁾ Procedural concerns arise in the arbitration stage and are directed to the danger that arbitrators will lose their impartiality because of the information received in mediation and particularly in caucuses.⁽⁷⁴⁾ Also, the rules of due

⁽⁶⁹⁾ This division is made on the basis of discussion in A.L. LIMBURY, *Making Med-Arb Work*, in 9(7) *ADR Bulletin* 1, 1-2 (2007); B.B. WOLSKI, *Arb-Med-Arb (and MSAs): A Whole Which Is Less than, not Greater than, the Sum of Its Parts?*, in 6(2) *Contemp. Asia Arb. J.* 249, 259-260 (2013). See discussion of concerns in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 47-57. The capacity of one person to cope with the challenging task of a dual role neutral also raises serious doubts. This is discussed in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 57-60.

⁽⁷⁰⁾ See e.g., G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 491; G.F. PHILLIPS, *Same-Neutral Med-Arb: What Does the Future Hold?*, in 2(1) *NYSBA New York Disp. Res. Law.* 75, 76 (2009); T. SAWADA, *Hybrid Arb-Med: Will West and East Never Meet?* in 14(2) *ICC Int'l Ct. Arb. Bull.* 29, 33 (Fall 2003); J.T. BLANKENSHIP, *supra* note 68, at 36-37; J. LANG, *Med-Arb – An English Perspective*, in 2(1) *NYSBA New York Disp. Res. Law.* 98, 101 (2009); T.J. STIPANOWICH, Z.P. ULRICH, *supra* note 68, at 26.

⁽⁷¹⁾ T.J. BREWER, L.R. MILLS, *supra* note 68, at 35; H.I. ABRAMSON, *Protocols for International Arbitrators Who Dare to Settle Cases*, in 10 *Am. Rev. Int'l Arb.* 1, 5, n. 9 (1999).

⁽⁷²⁾ D.C. ELLIOTT, *Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity*, in 34 *Alta. L. Rev.* 163, 179 (1995-1996); C. THOMSON, *supra* note 68, at 3; L. GREENWOOD, *A Window of Opportunity? Building a Short Period of Time into Arbitral Rules in order for Parties to Explore Settlement*, in 27(2) *Arb. Int'l.* 199, 201 (2011).

⁽⁷³⁾ B.C. BARTEL, *Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential*, in 27 *Willamette L. Rev.* 661, 679 (1991); G.F. PHILLIPS, *supra* note 70, at 76; J. KICHAVEN, *Med-Arb Should Be Dead*, in 2(1) *NYSBA New York Disp. Res. Law.* 80, 82 (2009); G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39; ROSS, *supra* note 68, at 360.

⁽⁷⁴⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39; D. BAIZEAU, A. LOONG, *Multi-tiered and Hybrid Arbitration Clauses*, in M. ARROYO (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2013, 1451, 1455; G.

process may be breached as parties are unable to hear and respond to the issues raised by each of them in caucuses with mediators who later become arbitrators. ⁽⁷⁵⁾

Research demonstrates that the mentioned concerns can be addressed in at least three different ways: by involving different neutrals in each mediation and arbitration phase of a combination, ⁽⁷⁶⁾ by modifying the same neutral (arb)-med-arb procedure, ⁽⁷⁷⁾ and if parties are determined to use the same neutral (arb)-med-arb, by implementing two key safeguards. ⁽⁷⁸⁾ The first safeguard is party written consent to the process that is essential to protect the arbitrator and the award from a challenge on the ground of the arbitrator's participation in mediation. ⁽⁷⁹⁾ The second safeguard is related to caucuses and will be discussed further in this Part III section 2.4 (ii).

In this study, the participants could choose from two options of

KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 491; J.T. BLANKENSHIP, *supra* note 68, at 35; T.J. BREWER, L.R. MILLS, *supra* note 68, at 35; B.C. BARTEL, *supra* note 73, at 679 & 685-686; D. ROSS, *supra* note 68, at 360; J.D.M. LEW, *Multi-Institutional Conciliation and the Reconciliation of Different Legal Cultures*, in A.J. VAN DEN BERG (ed), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, Kluwer Law International, 2005, 421, 426; T.J. STIPANOWICH, Z.P. ULRICH, *supra* note 68, at 26.

⁽⁷⁵⁾ J. ROSOFF, *Hybrid Efficiency in Arbitration: Waiving Potential Conflicts for Dual Role Arbitrators in Med-Arb and Arb-Med Proceedings*, in 26(1) *J. Int'l Arb.* 89, 92-93 (2009); B. JORDAAN, *Hybrid ADR Processes in South Africa*, in 2(1) *NYSBA New York Disp. Res. Law.* 117, 117 (2009); A. LIMBURY, *ADR in Australia*, in A. INGEN-HOUSZ (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, II, Kluwer Law International 2011, 429, 454; G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 491; G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39; J.T. BLANKENSHIP, *supra* note 68, at 36; C. THOMSON, *supra* note 68, at 3; D.C. ELLIOTT, *supra* note 72, at 166-167.

⁽⁷⁶⁾ See discussion in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 129-148.

⁽⁷⁷⁾ See discussion *id.* at 149-163.

⁽⁷⁸⁾ See discussion *id.* at 164-212.

⁽⁷⁹⁾ The Chinese Arbitration Law requires in art 51 parties' consent for arbitrators to act as mediators, although it does not specify that such consent needs to be in writing. A requirement of a written consent, however, can be found in the rules of some arbitration institutions in China. See W. GU, *supra* note 61, at 129.

the same neutral (arb)-med-arb: the process where mediation is conducted by a sole arbitrator, and where this is done by a member of the arbitral tribunal. The option of a member of the arbitral tribunal acting as a mediator emerged as the most common way of using a combination, particularly among the Chinese practitioners. In fact, mediation by only some members of a three-member tribunal can diminish concerns associated with the same neutral (arb)-med-arb, particularly those related to the risk of arbitrator partiality.⁽⁸⁰⁾ Various configurations of a panel are possible. For example, two co-arbitrators may conduct mediation, while the chair is reserved for arbitration or the chair may act as a mediator, while two co-arbitrators are reserved for arbitration.⁽⁸¹⁾ It is, however, not clear which configurations of a panel the participants of the questionnaire had experience with.

It is notable that the questionnaire participants based in mainland China have experienced mediation by a neutral different from an arbitrator almost as frequently as mediation by the sole arbitrator.⁽⁸²⁾ As previously mentioned, the involvement of different neutrals in each mediation and arbitration stage of a combination is one of the three ways to address concerns associated with the same neutral (arb)-med-arb as this effectively eliminates behavioral and procedural concerns associated with the process, although it does not lead to time and cost savings.⁽⁸³⁾ The relatively frequent experience of the Chinese practitioners with diff neutral arb-med-arb might be

⁽⁸⁰⁾ This is analyzed within procedural modifications of the same neutral (arb)-med-arb – one of the three ways to address concerns associated with the same neutral (arb)-med-arb. See discussion in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 149-163.

⁽⁸¹⁾ See detailed discussion of possible configurations of a panel *id.* at 157-162.

⁽⁸²⁾ The option of a different neutral acting as a mediator in a combination was chosen by four participants practicing in mainland China. The option of the sole arbitrator acting as a mediator was selected by five participants practicing in mainland China.

⁽⁸³⁾ See discussion in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 129-148. Apparently, this is seen as a solution mostly by practitioners trained in the common-law system. See *id.* at 131.

a consequence of diversification of the practice of combinations in mainland China. For instance, the Beijing Arbitration Commission (BAC) offers two options of using mediation in arbitration. One is that parties may have their dispute mediated by the arbitral tribunal following Article 43 of the 2019 BAC Arbitration Rules. Article 67(2) of the Rules then addresses concerns associated with the same neutral arb-med-arb by providing that where mediation conducted by the arbitral tribunal does not result in a settlement, the chairman of the tribunal may approve the request by all parties to replace the arbitrator on the ground that the award may be affected by mediation. Another option is for parties to apply to the BAC Mediation Center further to Article 44 of the 2019 BAC Arbitration Rules for mediation with a neutral other than the arbitrator. ⁽⁸⁴⁾

The China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) revised its arbitration rules in 2015 to provide that with the parties' consent it may assist the parties by mediating the dispute in a manner and procedure it considers appropriate. ⁽⁸⁵⁾ It is, however, unclear what CIETAC considers to be an appropriate manner and procedure of mediation. The traditional same neutral arb-med-arb remains possible. ⁽⁸⁶⁾

2.4. Mediation in Combinations: Timing and the Use of Caucuses. –

(i) *Timing*. The participants were asked to specify when in a combination mediation had been used (see Table 2). In answering this question, the participants had five options to select from. They could also indicate any other timing of mediation. The answers to this question were not mutually exclusive. Twenty-seven participants answered this question. About half of them had experienced

⁽⁸⁴⁾ Notably, the BAC's guide on drafting arbitration clauses suggests a provision for parties who prefer this option. The guide (available only in Chinese) can be consulted on the *BAC website* <www.bjac.org.cn/page/zc/zctk.html> (last visited 23 June 2022).

⁽⁸⁵⁾ *CIETAC Arbitration Rules* 2015, art 47(8).

⁽⁸⁶⁾ *CIETAC Arbitration Rules* 2015, art 47(2).

mediation after the hearing on the merits but before issuing the award (48.1%). Almost the same number reported the use of mediation after commencement of arbitration but before the hearing on the merits (44.4%). About one-third of the participants had experienced mediation before arbitration (37%).

Table 2. Timing of Mediation

Answer Options	Response %	Response Count
After the hearing on the merits but before issuing the award	48.1%	13
After commencement of arbitration but before the hearing on the merits	44.4%	12
Before arbitration	37.0%	10
At the same time as arbitration	22.2%	6
After issuing the award	7.4%	2
Other	7.4%	2
Total		27

In the original questionnaire, almost equal number of the participants reported the use of mediation either before arbitration (74.1%) or after commencement of arbitration but before the hearing on the merits (70.4%).⁽⁸⁷⁾ These were two most common responses. In this follow-up study, both top two responses refer to the use of mediation after commencement of arbitration.

The participants practicing in mainland China had experienced most often the use of mediation after the hearing on the merits but before issuing the award. Of thirteen participants who selected this option, nine had mainland China as their region of practice. Two

⁽⁸⁷⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 64-65.

other top three options: the use of mediation before the hearing on the merits and before arbitration were selected by seven Chinese practitioners each.

The frequent use of mediation later on in arbitration as reported by the study's participants based in mainland China is consistent with the results of previous empirical studies on China that reveal an inclination of arbitrators to mediate at a relatively late stage of arbitration. According to Fan's study, Chinese arbitrators generally suggest the use of mediation during the first hearing (38.9%) or after the main hearing (52.8%) and, consequently, experience settlement occurring mostly during the first hearing (30.6%) or after the main hearing (61.1%).⁽⁸⁸⁾

Different explanations can be found in the literature as to why mediation tends to take place so late in arbitration in China. According to Chen, the main factors that arbitrators consider in suggesting mediation are the nature of the dispute, the areas of expertise of neutrals involved, the cost of arbitration, how entrenched the parties are, and business pressure to settle.⁽⁸⁹⁾ These aspects become more fully exposed after the main hearing. Moreover, mediating after the main hearing could be a strategic move. Wang emphasizes that the timing for the tribunal to propose mediation is a sensitive issue.⁽⁹⁰⁾ If a proposal is made too early, it may be perceived as a sign of the neutral losing faith in arbitrating the case. The best moment for the proposal, at least in view of Wang, would be late in the arbitration process. Having proactively and efficiently conducted arbitration, the neutral demonstrates capacity of making the final call, if necessary, and thereby lays foundation for successful media-

⁽⁸⁸⁾ K. FAN, *supra* note 32, at 794-795; see also S. ALI, *supra* note 61, at 123 (observing that in Chinese practice, it is common for an arbitral tribunal to suggest mediating during arbitration after the parties have submitted their positions and evidence).

⁽⁸⁹⁾ T. CHEN, *Reflections on Culture in Med-Arb*, 34 *New York Law School Research Paper Series* 426 (2010) referred to in C. LIU, *Navigating Med-Arb in China*, in 17(4) *U. Pa. J. Bus. L.* 1295, 1302 (2015).

⁽⁹⁰⁾ S. WANG, *supra* note 32, at 189.

tion. Finally, Fan adds that one should also consider that a typical arbitration in China generally is much shorter than in many other jurisdictions, which weakens the incentives for an early settlement talk to save costs. ⁽⁹¹⁾

Notably, some Chinese arbitration institutions explicitly provide parties with an option to mediate early on in arbitration. For instance, further to the Xi'an Arbitration Commission Arbitration Rules, with the parties' consent, the commission may organize mediation once the case is accepted for arbitration but before the constitution of the tribunal. ⁽⁹²⁾ This kind of developments might be one of the reasons why the use of mediation before the hearing on the merits was reported by seven Chinese practitioners.

The use of mediation before arbitration has its obvious advantages. Starting a process with mediation may save time and money as arbitration will be needed only if parties do not manage to settle all issues in mediation. ⁽⁹³⁾ Although as mentioned above, arbitration in China usually takes less time than in many other jurisdictions, from financial and time point of view it is more beneficial to the parties not to arbitrate at all than to arbitrate for a shorter time. This might explain why seven Chinese practitioners reported experience also with combinations where mediation had been used before arbitration.

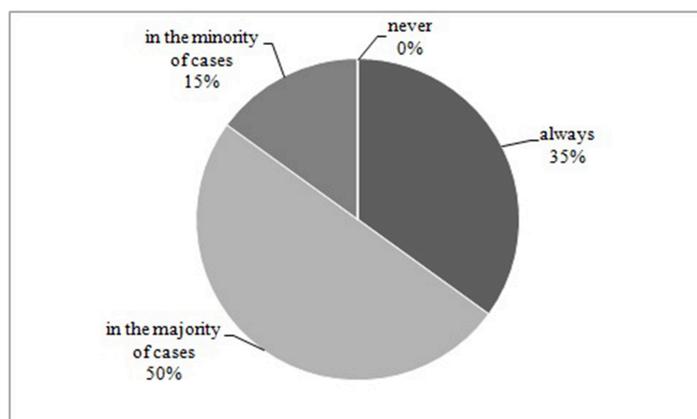
(ii) Use of Caucuses. – The participants were asked about the frequency of the use of caucuses in the mediation stage of a combination (see Figure 6). Twenty participants answered this question. The data reveals that caucuses were used in mediation either in the majority (50%) or all cases involving combinations (35%).

⁽⁹¹⁾ K. FAN, *supra* note 32, at 795-796.

⁽⁹²⁾ Xi'an Arbitration Commission Arbitration Rules 2011, art 41.

⁽⁹³⁾ D. ROSS, *supra* note 68, at 363.

Figure 6. Use of Caucuses



In the original questionnaire, the participants similarly to the participants of this study reported the use of mediation either in all (66.7%) or the majority of cases involving combinations (22.2%).⁽⁹⁴⁾ These results were not surprising, given the fact that about 85% of the participants experienced combinations with different neutrals in charge of the mediation and arbitration stages. Caucuses are problematic only in the context of the same neutral (arb)-med-arb. They raise no concerns if the mediation and arbitration stages are conducted by different neutrals, which was the case in the original questionnaire. Consequently, there was nothing unusual in the result that caucuses were used in the mediation stage in all or the majority of cases.

In this study, a much larger proportion of the participants, as compared to those of the original questionnaire, reported experience with the same neutral (arb)-med-arb. In particular, more than half of the participants had experienced a combination where a member of the arbitral tribunal acted as a mediator (56%), while about one-fourth of the participants had participated in a combination where the sole arbitrator acted as a mediator (28%). As mentioned in this Part III section 2.3(iii), most of the participants who

⁽⁹⁴⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 66.

selected these two options, practiced in mainland China. The option of a neutral other than arbitrator acting as a mediator in a combination was more frequently chosen by the participants practicing in South Korea.

In the context of the same neutral (arb)-med-arb, caucuses spark major concerns primarily due to the risk of arbitrator partiality and breach of due process. Nevertheless, consistent with the results demonstrated by earlier empirical studies, the findings of this study indicate that caucusing is often used in the same neutral arb-med-arb by practitioners from mainland China. For example, Fan's study found that 63.9% of the Chinese arbitrators engaged in caucusing almost always or often during the mediation phase.⁽⁹⁵⁾ A series of interviews with the Chinese arbitrators revealed that once parties agree that arbitrators mediate, most often arbitrators engage in caucuses.⁽⁹⁶⁾ In another study conducted by Zhou, only 4.17% of the participants reported no experience with caucusing in mediation conducted during arbitration.⁽⁹⁷⁾ Apparently, for the Chinese, the problem of caucusing is much less serious in practice than it is in theory, as they believe that the parties are not likely to reveal to the dual role neutral damaging facts during mediation that the neutral could not have found out from the record.⁽⁹⁸⁾ Caucusing is perceived as the best way to clarify the positions and to encourage settlement.⁽⁹⁹⁾ On a higher level, De Vera explains that caucuses are not a problem due to the dominance of cultural expectations over law in China that makes the restoration of harmony the primary

⁽⁹⁵⁾ K. FAN, *supra* note 32, at 796.

⁽⁹⁶⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39.

⁽⁹⁷⁾ Y. ZHOU, *supra* note 64, at 100. East Asian arbitrators overall appear to engage in caucuses more frequently than their Western colleagues. See S. ALI, *supra* note 65, at 149.

