

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. II

2022

N. 2

RIVISTA SEMESTRALE

SAGGI

- Ferruccio Auletta e Alberto Massera
Giustizia consensuale e p.a.: l'accordo bonario per i lavori, i servizi e le forniture nel quadro degli 'altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale' 279
- Paolo Duret
Soft law, ADR, sussidiarietà: una triade armonica 331
- Roberto Bartoli
Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell'ambito della giustizia punitiva 389
- Beatrice Zuffi
Azione di classe e ADR: un binomio in via di definizione 413

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

- Mauro Bove
I verbali che concludono la mediazione nel d.lgs. n. 149 del 2022 455
- Alberto M. Tedoldi
La mediazione civile e commerciale nel quadro della riforma ovvero: omeopatia del processo 477

| | |
|--|-----|
| Pietro Ortolani <i>The Resolution of Content Moderation Disputes under the Digital Services Act</i> | 533 |
|--|-----|

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

| | |
|---|-----|
| Antonio Briguglio <i>Conciliazione e arbitrato. Contaminazioni</i> | 575 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| Silvana Dalla Bontà <i>La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri lato sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?</i> | 587 |
|--|-----|

| | |
|---|-----|
| Carolina Mancuso e Angela M. Felicetti <i>Sistemi di dispute resolution per le università: primi spunti di riflessione</i> | 635 |
|---|-----|

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

| | |
|--|-----|
| Tommaso Greco, <i>La legge della fiducia. Alle radici del diritto</i> (Luciana Breggia) | 673 |
|--|-----|

GIUSTIZIA CONSENSUALE E P.A.:
L'ACCORDO BONARIO
PER I LAVORI, I SERVIZI E LE FORNITURE
NEL QUADRO DEGLI 'ALTRI RIMEDI ALTERNATIVI
ALL'AZIONE GIURISDIZIONALE'

Ferruccio Auletta () e Alberto Massera (**)*

SOMMARIO: 1. Accordo bonario e ADR nell'esecuzione dei contratti pubblici. – 2.1. La disciplina attuale del procedimento di accordo bonario come soluzione conciliativa delle controversie. – 2.2. La funzione di nomina dell'esperto nelle regole e nella prassi della Camera arbitrale dei contratti pubblici. – 3. Divieti di frazionamento e di *emendatio* delle riserve; preclusioni in caso di reiterazione del procedimento. – 4. Natura dell'accordo bonario e preclusioni del relativo atto. – 5. La 'alternatività concorrente' dell'accordo bonario con le altre figure di ADR nella materia dei contratti pubblici.

1. Accordo bonario e ADR nell'esecuzione dei contratti pubblici. – L'accordo bonario, in quanto istituito per la risoluzione delle controversie insorte nella fase della esecuzione di un contratto pubblico di appalto, è comunemente ascritto alla più ampia categoria delle ADR, come è evidenziato anche dal diritto positivo ora vigente (con riferimento in specie alla rubrica del Capo II, Titolo I, Parte VI d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante il codice dei contratti pubbli-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 279-329. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Napoli Federico II.

(**) Già Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Pisa.

ci, al cui interno sono collocati gli artt. 205 e 206 contenenti la specifica disciplina *de qua*). Ciò vale già di per sé a dare contezza della certa prevalenza nella conformazione dell'istituto degli elementi a carattere negoziale: vero è, infatti, che è la base costituita dalla suddetta tipologia di elementi a connotare con un'impronta decisiva, seppure secondo modalità tra loro di volta in volta diverse, la famiglia degli istituti che gli ordinamenti contemporanei in misura sempre più ampia e diffusa ammettono con l'obiettivo di un componimento dei conflitti intersoggettivi 'alternativo' alla funzione tipicamente giurisdizionale⁽¹⁾. In particolare, oltre alle finalità normalmente riconosciute agli istituti in esame di operare come fattore deflattivo della domanda giudiziaria e rimedio alla lentezza e alla costosità dei processi, merita di essere sottolineata la capacità delle ADR, in ragione della specificità delle rispettive strutture, di consentire, anche per quel certo tasso di informalità da cui possono es-

(¹) In merito v. anche *infra*, la nota successiva. Peraltro è bene ricordare che nel caso delle controversie con le pubbliche amministrazioni queste figure possono dover fare i conti, da un lato, con la compresenza di specifici strumenti conosciuti dal diritto amministrativo (le c.d. ADR pubblicistiche): ma questa è evenienza meno presente laddove le controversie riguardino situazioni giuridiche aventi la natura di diritti soggettivi (come appunto in materia di esecuzione di contratti di appalto e concessione); dall'altro lato, con ragioni non solo teoriche ma anche attinenti alla 'cultura pratica' del funzionario pubblico e alle valutazioni alle quali il funzionario stesso è normalmente indotto circa le possibili ricadute di un operato *lato sensu* conciliativo in termini di danno erariale e quindi di imputazione di responsabilità amministrativa (e da questo specifico punto di vista andranno considerati nel tempo gli effetti che potrà comportare la puntuale modifica alla legislazione contabile da ultimo apportata nell'ambito della riforma della legislazione sulle ADR civili approvata con la l. 26 novembre 2021, n. 206, su cui *infra*, nt. 29). Per un quadro delle problematiche qui evocate si può vedere A. MASSERA, *ADR, arbitrato e pubblica amministrazione, tra diritto comune e diritto amministrativo*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, vol. IV, Napoli, 2020, 3503-42, ed *ivi* anche i necessari richiami alla dottrina processualcivile. Per un inquadramento costituzionale del tema delle ADR, e in particolare della mediazione «facilitativa», secondo una lettura intesa a individuarne la natura non solo di «mezzo» (in funzione di un più efficiente accesso alla giustizia) ma anche di «fine» (in relazione ad altri valori costituzionalmente rilevanti, quale la solidarietà sociale), cfr., da ultimo, A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2022, 3 ss.

sere caratterizzate, una migliore accessibilità delle sedi di giustizia (complessivamente intesa) con maggiore costanza nel controllo dello svolgimento delle procedure (seppure secondo gli elementi differenziali tra loro anche per questa parte presenti), nonché degli stessi esiti delle liti ad opera degli interessati agenti regolarmente in contraddittorio. Vantaggio che può combinarsi con quello di prevedere, in forme e con ruoli diversi, l'intervento di un soggetto terzo, dotato di requisiti di particolare *expertise* nella materia controversa, tanto più rilevante quando il tasso di complessità tecnica e specialistica della materia stessa sia alto (come appunto può avvenire con l'impiego della procedura di accordo bonario).

Nondimeno, la storia normativa dell'istituto vale a mettere in rilievo come la rappresentazione attuale costituisca tappa significativa della sua evoluzione, del resto svoltasi in buona misura parallelamente alla più ampia evoluzione dei rapporti tra diritto pubblico e diritto privato nell'ambito dell'ordinamento giuridico⁽²⁾. Ed invero, 'privatizzazione' e 'contrattualizzazione' sono termini ormai comunemente utilizzati, nella letteratura giuridica e non, per descrivere sinteticamente alcune delle vicende più importanti che hanno investito il diritto delle amministrazioni pubbliche nell'ultimo tornante del secolo scorso e che hanno continuato, seppure con qualche distinta modulazione in connessione con gli eventi straordinari del periodo, nel primo ventennio del secolo presente. Il senso vettoriale delle definizioni è abbastanza agevolmente percepibile: le amministrazioni pubbliche si orientano sempre più frequentemente, per la conformazione delle formule organizzative e dei moduli procedurali impiegati, verso le regole del diritto privato; il diritto amministrativo, tradizionalmente sentito come il diritto 'comune' delle

(²) Diversa, come è noto, è stata la vicenda riguardante la regolamentazione dell'istituto dell'arbitrato per la materia dei contratti pubblici, che ha conosciuto anche fasi di obbligatorietà nell'utilizzazione dell'istituto stesso: ma ciò è agevolmente ascrivibile al fatto che l'arbitrato è l'unica delle figure riconosciute dall'ordinamento per la risoluzione delle controversie per la quale la qualificazione in termini di alternatività all'ordinario esercizio della funzione giurisdizionale esprima una connotazione propriamente intesa.

amministrazioni stesse (almeno nell'area del Continente europeo), come quel diritto mediante e in forza del quale le amministrazioni agiscono in posizione di supremazia nei confronti dei soggetti privati in vista della tutela dell'interesse pubblico, si spoglia delle sue manifestazioni più spiccatamente autoritative e assume in sé forme e istituti che inducono i soggetti pubblici agenti alla previa ricerca del consenso della controparte privata, con preferenza rispetto alle soluzioni imposte ⁽³⁾.