⁽⁹⁸⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 491; K. FAN, *supra* note 42, at 168.

⁽⁹⁹⁾ G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 488.

goal of a dispute resolution process regardless of the way this is achieved. ⁽¹⁰⁰⁾

Research shows that concerns in relation to caucuses may be reduced by implementing one of the two safeguard options. ⁽¹⁰¹⁾ Each option is either promoted by legislation and rules or effectively practiced in different countries of the world. The first option is to exclude caucuses altogether. The second option is to allow caucusing but then require dual role neutrals either to disregard the disclosed facts (the ‘disregard’ rule) or disclose them (the ‘disclosure’ rule) if mediation does not result in a settlement and parties have to move on to the arbitration stage. Mainland China, where caucuses appear to be commonplace, follows a ‘disregard’ rule. ⁽¹⁰²⁾

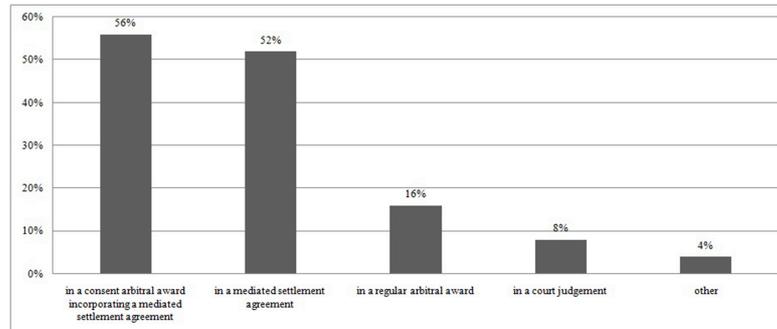
2.5. Recording the Outcome of Combinations. – The participants were asked to specify how the outcome of a combination was recorded (see Figure 7). In answering this question, the participants could choose from four options and indicate any other form of recording the outcome. The answers to this question were not mutually exclusive. Twenty-five participants answered this question. More than half of them had experienced recording the outcome in a consent arbitral award incorporating a mediated settlement agreement (56%) and recording the outcome in a mediated settlement agreement (52%). Only 16% of the participants had been involved in a combination where the outcome was recorded in a regular arbitral award.

⁽¹⁰⁰⁾ C. DE VERA, *Arbitrating Harmony: ‘Med-Arb’ and the Confluence of Culture and Rule of Law in the Resolution of International Commercial Disputes in China*, in 18 *Colum. J. Asian L.* 149, 184 (2004).

⁽¹⁰¹⁾ These safeguards are discussed in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 190-212.

⁽¹⁰²⁾ B. WOLSKI, *supra* note 69, at 262-263; G. KAUFMANN-KOHLER, *supra* note 39; G. KAUFMANN-KOHLER, K. FAN, *supra* note 47, at 491.

Figure 7. Recording the Outcome



Of 14 participants who reported experience with recording the outcome of a combination in a consent award, 12 practiced in mainland China. Thereby, for the practitioners based in mainland China a consent award was the most common way of recording the outcome. Although 13 participants selected the option of recording the outcome in a mediated settlement agreement, the proportion of the Chinese practitioners among them was lower, as compared to the option of recording the outcome in a consent award. In particular, seven participants practicing in mainland China have selected the mediated settlement agreement option.

According to the Chinese legislation and arbitration rules, a mediated settlement agreement is a basis for making a consent arbitral award or conciliation statement.⁽¹⁰³⁾ The advantage of a conciliation statement, as compared to a consent award, is that it affords a greater degree of flexibility to settle on agreeable terms and a higher likelihood of voluntary performance.⁽¹⁰⁴⁾ Nevertheless, a consent award is generally more attractive to foreign parties.⁽¹⁰⁵⁾

Some authors regard a possibility to record a mediated settlement agreement as a consent award as the key advantage of

⁽¹⁰³⁾ *Chinese Arbitration Law*, second pt art 51; see also, eg *CIETAC Arbitration Rules* 2015, arts 47(4-5).

⁽¹⁰⁴⁾ S. ALI, *supra* note 61, at 121.

⁽¹⁰⁵⁾ *Id.*

combinations⁽¹⁰⁶⁾ and the reason why parties use combinations.⁽¹⁰⁷⁾ In this way the agreement, arguably, becomes enforceable internationally pursuant to the New York Convention.⁽¹⁰⁸⁾ The absence of an enforcement mechanism for international mediated settlement agreements has often been referred to as an impediment to a more frequent use of mediation as a stand-alone method of international commercial dispute resolution.⁽¹⁰⁹⁾ To remedy the impediment, the Singapore Convention on Mediation was elaborated and adopted in December 2018 and it entered into force in September 2020.⁽¹¹⁰⁾ The Convention enables disputing parties to easily enforce international settlement agreements resulting from commercial mediation across borders and is expected to facilitate international trade and promote mediation as an alternative and effective method of resolving trade disputes.

Notably, the demand for an independent enforceability of medi-

⁽¹⁰⁶⁾ See eg J.T. BLANKENSHIP, *supra* note 68, at 35; R. REWALD, K.J. WEIL, *Expanding ADR in Poland: Mediation and Arbitration Together*, *Lexology* 2, <<http://documents.lexology.com/63de58ab-0582-410b-97aa-1c6f490e7f67.pdf>> (last visited 23 June 2022).

⁽¹⁰⁷⁾ B. WOLSKI, *supra* note 69, at 249; ROSS, *supra* note 68, at 362.

⁽¹⁰⁸⁾ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, UN Doc E/CONF.26/8/Rev.1 (signed on 10 Jun. 1958). Arbitration laws of many countries equate the status and the effect of a consent award to any other award on the merits of the case, which is a strong argument in support of enforceability of consent awards pursuant to the New York Convention, though the Convention itself is silent in this respect. The timing of a mediated settlement agreement (whether it is reached before or after the commencement of arbitration) is important for the enforceability of a consent award that incorporates such agreement. See discussion of this issue in D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 106-111.

⁽¹⁰⁹⁾ See, e.g. G. SHARP, *The Handbrake on Global Mediation*, in *Kluwer Mediation Blog*, <<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2012/08/31/the-handbrake-on-global-mediation/>> (last visited 23 June 2022); B. WOLSKI, *supra* note 69, at 249; J.F. GUILLEMIN, *Reasons for Choosing Alternative Dispute Resolution*, in A. INGEN-HOUSZ (ed), *ADR in Business: Practice and Issues across Countries and Cultures*, II, Kluwer Law International, 2011, 13, 34.

⁽¹¹⁰⁾ *United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (signed on 7 Aug. 2019).

ated settlement agreements does not appear to be homogeneous on a global basis but subject to regional variations. This is demonstrated by the analysis of the GPC survey results per regional groupings (North America, Asia, UK, Oceania, Continental Europe, Africa/Middle East and Latin America). Asian participants emerged as a group⁽¹¹¹⁾ that prioritized a convention promoting enforcement of mediated settlement agreements and enforceability of the outcome overall more than participants representing any other regions.⁽¹¹²⁾ Commenting on these results, the authors of the survey observed that in Asia where consensual processes like mediation are commonplace in civil law countries and are supported in the region's key common law jurisdictions, the premium on enforceability may go more to the credibility and robustness of the process.⁽¹¹³⁾ The survey authors' prediction before the adoption of the Singapore Convention on Mediation was that it would be welcomed in Asia. The fact that China, South Korea, India, Singapore, Brunei, Laos, Malaysia, Sri Lanka and Philippines are at the moment of writing already among the signatories of the Singapore Convention on Mediation could be interpreted as an indication of enthusiasm of the Asian jurisdictions in relation to the Convention.

The comparison of the results of this study with the results of the original questionnaire provides further support to the idea that views on the importance of a unified enforcement mechanism for international mediated settlement agreements vary around the world. In the original questionnaire that involved participants mostly from Common Law Asia Pacific and Continental Europe, recording the outcome of a combination in a mediated settlement

⁽¹¹¹⁾ The Asian group included participants from Singapore, Hong Kong, Thailand and India.

⁽¹¹²⁾ H. SMITH FREEHILLS, PWC, *Global Pound Conference Series Report: Global Data Trends and Regional Differences*, 20-21 (2018), <www.imimmediation.org/research/gpc/series-data-and-reports/> (last visited 23 June 2022).

⁽¹¹³⁾ *Id.* at 21.

agreement was by far the most popular option (66.7%).⁽¹¹⁴⁾ This led to a conclusion that the absence of an enforcement mechanism for international mediated settlement agreements at that time was not an impediment to recording the outcome of combinations in this kind of agreement.⁽¹¹⁵⁾ Despite the existence of the established international enforcement mechanism for arbitral awards, neither consent nor regular arbitral awards had been used, according to the participants of the original questionnaire, to an extent of mediated settlement agreements.⁽¹¹⁶⁾

The results of this follow-up study, to the contrary, demonstrate that the most common outcome of combinations experienced by the practitioners based in mainland China is consent awards and not mediated settlement agreements. The Chinese practitioners seem to extensively use a possibility offered by combinations to incorporate a mediated settlement agreement into a consent arbitral award. However, one could speculate that with the Singapore Convention on Mediation in force and the growing number of countries that ratify it, the preference of the Chinese practitioners for the way the outcome of combinations is recorded might shift to mediated settlement agreements as they become independently enforceable.

Conclusion

This article presents and discusses the results of a study about the current use of combinations in international commercial dispute resolution. The study follows up the original study conducted by

⁽¹¹⁴⁾ D. NIGMATULLINA, *supra* note 13, at 68.

⁽¹¹⁵⁾ *Id.* at 71.

⁽¹¹⁶⁾ The interview data collected in the second phase of the original study corroborated this questionnaire result that the possibility of incorporating a mediated settlement agreement into a consent award is not the reason why parties use combinations. D. NIGMATULLINA, *supra* note 9, at 120-123.

one of the article's authors in 2014-2015. The results of the original study suggested the existence of a link between the practitioners' legal culture and their use of the same neutral (arb)-med-arb. In particular, the result that diff neutral (arb)-med-arb emerged as the most common combination was attributed to the legal culture of the original questionnaire's participants with experience in combinations, the majority of whom practiced in Common Law Asia Pacific and Continental Europe. The aim of this follow-up study was to further test the hypothesis about the existence of a link between the practitioners' legal culture and their use of the same neutral (arb)-med-arb by involving in it dispute resolution practitioners practicing in East Asia.

This follow-up study involved a distribution of a questionnaire in electronic form and was conducted between March 2019 and January 2020. The fifty participants of the study comprised predominantly international dispute resolution practitioners from five jurisdictions of the world. The largest group of the participants practiced in mainland China (72%).

A significant result to emerge from this study is that its participants have experienced combinations more frequently than the participants of the original questionnaire. In particular, 58% of the participants of this study reported experience with combinations, while in the original questionnaire that was the case for about one-third of the participants.

The participants of the follow-up study with experience in combinations had acted as mediators and arbitrators in the same dispute more often compared to the participants of the original questionnaire. About one-third of the participants with experience in combinations of this follow-up study reported experience acting as a dual role neutral. In the original questionnaire, this was the case only for about 18% of the participants with experience in combinations.

In both studies, the participants clearly identified the most common combination. For the participants of the original ques-

tionnaire that was diff neutral (arb)-med-arb. According to the participants of this study, that is the same neutral (arb)-med-arb with a member of the arbitral tribunal acting as a mediator. This option was selected predominantly by the practitioners from mainland China. An important observation here is that compared to mediation by the sole arbitrator, mediation by only some members of a tribunal can reduce concerns associated with the same neutral (arb)-med-arb, particularly those related to the risk of arbitrator partiality.

In the original questionnaire, most often the participants experienced mediation before arbitration. This contrasts with the results of this study where the participants reported mediation after the hearing on the merits but before issuing the award as the most recurrent timing of mediation in a combination. This option was particularly frequently chosen by the practitioners from mainland China.

The results indicating that the practitioners based in mainland China often use the same neutral (arb)-med-arb and that mediation tends to take place at a relatively late stage of arbitration are consistent with the views expressed in the literature and the findings of the previous empirical studies.

Notably, in both the original questionnaire and this follow-up study, a vast majority of the participants reported the use of caucuses in the mediation stage of a combination in all or the majority of cases. This result was not surprising in the context of the original questionnaire where most often the participants experienced diff neutral (arb)-med-arb. This is because caucuses raise no concerns if the mediation and arbitration stages are conducted by different neutrals. They are, however, problematic in the context of the same neutral (arb)-med-arb. Nevertheless, previous research including empirical studies demonstrates that the Chinese practitioners are used to arbitrators caucusing during mediation in the same neutral (arb)-med-arb, which is supported by the results of this follow-up study.

The most common outcome of a combination, as experienced by the participants of this follow-up study, is consent awards. This option was also most frequently chosen by the practitioners from mainland China, which indicates that the Chinese practitioners seem to extensively use a possibility offered by combinations to incorporate a mediated settlement agreement into a consent arbitral award, arguably enforceable worldwide pursuant to the New York Convention. This result, however, contrasts with that of the original questionnaire where recording the outcome of a combination in a mediated settlement agreement was by far the most popular option. Such difference in the results between the original questionnaire and this study supports the view that the demand for an enforcement mechanism for international mediated settlement agreements is not homogeneous around the world but subject to regional variations.

Overall, the results of this study provide further support to the hypothesis that the use of the same neutral (arb)-med-arb varies throughout the world and can be linked to the practitioners' legal culture.

Abstract

The article analyses the results of an empirical study about the current use of mediation in combination with arbitration (combinations) in international commercial dispute resolution. This study follows up the original study conducted by one of the article's authors in 2014-2015, the results of which suggested the existence of a link between the practitioners' legal culture and their use of a combination where the same neutral acts as a mediator and an arbitrator. The follow-up study further tests the hypothesis about the existence of the mentioned link by involving practitioners based in the East Asia region, predominantly in mainland China, while those taking part in the original questionnaire practiced in Continental Europe and common law jurisdictions in the Asia Pacific region. The arti-

cle discusses the results of the follow-up study in the context of the findings of the original study before concluding that these results provide further support to the hypothesis that the use of a combination where the same neutral acts as a mediator and an arbitrator varies throughout the world and can be linked to the practitioners' legal culture.

LA MEDIAZIONE IN VIDEOCONFERENZA.
DALLA SITUAZIONE EMERGENZIALE
AGLI ORIZZONTI FUTURI.

DATI E NOTE A MARGINE DI UN'INDAGINE EMPIRICA

Francesca Valastro ()*

SOMMARIO: Introduzione al tema di indagine. – PARTE I. La mediazione alla prova della pandemia. – PARTE II. La mediazione in videoconferenza nella prassi. I dati del Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano. – *Sezione I.* La prospettiva degli avvocati che assistono le parti in mediazione. – *Sezione II.* La prospettiva del mediatore. – PARTE III. Riflessioni conclusive. La mediazione in videoconferenza nelle sfide del futuro post-pandemico.

Introduzione al tema di indagine

Oggetto dell'indagine offerta nelle pagine a seguire è un'analisi empirica della prassi sviluppatasi intorno all'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale, alla volta della diffusione della pandemia da Covid-19, con particolare attenzione allo svolgimento della procedura tramite sistemi di videoconferenza.

Ragione dell'indagine si rinviene nelle sfide ed opportunità che il diffondersi della pandemia e il protrarsi dello stato di emergenza

Giustizia consensuale Fasc. 1/2022, 221-263. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) *Case Manager* presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano.

hanno comportato nella gestione dei conflitti, sollecitando, per un verso, urgenti modifiche legislative, per l'altro, una profonda trasformazione della prassi. In particolare, tali mutamenti, normativi e pratici, hanno inciso su uno strumento – la mediazione in videoconferenza – che pur previsto da tempo nel nostro ordinamento, era fino ad allora rimasto nella prassi in ombra.

L'analisi richiede, in prima istanza, una premessa metodologica in quanto è il risultato della combinazione di due approcci differenti ma complementari. Invero, essa si basa sull'utilizzo di un metodo tanto quantitativo, con rilevazione statistica delle risposte tramite questionari a risposta multipla, quanto qualitativo, grazie ad un'attività di rilevazione attraverso osservazioni libere e interviste strutturate dei partecipanti.

Sulla base di queste premesse metodologiche, il lavoro si snoda in tre parti principali, muovendo da una prospettiva teorico-costruttiva ad una precipuamente applicativa, con lo scopo di offrire una fotografia della prassi attualmente in uso nella gestione dei procedimenti di mediazione condotti con modalità telematiche presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano.

Il contributo esordisce con una ricognizione in chiave diacronica della disciplina normativa dell'istituto della mediazione, a partire dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, passando attraverso gli emendamenti normativi introdotti dal legislatore emergenziale fino ai recenti interventi riformatori sospinti dalla legge delega 26 novembre 2021, n. 206, per la cui implementazione si attendono gli emanandi decreti legislativi di attuazione.

La seconda parte è dedicata alla descrizione di metodo, contesto e campione di riferimento scelto, nonché all'esposizione dei risultati ottenuti nell'ambito della duplice indagine svolta ed indirizzata, dapprima, a cinquanta avvocati che hanno assistito i propri clienti in una procedura conciliativa e, successivamente, ad un egual numero di esperti mediatori civili e commerciali.

Infine, nella terza ed ultima parte del lavoro, si darà spazio alle

riflessioni che le rilevazioni esposte nel precedente paragrafo impongono, nella consapevolezza della necessità di riconoscere, implementare e sfruttare al meglio le opportunità che il digitale ha schiuso e continuerà a schiudere a favore della risoluzione consensuale delle controversie.

PARTE I

La mediazione alla prova della pandemia

1. *La mediazione in modalità telematica nell'impianto normativo del d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, e nella prassi 'pre-pandemica'. Un sostanziale inutilizzo.* – Onde apprezzare la portata innovativa – e, per certi aspetti, rivoluzionaria – che l'avvento dell'emergenza pandemica ha segnato in tema di mediazione *online*, d'obbligo è ripercorrere la disciplina a questa dedicata nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e successive modifiche, quale normativa di riferimento per la mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Come noto, tale decreto legislativo ha introdotto nel nostro ordinamento una disciplina speciale ed al contempo amministrata per i procedimenti di mediazione su controversie civili e commerciali ⁽¹⁾: *speciale*, perché in grado di accordare a coloro che ne facciano ricorso specifici vantaggi ⁽²⁾ ed effetti giuridi-

⁽¹⁾ La letteratura sul tema è oramai sterminata. Per tutti, v., autorevolmente, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2021.

⁽²⁾ Nello specifico, si fa riferimento rispettivamente all'art. 17, per le agevolazioni fiscali, e all'art. 20, per il credito di imposta, del d.lgs. n. 28 del 2010, misure che, pur essendo finora rimaste inapplicate, come si ricorderà nel prosieguo del testo, sono oggetto della riforma sospinta dalla legge delega n. 26 novembre 2021, n. 206. L'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010 accorda peraltro al procedimento di mediazione c.d. obbligatoria specifiche garanzie di celerità, laddove stabilisce un termine mas-

ci ⁽³⁾; *amministrata*, perché affida la gestione dei procedimenti ad organismi di mediazione accreditati ed iscritti presso il Ministero della Giustizia, realizzando così un meccanismo di cooperazione tra giustizia pubblica e privata ⁽⁴⁾.

In questo quadro normativo, la mediazione in modalità telematica trova(va) esplicita previsione all'art. 3, 4° comma, d.lgs. 28 cit., in forza del quale lo svolgimento della mediazione da remoto veniva subordinato al rispetto di quanto stabilito nel regolamento di ciascun organismo di mediazione, fermo restando che, in base all'art. 7, 4° comma, d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, tale regolamento non poteva escludere a priori la possibilità di optare per il procedimento di mediazione in presenza ⁽⁵⁾.

Ebbene, è cosa nota come, pur dandosi *ex iure positivo* siffatta alternativa, prima dell'emergenza pandemica l'impiego della modalità *online* in mediazione fosse limitato ai soli casi in cui, per ragioni

simo della durata di tre mesi per l'esperimento del procedimento di mediazione, nonché un regime di riservatezza interna ed esterna della mediazione: su tali profili, v., per tutti, nuovamente, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 15 ss.

⁽³⁾ L'art. 12, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 garantisce la traducibilità dell'accordo raggiunto in mediazione in titolo esecutivo.

⁽⁴⁾ Come noto, il d.m. n. 180 del 2010, attuativo del d.lgs. n. 28 del 2010, contiene la disciplina degli organismi di mediazione (criteri e modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione), quella degli organismi di formazione (elenco dei formatori per la mediazione), nonché delle indennità spettanti agli organismi. Il d.m. n. 180 cit. è stato successivamente modificato dal d.m. n. 145 del 2011 e dal d.m. n. 139 del 2014.

⁽⁵⁾ A. GRASSI, *Mediazione Online: quali sono le regole da seguire?*, in <www.accademiADR> 2018 (31 maggio 2022), secondo cui «il legislatore ha inteso specificare che l'eventualità del ricorso alle modalità *online* debba intendersi come integrativa e non sostitutiva dell'offerta di gestione della procedura con modalità tradizionali», infatti «alla luce di quanto evidenziato dalla Corte di Giustizia con la sentenza n. 317 del 18 marzo 2010, non deve intendersi come un divieto assoluto di utilizzo dei mezzi telematici per lo svolgimento della procedura di mediazione, ma come previsione di una modalità di svolgimento della procedura ulteriore ed aggiuntiva, ma in ogni caso non esclusiva, per non determinare situazioni di eccessiva onerosità nell'accesso alla procedura per quanti non dispongano di una connessione *internet* o possano sentire gli effetti del c.d. fenomeno delle disuguaglianze digitali».

oggettive (difficoltà logistiche, malattia grave della parte, ecc.), risultasse impossibile per una o più parti recarsi fisicamente nella sede dell'organismo. Ove ciò si fosse verificato, si assisteva il più delle volte ad una c.d. mediazione in modalità mista, in cui una parte partecipava al procedimento di mediazione da remoto, mentre l'altra, unitamente al mediatore, era fisicamente presente al tavolo di mediazione nella sede dell'organismo.

Sia detto fin d'ora che tale modalità di svolgimento della mediazione è diversa da quella definita quale mediazione *online* o in videoconferenza – in questa sede la sola oggetto di indagine. Con mediazione *online* ci si riferisce, infatti, ad una ben specifica modalità organizzativa, ossia quella caratterizzata dalla totale trasposizione della procedura di mediazione nello spazio della rete, che diventa l'unico strumento di comunicazione a disposizione delle parti e del mediatore.

Precisata tale distinzione, si intende come l'utilizzo della mediazione *online* prima del marzo 2020, mese di diffusione della pandemia da Covid-19, si riducesse essenzialmente ad ipotesi straordinarie, quali quelle occasionate da controversie transfrontaliere.

Non è facile individuare una specifica giustificazione dell'iniziale insuccesso della mediazione *online*: essa pare piuttosto rinvenirsi in una pluralità di fattori. Una prima ragione poteva essere ricondotta alla convinzione diffusa per cui la presenza fisica delle parti è elemento imprescindibile della procedura, e ciò al fine di instaurare un tavolo attorno cui sviluppare un confronto-scontro, dialogare in modo diretto e non filtrato, cercare di ristabilire il profilo relazionale inevitabilmente compromesso dal conflitto e, da ultimo, riuscire a raggiungere una soluzione condivisa ⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ Tale convinzione era particolarmente radicata tra i mediatori, che da sempre hanno mostrato diffidenza e scetticismo verso la possibilità di svolgere gli incontri di mediazione da remoto. Mettono ben in luce questo orientamento J. ROTHMAN, *Virtual Mediations are Fairly Effective*, in <www.abovethelaw.com> (31 maggio 2022); S.H. BAUM, *Online Mediation in a Time of Coronavirus*, in *New York Dispute Resolution Lawyer*, Special issue, *Viral Changes in ADR during the Pandem-*

A ciò si univa, da un punto di vista pratico-applicativo, l'orientamento di particolare rigore abbracciato dal Ministero della Giustizia e imposto agli organismi di mediazione nella selezione dei sistemi di videoconferenza utilizzabili, orientamento che ne scoraggiava un impiego diffuso ⁽⁷⁾. Ad avviso di molti, a questo si aggiungeva una riscontrata arretratezza nella capacità di gestione ed utilizzo di strumenti tecnologici da parte degli operatori del diritto come degli utenti finali ⁽⁸⁾.

2. *Dall'emergenza all'opportunità: il ricorso alla mediazione in rete. Un cambiamento destinato a restare?* – Non v'è dubbio che lo

ic, Summer 2020, 34 ss.; J. CLAXTON, *The Latent Blossoming of Remote Mediation*, in <Kluwerarbitration.com> (31 maggio 2022).

⁽⁷⁾ Dal combinato disposto degli artt. 3, 9 e 16 d.lgs. n. 28 del 2010 e art. 7 d.m. n. 180 del 2010 si evince che gli organismi di mediazione erano tenuti ad assicurare la procedura di mediazione telematica attraverso una piattaforma integrata ad accesso riservato specificamente progettata per la gestione di processi di comunicazione audio/video e scambio di informazioni in formato elettronico.

⁽⁸⁾ V. a riguardo 2019 *Wolters Kluwer Future Ready Lawyer Survey Report*, in <www.wolterskluwer.com> (31 maggio 2022). Il *Report*, realizzato tramite intervista quantitativa di 700 avvocati provenienti dagli Stati Uniti e da dieci Stati europei, tra i quali anche l'Italia, riferisce che «nonostante la maggior parte degli avvocati comprenda appieno i benefici derivanti dalla tecnologia, essi riconoscono anche una certa resistenza nell'adozione di nuove tecnologie». I motivi di resistenza sono per la più parte legati alla poca conoscenza, comprensione e competenza in materie tecnologiche (36%); seguono i motivi organizzativi, quali l'assenza di una strategia tecnologica complessiva (34%), ed infine vi sono quelli economici (30%). In Italia, in particolare, nota è l'urgenza di un adeguato processo di digitalizzazione, capace di superare arretratezza tecnologica, scarsa alfabetizzazione digitale e reticenza culturale. Non a caso il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, presentato dal Governo Draghi e approvato dal Parlamento il 31 marzo 2021, che dovrà dare attuazione in Italia al programma europeo *Next Generation EU* (disponibile all'indirizzo <www.governo.it/sites/governo.it/files/PNRR_0.pdf.>), considera la digitalizzazione e l'innovazione tecnologica due obiettivi di primaria importanza (si tratta della c.d. Missione 1) per il rilancio della competitività del sistema economico, soprattutto perché intersecano in modo trasversale tutti gli altri investimenti proposti dal Governo Draghi.

scoppio della pandemia causata dal Covid-19 abbia ribaltato le sorti di uno strumento che, a distanza di dieci anni dalla sua previsione legislativa, risultava ancora pressoché inutilizzato. L'emergenza sanitaria e le conseguenti misure di confinamento, introdotte a livello nazionale il 10 marzo 2020 e prolungatesi sino al 3 giugno 2020⁽⁹⁾, infatti, hanno imposto una trasposizione forzata in rete di numerose dinamiche sociali, economiche e giuridiche, pena la loro paralisi totale.

Tra queste, decisivo rilievo ha assunto anche l'amministrazione della giustizia che, messa a dura prova dall'emergenza, non solo ha mostrato gravi difficoltà nel rispondere in periodo pandemico alle richieste di tutela dei diritti dei cittadini, ma ha anche dovuto fare i conti con un incremento del tasso di conflittualità, che, unito al risaputo arretrato giudiziario, ha portato con sé il rischio, da più parti denunciato, di una *litigation explosion*⁽¹⁰⁾. Come noto, infatti, du-

⁽⁹⁾ Art. 1 d.p.c.m. 9 marzo 2020, n. 62. La norma, rubricata «Misure urgenti di contenimento del contagio sull'intero territorio nazionale», estende all'intero territorio nazionale le limitazioni previste all'art. 1 d.p.c.m. 8 marzo 2020, tra cui il divieto agli spostamenti non giustificati da motivi di lavoro, necessità o salute, la chiusura delle scuole e divieto di assembramento all'aperto e nei locali chiusi.

⁽¹⁰⁾ L'espressione richiama il fenomeno che segnò l'ordinamento statunitense nella seconda metà del secolo scorso e che è storicamente considerato una delle concause di sviluppo e diffusione delle ADR: è ripresa, con efficacia, da autorevole dottrina per descrivere il rischio di una 'epidemia litigiosa', così A. BRIGUGLIO, *La possibile epidemia litigiosa e la giurisdizione civile italiana*, in <www.judicium.it> 2020 (31 maggio 2022); nonché B.I. TONELLI, *Riflessioni sulla nuova ipotesi di obbligatorietà del tentativo di mediazione per inadempimento delle obbligazioni contrattuali a causa delle misure di contenimento della pandemia*, in <Diritto.it> 2020 (31 maggio 2022); S. DALLA BONTÀ, *Pandemia, esplosione del contenzioso emergenziale (e non) e mediazione. Spunti critici su obbligo di rinegoziare e autonomia privata*, in A. CASSATELLA, S. DALLA BONTÀ e E. MATTEVI, *Pandemia e Gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione*, Atti del Convegno, Trento, 10 giugno 2022, Napoli, 2021, 46 ss. Anche la Ministra della Giustizia Marta Cartabia, nell'intervento davanti alla Commissione Giustizia del 15 marzo 2021, ha paventato il rischio concreto di «una possibile esplosione del contenzioso presso gli uffici giudiziari quando cesseranno gli effetti dei provvedimenti che bloccano gli sfratti, le esecuzioni, le procedure concorsuali, i licenziamenti, il contenzioso

rante la prima ondata pandemica, l'attività giudiziaria ha subito un arresto pressoché totale, dovendo scontare la chiusura delle aule di giustizia e la conseguente sospensione dell'attività giudiziaria e dei termini sostanziali, stabilita dal d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. Decreto Cura Italia).

Orbene, non così è stato per la mediazione finalizzata alla conciliazione, che, nel quadro emergenziale qui evocato, si è mostrata strumento utile a far fronte ad una serie di criticità difficilmente superabili dalla 'giustizia giurisdizionale' ⁽¹¹⁾, sapendosi adattare, in modo sorprendentemente rapido, al nuovo ambiente virtuale. La flessibilità ed informalità procedurale dello strumento mediativo, infatti, hanno permesso che, anche nel periodo di c.d. *lockdown*, gli incontri tra parti, avvocati e mediatori potessero continuare a svolgersi regolarmente, nel pieno rispetto delle regole vigenti, grazie all'impiego dei meccanismi tecnologici di videocomunicazione ⁽¹²⁾.

Da questa prospettiva, pare quindi sin d'ora potersi affermare che la pandemia abbia rappresentato per la mediazione una vera e propria opportunità. Opportunità di dimostrare, a cittadini ed imprese, che una via alternativa al processo avanti al giudice statale non solo è percorribile, ma anche capace di giungere ad una compo-

bancario». L'intervento è reperibile in versione integrale al seguente indirizzo <www.youtube.com/watch?v=2UwTdN2U0W8>.

⁽¹¹⁾ Così R. MAGGIONI, *Considerazioni su alcuni aspetti della mediazione online*, in <www.blogmediazione.com> 2020 (31 maggio 2022).

⁽¹²⁾ Invero, questa modalità di svolgimento della mediazione ha rappresentato una trasformazione immediata ed inevitabile dell'istituto di fronte ad un'emergenza che ha tragicamente imposto due alternative nette: l'adattamento al nuovo contesto o il blocco totale dell'attività (come è avvenuto per gran parte di quella giudiziaria). Per questo pare condivisibile l'opinione di M. DOTTI, S. AZZARO, T. GORI, C. MASTELLONE, *Mediazione online: Le linee guida di ANMP*, in <www.altalex.com> 2020 (31 maggio 2022), secondo cui «la mediazione ha sempre avuto il pregio (a differenza del sistema giustizia) di essere stata capace di interpretare i bisogni di una società in continuo cambiamento e come la società stessa, saprà adattarsi nel modo che risulterà più utile alle persone per gestire i propri conflitti».

sizione delle controversie rapida, a costi convenienti e prevedibili, secondo modalità efficienti e flessibili.

In siffatto quadro, il legislatore emergenziale è intervenuto con un ventaglio di novelle normative in materia di mediazione che, innovando la precedente disciplina, ne hanno investito tanto profili procedurali che sostanziali. Da un punto di vista procedurale, le disposizioni contenute, prima, nel c.d. Decreto Cura Italia, poi, nel d.l. 19 maggio 2020, n. 34, e successive leggi di conversione, hanno introdotto una serie coordinata di facilitazioni, tese a favorire lo svolgimento efficace ed efficiente degli incontri di mediazione in modalità virtuale. Tali interventi hanno riguardato, in particolare, il profilo del preventivo consenso delle parti allo svolgimento della mediazione *online*; la certificazione telematica della firma della parte ad opera dell'avvocato e l'esecutività dell'eventuale accordo raggiunto in mediazione; le modalità di sottoscrizione del processo verbale, ed infine, le piattaforme di videoconferenza utilizzabili⁽¹³⁾. Sia detto sin d'ora, a vantaggio di quanto nel prosieguo si evidenzierà, che la legge delega 26 novembre 2021, n. 206, per l'efficienza del processo civile e la revisione degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, ha confermato soltanto il primo dei menzionati interventi emergenziali, stabilendo all'art. 1, 4° comma, lett. p, che le procedure di mediazione possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri possano svolgersi con collegamenti da remoto.

Per quanto concerne, invece, le novità di diritto sostanziale introdotte dal legislatore emergenziale, particolare attenzione hanno raccolto le norme di cui all'art. 3, 6° *bis* comma, d.l. n. 6 del 2020, da ultimo convertito nella l. 27 del 2020, e all'art. 3, 6° *ter* comma, in-

⁽¹³⁾ Per un'approfondita disamina di tali plurimi aspetti si rinvia a M. BOVE, *Mediazioni e conciliazioni giudiziali 'a distanza'*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 631-658; ID., *Accordi a distanza nella mediazione e nella conciliazione giudiziaria*, in L. CALCAGNO, G. GRASSO, S. LEMBO, M. MAUGERI e M. DELIA (a cura di), *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*, in *Quaderno Scuola Superiore della Magistratura*, 7, 2022, 203-222.

trodotto dalla l. n. 70 del 2020 ⁽¹⁴⁾. Tali disposizioni, che introducono, rispettivamente, una clausola di esonero da responsabilità contrattuale del debitore e una nuova ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria, sono state oggetto di accese critiche dottrinali. La loro infelice confezione ha infatti dato àdito a non poche questioni interpretative. Solo per menzionarne alcune: l'art. 3, 6° *bis* comma, cit., introducendo una disposizione di carattere speciale in materia di inadempimento contrattuale per causa straordinaria, pone problemi di coordinamento con la disciplina di diritto comune; l'art. 3, 6° *ter* comma, cit., ha acuito le criticità in materia di mediazione obbligatoria su contenzioso derivante da inadempimenti dovuti al rispetto delle misure di contenimento imposte dal Governo ⁽¹⁵⁾.