Per oltre un secolo, infatti, allorché insorgevano 'contestazioni' tra amministrazione pubblica come stazione appaltante e impresa privata come esecutore dell'appalto la normativa di riferimento è stata costituita dal r.d. 25 maggio 1895, n. 350 (recante il regolamento per la direzione, la contabilità e la collaudazione dei lavori dello Stato), con la sua marcata impronta giuspubblicistica e giuscontabilistica ⁽⁴⁾; e ancora il capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici ⁽⁵⁾ (approvato con il d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063) prevedeva (art. 42) che in tale eventualità si procedesse alla «risoluzione di esse in via amministrativa» secondo quanto disposto dal suddetto regolamento, che a sua volta prevedeva (art. 23), in caso di contestazioni tra direttore dei lavori e appaltatore oppure ove questi opponesse la contrarietà delle «pre-

⁽³⁾ E sotto questo profilo l'introduzione nella legge generale sulla mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) di apposita disposizione in tema di accordo di conciliazione sottoscritto da amministrazioni pubbliche può essere anche vista, come fa intendere la Relazione al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, recante attuazione della delega di cui alla l. n. 206 del 2021, alla stregua di elemento di favore per l'impiego da parte delle amministrazioni stesse degli strumenti privatistici e del potere transattivo.

⁽⁴⁾ Non si dimentichi, infatti, che ancora per oltre un secolo e in buona sostanza fino alla 'europeizzazione' della materia, nel nostro ordinamento (sul modello francese) la disciplina generale dei contratti pubblici ha avuto la sua sede nella normazione di contabilità dello Stato.

⁽⁵⁾ Altra caratteristica 'storica' dell'accordo bonario, fin dalla sua origine, infatti, è di essere stato a lungo regolamentato con riguardo ai soli contratti per l'appalto di lavori pubblici, poi esteso ai contratti per l'appalto di servizi e di forniture solamente con i due codici dei contratti pubblici approvati in questo secolo.

scrizioni» dategli ai «patti del contratto», che la risoluzione sarebbe stata fornita da un ordine di servizio del preposto funzionario direttivo (l'ingegnere capo), al quale l'appaltatore aveva «l'obbligo di uniformarsi», fatta salva la facoltà di esperire un ricorso gerarchico sempre all'interno dell'apparato amministrativo ⁽⁶⁾.

Elemento rilevante, nella descritta disciplina, era l'assenza di qualsiasi momento di contraddittorio nella formulazione della decisione amministrativa (salvo che le contestazioni mosse dall'appaltatore «riguardassero fatti»), quindi a connotazione unilaterale ⁽⁷⁾, conformemente del resto alla consolidata posizione di autorità caratterizzante al tempo l'operato dell'amministrazione nelle sue relazioni con i privati (accompagnata altresì, come è noto, dalla so-

⁽⁶⁾ Solamente nel caso in cui trattavasi di contestazione la cui risoluzione poteva comportare un onere a carico dell'amministrazione la decisione sarebbe stata assunta dal Ministro mediante ordine di servizio comunicato all'appaltatore, il quale aveva l'obbligo di darvi esecuzione, salvo sempre il diritto di far le sue riserve nel registro di contabilità (che ai sensi dell'art. 54 del medesimo r.d. sarebbero state decise con lo stesso procedimento). E in effetti è stato ricordato che ancora negli anni Cinquanta dello scorso secolo parte della dottrina configurasse le riserve come ricorsi gerarchici: per tale rilievo v. P. PISELLI, *Le riserve e il contenzioso contrattuale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 697 ss., 706. Per una più distesa descrizione degli aspetti trattati in questa parte del paragrafo cfr. A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, VI ed., Milano, 1981, 981 ss.

⁽⁷⁾ Per la qualificazione come autonoma determinazione dell'ente appaltante della determinazione assunta all'esito del procedimento ex art. 42 d.p.r. n. 1063 del 1962, e dell'ivi richiamato r.d. n. 350 del 1895, v. Cass., sez. un., 5 aprile 2005, n. 6992, senza che, secondo la Suprema Corte, potesse cambiarne la configurazione, come nella fattispecie esaminata, l'atto unilaterale d'obbligo sottoscritto dall'appaltatore il giorno precedente di quella determinazione (e in questo senso ne era esclusa anche la configurabilità come accordo amministrativo ex art. 11 della «nuova» legge sul procedimento amministrativo, citata nella nota successiva). Diverso orientamento, a favore della natura negoziale della determinazione dell'amministrazione, aveva espresso Cass., sez. I, 23 maggio 2008, n. 13426; ma successivamente anche questa sezione, con la sentenza n. 5255 del 16 marzo 2016, ha affermato che essa «è la manifestazione di volontà dispositiva dell'unico soggetto legittimato ad esprimersi in merito alla controversia, ossia l'amministrazione appaltante».

stanziale e generale disapplicazione dell'avveniristica previsione di cui all'art. 3, all. E, legge di unificazione amministrativa del 1865). Forse non casualmente è negli anni Novanta dello scorso secolo che si registra una fase di svolta (anche) per questa parte⁽⁸⁾, inizialmente con la previsione di cui all'art. 32 l. 11 febbraio 1994, n. 109 (recante la legge quadro in materia di lavori pubblici), concernente un intervento della nuova figura del responsabile del procedimento per la formulazione, in caso di controversia derivante dall'esecuzione del contratto, di una proposta di conciliazione per «l'immediata soluzione» della controversia stessa, sottoposta al raggiungimento di un accordo tra le parti interessate; previsione poi in parte sostituita con le disposizioni introdotte in quella legge dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101 (convertito in l. 2 giugno 1995, n. 216), e in particolare con il nuovo art. 31 *bis*. Ed è proprio in quest'ultima disposizione che fa la sua apparizione sulla scena ordinamentale la formale definizione di «accordo bonario», quale primo momento di una logica evoluzione che sarà consacrata, nell'ambito del corredo di una più articolata regolamentazione, dalla ulteriore innovazione apportata a quella stessa disposizione nel 2002 (con la l. 1° agosto 2002, n. 166, art. 7) e costituita dall'affermazione della «natura transattiva» dell'accordo, che è valsa a contrassegnare l'avvenuto passaggio della procedura in oggetto da «procedimento amministrativo» (in senso proprio e come definito dalla rubrica del citato art. 42 del capitolato generale, in quanto avente ad oggetto la risoluzione in via amministrativa delle contestazioni) a istituto rientrante e sottoposto alle «norme acceleratorie in materia di contenzioso» (come definito dalla rubrica del citato art. 31 *bis*, in quanto parte delle modalità ordinarie di definizione delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione contrattuale).

Non interessa in questa sede, peraltro, ripercorrere nei dettagli l'intera storia normativa dell'istituto, quanto piuttosto far rilevare

⁽⁸⁾ Naturalmente il riferimento è all'entrata in vigore agli inizi di quel periodo della l. 7 agosto 1990, n. 241, contenente «nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi».

come continuativamente (a partire dal ricordato r.d. n. 350 del 1895) il presupposto di legittimità legislativamente individuato per l'applicazione dell'istituto stesso (e che ne caratterizza tuttora anche la portata) sia consistito nella tempestiva apposizione – da parte dell'appaltatore nel corso dell'esecuzione del contratto e nei relativi documenti di contabilità – di formali 'riserve' contenenti la domanda di maggiori compensi e indennità rispetto al prezzo indicato nell'offerta prescelta dalla stazione appaltante nella fase di aggiudicazione della procedura di affidamento e poi entrato tra le pattuizioni contrattuali al momento della stipulazione del contratto in questione ⁽⁹⁾. La *ratio* del presupposto in oggetto è invero evidente: se da un lato si è trattato di prefigurare uno strumento in grado di tenere indenne l'appaltatore (nella misura che sarà attualizzata nel corso della procedura di accordo bonario) dalla sopravvenienza degli effetti di eventi (anche non dipendenti da comportamenti dell'amministrazione) potenzialmente riduttivi dei margini di profitto di impresa, dall'altro si è trattato di porre in condizione la sta-