Ciò detto, ferma l'infelice lettera delle disposizioni citate, e in particolare l'indeterminatezza dei confini applicativi della nuova ipotesi di mediazione obbligatoria ⁽¹⁶⁾, pare a chi scrive doversi condividere la scelta di fondo del legislatore di sottoporre le controversie originate dalle misure restrittive emergenziali al tentativo obbligatorio di mediazione.

⁽¹⁴⁾ Il primo dei commi citati stabilisce «Il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati od omessi adempimenti»; il secondo, invece, con una formulazione altrettanto infelice, afferma che «Nelle controversie in materia di obbligazioni contrattuali, nelle quali il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto, o comunque disposte durante l'emergenza epidemiologica da Covid-19 sulla base di disposizioni successive, può essere valutato ai sensi del comma 6-*bis*, il preventivo esperimento del procedimento di mediazione ai sensi del comma 1-*bis* dell'articolo 5 del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, costituisce condizione di procedibilità della domanda».

⁽¹⁵⁾ Per un più dettagliato esame delle disposizioni citate si rinvia a S. DALLA BONTÀ, *Pandemia, esplosione del contenzioso emergenziale (e non)*, cit., 49 ss.

⁽¹⁶⁾ Di questo avviso D.U. SANTOSUOSSO, *Le misure di contenimento attenuano l'onere del debitore*, in *Il Sole 24 Ore*, 26 marzo 2020, il quale, assai criticamente, definisce la normativa in parola «più emozionale che emergenziale»; sulla stessa linea V. ROPPO, R. NATOLI, *Contratto e Covid-19: dall'emergenza sanitaria all'emergenza economica*, in <www.giustiziacivile.com> 2020 (31 maggio 2022).

Invero, in una tale rinegoziazione la mediazione può rivelarsi risorsa utile, in quanto contenitore in grado di facilitare l'esercizio dell'autonomia privata delle parti ed al contempo promuovere la ricostruzione delle relazioni sociali, presupposto peraltro fondamentale per la ripresa economica del Paese ⁽¹⁷⁾.

Offrono dimostrazione concreta di quanto affermato i dati provenienti da due diverse – quanto significative – fonti. Da un raffronto delle statistiche ministeriali relative al primo e al secondo trimestre del 2020 ⁽¹⁸⁾ si evince che durante il periodo di c.d. *lockdown* la percentuale di accordi raggiunti in mediazione è aumentata di 2,7 punti percentuali ⁽¹⁹⁾. Ne consegue l'evidenza che, mentre l'attività giudiziaria subiva un arresto pressoché totale, le procedure conciliative non si arrestavano, grazie all'utilizzo delle piattaforme *online*.

I dati ministeriali trovano peraltro il loro controcanto in quelli raccolti dal Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano ⁽²⁰⁾, riferibili al periodo tra marzo 2020 e marzo 2021, secondo cui il ricorso alla mediazione è aumentato del 133% per le controversie in materia di affitto d'azienda, e del 32% per le locazioni ad uso abitativo e commerciale.

Il successo della mediazione non si è peraltro esaurito nel breve

⁽¹⁷⁾ L'argomento è con vigore sostenuto da P. LUCARELLI, nell'intervista di F. VALERINI, *La mediazione come speranza anche per superare l'emergenza*, in <www.dirittoegiustizia.it> 2020 (31 maggio 2022); nonché ID., *Quale giustizia in tempo di pandemia?*, in A. CASSATELLA, S. DALLA BONTÀ e E. MATTEVI (a cura di), *Pandemia e Gestione responsabile del conflitto*, cit. 31 ss.

⁽¹⁸⁾ Dal 2011 la Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della Giustizia pubblica le statistiche sui dati della mediazione, forniti dagli organismi di mediazione iscritti nell'apposito registro tenuto presso lo stesso Ministero. Tali statistiche sono consultabili al seguente indirizzo: <<https://webstat.giustizia.it/SitePages/StatisticheGiudiziarie/civile/Mediazione%20Civile.aspx>>.

⁽¹⁹⁾ Evidenzia questo importante risultato P. LUCARELLI, *La mediazione all'epoca dei dati: cosa serve conoscere per valutare*, in *Banca Dati della Mediazione Civile*, in <www.adrmedyapro.it> 2020 (31 maggio 2022).

⁽²⁰⁾ V. CAMERA ARBITRALE DI MILANO, *Effetto Covid: boom di mediazioni per affitto d'azienda e locazioni*, in <www.camera-arbitrale.it> 2021 (31 maggio 2022).

periodo indicato, ma, al contrario, si è confermato per tutto il 2021, durante il quale, stando al Repertorio annuale 2021 ⁽²¹⁾ del Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano, le liti in materia di appalti sono aumentate di 74 punti percentuale, così come sono aumentate del 60% le liti sui brevetti e sulla proprietà intellettuale, a fronte di una durata media dei procedimenti pari a 119 giorni.

Parimenti, i dati confermano il successo della mediazione a distanza, che rimane la modalità preferita per lo svolgimento degli incontri conciliativi, complici anche le plurime ondate pandemiche che ancora colpiscono il nostro Paese. A fronte di 1000 nuove domande di mediazione depositate nello scorso anno, il 95% degli incontri si è svolto *online* tramite la piattaforma di videoconferenza *Zoom*: rivelatore è il raffronto con i dati del periodo pre-pandemico, se si considera che la quota degli incontri tenuti in rete era allora pari all'1% del totale.

Tale tendenza, pur essendo di certo originata da un evento provvisorio – l'adozione di misure di confinamento e distanziamento sociale – mostra con evidenza, a parere di chi scrive, come il ricorso alla mediazione *online* costituisca espressione di un cambiamento non tanto temporaneo, ma destinato a permanere e modificare il modo tradizionale di fare mediazione.

3. Quali le prospettive future? La mediazione finalizzata alla conciliazione nell'incipiente riforma per l'efficienza del processo civile e la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. – Vi sono indici destinati a rafforzare l'idea della bontà della tesi secondo cui l'emergenza ha rappresentato, per la mediazione civile e commerciale, occasione temporanea per una trasformazione definitiva, non solo da un punto di vista giuridico, ma anche sociale, culturale e tecnologico. Primo tra tutti si pone

⁽²¹⁾ Il *Report* annuale del Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano, pubblicato nel marzo 2022, è consultabile al seguente indirizzo: <www.camera-arbitrale.it/it/statistiche/index.php?id=717> (31 maggio 2022).

l'intento riformatore sospinto dalla Ministra della Giustizia Marta Cartabia, che rende evidente come oggi la mediazione non venga più considerata quale mero 'supporto emergenziale' quanto piuttosto strumento da potenziare e su cui investire nel presente a beneficio del futuro ⁽²²⁾.

In questo senso, come risaputo, con d.m. 12 marzo 2021, la Ministra costituiva, presso l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, la Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi, anche nota, in ragione della sua autorevole presidenza, quale «Commissione Luiso» ⁽²³⁾, con il compito di «ridurre i tempi dei processi e ottenere una migliore efficienza dell'amministrazione della giustizia» ⁽²⁴⁾. Obiettivo primario – e concreto – dell'ambizioso progetto è quello di soddisfare il requisito imprescindibile per l'accesso ai fondi comunitari del c.d. *Recovery Fund*: la riduzione di almeno il 40% della durata dei processi italiani ⁽²⁵⁾.

Le proposte di riforma avanzate dalla Commissione Luiso, tradotte nella Relazione finale del 24 maggio 2021, per quel che qui rileva, hanno inteso promuovere il ricorso alla mediazione secondo due macro-direttrici di intervento: da un lato, mediante un'esten-

⁽²²⁾ Così la Ministra della Giustizia nel suo intervento avanti alla Commissione Giustizia del 15 marzo 2021 relativo alle linee programmatiche degli interventi di riforma, reperibile in versione integrale al seguente indirizzo: <www.youtube.com/watch?v=2UwTdN2U0W8> (31 maggio 2022).

⁽²³⁾ La Commissione, composta da dieci membri scelti tra professori universitari e magistrati togati, presieduta dal Professor Francesco Paolo Luiso, con vicepresidente il Professor Filippo Danovi, fu istituita dalla Ministra Marta Cartabia per la stesura di un documento volto a disegnare le misure più idonee ad assicurare una maggiore efficienza del processo civile e degli strumenti ad esso alternativi, e quindi proposte di emendamento al disegno di legge delega precedente (AS 1662).

⁽²⁴⁾ È quanto si legge nella parte introduttiva della relazione finale della Commissione Luiso, reperibile nel sito del Ministero della Giustizia all'indirizzo <www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf>.

⁽²⁵⁾ Così G. TOMBOLINI, *Note a caldo sulla nuova legge delega di riforma della giustizia civile: le modifiche al giudizio di primo grado*, in <www.judicium.it> 2021 (31 maggio 2022).

sione applicativa dell'istituto della mediazione obbligatoria, dall'altro, tramite l'introduzione di più significativi incentivi fiscali ed economici a vantaggio delle parti, uniti a misure volte a ridurre oneri e spese connesse al ricorso alla mediazione. L'*iter* di riforma si è concluso con l'adozione della citata legge delega 26 novembre 2021, n. 206 ⁽²⁶⁾, per la cui implementazione la Ministra ha nominato sette gruppi di esperti, con il compito di elaborare una bozza di decreto legislativo attuativo.

Il messaggio che traspare sin dalla collocazione 'toponomastica' dei principi di legge relativi agli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie – e da più parti condiviso ⁽²⁷⁾ – è che questi ultimi vengano finalmente affrancati da quella tradizionale concezione che, relegandoli a strumenti di mera deflazione del contenzioso, li riduceva a forme di giustizia di 'serie B' ⁽²⁸⁾. Oggi essi risultano invece confermati per ciò che invero sono: strumenti di giustizia complementare alla via giurisdizionale, non solo perché di pari dignità rispetto a quest'ultima, ma anche perché in grado di gestire il conflitto nella sua complessità e poliedricità ⁽²⁹⁾.

La legge delega n. 206 cit. – si diceva – muove lungo due direttrici principali, che includono anche la previsione dello svolgimento della mediazione con modalità telematiche, su accordo delle parti, e

⁽²⁶⁾ La legge delega, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 292, il 9 dicembre 2022 ed entrata in vigore il 24 dicembre 2021, è intitolata «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».

⁽²⁷⁾ In questo senso, in particolare, A. TEDOLDI, *Sul disegno di legge delega per la riforma del processo civile e delle ADR*, in ID., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa, 2021, 119 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Pandemia, esplosione del contenzioso emergenziale (e non) e mediazione*, cit., 77 ss.; M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in <www.judicium.it> 2022 (31 maggio 2022).

⁽²⁸⁾ Così, da ultimo, F.P. LUIISO nell'intervista a cura di G. GRIMOLIZZI, *Con gli istituti di ADR l'avvocato riacquista la sua centralità*, in *Il Dubbio*, 14 febbraio 2022, 3 ss.

⁽²⁹⁾ Lo sostiene, in particolare, M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, cit.

la possibilità che gli incontri di mediazione possano svolgersi da remoto (v. art. 1, 1° comma, lett. p). Questa si inserisce così in un quadro di revisione più ampio, teso a rendere effettiva la mediazione e il suo impiego.

In questo senso si leggono, per un verso, l'estensione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale in contenziosi ulteriori rispetto a quelli già previsti dal d.lgs. n. 28 cit. ⁽³⁰⁾, nonché la previsione di misure volte a far sì che il tavolo negoziale si instauri in modo effettivo ⁽³¹⁾. Per l'altro, si sollecita l'adozione di meccanismi volti a rendere lo strumento appetibile a cittadini ed imprese, incidendo sulla sua rapidità, economicità e prevedibilità di costi, garantendone la qualità tramite un miglioramento dei percorsi formativi per mediatori e creando nuove sinergie tra soggetti istituzionali e operatori del diritto.

Secondo i più, invero, sarebbero proprio gli incentivi e i benefici fiscali previsti a rappresentare la voce più significativa della riforma

⁽³⁰⁾ L'art. 1, 4° comma, lett. c, legge delega n. 206 cit. ha previsto l'estensione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione per i contenziosi derivanti da contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera e di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura. Tale norma recepisce *in toto* la proposta della Commissione Luiso (§ III.3), peraltro già fortemente auspicata anche dalla c.d. Commissione Alpa. L'operatività di tale estensione della c.d. mediazione obbligatoria è prevista per una durata di cinque anni, al cui scadere si contempla un monitoraggio statistico onde confermarne l'opportunità.

⁽³¹⁾ V. art. 1, 4° comma, lett. e, legge delega n. 206 cit., il quale mira a «favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse, regolando le conseguenze della mancata partecipazione», ferma restando la possibilità per le persone fisiche e giuridiche di avvalersi, in presenza di giustificati motivi, di un proprio rappresentante a conoscenza dei fatti e munito di poteri necessari per la soluzione della controversia. Aspetto, questo, oggetto di particolare attenzione nella pronuncia Cass., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473, in *Giur. it.*, 2019, 2128, con nota di F.P. LUISO; in *Questione Giustizia*, 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, e in <www.judicium.it> 2019, con nota di P. LUCARELLI, sentenza nella quale, in un interessante *obiter dictum*, si metteva chiaramente in luce l'importanza della partecipazione personale delle parti e altresì rilevava il vuoto legislativo in tema di limiti all'utilizzo della rappresentanza.

in fieri, con uno stanziamento da parte del Governo pari a circa sessanta milioni di euro (per il triennio 2023-2025) ⁽³²⁾, da ripartire in cinque misure principali: esenzione dall'imposta di registro, credito d'imposta per i compensi di avvocati e mediatori, credito d'imposta per il contributo unificato eventualmente già versato in sede giudiziale, patrocinio a spese dello Stato e credito d'imposta per gli organismi di mediazione ⁽³³⁾.

Volendo, dunque, avanzare qualche riflessione su scelte relative all'impianto e linee d'intervento della riforma in materia di mediazione – qui solo in sintesi tratteggiate – pare che esse trovino apprezzamento laddove slegate da logiche meramente deflative e contingenti, per perseguire, invece, l'efficacia della giustizia, nella consapevolezza dell'opportunità di investire (anche) su strumenti di gestione del conflitto complementari alla giurisdizione. Opportunità, questa, che viene di certo evidenziata anche dalle stime offerte da uno studio della Banca d'Italia ⁽³⁴⁾, secondo cui ad una riduzione del 15% dei tempi della giustizia corrisponderebbe una crescita economica pari a mezzo punto percentuale del Prodotto interno lordo. Si tratta di un dato assai eloquente, se si tiene in considerazione, come già ricordato, che l'obiettivo cardine del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza ⁽³⁵⁾ è proprio quello di arrivare nell'arco

⁽³²⁾ Sono queste le stime del Governo dettagliatamente riportate da G. NEGRI, *Mediazione: 6mila accordi in più trainati dagli incentivi*, in *Il Sole 24 Ore*, 28 novembre 2021, 15.

⁽³³⁾ *Ivi*. Come pone in luce M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, cit., tale significativo stanziamento di risorse, oltre ad essere necessario, è senz'altro meritevole di approvazione in quanto dimostra che il legislatore è consapevole del fatto che «il successo della mediazione civile non dipende solo da fattori culturali o dall'incisività con la quale il tentativo di conciliazione viene imposto, ma anche dalla sua convenienza».

⁽³⁴⁾ Lo studio viene citato dalla Ministra Cartabia in occasione del suo intervento al Convegno AIBE (Associazione Italiana Banche Estere), svoltosi a Milano il 31 gennaio 2022 e disponibile al seguente indirizzo: <https://www.youtube.com/watch?v=_07Ic1E4THk>.

⁽³⁵⁾ Se il citato programma *Next Generation EU* assegna a ciascuno Stato dell'Unione europea obiettivi specifici a seconda delle specifiche criticità che lo se-

di cinque anni ad una riduzione del 40% dei tempi della giustizia civile e del 25% di quella penale.

Superando quest'ottica squisitamente 'numerica', è dato tuttavia evidenziare come sarà soltanto attraverso un'organica revisione dell'istituto della mediazione civile e commerciale, tramite la confezione di un apparato normativo chiaro e puntuale, che potrà realizzarsi un definitivo consolidamento (anche) della mediazione *online* e di sue buone prassi applicative. Ed invero, proprio in questa direzione muovono i principi di legge delega.

PARTE II

La mediazione in videoconferenza nella prassi. I dati del Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano

1. *Ambito, obiettivi, metodo e destinatari dell'indagine.* – L'adozione di misure preventive di contenimento e distanziamento sociale ha imposto una forzosa quanto repentina trasposizione nello spazio virtuale delle procedure di gestione alternativa dei conflitti. Questo passaggio dalla dimensione 'reale' a quella virtuale degli incontri di mediazione, lungi dal rappresentare un semplice muta-

gnano, per l'Italia l'accesso ai fondi stanziati prevede, tra gli altri, l'assunzione da parte del Governo dell'obiettivo di migliorare l'efficienza del sistema giudiziario e della pubblica amministrazione: lo rammenta P. LUCARELLI, *Quale giustizia in tempo di pandemia?*, cit., 31 ss. Da queste premesse muovono le linee programmatiche della Ministra della Giustizia Marta Cartabia, che si basano sull'assunto per cui «il sistema giudiziario sostiene il funzionamento dell'intera economia e (...) l'efficienza del settore Giustizia è condizione indispensabile per lo sviluppo economico e per un corretto funzionamento del mercato». E ancora, che «le prospettive di rilancio del nostro Paese sono fortemente condizionate dall'approvazione di riforme e investimenti efficaci nel settore della Giustizia»: così in *PNRR Giustizia, gli interventi per la ripresa*, in <www.giustizianewsonline>, Quotidiano del Ministero della Giustizia, 3 maggio 2021.

mento del mezzo per il loro svolgersi, ha, invece, comportato inevitabili trasformazioni nelle modalità di approccio e gestione del conflitto, poiché ha inciso profondamente, modificandole, su tutte quelle dinamiche – di tipo relazionale, comunicativo e psicologico – che caratterizzano ogni procedura conciliativa.

Sullo sfondo di questa premessa, l'indagine che si offre muove dalla necessità di comprendere più nel dettaglio i cambiamenti che da due anni a questa parte hanno coinvolto i procedimenti conciliativi svolti a distanza. Onde centrare tale obiettivo, essa si ripropone di individuare punti di forza e di debolezza della mediazione *online* attraverso le prospettive qualificate dei suoi attori principali: da un lato, gli avvocati che assistono le parti in mediazione, e, dall'altro, i mediatori.

A fronte di tale obiettivo, il metodo prescelto è stato di natura empirica, allo scopo di restituire, anche tramite grafici, un quadro oggettivo ed attendibile del fenomeno della mediazione *online* in relazione al contesto di riferimento. Contesto che, nel presente studio, riveste un ruolo preponderante e richiede una descrizione accurata, dal momento che, incidendo profondamente sui risultati ottenuti, non permette la loro replicabilità in circostanze diverse.

Ebbene, il perimetro entro cui si è svolta l'analisi è quello circoscritto dall'operatività e dall'organizzazione interna del Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano, che, tramite la condivisione dei dati relativi alle procedure conciliative lì incardinate nel periodo di osservazione, ha permesso di individuare i criteri formali per la scelta del campione d'analisi. In particolare, per quanto riguarda l'indagine quantitativa indirizzata agli avvocati, il campione corrisponde a cinquanta avvocati che hanno prestato la propria assistenza in un procedimento di mediazione conclusosi nel periodo tra ottobre 2021 e marzo 2022, indipendentemente dal raggiungimento o meno dell'accordo. Con riguardo, invece, all'indagine diretta ai mediatori, il periodo di riferimento scelto corrisponde a dicembre 2021, mese in cui è stato diffuso il questionario e

sono stati raccolti i relativi risultati, ed il campione è costituito da cinquanta esperti mediatori allora iscritti nell'apposito elenco stilato dalla Camera Arbitrale.

Una volta individuato il campione di riferimento cui rivolgere l'analisi, lo studio si è articolato in tre fasi: (1) la predisposizione dello strumento d'indagine, attraverso l'utilizzo di *Google Moduli*, che ha permesso di creare un questionario *online* a domande aperte accessibile tramite un *link* univoco; (2) la trasmissione via posta elettronica dell'indirizzo di accesso (*link*) al questionario ai destinatari selezionati, e, infine, (3) il monitoraggio e la valutazione dei dati raccolti tramite gli strumenti d'analisi dei dati offerti dalla stessa applicazione di *Google Moduli*.

Le opinioni di avvocati e mediatori, di cui si darà conto nel prosieguo del presente lavoro, offrono un utile affresco dell'evoluzione della prassi legata all'istituto della mediazione alla luce dei recenti sviluppi e, al contempo, raccolgono criticità e potenzialità dello strumento, nel tentativo di disegnare gli orizzonti futuri della mediazione *online*.

Sezione I

La prospettiva degli avvocati che assistono le parti in mediazione

1. *Descrizione del campione d'indagine e dati su livello di gradimento e percezione di efficacia della mediazione online e tempo dedicato alla preparazione del tavolo di mediazione.* – L'indagine condotta per il tramite del Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano raccoglie opinioni e valutazioni di cinquanta avvocati, che hanno prestato la propria assistenza qualificata in una procedura conciliativa conclusa tra ottobre 2021 e marzo 2022 e svoltasi in modalità *online* tramite il ricorso alla piattaforma di videoconferenza *Zoom*.

Nello specifico, il citato questionario utilizzato per l'indagine si è articolato in quattro parti, concepite al fine di far emergere altrettanti indici di valutazione: (1) la prima parte dedicata alla raccolta delle informazioni demografiche relative al campione selezionato; (2) la seconda parte indirizzata a rilevare il livello di gradimento e di soddisfazione nell'uso della modalità *online*; (3) la terza, focalizzata sulla percezione di efficacia ed efficienza di tale modalità rispetto a quella tradizionale condotta in presenza; e, infine, (4) l'ultima parte incentrata sul tempo dedicato allo studio del conflitto e alla preparazione del tavolo negoziale.

I. Per quanto riguarda la raccolta dei dati relativi ai soggetti coinvolti nell'indagine, le tre variabili demografiche utilizzate sono state: il sesso, l'età e la sede principale di conduzione dei propri affari. Da tali domande preliminari, è emerso, in primo luogo, che il 60% degli avvocati intervistati era di sesso maschile; in secondo luogo, che il 40% aveva un'età compresa tra i 30-50 anni, un altro 40% aveva più di cinquant'anni e soltanto il 16% meno di trent'anni. Infine, per quanto concerne la variabile geografica, il 74,4% degli intervistati ha indicato la provincia metropolitana di Milano quale sede principale della propria attività professionale, dato in linea con il bacino d'utenza del Servizio di Conciliazione di Camera Arbitrale di Milano.

II. Come detto, la seconda parte del questionario è stata dedicata alla valutazione del livello di soddisfazione di parti e avvocati riguardo agli incontri di mediazione condotti in modalità *online*.

Alla domanda «Ritiene che il cliente fosse a suo agio nel corso del procedimento in modalità *online*?», su 44 risposte valide ⁽³⁶⁾ il 90,9% ha risposto in modo affermativo, ritenendo che il proprio assistito si fosse trovato a proprio agio nel partecipare al tavolo negoziale da remoto. In particolare, è interessante notare come, ove for-

⁽³⁶⁾ Tale 'riduzione' rispetto al campione totale oggetto di rilevazione è dovuto all'eliminazione di alcune unità in quanto non valutabili ai fini dell'analisi poiché o il cliente non ha partecipato personalmente agli incontri oppure perché il campo della risposta non è stato correttamente compilato.

nite, le ragioni di tale circostanza sono state ricondotte alla flessibilità ed economicità dello strumento, alla conduzione fluida e senza intoppi tecnici degli incontri, alla familiarità dell'utente con i sistemi tecnologici ed informatici, oltre ad impedimenti oggettivi della parte legati all'età avanzata o a condizioni di salute che avrebbero reso impossibile la partecipazione in presenza.

Per altro verso, solo l'8,5% degli avvocati ha ritenuto che il proprio cliente si sia sentito a disagio durante gli incontri svolti *online*; disagio che, quando motivato, è stato messo in relazione a difficoltà comunicative causate da problemi di scarsa connessione e di bassa qualità dell'audio.

La medesima domanda è stata successivamente posta ai legali in prima persona. Le 49 risposte valide totali hanno confermato la precedente rilevazione, addirittura incrementandone il livello di soddisfazione di 4 punti percentuale. Invero, 46 avvocati (ossia il 94% del campione) hanno affermato di essersi trovati a proprio agio, 2 avvocati (ossia il 4%) hanno risposto con «abbastanza», mentre soltanto un avvocato ha fornito un riscontro del tutto negativo.

Nello specifico, i legali hanno particolarmente apprezzato la qualità dell'assistenza tecnica fornita dai funzionari del Servizio di Conciliazione, la capacità del mediatore di coinvolgere in modo adeguato tutti i partecipanti al tavolo, nonché il buon funzionamento della piattaforma e dei collegamenti audio e video utilizzati per svolgere le sessioni.

III. In merito all'analisi del terzo indice, avente riguardo al livello di efficacia ed efficienza della mediazione *online* rispetto alla modalità in presenza, la domanda preliminare posta ai legali è stata formulata nei seguenti termini: «Dalla Sua esperienza, ritiene che il mediatore svolga in maniera più efficace il proprio lavoro in presenza o in modalità *online*?». Le 46 risposte valide ottenute possono essere riassunte nel grafico sotto riportato, che illustra la distribuzione delle valutazioni relative all'efficacia dell'una o dell'altra modalità di svolgimento degli incontri conciliativi.

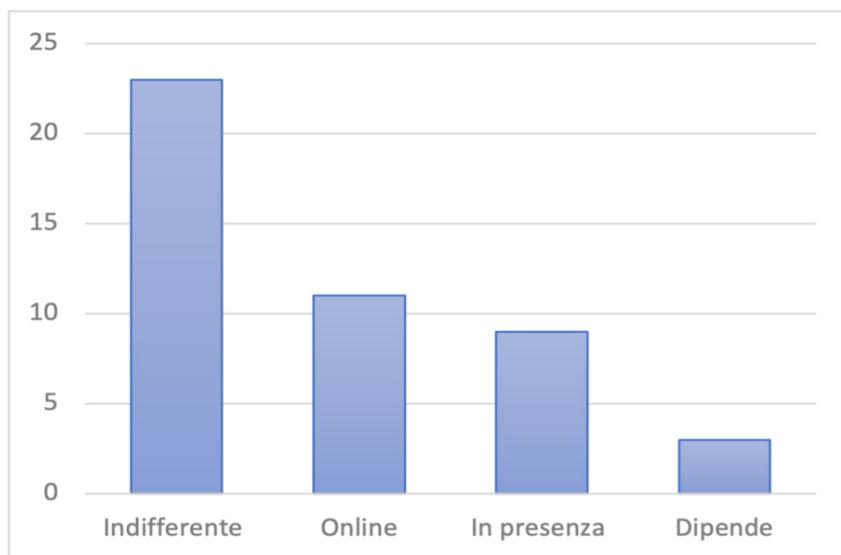


Grafico 1 – Dalla Sua esperienza, ritiene che il mediatore svolga in maniera più efficace il proprio lavoro in presenza o in modalità *online*?

Le opinioni raccolte sono, dunque, divisibili nelle seguenti categorie:

1. secondo 23 avvocati, la modalità *online* è egualmente efficace rispetto a quella in presenza (50%);
2. secondo 11 avvocati, è più efficace la mediazione svolta *online* rispetto a quella in presenza (23,9%);
3. secondo 9 avvocati, è più efficace la mediazione svolta in presenza di quella *online* (19,6%);
4. secondo 3 avvocati, la risposta dipende dal concorso di alcune variabili (6,5%).

È utile evidenziare che, sulla scorta dell'analisi quantitativa, un avvocato su due considera la modalità di conduzione delle sessioni conciliative una variabile del tutto neutrale e che, di conseguenza, gli aspetti positivi e negativi dell'una e dell'altra modalità si equivalgano dal punto di vista dell'efficacia del procedimento. Tuttavia, è solo grazie ad un'indagine di tipo qualitativo – ottenuta chiedendo

le ragioni sottostanti alla risposta fornita – che è stato possibile far emergere ed evidenziare alcuni dettagli di tipo contestuale, che hanno permesso di integrare i valori numerici ottenuti in precedenza.

In effetti, per coloro che propendono per la tesi dell'irrelevanza della modalità di conduzione degli incontri, l'efficacia della mediazione dipenderebbe esclusivamente dalla capacità e professionalità del mediatore; ed infatti, affermano che «se il mediatore è una persona capace, saprà svolgere sempre in maniera efficace il proprio lavoro, sia *online* che in presenza»; e, ancora, che «non incide la modalità di trattazione, ma dipende dalla capacità del mediatore». Altri, invece, pongono l'attenzione sull'aspetto comunicativo e relazionale, sostenendo che la comunicazione *online* sia parimenti efficace a quella in presenza, e permetta altresì un confronto ordinato tra le parti, senza sovrapposizioni nel turno di parola e con ritmi ben scanditi grazie al ricorso alle c.d. sale separate (*breakout rooms*) per gli incontri riservati.

Il vantaggio di una comunicazione più disciplinata e meno caotica è argomento utilizzato anche a sostegno della tesi della maggior efficacia della mediazione *online*, unitamente all'argomento della migliore organizzazione del tempo in virtù del quale nella mediazione in videoconferenza «il tempo è dedicato esclusivamente all'incontro e non viene perso per spostamenti o attese». Inoltre, alcuni avvocati apprezzano particolarmente la duttilità della procedura *online* quale caratteristica che, per un verso, facilita il colloquio tra le parti evitando dislocamenti dispendiosi in termini di denaro e di tempo, e, per altro, proprio in virtù della distanza fisica che separa le parti, rende il clima di discussione più disteso, riducendo il livello di conflittualità tra le parti.

Diametralmente opposte sono invece le ragioni addotte da chi ritiene più efficace la mediazione svolta in presenza: innanzitutto, viene fatta valere la maggior empatia ed interazione umana che è possibile instaurare tra le parti sedute al tavolo; in secondo luogo, si sottolinea la maggiore libertà e fluidità della comunicazione *vis-a-vis*. Inoltre, particolare importanza viene assegnata al coinvolgi-

mento emotivo, aspetto che permette di mettere meglio a fuoco, prima, le posizioni e, poi, gli interessi ad esse sottostanti.

Ebbene, se è vero che in termini di efficacia ed efficienza del lavoro svolto dal mediatore, la metà degli avvocati intervistati ritiene non vi siano differenze sostanziali derivanti dalla modalità di svolgimento degli incontri, è altrettanto vero, come alcuni hanno sottolineato ⁽³⁷⁾, che la flessibilità della mediazione *online* garantisce un evidente risparmio in termini di costi e tempi della procedura.

A parere di chi scrive, tali considerazioni, se poste in relazione tra loro, potrebbero in futuro spingere i legali a propendere maggiormente per la modalità telematica, stante la sua convenienza economica a fronte di un'eguale (o perlomeno così percepita) efficacia ed efficienza della procedura conciliativa svolta in presenza.

Invero, proprio su questo aspetto si sono concentrati i successivi quesiti, volti a verificare la coerenza logica delle risposte fino a quel momento ottenute, nonché a vagliare l'effettiva attendibilità del campione selezionato.

In primo luogo, agli avvocati è stato chiesto di indicare quale modalità di conduzione della mediazione consiglierebbero di adottare in futuro ai propri clienti e, come si evince dal grafico n. 2 ⁽³⁸⁾, è emerso che il 71,4% degli avvocati propenderebbe per la mediazione *online*, il 20,4% per quella in presenza, mentre solo il 4,1% ritiene che la scelta andrebbe assunta in base ad una serie combinata di variabili diverse, così come un altro 4,1% del campione adotterebbe indistintamente entrambe le modalità.

Ebbene, proprio alla luce del vaglio di coerenza logica delle risposte ottenute, quest'ultimo dato è meritevole di particolare attenzione: dal confronto con la precedente rilevazione, infatti, emerge

⁽³⁷⁾ Particolarmente interessanti, a questo proposito, sono i pareri di due avvocati: secondo uno di loro «è preferibile la modalità *online* solo perché maggiormente pratica per il professionista, a cui non è richiesto di spostarsi dal proprio studio», mentre a giudizio dell'altro «è consigliabile la mediazione dal vivo, anche se per il legale è più comodo svolgerla in videoconferenza».

⁽³⁸⁾ Il campione di riferimento in questa indagine è pari a 49 unità.

un elemento di forte incoerenza tra quanto dichiarato dagli avvocati. Dal momento che il 50% del campione ha affermato che l'efficacia del lavoro del mediatore si realizza indifferentemente nell'una o nell'altra modalità, era ragionevole aspettarsi un risultato simile anche in questa rilevazione. Al contrario, posti in una condizione di libera scelta (potendo, cioè, assumere un ruolo attivo nella decisione del cliente circa la modalità di conduzione da adottare), gli avvocati per i quali sarebbe indifferente la modalità in presenza o da remoto sono soltanto 2 su 49. Ciò potrebbe essere indicativo di quanto poc'anzi prospettato, ovvero che alla prova dei fatti la mediazione da remoto risulti più agevole e conveniente per gli avvocati che assistono le parti.