⁽⁹⁾ Fatte salve, è da ritenere, le variazioni di prezzo derivanti dall'approvazione di formali varianti o dall'applicazione di clausole di revisione del prezzo stesso, ove previste dal bando di gara, ai sensi della normativa vigente: cfr. A. MALTONI, *I rimedi nell'esecuzione del contratto*, in M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2019, 1443 ss., 1450. Quanto al primo punto, in questa direzione può essere considerata oggi anche la regola circa la determinazione del c.d. quinto d'obbligo, per la quale «l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 205 e 208 del codice» (art. 8, 4° comma, d.m. 7 marzo 2018, n. 49, recante, in attuazione dell'art. 111 codice del 2016 nella sua formulazione originaria, approvazione delle Linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione; e analogamente l'art. 22, 4° comma, per i contratti di servizi e forniture). Quanto al secondo punto, circa la legittimità della esclusione della applicazione della clausola di revisione prezzi con riferimento alle somme riconosciute in sede di precedente accordo bonario che ha risolto «ogni domanda o pretesa» fino a quel momento richiesta per le lavorazioni oggetto di riserve, v. da ultimo Cons. Stato, sez. II, 9 novembre 2020, n. 6893.

zione appaltante di tenere sotto controllo l'andamento della spesa derivante dalla realizzazione dell'opera progettata e la sua compatibilità con il quadro economico dell'opera stessa, nel contempo monitorando la sua regolare esecuzione, fino ad eventualmente consentirle di adottare le misure di terminazione del contratto previste dall'ordinamento ⁽¹⁰⁾.

Su questa base la finalità complessiva dell'istituto è anch'essa evidente: si è trattato di prefigurare uno strumento che, assicurando la piena consapevolezza delle parti interessate, nella disciplina più recente sostenuta anche dagli opportuni elementi di negozialità, possa concorrere a garantire, per la fase dell'esecuzione del regolamento contrattuale, il buon andamento della complessiva operazione economica della quale il contratto stesso rappresenta la veste giuridica, evitando che tale andamento venga turbato, se non arrestato, dall'insorgere di occasioni di contenzioso. Da questo punto di vista, l'accordo bonario sembra in grado di assolvere con buone possibilità di successo a una delle funzioni tipiche della figura di ADR, vale a dire di prevenzione del contenzioso propriamente giudiziale; e non casualmente lo stesso accordo bonario è regolamentato adesso, come lo è stato del resto in passato, come condizione di procedibilità del ricorso al giudice competente (o della domanda di arbitrato) ⁽¹¹⁾. E in questa prospettiva occorre dunque esaminare anche la questione del confronto e delle relazioni dell'accordo bonario con le altre figure di ADR previste dal codice dei contratti pubblici (e

⁽¹⁰⁾ Per l'esposizione delle specifiche ragioni di tutela dell'amministrazione cui presiede il regime delle riserve vi è una giurisprudenza consolidata: Cass., sez. I, 1° dicembre 1999, n. 13399, Cass., sez. I, 21 luglio 2004, n. 13500, nonché, più recentemente, Cass., sez. I, 28 febbraio 2018, n. 4718, e sez. I, 9 maggio 2018, n. 11188. Per altro verso, occorre ricordare che per giurisprudenza anch'essa consolidata l'onere per l'appaltatore dell'iscrizione della riserva nei documenti contabili non assurge ad atto di costituzione in mora: per tutte v. Cass., sez. I, 15 gennaio 2020, n. 727.

⁽¹¹⁾ Per la legittimità di una tale condizione di procedibilità nella materia *de qua* anche rispetto all'art. 24 Cost., v. Cass., sez. I, 16 marzo 2016, n. 5253, che aveva appunto riguardo alla disciplina di cui alla l. n. 109 del 1994; e tale previsione era presente anche nel codice del 2006 (art. 240, 16° comma).

non solo): esame che potrà essere compiuto solamente dopo averne delineato l'attuale regime, anche nelle sue più concrete applicazioni.

2.1. La disciplina attuale del procedimento di accordo bonario come soluzione conciliativa delle controversie. – Va innanzitutto osservato che l'individuazione legislativa dell'iscrizione delle riserve da parte dell'appaltatore nei documenti contabili inerenti all'esecuzione del contratto come presupposto legittimante l'utilizzazione del procedimento di accordo bonario nella disciplina più recente non sembra di per sé valere oltremodo a delimitare compiutamente l'ambito oggettivo dell'istituto. Se, infatti, la riserva, nella sua configurazione formale, è stata a lungo ritenuta istituto peculiare ai contratti pubblici di lavori, l'art. 240, 22° comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (recante il primo codice dei contratti pubblici), e poi l'art. 206 d.lgs. n. 50 del 2016, hanno invece espressamente esteso l'applicabilità del procedimento di accordo bonario anche ai contratti pubblici di servizi e forniture di natura periodica o continuativa: la prima disposizione, a fronte di «contestazioni» dell'esecutore del contratto verbalizzate nei documenti contabili, ove l'importo economico controverso, come per i contratti di lavori, fosse non inferiore al 10% dell'importo originariamente stipulato, la seconda, con formulazione anche più generica, «quando insorgano controversie (...) circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute»; ed entrambe le disposizioni prescrivendo i limiti della compatibilità⁽¹²⁾. Vero è, in ogni caso, che è poi intervenuto, su di un

⁽¹²⁾ Tale formulazione della disposizione del codice del 2016, anche in assenza di una specifica determinazione del limite di valore rispetto all'importo contrattuale, ha indotto a ritenere che nel regime vigente l'avvio del procedimento di accordo bonario possa prescindere per i contratti di fornitura e di servizi dall'ammontare delle pretese economiche: v. R. DI PACE, *Manuale dei contratti pubblici*, Torino, 2021, 296; ciò può essere condivisibile ove la disposizione stessa sia anche letta nel complessivo quadro ordinamentale dell'istituto come disegnato dalla Corte Costituzionale nella sentenza che verrà successivamente indicata nel testo nonché nella prospettiva del punto più specifico, ma essenziale, dell'eventuale mancato stravol-

piano che è insieme formale e sostanziale, il d.m. n. 49 del 2018, il quale con opportuno intento semplificatorio ha regolato, in buona misura omologandoli a quanto disposto per i contratti di lavori, il regime delle riserve e le funzioni con riguardo ad esse esercitate dal direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture ⁽¹³⁾.

Per ogni contratto di appalto (ma anche di concessione) sottoposto alla regolamentazione disposta dal codice dei contratti pubblici, dunque, è applicabile il procedimento di accordo bonario, con l'unica eccezione, espressamente prevista dal 1° comma dell'art. 205, dei contratti di lavori affidati a contraente generale; mentre l'altra espressa prescrizione contenuta nella stessa disposizione – quella che definisce l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto, con menzione specifica delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori e dei concessionari – vale anche a dare evidenza del raggio di azione dell'istituto stesso, da considerare concernente l'esecuzione dei contratti sia nei settori ordinari che nei settori speciali.

La disciplina vigente contiene peraltro una specifica condizione di procedibilità anche per l'accordo bonario, che è stata parzialmente rimodulata rispetto alla disciplina precedente. Si tratta del limite quantitativo alla variazione dell'importo economico dell'opera, che

gimento del quadro economico del contratto, tanto più rilevante in quanto inerente a un contratto di durata, e quindi dando della 'compatibilità' una lettura in una prospettiva di ordine più sostanziale che formale. Diversamente v. invece A. MALTONI, *op. loc. cit.*, 1451, il quale per altro verso sottolinea, nel caso dei contratti di concessione, la compatibilità dell'esperimento del procedimento di accordo bonario con la specifica disciplina in materia di revisione del piano economico-finanziario di cui all'art. 165, 6° comma, d.lgs. n. 50 del 2016, stante la già ricordata previsione di cui all'art. 206 per la quale il procedimento stesso può essere avviato «quando insorgano controversie in fase esecutiva degli stessi, circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute».

⁽¹³⁾ Si vedano in particolare gli artt. 3, 5, 8, 9, 10, 14, per i contratti di lavori, e gli artt. 17, 21, 22 e 26, per i contratti di servizi e forniture. Dalla data di entrata in vigore del d.m., ai sensi dell'art. 217, 1° comma, lett. u), d.lgs. n. 50 del 2016, sono abrogate le disposizioni contenute in merito nel d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. n. 163 del 2006.

può fare seguito all'iscrizione di riserve nei documenti contabili da parte dell'appaltatore: variazione che non può essere inferiore al 5% né superiore al 15% dell'importo stesso.

In proposito, importante è stata l'interpretazione fornita da ultimo dalla Corte Costituzionale (seppure con riguardo alla precedente e in parte diversa prescrizione delimitativa contenuta, circa la definizione delle riserve, nell'art. 240 *bis* e s.m.i. c.contr. pubbl. 2006), secondo la quale la disciplina del codice dei contratti pubblici in ogni caso ha inteso porre un limite quantitativo solamente alla possibilità di definire le riserve tramite l'accordo bonario (qualunque sia l'ordine di iscrizione delle stesse), e non alla possibilità di iscrizione delle riserve per tutto il corso dell'esecuzione contrattuale (ivi comprese quelle relative a eventuali pretese risarcitorie), senza pregiudizio dei rimedi contrattuali a disposizione dell'interessato⁽¹⁴⁾. Per questa parte, invero, la *ratio* della norma appare orientata in più direzioni: per un verso, con il suo limite massimo, porre un argine agli abusi che nel tempo sono stati rilevati circa l'utilizzo del procedimento in questione, in specie da parte dell'appaltatore, al fine di vedersi riconosciuti dall'amministrazione

⁽¹⁴⁾ Corte cost., 27 maggio 2021, n. 109. In particolare, l'esonero legale derivante dal limite dettato dalla norma, comportante un elemento di un qualche privilegio per la parte pubblica, non può secondo la Corte estendersi, nel rispetto dei principi costituzionali, all'inadempimento doloso o gravemente colposo, e dunque la relativa azione, benché assoggettata all'onere della iscrizione a riserva (come può essere ad esempio il caso del risarcimento dei danni dipendenti da ritardata consegna dei lavori o dall'andamento anomalo dei lavori), «non deve, comunque, risentire del limite legale posto alla riconoscibilità delle pretese annotate», fermo restando che per pretese anche risarcitorie non correlate a sopravvenienze oggettive (come ad esempio per questioni attinenti all'invalidità del contratto o ai modi della sua estinzione), «i rimedi contrattuali di natura risolutoria, e le correlate azioni anche risarcitorie, non sono, secondo un orientamento costante del diritto vivente, subordinati al rispetto dell'onere di iscrivere riserve». Per l'analisi dettagliata delle pretese economiche che sono soggette alla regola della riserva o al contrario fanno eccezione ad essa v., rispettivamente, Cass., sez. I, 9 maggio 2016, n. 9328, e Cass., sez. I, 5 agosto 2020, n. 16700; per questa seconda area si vedano anche le indicazioni dell'AVCP contenute nella deliberazione n. 249 del 2003 (per i relativi riferimenti si veda la nota successiva).

compensi ulteriori rispetto alla misura pattuita in modo da recuperare ribassi eccessivi eventualmente presentati nell'offerta con cui l'impresa si è aggiudicata l'appalto (anche con l'effetto di alterare le condizioni economiche di svolgimento della procedura di aggiudicazione e quindi la concorrenza) ⁽¹⁵⁾, nel contempo senza incidere negativamente in modo eccessivo sul rischio di impresa ⁽¹⁶⁾; per altro verso, con il suo limite minimo, precludere, a fronte di contro-

⁽¹⁵⁾ Come ricordato dalla stessa sentenza della Corte Costituzionale, la quale ha fatto menzione altresì di specifiche Determinazioni in proposito dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici – AVCP (operante in materia precedentemente all'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC, e le cui competenze, come noto, sono state trasferite a quest'ultima), e in particolare della Determinazione n. 5 del 30 maggio 2007, che aveva evidenziato un uso «pretestuoso», «distorto» e «improprio» del procedimento di accordo bonario, volto a «esercitare una forte pressione sulla Stazione appaltante, finalizzata ad ottenere riconoscimenti economici che sarebbero difficilmente presi in considerazione al termine l'appalto» (ma in effetti segnalazioni di significative e anche gravi anomalie nell'impiego della figura in oggetto erano già presenti in altre Determinazioni dell'AVCP riferite alla disciplina anteriore, contenuta nella l. n. 109/1994 e nel d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il suo regolamento di attuazione, come nella Determinazione 5 dicembre 2001, n. 22, nel Comunicato pubblicato sulla *Gazz. uff.* n. 117 del 21 maggio 2002 e nella Deliberazione 17 settembre 2003, n. 249, con i quali ultimi due atti, in specie, l'AVCP aveva ritenuto di poter rimediare alle distorsioni rilevate con la formulazione, rispettivamente, di un apposito «schema-tipo di verbale di accordo bonario» e poi di apposite linee guida «conformi a norme e principi»); e ciò in ogni caso con la conseguenza, secondo quanto era stato rilevato in dottrina con riguardo al regime in essere vigente il codice del 2006, che «il tutto ha sovente creato il paradosso di fare dell'accordo bonario, anziché un istituto idoneo ad assicurare continuità all'attività di realizzazione dell'opera, un fattore di complicazione e di rallentamento della fase esecutiva, rischiando di snaturare la funzione tipica del fenomeno ADR» (F. CINTIOLI, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *AIPDA, Annuario 2009*, Napoli, 2010, 121 ss., 183). Quanto agli atti dell'AVCP e dell'ANAC sono tutti consultabili sul sito dell'Autorità: <<http://www.anticorruzione.it>>.

⁽¹⁶⁾ Secondo la pronuncia della Corte Costituzionale nella sentenza n. 109 del 2021 cit., infatti, «ove si tratti di istanze correlate con sopravvenienze di natura oggettiva, la soglia legale posta dalla disposizione censurata alla sommatoria delle riserve si traduce, evidentemente, in un ampliamento del rischio contrattuale dell'impresa», ma che appare non irragionevole e proporzionato nel bilanciamento dei vari interessi in gioco.

versie che, pur comportanti un aggravio complessivo di spesa, non sono in grado di alterare l'equilibrio economico del contratto e quindi non costituiscono serio impedimento al regolare andamento del rapporto contrattuale, l'avvio di un procedimento che potrebbe anche comportare ripetuti indugi o vere e proprie sospensioni (seppure di per sé non legittime, ove non ordinate dal direttore dei lavori) nell'esecuzione contrattuale e rivelarsi fattore di costo per l'amministrazione; per altro verso ancora, rimediare altresì alla prassi di sopperire con lo strumento del bonario componimento a insufficienze progettuali evitando la specifica procedura di variante ⁽¹⁷⁾.

La descritta condizione di procedibilità viene in rilievo anche con riguardo alla questione della reiterabilità del procedimento di accordo bonario nel corso della stessa esecuzione contrattuale. Se vigente il codice del 2006 la possibilità di ripetere il tentativo di bonario componimento era espressamente limitata, per ciascuna relazione contrattuale, a una sola volta (art. 240, 2° comma), dopo che fosse stato nuovamente raggiunto il valore economico allora (unicamente) previsto (un decimo dell'importo contrattuale) come soglia di applicazione, nella disciplina stabilita dal codice del 2016 la condizione diventa quella per cui ogni volta la somma delle riserve

⁽¹⁷⁾ Nell'art. 205, 1° comma, d.lgs. n. 50 del 2016, infatti, a contrasto della prassi indicata nel testo è stato posto, riprendendo analoga disposizione introdotta nel codice del 2006 con novella del 2011, il divieto di iscrizione di riserve sugli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'art. 26 del medesimo codice secondo una procedura che si conclude con l'atto di validazione da parte del RUP; peraltro tale disposizione è stata sospesa dall'art. 1, 10° comma, d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito in l. 14 giugno 2019, n. 55, fino al 30 giugno 2023 (ma in procinto di essere ripristinata), come si evince dallo schema del nuovo codice dei contratti pubblici elaborato in attuazione della delega di cui alla l. 21 giugno 2022, n. 71, a testimonianza dell'atteggiamento tutto sommato ondivago che il legislatore nazionale ha tenuto nel tempo nei confronti dell'applicazione delle figure di ADR alla materia dei contratti pubblici, atteggiamento del quale la disciplina dell'arbitrato, come è noto, rappresenta la massima ed esemplare espressione. Dall'AVCP era stata a suo tempo altresì denunciata anche la prassi delle perizie di variante approvate a sanatoria, successivamente al riconoscimento all'impresa in sede di accordo bonario di pretese economiche relative a lavori non autorizzati (Deliberazione n. 89 del 24 ottobre 2012).

iscritte dall'appaltatore deve porsi all'interno della forbice, come detto, ivi fissata. Sennonché, la prescrizione aggiuntiva contenuta nello stesso 2° comma dell'art. 205, per la quale le riserve iscritte, ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate, devono venire a collocarsi «nell'ambito comunque di un limite massimo complessivo del 15 per cento dell'importo del contratto», impone di fatto un limite alla reiterazione, nel numero massimo di tre (ed ovviamente sempre con l'ulteriore e alquanto ipotetica condizione che ogni volta l'importo raggiunto dalle riserve si attesti esattamente sul limite minimo del 5% dell'importo contrattuale). A tutto questo fa eccezione (ancora nel 2° comma dell'art. 205, nella sua ultima parte, e che per il vero era già presente anche nel 6° comma, art. 240 del codice del 2006 cit.) il caso in cui il procedimento venga esperito dopo la conclusione dei lavori ma prima dell'approvazione del certificato di collaudo ovvero di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione, per il quale più non rileva l'importo delle riserve iscritte: come è stato osservato, si tratta della messa in campo di una sorta di accordo bonario «tombale»⁽¹⁸⁾, che vale a rafforzare la posizione dell'istituto (anche) come condizione di procedibilità nei confronti del contenzioso davanti al giudice ordinario o al collegio arbitrale.