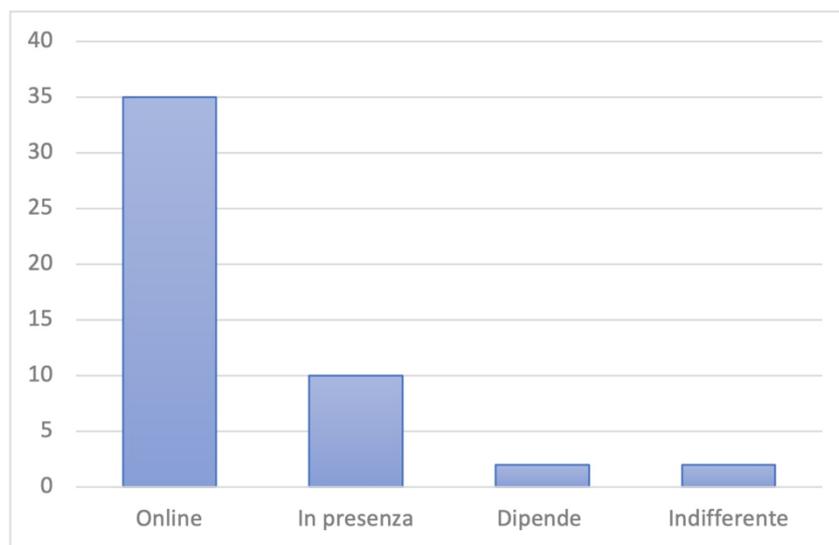


Grafico 2 – Se dovesse assistere ancora altri clienti in mediazione, quale modalità consiglierebbe loro?

Successivamente, è stato chiesto di indicare se durante lo svolgimento degli incontri si siano verificate problematiche legate alla modalità di conduzione e, in caso affermativo, come queste siano state risolte.

I dati raccolti sono illustrati nel grafico che segue:

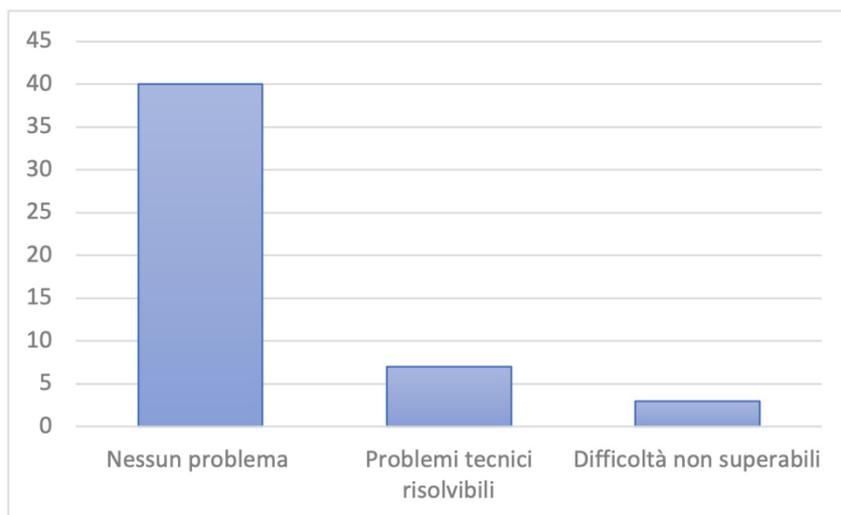


Grafico 3 – Durante il procedimento di mediazione ci sono stati problemi legati alla modalità con cui si svolto l'incontro? Se sì, come sono stati risolti?

La maggior parte degli avvocati intervistati (pari all'80%) non ha riscontrato alcun ostacolo legato alla modalità telematica di conduzione degli incontri, mentre il restante 20% ha affermato di aver incontrato alcune difficoltà. Più nello specifico, il 14% del totale afferma che si è trattato di problemi tecnici temporanei e facilmente risolvibili, legati principalmente all'instabilità della connessione alla rete *internet*, mentre il 6% del totale ritiene di essere incorso in ostacoli non superabili e tali da compromettere il regolare svolgimento dell'incontro.

Infine, allo scopo di vagliare il grado di attendibilità delle risposte ottenute in relazione al campione selezionato, è stato chiesto agli avvocati di indicare se nel corso della propria attività professionale abbiano preso parte a mediazioni in presenza, e se le risposte fossero correlate unicamente all'esperienza presso il Servizio di Conciliazione o anche presso altri organismi di mediazione.

È emerso che, su un campione totale di 50 avvocati, 46 di loro

hanno risposto dicendo di aver preso parte anche a mediazioni in presenza; solo 4, invece, si sono basati esclusivamente sull'esperienza derivante da mediazioni svolte in via telematica, non avendo mai assistito clienti in procedimenti di mediazione condotti in presenza.

Inoltre, l'84% degli intervistati ha fondato le proprie risposte su quanto sperimentato anche presso altri organismi di mediazione, mentre il 16% ha preso parte a procedimenti di mediazione instaurati esclusivamente presso il Servizio di Conciliazione di Camera Arbitrale di Milano.

IV. La quarta ed ultima parte della ricerca è consistita nell'indagare l'attività preparatoria svolta dai legali in relazione alla questione controversa oggetto del procedimento di mediazione. Risulta particolarmente rilevante, infatti, comprendere il tempo e lo sforzo dedicato dai professionisti per preparare al meglio il tavolo negoziale, determinando gli interessi del cliente, analizzando i punti di forza e di debolezza della posizione giuridica ed individuando soluzioni creative che possano portare ad una composizione bonaria della lite.

Per quanto concerne il tempo dedicato alla preparazione degli incontri di mediazione, le risposte ottenute sono decisamente eterogenee e possono essere sintetizzate come segue:

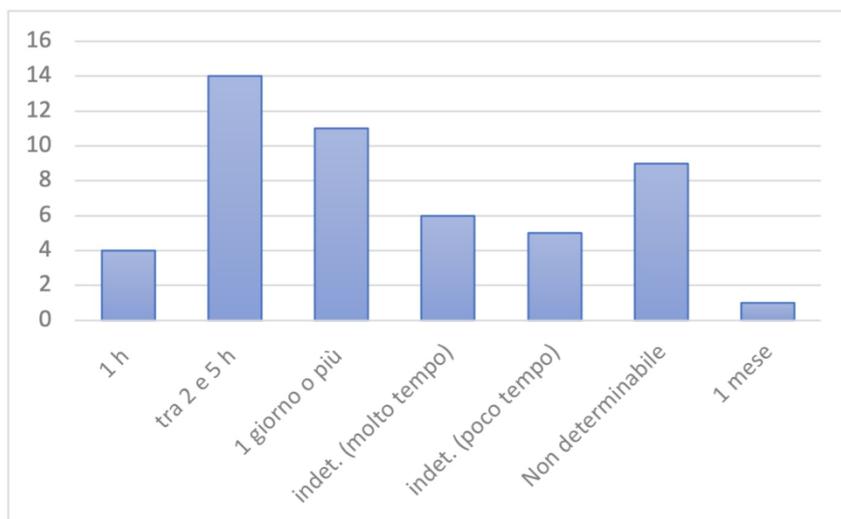


Grafico 4 – Quanto tempo ha dedicato alla preparazione della mediazione?

La successiva rilevazione è volta a misurare la percezione soggettiva di ciascun avvocato nei confronti del collega che assisteva l'altra parte in termini di preparazione e studio della questione oggetto di trattative.

Ebbene, a fronte della domanda «Ritiene che il collega che assisteva l'altra parte fosse preparato?», 40 avvocati (pari all'80%) hanno risposto in modo affermativo, reputando, dunque, adeguata la preparazione del collega ai fini della conciliazione. Al contrario, 7 avvocati (ovvero il 14%) hanno ritenuto il proprio collega non preparato, mentre 3 (pari al 6%) hanno preferito astenersi dal rispondere.

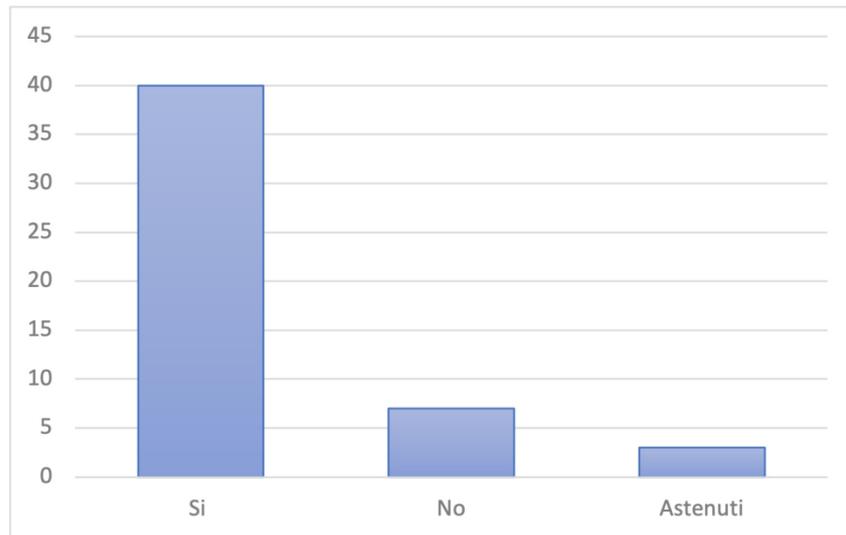


Grafico 5 – Ritieni che il collega che assisteva l'altra parte fosse preparato?

Questo dato è significativo se posto in relazione con quanto emerge dal successivo (ed ultimo) quesito, che ha lo scopo di comprendere se nel corso della procedura conciliativa i legali siano riusciti ad instaurare un clima collaborativo, presupposto fondamentale per la composizione bonaria della controversia.

Invero, osservando i dati del grafico, si registra una tendenza in forte continuità con quanto precedentemente rilevato, dal momento che 39 avvocati (78%) reputano di essere effettivamente riusciti ad instaurare un clima di collaborazione, a differenza di 9 avvocati (18%) che ritengono, invece, di non aver incontrato un collega con cui è stato possibile creare una sinergia utile alla mediazione ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Il restante 4% ha fornito invece una risposta quantitativamente non misurabile.

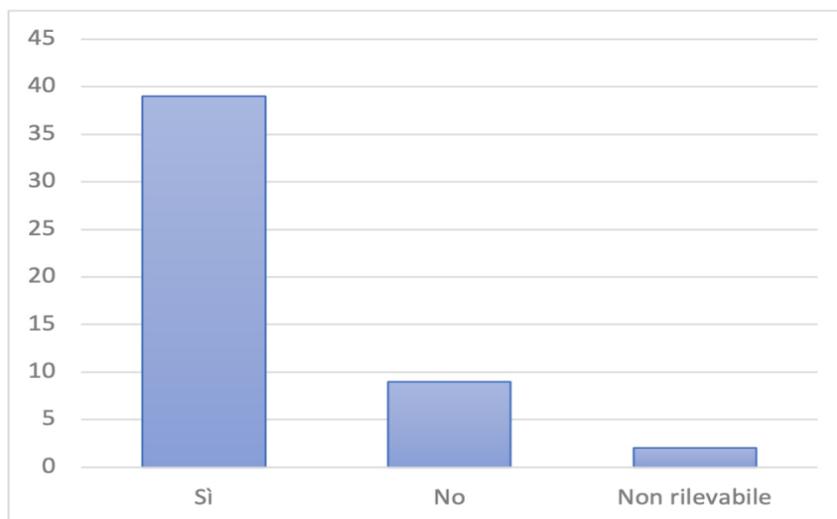


Grafico 6 – Ritieni di essere riuscito ad instaurare un clima collaborativo con il collega?

Dal confronto dei grafici si deduce che le due variabili sono legate da un rapporto di interdipendenza, dal momento che la possibilità di instaurare un clima collaborativo tra i legali di parte è direttamente proporzionale alla loro preparazione tecnica in relazione all'oggetto della controversia.

Sezione II

La prospettiva del mediatore

1. *Descrizione del campione d'indagine e dati sulle potenzialità di utilizzo della mediazione online nel futuro post-pandemico con focus sui cambiamenti riscontrati nelle modalità di conduzione degli incontri conciliativi.* – Nella presente ricerca, tesa ad individuare la prassi sviluppatasi presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano intorno all'istituto della mediazione condotta da remoto, l'elezione della prospettiva del mediatore (unitamente a quella degli avvocati) si mostra scelta obbligata. È questo, infatti,

l'ulteriore angolo visuale che si impone a chi voglia interrogarsi su orizzonti e sfide che tale mezzo di soluzione delle liti alternativo al processo schiude, allorché si svolga non in presenza ma da remoto. Si è perciò sottoposto all'attenzione dei mediatori un questionario che risponde all'esigenza di individuare le future potenzialità di utilizzo della mediazione *online*, con particolare attenzione al contesto emergente a seguito della pandemia da Covid-19.

I risultati ottenuti sono il frutto dell'indagine quantitativa e qualitativa condotta nel mese di dicembre 2021 su un campione di 50 mediatori civili e commerciali che collaborano stabilmente con il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano.

Per quanto concerne il contesto di riferimento e le modalità di predisposizione del questionario, si rimanda alle considerazioni esposte nel precedente paragrafo, in virtù del fatto che i due questionari sono parti integranti della medesima attività di ricerca.

Ciò detto, il questionario si articola in sei domande consequenzialmente legate tra loro, che ruotano attorno ad un unico e fondamentale interrogativo: con l'ingresso della mediazione in rete, si è innanzi ad un nuovo modo di mediare i conflitti determinato dalle mutate condizioni di svolgimento degli incontri?

In ragione dei molteplici profili che il quesito involge, è dato riscontrare come le risposte ottenute siano assai articolate.

I. In primo luogo è stato chiesto ai mediatori di svolgere un giudizio prognostico al fine di individuare quale modalità di conduzione degli incontri di mediazione sarebbe prevalso una volta terminato lo stato di emergenza. Come si evince dal grafico, il 64% dei mediatori (ovvero 32 su 50) ipotizza che non vi sarà prevalenza di un metodo su un altro; il 32% (pari a 16) ipotizza che gli incontri si svolgeranno prevalentemente da remoto, e solo il restante 4% (pari a 2) presume, invece, che la modalità in presenza tornerà ad essere la più utilizzata.

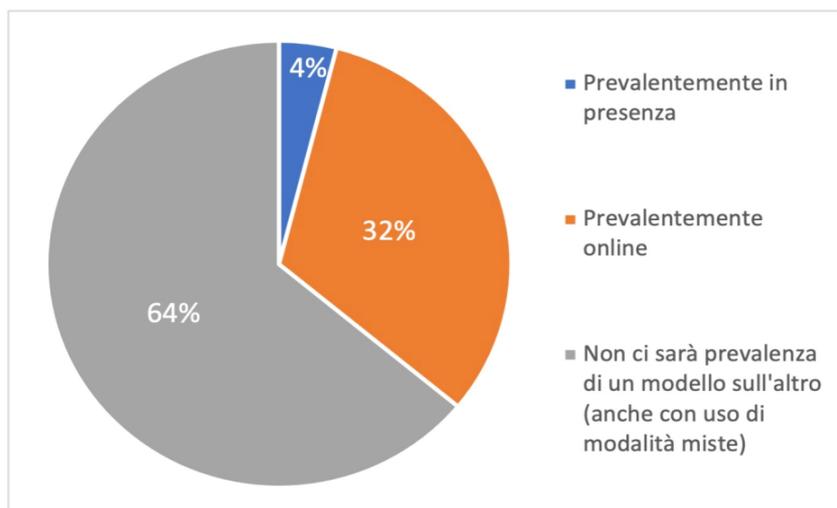


Grafico 1 – In che modalità ritiene si svolgeranno le mediazioni, una volta terminato definitivamente il periodo pandemico?

Tale rilevazione è particolarmente significativa non solo per i fini descrittivi di questo studio, ma anche per i profili inerenti al futuro dell'istituto della mediazione civile e commerciale. Quanto al primo profilo, è interessante notare come combinando i valori percentuali di chi ritiene prevarrà la modalità mista con quelli di chi ritiene prevarrà la modalità da remoto, emerge che secondo il 96% dei mediatori non sarà più possibile tornare alla prassi pre-pandemica in cui, salvo rare eccezioni, tutti gli incontri si svolgevano in presenza. Il dato mostra, infatti, come la più parte del campione sia consapevole che i cambiamenti introdotti e sospinti dalla pandemia non siano affatto temporanei, ma, al contrario, destinati a permanere anche nel prossimo futuro.

Quanto invece all'orizzonte futuro della mediazione, qualora la previsione dei mediatori si rivelasse corretta, diverrà quanto mai opportuno riflettere sulle molteplici implicazioni che derivano dallo svolgimento delle sessioni di mediazione in modalità mista, soprattutto alla luce dei principi di equidistanza del mediatore.

II. La seconda domanda si è concentrata sul ruolo che dovrebbe svolgere l'organismo di mediazione nell'orientare le parti verso la

scelta della modalità di conduzione degli incontri. Premesso che si tratta di un quesito a risposta multipla ove era possibile indicare più di una preferenza, i dati raccolti sono illustrati nel grafico che segue:

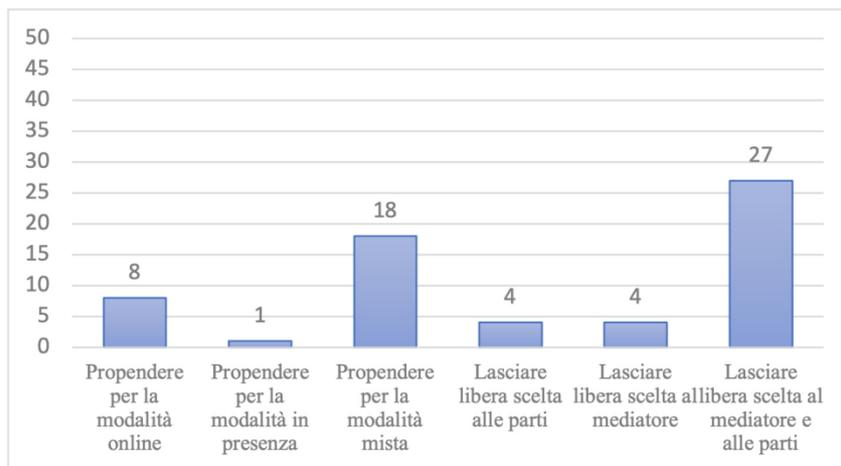


Grafico 2 – Che orientamento dovrebbe assumere il Servizio di Conciliazione circa la modalità di svolgimento degli incontri?