La questione della reiterabilità del procedimento di accordo bonario verrà ripresa successivamente sotto altri e distinti profili. Ritornando però ora all'esame degli oneri incombenti sull'appaltatore

⁽¹⁸⁾ Cfr. G. VELTRI, *Accordo bonario*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II ed., vol. V, Milano, 2019, 439 ss., spec. 446; esperimento in quella fase necessario per una ragione (almeno in parte) diversa da quelle viste per l'accordo bonario *in itinere*, stante il fatto che nel diritto dei contratti pubblici «soltanto l'approvazione del collaudo da parte della Pubblica amministrazione pone fine all'appalto, (...) così esaurendosi ogni profilo del rapporto intercorso tra le parti» (Cass., sez. I, 5 ottobre 2000, n.13261). E, quindi, tornando alla questione della reiterabilità, come è già stato giustamente osservato, astrattamente sono in numero complessivo di quattro i procedimenti di accordo bonario che possono essere esperiti per una medesima esecuzione contrattuale (B. CIVILLA, *L'accordo bonario*, in B. CIVILLA, D. GIANNINI, *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice degli appalti*, Milano, 2017, 11 ss., 24).

ai fini dell'avvio del procedimento stesso, occorre recuperare la notazione per cui tempestività dell'iscrizione delle riserve nel registro di contabilità e loro conferma definitiva al momento della sottoscrizione del conto finale sono gli elementi costantemente posti nella disciplina in materia come essenziali sotto il profilo della ammissibilità delle riserve stesse ⁽¹⁹⁾.

Al riguardo vengono in particolare rilievo due punti problematici, cui bisogna dedicare un'immediata considerazione. Il primo attiene al trattamento delle riserve che venissero ad essere iscritte nel corso dell'espletamento e poi del raggiungimento dell'accordo bo-

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. I, 17 luglio 2014, n. 16367, e da ultimo Cass., sez. I, 23 febbraio 2022, n. 5901. Dal canto suo Cass., sez. VI, 29 marzo 2018, n. 7805, ha affermato che la tardività della registrazione della riserva deve essere a sua volta tempestivamente contestata nel processo dall'amministrazione appaltante in quanto «trattandosi di diritto patrimoniale della p.a., è configurabile il tacito riconoscimento dell'altrui pretesa» (principio del quale da ultimo ha fatto applicazione Trib. Aosta, sez. I, 18 gennaio 2022, n. 21, *Dejure*, che ha rilevato altresì che nessuna decadenza da tale eccezione è ravvisabile per la mancata contestazione della tardività della riserva in sede stragiudiziale, vale a dire quando il RUP ne ha valutato la manifesta infondatezza con conseguente insussistenza dei presupposti per il procedimento di accordo bonario); per altro verso, App. L'Aquila, 11 gennaio 2019, n. 43, *ibidem*, ha affermato che, nel caso in cui l'appaltatore sia decaduto dal diritto di far valere le riserve per non aver sottoscritto il registro di contabilità o comunque per non aver indicato nell'atto di sottoscrizione del conto finale alcuna riserva o formulato alcuna domanda, devono ritenersi inammissibili ed irrilevanti i mezzi di prova richiesti nel processo o anche la CTU, mentre già Cass., sez. I, 12 novembre 2008, n. 27014, aveva escluso che l'appaltatore, ancora in caso di decadenza dal diritto a far valere la propria pretesa economica per inadempimento dell'onere in questione, possa far ricorso all'azione generale di arricchimento, in ragione del carattere sussidiario di tale azione. Per la disciplina vigente in tema si veda in specie l'art. 14, 1° comma, lett. c) e lett. e), d.m. n. 49 del 2018: in particolare, secondo l'ultima disposizione citata, «se l'esecutore non firma il conto finale nel termine assegnato, non superiore a trenta giorni, o se lo sottoscrive senza confermare le domande già formulate nel registro di contabilità, il conto finale si ha come da lui definitivamente accettato. Firmato dall'esecutore il conto finale, o scaduto il termine sopra assegnato, il RUP, entro i successivi sessanta giorni, redige una propria relazione finale riservata nella quale esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'esecutore per le quali non siano intervenuti la transazione o l'accordo bonario».

nario: a fronte dell'enunciato dell'oggetto del procedimento esposto nella prima parte del 2° comma dell'art. 205, codice del 2016 cit., sembra che non vi sia ragione di discostarsi dall'orientamento più volte assunto in merito dall'ANAC in relazione all'analoga disposizione presente nell'art. 240, codice del 2006 cit., per il quale le riserve sopravvenute vanno escluse dovendo «il procedimento di accordo rimanere impermeabile all'andamento delle prestazioni, trattandosi per definizione di contenzioso già maturato in fatto e in diritto»; e pertanto, «una prassi operativa caratterizzata da un termine temporale sostanzialmente aperto per consentire l'inserimento nell'accordo bonario di sempre nuove e ulteriori riserve oltre a comportare un prolungamento dei tempi, snatura di fatto la *ratio* dell'istituto» (20). Il secondo attiene al momento della quantificazione delle riserve, a fronte del disposto nel codice del 2016, laddove è stabilito che «le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserve non possono essere proposte per oggetti maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse» (art. 205, 2° comma): il punto concerne il trattamento delle c.d. riserve continuative, per il quale è da tenere in evidenza quanto è affermato dalla giurisprudenza, che «è obbligo dell'impresa inserire una riserva nella contabilità contestualmente all'insorgenza e percezione del *fatto* dannoso; in particolare, in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre

(20) ANAC, delibera 14 giugno 2017, n. 643 (che appunto riprendeva per la prima proposizione la precedente deliberazione 12 novembre 2014, n. 19). E ciò tanto più che neanche è riprodotta nella normativa vigente una formula come quella di cui all'art. 149, 4° comma, d.p.r. n. 554 del 1999, per la quale «la sottoscrizione [dell'accordo] determina la definizione di ogni contestazione sino a quel momento insorta»; mentre d'altro canto, secondo la disposizione vigente, «il conto finale deve essere sottoscritto dall'esecutore. All'atto della firma, l'esecutore non può iscrivere domande per oggetto o per importo diverse da quelle formulate nel registro di contabilità durante lo svolgimento dei lavori e deve confermare le riserve già iscritte negli atti contabili, per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 208 del codice o l'accordo bonario di cui all'art. 205 del codice» (art. 14, 1° comma, lett. e), d.m. n. 49 del 2018).

il '*quantum*' può essere successivamente indicato nelle registrazioni «successive» o appunto in sede di chiusura del conto finale ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Cass., sez. I, 9 novembre 2018, n. 28801: nel caso deciso la conseguenza del *dictum* riportato nel testo è però stata quella per cui, «ove l'appaltatore non abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior onere che tale fatto dannoso comporta, è tardiva la riserva formulata solo nel s.a.l. successivo»; e analogamente già Cass., sez. I, 16 marzo 2016, n. 5253, nel caso di inadempimento istantaneo dell'amministrazione appaltante, che aveva posto con ritardo i suoli a disposizione dell'impresa appaltatrice, per non avere tempestivamente attuato le necessarie procedure espropriative, mentre secondo Cass., sez. II, 30 marzo 2016, n. 6161, laddove la riserva reiterata in un s.a.l. successivo a quello di iscrizione si riferisse a maggiori oneri derivanti da fatti continuativi presenti nell'esecuzione del contratto essa doveva essere fatta rientrare nel computo riguardante il superamento della soglia di ammissibilità del procedimento di accordo bonario. D'altro canto, è ancora utile ricordare al riguardo la posizione espressa da ANAC nella citata deliberazione n. 19 del 2014, per la quale la pretesa avente ad oggetto «un aggiornamento economico di una riserva precedentemente iscritta nel registro di contabilità non si differenzia da una 'ulteriore' richiesta dell'appaltatore alla stregua di una 'distinta' riserva», laddove invece «nella stessa filosofia del sistema normativo delineato nel codice dei contratti, la brevità dei termini della procedura dell'accordo bonario, è volta proprio a evitare il protrarsi delle situazioni di incertezza incidenti sulle maggiori pretese dell'appaltatore»; vero è peraltro che quella posizione è stata espressa pur in presenza di disposizioni, come l'art. 174, 2° comma, d.p.r. n. 554 del 1999, e l'art. 201, 2° comma, d.p.r. n. 207 del 2010, che prevedevano almeno «l'eventuale aggiornamento dell'importo» al momento della conferma delle riserve per le quali non fosse intervenuto accordo bonario all'atto della firma del conto finale; e forse non è casuale che, pur in assenza di previsione esplicita in tal senso nel codice del 2016 cit., lo schema di Regolamento unico redatto ai sensi dell'art. 1 d.l. n. 32 del 2019, anche se poi mai entrato in vigore, prevedesse all'art. 187, 11° comma, ancora l'eventuale aggiornamento dell'importo delle riserve in sede di sottoscrizione del conto finale, ma ciò appunto a fronte di un 'diritto vivente' che continua, seppure in modo non sempre uniforme, a predicare un trattamento speciale per i fatti continuativi in relazione ai quali «l'appaltatore non abbia potuto ancora trarre dal ripetersi degli episodi a lui pregiudizievoli la percezione della loro incidenza economica» (Cass., sez. I, n. 16700 del 2020, cit.). Regole specifiche sono comunque poste per il caso della sospensione dei lavori e della sua protrazione: v. l'art. 10, 4° e 5° comma, d.m. n. 49 del 2018; e la giurisprudenza ha dal canto suo precisato che «nell'ipotesi di sospensione dei lavori deve ritenersi tempestiva la formulazione di riserva nel verbale di ripresa, quando questa, legittima inizialmente, sia divenuta illegittima per la sua eccessiva protrazione, con il conseguente collegamento del danno a tale illegit-

La connotazione dell'accordo bonario come strumento di conciliazione con natura negoziale, giustapposto in quanto tale alla più risalente risoluzione per via amministrativa, che è confermata pure dalla sua rilevata collocazione nel regime anche processuale privatistico, non risulta vulnerata dalla presenza e dalla rilevanza di specifici elementi procedurali tipizzati dalla norma (invero con maggior dettaglio per i contratti di lavori, *ex art.* 205); essi possono considerarsi una sorta di refluenza della sua più marcata origine autoritativa nella disciplina di settore, senza che per questo possano ritenersi propriamente applicabili le disposizioni di cui alla l. n. 241 del 1990 e s.m.i. ⁽²²⁾.

timo protrarsi» (Cass., sez. I, 5 agosto 2016, n. 16537), mentre laddove la sospensione possa essere illegittima sin dall'inizio, l'appaltatore deve inserire la sua riserva nello stesso verbale di sospensione, «dovendosi distinguere il momento in cui il danno sia presumibilmente configurabile da quello in cui esso sia precisamente quantificabile, sorgendo l'onere di iscrivere le riserva fin dal primo di tali momenti e potendo, invece, la specifica quantificazione operarsi nelle successive registrazioni» (verbale di ripresa, registro di contabilità, conto finale: Cass., sez. I, 4 gennaio 2022, n. 113, nonché in precedenza, con riguardo alla fattispecie della c.d. sorpresa geologica, Cass., sez. I, 5 febbraio 2016, n. 2316). Per completezza, infine, merita di essere anche ricordato che in giurisprudenza in precedenza è stato escluso che possa essere sostituita la causale della riserva con altra (Cass., sez. I, 18 settembre 2003, n. 13734).

⁽²²⁾ Ovviamente fatti salvi quei principi generali che fanno ormai parte di un'area a vocazione universale insieme con i principi privatistici, quali i principi di buona fede e del contraddittorio. E del resto l'esperimento da parte dell'appaltatore del contenzioso giudiziario relativo (ai sensi della disciplina applicabile *ratione temporis*) alla determinazione dell'amministrazione appaltante in ordine alle riserve formulate dall'appaltatore medesimo è stato affermato essere teso, stante «la natura negoziale» dell'atto, «al fine di ottenere non già l'annullamento della determinazione, ma l'accertamento, in contrasto con la stessa, del proprio diritto, con la condanna dell'amministrazione al pagamento delle somme effettivamente dovute» (Cass., sez. I, 1° ottobre 2014, n. 20722), con la conseguenza della decorrenza del termine decadenziale per la proposizione dell'azione giudiziaria da quella determinazione e non da un atto come il collaudo che non svolge alcuna funzione al riguardo (Cass., sez. I, 23 marzo 2017, n. 7479). Nel senso del testo cfr., in dottrina, anche A. MALTONI, *op. loc. cit.*, spec. 1461-2, e, con riguardo al regime precedente, F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, Torino, 2007, 115-6, diversamente da F. CINTIOLI, *op.*

In tale contesto, ruolo effettivamente determinante (conforme-mente del resto a larga parte della disciplina dei contratti pubblici come disegnata dal relativo vigente codice) è assunto dal responsabile unico del procedimento (RUP) della stazione appaltante⁽²³⁾: le sue competenze nel caso specifico sono funzionali all'intento del legislatore di dare corpo per questa materia a un istituto di ADR avente oggetti definiti (tutte le riserve iscritte dall'appaltatore fino al momento dell'avvio, cioè al momento, come già visto, del superamento della soglia del 5% dell'importo contrattuale) e durata certa (seppure relativamente, essendo i termini previsti dalla legge a carattere ordinatorio, come si dirà subito dopo), a partire dalla immediata comunicazione al RUP da parte del direttore dei lavori dell'apposizione delle riserve, a seguire con la (eventuale) nomina dell'esperto (secondo la modalità che prevede l'intervento della Camera arbitrale per i contratti pubblici costituita presso l'ANAC), fino alla formulazione da parte del suddetto esperto della proposta di accordo entro 90 giorni dalla nomina (ovvero dalla pervenuta comunicazione trasmessa dal direttore dei lavori in caso di proposta formulata dal RUP medesimo), per concludersi con la stesura del verbale di accordo ove sia intervenuta l'accettazione della proposta, entro 45 giorni dal ricevimento della proposta stessa (ovvero con

loc. cit., 183, il quale, seppure anch'egli con riferimento alla disciplina del codice del 2006, ha qualificato l'accordo bonario come «modello di conciliazione valutativa fortemente amministrata», mentre una posizione in qualche misura mediana era stata espressa da R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La genesi e la gestione del contenzioso tra appaltatore e stazione appaltante*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 955 ss., nel senso della qualificazione dell'accordo bonario come atto di diritto privato, ma accompagnata dall'affermazione dell'applicabilità della disciplina di cui alla l. n. 241 del 1990 al procedimento che conduce alla sua formulazione. Per la natura «privatistica e negoziale» del procedimento di accordo bonario v. anche, da ultimo, R. DI PACE, *ult. op. cit.*, 296.