Ebbene, 27 mediatori propendono per una valutazione discrezionale dell'organismo, basata di volta in volta sulle peculiarità della singola controversia, in modo da incentivare una scelta sulla modalità di conduzione ampiamente condivisa da tutti i partecipanti al tavolo. Secondo 18 mediatori l'organismo dovrebbe incoraggiare l'adozione della modalità mista, che preveda, cioè, l'alternanza di incontri in presenza con altri da remoto; altri 8 ritengono, poi, che l'organismo debba propendere per lo svolgimento degli incontri da remoto. Ancora, 4 mediatori sostengono la necessità di lasciare libera scelta alle parti, e altri 4 ritengono che si debba lasciare tale decisione alla sola discrezione del mediatore. A queste risposte, si aggiunge l'opinione isolata di un solo mediatore secondo cui l'organismo dovrebbe incentivare la modalità in presenza.

III. Successivo oggetto di indagine è stato il primo incontro di mediazione e a tale riguardo, il quesito è stato così formulato: «Quanto è d'accordo con la seguente affermazione: 'È utile svolgere

sempre il primo incontro in modalità *online*?». L'impostazione della risposta non richiedeva di esprimere o meno il proprio assenso, bensì di scegliere un valore compreso tra un minimo di 1 ed un massimo di 5, che rappresentano, da un lato, la totale disapprovazione di quanto statuito, e, dall'altro, invece, la completa approvazione. Dalla gradazione delle risposte si evince che 2 mediatori (4% del campione) non sono affatto d'accordo, ritenendo dunque inutile scegliere di *default* la modalità da remoto per i primi incontri; 3 mediatori (6%) sono poco d'accordo, mentre altri 8 (16%) esprimono una posizione neutrale, non essendo dunque né in disaccordo né totalmente d'accordo con quanto statuito. Infine, 20 e 17 mediatori sono rispettivamente molto e completamente d'accordo con la scelta di svolgere sempre i primi incontri da remoto (pari, dunque, al 40% e al 34% del campione totale).

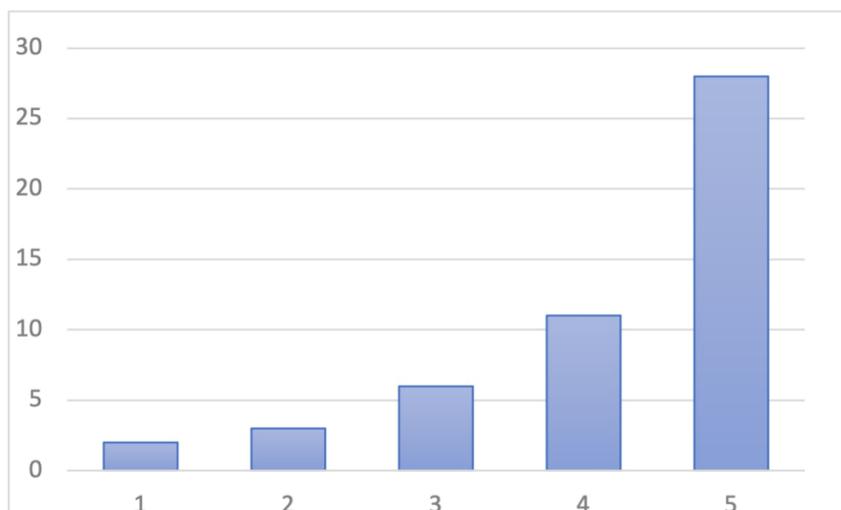


Grafico 3 – Quanto è d'accordo con la seguente affermazione: «È utile svolgere sempre il primo incontro in modalità *online*?»

Sommando, dunque, coloro che hanno scelto tra le varie opzioni un valore compreso tra 4 e 5, si ricava che 37 mediatori hanno un'opinione affermativa rispetto al contenuto del quesito. Il dato è interessante, soprattutto alla luce delle peculiarità dettate dal citato d.lgs. n.

28 del 2010, e successive modifiche, relativamente al primo incontro. Vi sono, infatti, diversi ordini di ragioni per cui svolgere il primo incontro in modalità *online* potrebbe comportare un vantaggio, sia in termini di tempo che di costi. Poiché, infatti, a seguire la giurisprudenza ad oggi maggioritaria, nonostante posizioni contrarie ⁽⁴⁰⁾, si tratta di un incontro c.d. operativo, volto a raccogliere il consenso delle parti alla prosecuzione dell'incontro, dalla durata limitata (circa un'ora) ed in cui non dovrebbero subentrare valutazioni di merito, la modalità *online* consente di ridurre i tempi di spostamento, di incentivare la partecipazione personale delle parti sin da principio e di condensare nel tempo a disposizione la decisione relativa all'attivazione o meno della procedura. Inoltre, dalla prospettiva del mediatore, poiché la normativa ad oggi vigente non prevede un compenso per l'attività svolta nel primo incontro, il collegamen-

⁽⁴⁰⁾ V., nello specifico, Cass. civ., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473, in <www.pluris.it> (31 maggio 2022), che affronta e decide due importanti problemi in materia di mediazione obbligatoria: da un lato, la necessità della partecipazione personale della parte al procedimento di mediazione, dall'altro, l'attività necessaria da svolgersi nel procedimento di mediazione, al fine di soddisfare l'obbligo imposto dalla legge. A tal proposito, cfr. F.P. LUISO, *La mediazione obbligatoria, il giudice, la legge*, in *Giur. it.*, 2019, 2128, il quale, scrive che «la Corte, andando di contrario avviso rispetto a parte della giurisprudenza di merito, afferma che a tal fine è sufficiente quanto previsto dagli artt. 6 e 17 del D. Lgs. n. 2010/28», ovvero sia ha affermato che la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, richieste dal mediatore dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità di procedere oltre. L'a. concorda con le conclusioni a cui è giunta la Cassazione sia per quanto riguarda la possibilità della parte di nominare un rappresentante sostanziale in mediazione sia per le modalità di svolgimento della stessa. In dottrina, sono di opinione contraria invece, C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*, in *Questione Giustizia*, 18 aprile 2019; P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*, in <www.judicium.it> 2019 (31 maggio 2022). La persistente opinione contraria di una parte della giurisprudenza di merito è sintetizzata, tra le altre, nelle pronunce del Trib. Firenze, sez. III, 8 maggio 2019; Id., 24 marzo 2016, n. 1178; Id., 19 febbraio 2015, n. 542; Trib. Milano, sez. XI, 11 agosto 2016; Trib. Napoli, 21 maggio 2015.

to virtuale permette quantomeno di evitare i costi di spostamento, altrimenti richiesti al mediatore per recarsi presso la sede dell'organismo.

IV. La successiva domanda, nel prendere in considerazione gli incontri successivi al primo, segue la medesima impostazione. Il quesito consiste, infatti, nell'indicare in una scala da 1 a 5 quanto l'intervistato sia d'accordo con l'affermazione secondo cui le sessioni di mediazione debbano svolgersi nella modalità scelta dal mediatore di concerto con le parti. I dati mostrano chiaramente la diffusa approvazione di tale affermazione, condivisa *in toto* dal 56% del campione (28 mediatori) e da un'ulteriore 22% (11 mediatori) che si ritiene molto d'accordo. Spostandosi verso l'estremo opposto, le percentuali calano sensibilmente: prima, con un 12%, indicativo di 6 mediatori, che non sono né d'accordo né in disaccordo con quanto asserito, e, successivamente, con il 6% (2 mediatori) e il 4% (1 mediatore) che afferma essere completamente in disaccordo con la proposta di lasciare alle parti insieme al mediatore la possibilità di scegliere la modalità di svolgimento degli incontri di mediazione.

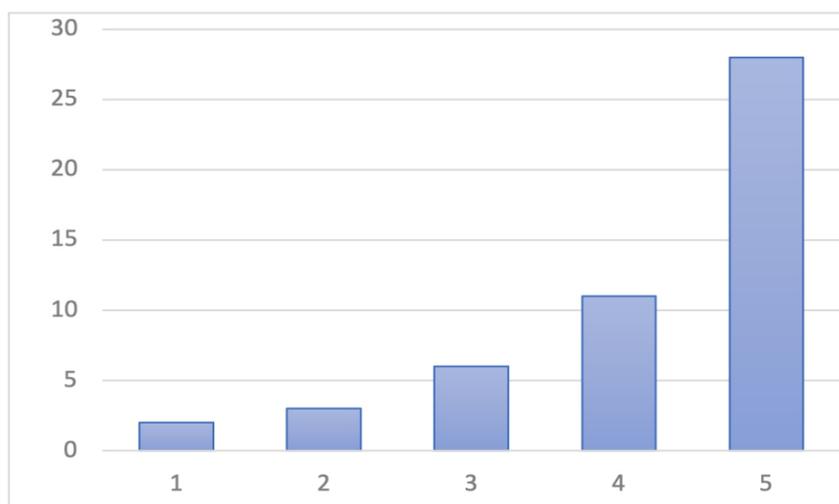


Grafico 4 – Quanto è d'accordo con la seguente affermazione: «Gli incontri successivi al primo vanno svolti nella modalità scelta dalle parti insieme al mediatore?»

V. Tuttavia, sono i dati illustrati qui di seguito a costituire il nucleo fondamentale dell'indagine, dal momento che sono volti a comprendere se e quali cambiamenti abbia comportato la trasposizione in rete del procedimento di mediazione nel modo di condurre il tavolo negoziale da parte di ciascun professionista. Alla domanda «Ritiene che ci siano stati *significativi* cambiamenti nel suo stile di conduzione della mediazione dovuti all'utilizzo della modalità *online*?», 29 mediatori su 50 (pari al 58%) hanno risposto in modo affermativo, mentre 21 di loro (ossia il 42%) sostiene che non ci siano stati cambiamenti rilevanti nel modo di condurre i negoziati.

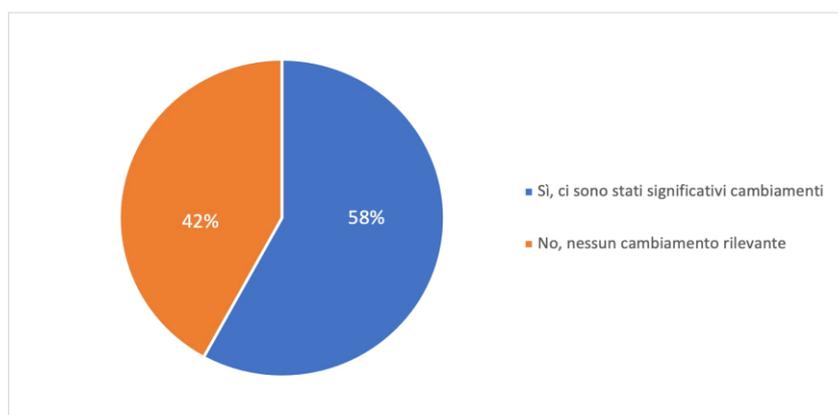


Grafico 5 – Ritiene che ci siano stati significativi cambiamenti nel suo stile di conduzione della mediazione dovuti all'utilizzo della modalità online?

Tale dato stupisce molto, poiché non è in linea con le aspettative, e ciò per due ordini di ragioni. Innanzitutto, perché, molto spesso, lo scetticismo e la diffidenza dei mediatori nei confronti della mediazione *online* erano giustificati da argomentazioni di natura sostanziale, in base alle quali l'ambiente virtuale non solo rischierebbe di snaturare l'interazione e la comunicazione tra le parti, ma anche lo stesso ruolo del mediatore. Sotto questo profilo, perciò, è rilevante notare come dopo quasi due anni di esclusivo ricorso alla mediazione *online*, l'opinione del 42% dei mediatori intervistati smentisca tale assunto, contraddicendone uno dei presupposti principali.

La seconda motivazione trova fondamento nei risultati ottenuti dall'analisi qualitativa condotta a campione tramite il coinvolgimento diretto di alcuni mediatori. Analisi che, se, da un lato, ha permesso di individuare essenziali elementi di innovazione nelle modalità di conduzione degli incontri, dall'altro, ha reso ancor più difficile una lettura organica dei dati statistici ottenuti, dal momento che non si comprende come una residua buona parte di professionisti ritenga, invece, di esserne rimasta totalmente indenne.

A questo riguardo, i principali cambiamenti evidenziati dai mediatori e ricondotti da un punto di vista causale al «passaggio *online*» degli incontri di mediazione possono essere così sintetizzati:

- adozione di uno stile maggiormente direttivo da parte del mediatore, che è chiamato a gestire il «traffico delle comunicazioni in maniera più esplicita, intervenendo e organizzando il flusso della comunicazione»;
- diminuzione della durata media degli incontri, a fronte, però, di un aumento della loro frequenza (legata al fatto che non è più necessario prenotare e disporre di una sala presso l'organismo di mediazione);
- riduzione dei casi di *escalation* di emozioni negative (come ad esempio la rabbia), da cui discende un orientamento maggiormente legato alla soluzione del problema e alla maggiore efficienza della procedura piuttosto che alla gestione delle emozioni;
- maggiore difficoltà nell'analizzare a fondo gli aspetti relazionali ed emotivi della vicenda che lega le parti, dovuta ad un'atmosfera generalmente più «asettica e sterilizzata, in cui il mediatore, pur lavorando sulla sostanza del conflitto, non riesce a spingersi al di sotto di una certa soglia»;
- maggiore organizzazione del tempo che viene 'lottizzato' attraverso l'individuazione di obiettivi per ogni singola sessione;
- maggiore efficienza qualora il tema trattato coinvolga aspetti pratici, organizzativi o numerici;
- atteggiamento maggiormente inclusivo, incoraggiante e proattivo del mediatore che deve svolgere un'opera di inclusione e solleci-

- tazione alla partecipazione delle parti (rispetto a quanto sia necessario fare in presenza);
- maggior utilizzo dei c.d. *caucuses* con gli avvocati delle parti, grazie alla flessibilità e facilità organizzativa dello strumento. Tali sessioni riservate assumono un'importanza cruciale nella costruzione della relazione di fiducia con e tra i legali e mirano a creare una squadra di lavoro tra professionisti (soprattutto quando le parti sono molto conflittuali);
 - maggiore sensibilità nei confronti delle reazioni delle parti grazie alla modalità di visualizzazione 'a galleria' presente nella piattaforma *Zoom* che, ponendo i partecipanti tutti sul medesimo piano, permette di avere una visione d'insieme del tavolo negoziale; da ciò, discende un minor ricorso alle sessioni separate con le parti per verificare le loro opinioni ed emozioni;
 - maggiore consapevolezza nel modo di comunicare, dovuta alla possibilità di vedere se stessi in video e, di conseguenza, di meglio calibrare espressioni, postura e, più in generale, gli aspetti legati alla comunicazione non verbale;
 - semplificazione del linguaggio e maggior tendenza all'informalità, al fine di sopperire alla mancanza della comunicazione non verbale;
 - minore continuità comunicativa rispetto alla mediazione in presenza, la quale determina un ampliamento della fase di ascolto attivo da parte del mediatore.

L'analisi qualitativa, integrando ed ampliando l'indagine quantitativa rivolta ai mediatori, ha avuto un duplice obiettivo: da un lato, individuare i cambiamenti che il ricorso alla modalità *online* ha comportato nel modo di condurre la procedura conciliativa; dall'altro, cogliere verso quale direzione muovano tali cambiamenti.

VI. È in quest'ottica che si giustifica l'ulteriore quesito sottoposto ai soli mediatori che hanno effettivamente riscontrato tali cambiamenti (pari ad un campione di 29 individui); domanda formulata nei seguenti termini: «In che direzione ritiene si siano mossi tali cambiamenti?».

L'esito coincide con una molteplicità di risposte che raccolgono le numerose considerazioni svolte dai mediatori, sintetizzabili nelle seguenti categorie:

- secondo 12 mediatori (pari al 41,4% del campione), i cambiamenti muovono verso una modalità facilitativa di conduzione della mediazione;
- secondo 5 mediatori (ossia il 17,2%), essi muovono verso una modalità trasformativa;
- secondo 4 mediatori (cioè il 13,8%), essi si dirigono verso una modalità valutativa.

A queste, si aggiunge poi una costellazione di singole opinioni: vi è chi ha posto in evidenza l'effetto di una minor immersione nel conflitto, ma di una maggiore progettazione degli incontri; chi ha riscontrato un miglioramento nell'efficacia ed efficienza del lavoro svolto; e chi ha riscontrato cambiamenti nel modo di comunicare, soprattutto tramite la valorizzazione delle micro-espressioni facciali. Altri, inoltre, hanno osservato come le parti riescano a comunicare con più facilità tramite il *computer* e che, quindi, vi sia meno necessità di ricorrere alle sessioni separate.

PARTE III

Riflessioni conclusive.

La mediazione in videoconferenza nelle sfide del futuro post-pandemico

La pandemia ha rappresentato un inevitabile spartiacque tra il prima e il dopo, tra ciò che ormai consideriamo passato ed una nuova normalità dalle mutate dinamiche sociali, economiche e giuridiche.