⁽²³⁾ Peraltro impropriamente è stata ritenuta, vigente in materia la disciplina degli anni Novanta dello scorso secolo, la capacità negoziale del RUP di assumere obblighi vincolanti per l'amministrazione di pertinenza con la formulazione della proposta di accordo bonario: in senso contrario v. infatti Cass., sez. I, 3 luglio 2019, n. 17792.

l'inutile decorso del termine) ⁽²⁴⁾. E nell'ambito così descritto, particolare rilievo assumono le valutazioni di «ammissibilità» e di «non manifesta infondatezza» delle riserve iscritte nei documenti contabili che sono assegnate dal codice (art. 205, 4° comma) alla competenza del RUP proprio ai fini del riscontro dell'effettivo raggiungimento del limite di valore di cui al 1° comma e di scongiurare l'eventualità di elusioni applicative del procedimento: ove per ammissibilità deve intendersi l'iscrizione delle riserve secondo le modalità e nei termini prescritti dalle norme vigenti, mentre per non manifesta infondatezza una sommaria (anche se non meramente formale perché anzi «ponderata») ⁽²⁵⁾ valutazione dei presupposti di

⁽²⁴⁾ Manca, nell'art. 205 d.lgs. n. 50 del 2016, l'espressa previsione contenuta nell'art. 240, 17° comma, d.lgs. n. 163 del 2006, che affidava il compito della stesura del verbale (naturalmente sottoscritto dalle parti) al RUP, eccetto che per il caso nel quale la commissione allora incaricata avesse formulato, come da mandato, una proposta avente la portata di decisione vincolante; ma ciò non sembra escludere analoga competenza anche oggi, stante l'importanza del ruolo del RUP in tutta la vicenda in oggetto. Dal canto suo, la Determinazione n. 22 del 2001 dell'AVCP aveva ritenuto la necessità di redazione di apposito verbale anche in caso di mancato raggiungimento dell'accordo bonario, a tal fine richiamando specifica previsione contenuta nella l. n. 109 del 1994 (secondo le modifiche apportate nel 1995) anche se poi non riprodotta a seguito delle successive modifiche intervenute nel 1998, ribadendo altresì come fosse compito delle parti la sottoscrizione del verbale di accordo, e non del RUP (di cui pure era riconosciuto il ruolo di «fulcro» dell'intero procedimento; quanto al ruolo del RUP secondo la normativa allora vigente, merita peraltro segnalazione la decisione di C. conti, sez. giurisd., Lombardia, 13 maggio 2008, n. 283, *Dejure*, che, facendo leva sulla previsione specifica dell'art. 149, 3° comma, d.p.r. n. 554 del 1999, ha ritenuto legittima, anche dal punto di vista delle regole di contabilità pubblica, l'acquisizione da parte dell'amministrazione di un parere esterno a fronte della valutazione delle riserve espressa dal RUP nella formulazione della proposta di soluzione bonaria di sua competenza, specie in presenza di discrasie con le valutazioni al riguardo espresse dal direttore dei lavori e dal collaudatore: ma si veda anche la nota successiva).

⁽²⁵⁾ L'aggettivazione sopra riportata è presente in AVCP, Determinazione n. 249 del 2003. Può in effetti ritenersi che valga ancora quanto affermato dall'Autorità di vigilanza nella già citata Determinazione n. 5 del 2007, dopo aver richiamato sul punto la Determinazione n. 22 del 2001, per cui il RUP per l'esercizio di questa sua essenziale funzione può anche avvalersi, oltre che delle controdeduzioni

fatto e di diritto posti a fondamento delle riserve stesse (quindi volta essenzialmente, in questa fase, ad escludere la pretestuosità della pretesa creditoria formalizzata con l'iscrizione e della quantificazione della relativa domanda nei documenti contabili).

Peraltro, proprio la connotazione precedentemente fornita circa le attuali caratteristiche del procedimento di accordo bonario può concorrere a dare ragionata soluzione a questioni alquanto dibattute in sede dottrinale (e che hanno trovato riscontro anche in sede giurisprudenziale). In particolare, la già esposta opinione circa la non applicabilità allo speciale procedimento in oggetto delle regole che tipizzano il procedimento amministrativo (anche nei suoi risvolti processuali) vale a dare supporto, quanto ai rimedi disponibili per l'appaltatore in situazione di mancata attivazione da parte del RUP del procedimento stesso pur in presenza di un regime che ne sembra disporre la obbligatorietà, alla tesi che sostiene in proposito l'indisponibilità del ricorso contro il silenzio della stazione appaltante ai sensi del codice del processo amministrativo⁽²⁶⁾; analogamente, quanto al carattere dei termini legislativamente stabiliti, alla tesi favorevole alla qualificazione nel senso della non perentorietà (fatto salvo il caso del termine stabilito dal 6° comma dell'art. 205, relativo all'accettazione della proposta di componimento bonario, in quanto operante con effetto inibitorio, seppur temporaneo, del ricorso al contenzioso giudiziario, a sua volta sottoposto a termine decadenziale dal 6°*bis* comma)⁽²⁷⁾. E dunque sono i rimedi dispo-

presenti nella relazione riservata del direttore dei lavori, di «supporti professionali appropriati quando la specificità tecnica o giuridica delle riserve lo richieda».

⁽²⁶⁾ Cfr. A. MALTONI, *op. loc. cit.*, 1461, ed ivi opportuni richiami alla giurisprudenza amministrativa (specie del giudice di primo grado); in senso favorevole v. invece R. DE NICTOLIS, *L'accordo bonario*, in A.M. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, I ed., vol. VI, Milano, 2008, 3780.

⁽²⁷⁾ Termine quest'ultimo di decadenza di 60 giorni per l'impresa, in caso di rifiuto della proposta di accordo bonario ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione, ai fini della instaurazione del contenzioso davanti al giudice ordinario (ma – è da ritenere – anche della presentazione della domanda di arbitrato) introdotto nell'art. 205 d.lgs. n. 50 del 2016, appunto come 6° *bis* comma, dal c.d.

nibili secondo le qualificazioni giuriscivilistiche a venire in evidenza allo scopo; del resto, non casualmente l'analisi della prassi ha dimostrato la tendenza delle parti del contratto pubblico a prevedere espressamente l'esperimento del procedimento di accordo bonario in presenza di riserve iscritte dall'appaltatore e nei limiti fissati dalle disposizioni esaminate come specifica clausola contrattuale, il cui mancato rispetto assume dunque, a monte, (anche) la portata di vio-

decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56). Secondo la maggioranza della dottrina, il termine di cui al 6° comma non è d'altra parte preclusivo della sottoscrizione dell'accordo bonario (come anche di una eventuale transazione) anche dopo la sua scadenza e anche dopo che sia stato avviato il contenzioso giudiziario; e in questo senso, quindi, il suddetto termine sarebbe da intendersi come non perentorio. Del resto anche la giurisprudenza, con riguardo ad analoga configurazione dell'accordo bonario come condizione di procedibilità per la domanda giudiziale, come risultante dagli artt. 31 *bis* e 32 l. n. 109 del 1994, aveva affermato che il mancato rispetto della scansione temporale per quel procedimento determinava una improcedibilità solo temporanea della domanda stessa (Cass., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5274, e ancora Cass., sez. I, 2 luglio 2007, n. 14971, per la quale tale condizione era rispettosa dell'art. 24 Cost., il quale non impone una correlazione assoluta tra l'insorgenza del diritto e la sua azionabilità, per converso essendo inidonea a rendere invalido il lodo emanato dopo il decorso dei termini previsti, ove fosse mancato il suo tempestivo espletamento da parte dell'amministrazione). Quanto al termine decadenziale di 60 giorni per l'avvio del contenzioso giudiziario, esso era in precedenza previsto (art. 33 d.m. 19 aprile 2000, n. 145, recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici) con decorrenza dal ricevimento della comunicazione delle determinazioni della stazione appaltante circa la proposta di accordo bonario formulata dal RUP, oppure, nelle ipotesi nelle quali le riserve non fossero state oggetto di procedimento di accordo bonario in ragione del valore o del tempo di insorgenza ai sensi dell'art. 31 *bis* l. n. 109 del 1994, e in connessione con l'effettuazione o meno del collaudo, dal ricevimento della determinazione prevista dai commi primo e secondo dell'art. 32 del capitolato, o dalla scadenza dei termini previsti dai predetti due commi (al riguardo v. Cass., sez. I, n. 20722 del 2014). E può anche essere ricordato l'orientamento in proposito espresso dall'AVCP, ancora con la Determinazione n. 22 del 2001 (poi ripresa dalla deliberazione n. 249 del 2003), per la quale, pur affermando la natura ordinatoria dei termini del procedimento di accordo bonario, «un superamento consistente dei medesimi svilisce la natura stessa dell'accordo bonario, che è istituito volto ad accelerare il contenzioso in materia di appalti pubblici attraverso un meccanismo di conciliazione avente natura negoziale che si contrappone alla risoluzione in via amministrativa» e che deve ritenersi applicato a controversie già cristallizzate.

lazione di obbligazione contrattualmente assunta⁽²⁸⁾; così come il mancato rispetto, a valle, da parte dell'esperto nominato per la formulazione della proposta conciliativa del termine previsto dalla norma nonché delle altre modalità di svolgimento dell'incarico prescritte dalla norma stessa (verifica delle riserve in contraddittorio, conduzione di un'istruttoria attraverso l'acquisizione di dati e informazioni e l'eventuale acquisizione di altri pareri, verifica della disponibilità di idonee risorse economiche: art. 205, 6° comma) può essere valutato secondo le regole proprie del mandatario (ovvero, secondo altra tesi, dell'arbitratore *ex art.* 1349 c.c.)⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Senza peraltro che possa essere contestato il carattere vessatorio di quella clausola *ex art.* 1341, 2° comma, c.c.: v. Cass., sez. II, n. 6161 del 2016, cit. (e proprio prendendo a riferimento una specifica clausola contrattuale in proposito l'ANAC, vigente il precedente codice, aveva affermato l'applicazione del procedimento di accordo bonario anche a un contratto relativo ai settori speciali: Deliberazione n. 8 del 30 settembre 2014). Va ricordato, inoltre, che, ai sensi dell'art. 9 d.m. n. 49 del 2018, il direttore dei lavori (e analogamente il direttore dell'esecuzione per i servizi e le forniture, ai sensi dell'art. 21), «per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto».