Le trasformazioni socio-economiche e le innovazioni tecnologico-digitali che l'emergenza ha determinato, anche in un contesto

tradizionalmente restio all'innovazione quale quello italiano, hanno a tal punto inciso sulla pratica che immaginare un ritorno alla situazione pre-pandemica pare del tutto illusorio.

Ciò vale anche con riguardo all'istituto della mediazione finalizzata alla conciliazione in materia civile e commerciale, laddove la pandemia è stata vettore di cambiamenti fondamentali. Questa, infatti, ha portato con sé la dimostrazione del fatto che uno svolgimento *online* del procedimento mediativo tramite sistemi di videoconferenza è possibile, ridimensionando così timori e diffidenze di coloro che – aprioristicamente – negavano l'opportunità di ricorrere a tale modalità nell'ambito di procedure consensuali di risoluzione delle controversie.

A fronte di questa emergente evidenza, lo studio restituito in queste pagine si è posto l'obiettivo di indagare due ulteriori aspetti legati alla diffusione della mediazione *online*. Per un verso, si è trattato di verificare se la modalità in rete, oltre che possibile, sia anche conveniente, efficace ed efficiente per coloro che sono coinvolti nella procedura di mediazione. Di qui, la necessità di indirizzare il primo dei due questionari, stesi nell'ambito della ricerca empirica, ai legali che hanno assistito le parti in un procedimento di mediazione svoltosi presso il Servizio di Conciliazione della Camera Arbitrale di Milano. Sotto questo profilo, gli esiti dell'attività di monitoraggio hanno dimostrato che l'impiego della rete ha schiuso all'istituto della mediazione opportunità inedite, tracciando un nuovo orizzonte – quello degli incontri da remoto – non solo percorribile, ma anche, sotto vari profili, preferibile, perché maggiormente vantaggioso.

Per altro verso, analizzate le principali peculiarità della mediazione da remoto, si è inteso indagare se sussistesse un legame di interdipendenza tra consolidamento della modalità *online* di svolgimento della mediazione e situazione epidemiologica. In particolare, si è trattato di verificare se il superamento dello stato emergenziale portasse con sé il progressivo disuso dello strumento. Da tale angolatura, l'indagine ha dimostrato che la prassi si muove in direzione diametralmente opposta, evidenziando il carattere non con-

tingente dello strumento *online* bensì le potenzialità di un suo stabile utilizzo. Questo è quanto emerge dalla seconda ricerca empirica svolta nel quadro dello studio, di cui qui si è dato conto, che ha raccolto opinioni e spunti di riflessione provenienti da cinquanta mediatori accreditati.

Se ne ricava pertanto che, pur non mancando talune contraddizioni interne, evidente appare il successo della mediazione da remoto. Non solo e non tanto quale strumento emergenziale temporaneo, capace di superare gli ostacoli dettati da contingenze straordinarie, ma soprattutto quale nuova modalità di composizione delle liti destinata a permanere e a modificare, innovando, la prassi pre-pandemica.

Ciò trova conferma anche nel principio di legge delega n. 206 del 2021, che, in un'ottica di stabilizzazione dello strumento, all'art. 1, 1° comma, lett. p, prevede che le procedure di mediazione possano svolgersi con modalità telematiche e che gli incontri possano avvenire con collegamenti da remoto, purché vi sia accordo tra le parti. Compito del legislatore delegato sarà quello di tradurre tale principio in disposizioni specifiche.

Chiaro è, però, che queste non saranno *per se* sufficienti. Un'efficace valorizzazione dello strumento mediativo in rete, infatti, passa inevitabilmente anche attraverso il ruolo degli organismi di mediazione, che, quali punti di osservazione e operativi della mediazione in rete, potranno e dovranno contribuire in maniera fattiva a sua evoluzione e consolidamento. Proprio tale prospettiva, unita a studi empirici quale quello proposto in queste pagine, dovrebbe quindi favorire la redazione di linee guida che possano innestare prassi virtuose nell'impiego della mediazione *online*, solo grazie alle quali si potrà rendere (anche) questa (una) normalità.

Abstract

La diffusione della pandemia da Covid-19, nell'imporre la transizione for-

zosa nello spazio virtuale dei procedimenti di mediazione, ha determinato una serie di cambiamenti fondamentali nella modalità di conduzione degli incontri di mediazione, consacrando definitivamente la modalità *online* quale strumento necessario per garantire gli incontri mediativi nel periodo emergenziale. A due anni dallo scoppio della pandemia, nella nuova realtà post-pandemica, pare utile indagare le prospettive future: si assisterà ad un ritorno alla mediazione in presenza o alla prevalenza della mediazione da remoto?

Lo scritto restituisce gli esiti di una ricerca empirica svolta presso il Servizio di Conciliazione di Camera Arbitrale di Milano ed indirizzata a raccogliere le opinioni a riguardo di cinquanta avvocati che hanno assistito le parti in mediazioni da remoto e di cinquanta mediatori civili e commerciali. Sulla base dei dati raccolti, l'a. sostiene il ruolo cruciale che la mediazione in rete ricoprirà nella realtà post-pandemica. Ulteriori ricerche e studi empirici saranno però ancora necessari in vista dello sviluppo di buone prassi e della redazione di linee guida che consentano il migliore impiego della mediazione *online*.

The outbreak of the Covid-19 pandemic in March 2020 impacted the way mediations in civil and commercial matters were conducted, transforming online mediation into an absolute necessity.

Two years on, the world has changed and in this post-Covid time, it would be advisable to assess how the pandemic has affected the practice of mediation. Will mediation return to be conducted face to face or will online mediation be the future?

This article presents the results of the empirical research collected through interviews with fifty attorneys assisting clients in mediation and fifty professional mediators of the Mediation Service at Milan Chamber of Arbitration. Based on the analysis of their responses, the author argues that online mediation will have a pivotal role in the post pandemic world. However, further research and analysis is still necessary to develop best practices and guidelines for effectively managing mediation remotely.

MARIA MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Roma, Paoline Editoriale Libri, 2022, 1-160.

Una giustizia che è ‘altra’ e, allo stesso tempo, ‘alta’.

Sono queste le parole chiave del pensiero che Maria Martello tesse in questa nuova opera dedicata alla mediazione: no, non solo alla mediazione; soprattutto: alla vita dei conflitti. Nascono, si sviluppano, si rafforzano, feriscono: durano. Poi, muoiono. Le ceneri dei conflitti sono, tuttavia, piene di scintille, di mozziconi di sentimenti sparsi lì a caso: pronti ad ardere di nuovo, e riaccendersi. La ‘perfetta liturgia giudiziaria’ stenta a governarli: la sentenza in sé definisce il giudizio ma non compone il conflitto. Chiude il processo ma non risolve il dilemma alla base della lite. Per molti (troppi) casi, la sola giurisdizione non fa altro che ‘riassestare’ la posizione dei litiganti, cercando di offrire un equilibrio tra di loro: l’uno di fronte all’altro. Ma senza composizione del conflitto, l’equilibrio è spesso precario perché, ognuno dei contendenti è pronto, all’occasione, a sferrare la mossa del *kuzushi*: quella che serve a sbilanciare l’avversario per riportarlo nel vivo della lite: e, dunque, il processo. Di nuovo. Maria Martello muove la linea della sua penna proprio da questo punto principale, ossia la differenza tra ‘conflitto’ e ‘contenzioso legale’, aprendo la propria ‘*lectio magistralis*’ con insegnamenti che riposano su un forte coraggio alimentato da grande esperienza: «il giudizio danneggia le relazioni». La giustizia ‘del processo e nel processo’ vive di proprie regole che non si conciliano con le esigenze soggettive dei suoi protagonisti: e ciò che è paradossale sta nella sensazione di sconfitta che residua finanche nel vincitore. Gli esempi di Maria Martello non mancano: non ipotesi astratte ma scene di vita vissuta. Come la signora vittima di un furto che davanti al giudice fremette per raccontare la propria sofferenza e resta delusa al cospetto della domanda del magistrato: «di che colore era il cappellino del

ragazzo che l'ha rapinata?». Ma quel tribunale ha necessità di raccogliere le prove della colpevolezza dell'imputato: e la sofferenza della signora non è oggetto del procedimento. Maria Martello dipinge le scene di vita processuale con l'abilità di una ritrattista: è questa la fisiologia delle aule di udienze. Tutte le parti in causa, tutti i protagonisti del processo, vogliono sentirsi «narratori del proprio conflitto» e lo fanno davanti a una rete 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.

Ma è questa la giustizia che vogliamo? Soprattutto, utilizzando le parole di Maria Martello: questa «Giustizia garantisce un servizio alla persona?». Se non limitiamo il senso del servizio alla pronuncia della decisione finale che 'distribuisce i torti e le ragioni', forse allora no: se 'Giustizia' è anche il 'risanamento delle relazioni delle parti' allora assistiamo allo spettacolo di una giustizia con un copione perfetto ma un finale mai appagante. Da qui la visione propositiva di Maria Martello nel senso di «pensare» a una forma di giustizia «diversa e perciò altra», intesa come alternativa offerta ai litiganti in occasione del processo, somministrata come una prima dose di quel vaccino che può curare il conflitto, senza – ebbene sì! – bisogno del giudice. Una giustizia di «plurimi servizi» «all'interno del processo» e «al di fuori del processo». Maria Martello offre una lettura della «nuova giustizia al servizio della persona» che non è più soltanto 'idea', bensì diritto positivo. L'Italia, infatti, dirige lo sguardo del processo sempre più verso una fabbrica di servizi ove è inclusa, in modo consistente, quella «giustizia altra» che può raggiungere l'obiettivo finale: comporre il conflitto piuttosto che chiudere il processo. Si trova qui un rapporto che non è bilaterale: perché se chiudi il processo e non componi il conflitto, al contrario, se componi il conflitto certamente chiudi il processo. Tracce evidenti di questo percorso del legislatore si rinvengono, da ultimo, nella c.d.

riforma Cartabia, ossia la delega legislativa contenuta nella l. 26 novembre 2021, n. 206 che, tra l'altro, punta alla «revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie». Diversi i settori di 'promozione' e 'investimento' nel settore degli strumenti che partecipano al concetto di «giustizia altra» dove spiccano, in particolare, i ritocchi alla disciplina degli incentivi fiscali per rendere il ricorso agli strumenti di composizione del conflitto più appetibili ed economici, oltre che vantaggiosi dal punto di vista economico. Tra le altre misure, la delega rimanda all'esecutivo di prevedere: l'incremento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro; il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al compenso dell'avvocato che assiste la parte nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri professionali; l'ulteriore riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalle parti nel giudizio che risulti estinto a seguito della conclusione dell'accordo di mediazione; l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita; la previsione di un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione commisurato all'indennità non esigibile dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato; la riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi di mediazione. La riforma – va evidenziato – non guarda solo alla *forma* ma tanto anche alla *sostanza* prevedendo, ad esempio, che la delega riordini «le disposizioni concernenti lo svolgimento della procedura di mediazione nel senso *di favorire la partecipazione personale delle parti, nonché l'effettivo confronto sulle questioni controverse*» (corsivo aggiunto).

L'istituto della mediazione è privilegiato nelle scelte nazionali e questa impostazione merita favore se non altro proprio alla luce della lettura che ne dà, autorevolmente, Maria Martello: «con la mediazione la contrapposizione vincitori/vinti è superata con decisioni creative che fanno pervenire alla sua soluzione». Certo, va detta una cosa: mediatori non si nasce! Si diventa. Il mediatore è un

professionista qualificato, formato, culturalmente attrezzato. La stessa Martello lo ripete più volte: un conto è fare mediazione, un conto è essere mediatore. Perché accada 'il miracolo della mediazione', «il mediatore deve saper affrontare le resistenze di un mondo formatosi all'insegna della lotta per la supremazia»: il mediatore deve essere formato. Di ciò è consapevole anche il legislatore della riforma che sembra quasi raccogliere il monito di Maria Martello invitando l'organo legiferante delegato a «procedere alla revisione della disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori, aumentando la durata della stessa, e dei criteri di idoneità per l'accreditamento dei formatori teorici e pratici, prevedendo che coloro che non abbiano conseguito una laurea nelle discipline giuridiche possano essere abilitati a svolgere l'attività di mediatore dopo aver conseguito un'adeguata formazione tramite specifici percorsi di approfondimento giuridico, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». In altri termini: il mediatore ha una sua dignità professionale che deve emergere e solo così può esprimersi; per usare le parole di Maria Martello, la mediazione è «un'arte». Proprio il secondo capitolo (parte prima) dell'opera della Martello («L'arte di mediare i conflitti») è una preziosa fotografia sincera della mediazione: chi è, come opera, cosa fa, come cambia i conflitti. Questo punto è importante ed emerge chiaramente nella didattica esperta della Martello: l'arte del mediatore è quella di trasformare circostanze negative – purtroppo sempre possibili, prima o poi, nella vita di tutti – in eventi dei quali sappiamo cogliere i risvolti nascosti, in una concreta possibilità di indagare il proprio modo di stare al mondo e la natura dell'altro, la 'controparte'. La mediazione, frutto di un artigiano capace, deve però poggiare le basi su un terreno fertile, in grado di coglierne valore e importanza: e, qui, la Martello richiama all'esigenza di un percorso culturale, quasi educativo dei cittadini. Impariamo l'importanza del medico non al momento della terapia, ma con l'informazione che riguarda le sue funzioni, il suo operato. Chi ci insegna l'importanza della mediazione? Un dovere civico per Maria Martello.

Si è discusso, poco fa, de 'il miracolo della mediazione': non a caso. Maria Martello promuove una mediazione in termini di «miracolo possibile» a cui accosta una «scuola di miracoli». Certo una metafora del genere attribuisce ad eventi eccezionali il realizzarsi della mediazione, quasi ad un *deus ex machina* del teatro greco. Così non è. La parte seconda dell'opera di Maria Martello – con una consapevolezza piena del tessuto normativo e ordinamentale italiano – tocca tutti i punti strategici ed essenziali attraverso cui approdare a una mediazione 'possibile', anche se miracolosa. C'è un 'racconto' del conflitto, una 'descrizione' del conflitto, un'analisi' del conflitto: e tutto ciò conduce ad un nuovo paradigma per gestirlo (attraverso cinque semplici punti). Maria Martello, mettendo bene in risalto il cuore della mediazione – «un giudizio che non giudica» – si dedica, quindi, a una sua lucida e attenta analisi anche nella sua dimensione di 'istituto giuridico', accertando ciò che non c'è, ciò che invece c'è, ciò che potrebbe esserci.

Fin qui si è sempre aggettivata la giustizia che passa attraverso la pacificazione dei conflitti come giustizia «altra»: ma Maria Martello, a conclusione della sua opera, spiega che essa è anche «alta», e anzi lo è ancor prima di essere altra. Riprendendo il pensiero di Maria Martello «la mediazione è una risorsa da considerare persino non di esclusiva pertinenza delle liti che sarebbero destinate a finire di fronte a un giudice, ma pratica quotidiana di assoluto rilievo sociale. Dovrebbe essere lo schema interiore che guida il *modus operandi* di ciascuno a fronte di qualsiasi avversità che si presenti nel quotidiano, comunque e da chiunque generata. A questo avvia la mediazione che, nel contempo, è via per trovare le soluzioni ma anche esperienza, modellabile e ripetibile autonomamente, di un modo nuovo di gestire i conflitti. Un vero percorso di autoformazione per chi ne fruisce!».

Il carattere nobile dell'*ars mediatoria* trasuda abbondantemente in ogni pensiero di Maria Martello: conquista, travolge, appassiona. Questo aspetto è già esso testimonianza del potere 'trasformativo' dei 'Mediatori': sì, quelli con la 'M' maiuscola. Maria Martello, tas-

sello dopo tassello, getta elementi rivelatori della sua idea della mediazione e, ancor più, della figura del ‘mediatore’ e lo fa con parole tanto semplici quanto, ahimè, oggi dimenticate: gentilezza, dolcezza, ascolto. Oggi forse trascuriamo troppo l’importanza del sorriso come strumento per accogliere una persona, l’essenzialità di un linguaggio gentile perché ‘l’altro’ possa sentirsi a suo agio, la forza delle ‘parole’ che possono emozionare ma anche tagliare come la lama di un coltello. E, dimenticandoci di questo – la forza delle cose semplici a disposizione di tutti noi – restiamo a nostra volta travolti dai conflitti: quelli che si insediano negli animi che smettono di essere aperti all’altro, con una idea positiva delle persone e della capacità di cambiare i contesti in cui ci troviamo. Di fatto, l’opera di Maria Martello è un tributo all’ottimismo: dopo averla letta, inconsapevolmente, il lettore si rende conto di essere stato egli stesso cambiato. In bene, in meglio: l’epifania della mediazione – che si rivela in tutto il suo aspetto attraverso le parole di Maria Martello – ha una forza che conquista. E, seguendo le sue ferme parole ci si rende conto che, ognuno, per sua parte, può far la differenza, nei conflitti, come nella società: ma questo impone di aprirsi al vento delle soluzioni innovative, del ‘diverso che può essere meglio’ avendo il coraggio, se serve, di cambiare direzione, anche se non è quella che imboccano tutti gli altri.

Non stupirà.

Nessuno ha mai fatto la differenza restando come gli altri.

Giuseppe Buffone

Magistrato presso la Rappresentanza permanente d’Italia
presso l’Unione europea