⁽²⁹⁾ Nel senso di cui al testo può anche essere letta l'innovazione, in modalità omissiva, contenuta nell'art. 205 c.contr. pubbl. del 2016 rispetto all'analoga disciplina del codice del 2006, il cui art. 240, 15° *bis* comma, prevedeva che, in caso di mancato rispetto dei termini a causa di ritardi negli adempimenti spettanti al RUP per la formulazione della proposta di accordo bonario, egli rispondesse sul piano disciplinare e del danno erariale (mentre la commissione al tempo costituita allo scopo in alternativa rispondesse con la perdita del diritto a qualsiasi compenso). Il che naturalmente non implica oggi, in specie quanto al RUP, la venuta meno dell'eventualità che l'amministrazione possa a lui imputare una fattispecie di responsabilità sia nelle forme della responsabilità disciplinare che di quella amministrativa (in questo senso cfr. G. VELTRI, *op. loc. cit.*, 449, il quale peraltro nega il carattere della perentorietà anche al termine previsto dal 6° comma dell'art. 205 d.lgs. n. 50 del 2016). Al riguardo, e su di un piano più generale, merita altresì menzione l'art. 1, 4° comma, lett. g), l. n. 206 del 2021, ai sensi del quale, come specifico criterio direttivo, è disposto che per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, 2° comma, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, «la conciliazione nel procedimento di mediazione ovvero in sede giudiziale non dà luogo a responsabilità contabile, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisa-

Occorre osservare, per altro verso, che un elemento di una qualche amministrativizzazione dell'istituto è dato riscontrare nel fatto che l'accordo eventualmente raggiunto all'esito del procedimento *ad hoc* può essere mediato, come sopra anticipato, da proposta motivata formulata da esperto avente competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, scelto d'intesa tra il RUP e la controparte all'interno di apposita lista formata su richiesta dello stesso RUP dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, ovvero scelto da questa in caso di mancata intesa tra le suddette parti (art. 205, 5° comma) ⁽³⁰⁾: ciò peraltro solamente nell'ipotesi di espressa opzione in tal senso del RUP una volta che abbia ricevute, oltre alla comunicazione da parte del direttore dei lavori dell'intervenuta iscrizione delle riserve, le relazioni riservate dello stesso direttore e dell'organo di collaudo (ove costituito). Tale previsione – che si discosta da quella contenuta nell'art. 240 codice del 2006 cit., inerente all'intermediazione nella formulazione della proposta (che pure poteva assu-

mento dei fatti», al quale ha fatto seguito in attuazione l'art. 8 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, che ha conseguentemente introdotto il 1.1° comma, art. 1, l. 24 gennaio 1994, n. 20 (recante disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti; e sul punto va richiamata la più recente giurisprudenza del giudice contabile in tema di accordi transattivi, per il quale «così come è sindacabile la scelta di addivenire ad una transazione palesemente svantaggiosa per l'amministrazione, altrettanto sindacabile è la scelta di non concludere una transazione palesemente vantaggiosa, in applicazione del ancor più generale principio in base al quale il limite all'insindacabilità delle scelte discrezionali della Pubblica Amministrazione risiede nella 'esigenza di accertare che l'attività svolta si sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici'»: v. C. conti, sez. giurisd. Umbria, 24 febbraio 2022, n. 9, *Dejure*, che in tali termini si conforma ai richiamati precedenti delle Sezioni centrali; e sotto i profili qui in esame può ritenersi paradigmatico il caso, deciso da C. conti, sez. giurisd., Toscana, 23 marzo 2010, n. 113, *ibidem*, in relazione al quale è stato riconosciuto fonte di responsabilità erariale il fatto che l'amministrazione avesse soddisfatto richieste di pagamento avanzate dall'impresa appaltatrice a distanza di anni dall'asserita esecuzione dei lavori, senza che risultassero riserve iscritte, o regolarmente iscritte, nella contabilità dei lavori). Infine, per il richiamo della figura dell'arbitraggio ai fini della qualificazione della posizione dell'esperto, v. A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, 72.

⁽³⁰⁾ Sul punto v. *infra* par. 2.2.

mere la portata di determinazione vincolante ove ve ne fosse stato espresso conferimento dalle parti interessate) ad opera di una commissione di tre esperti, il cui presidente era nominato, in caso di mancato accordo delle parti stesse, dal presidente del tribunale territorialmente competente in ragione del luogo di stipulazione del contratto – risulta peraltro coerente con l'intenzione del legislatore, e con le disposizioni allo scopo ricomprese nella legge delega per l'adozione del più recente codice (l. 28 gennaio 2016, n. 11), in quanto volta alla «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto» (art. 1, 1° comma, lett. aaa), venendo in buona sostanza ad applicare anche per l'istituto in oggetto quelle modalità di garanzia di integrità, imparzialità e responsabilità pretese per i soggetti incaricati per i procedimenti di arbitrato nella materia dei contratti pubblici.

Ciò detto, resta comunque salda la connotazione civilistica dell'istituto, espressamente rimarcata, come già evidenziato, dalla disposizione racchiusa nel 6° comma dell'art. 205 dello stesso codice dei contratti pubblici cit., per cui l'accordo eventualmente raggiunto all'esito del procedimento ha «natura di transazione» (necessitante, quindi, di una forma scritta *ad substantiam*, qui data anche per la sola redazione di un verbale sottoscritto dalle parti), e che vale con sicurezza ad escludere il riferimento in proposito piuttosto alla figura dell'accordo amministrativo ex art. 11 l. n. 241 del 1990⁽³¹⁾. Vero è che non è mancato, in dottrina, chi ha rilevato che l'accordo bonario, concluso sulla base del riconoscimento totale o parziale della fondatezza delle riserve iscritte dall'appaltatore, «esula dallo schema delle 'reciproche concessioni' [tipico della transa-

⁽³¹⁾ Come pure era anche stato sostenuto in dottrina: v. E. STICCHI DAMIANI, *La definizione consensuale delle riserve*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2001, 841 ss., 861. Sulla possibilità di attribuire all'accordo amministrativo ex l. n. 241 del 1990 funzione transattiva è da ultimo ritornato, in senso negativo, A. CASSATELLA, *Il procedimento amministrativo come strumento di giustizia consensuale. Potenzialità e limiti*, in questa *Rivista*, 2022, 117 ss.

zione] ..., costituendo invece un'oggettiva valutazione delle pretese dell'appaltatore sulla base delle risultanze documentali a corredo delle riserve iscritte»⁽³²⁾, tale annotazione sembrando quindi piuttosto avvicinare l'istituto in esame a un negozio di accertamento⁽³³⁾; ma quel che qui rileva è soprattutto il fatto che la transazione, dal codice dei contratti pubblici, non è posta, diversamente dall'accordo bonario, come condizione di procedibilità per il ricorso al contenzioso, davanti al giudice ordinario o arbitrale (ché anzi, per sua natura, la transazione può tipicamente intervenire anche a contenzioso formalmente avviato).

2.2. *La funzione di nomina dell'esperto nelle regole e nella prassi della Camera arbitrale dei contratti pubblici.* – In materia di accordo bonario una delle innovazioni apportate dall'art. 205 d.lgs. n. 50 del 2016 è consistita, come già rilevato, nell'assegnazione di una specifica competenza alla Camera arbitrale per i contratti pubblici costituita presso l'ANAC (5° comma), in aggiunta a quella più tipicamente propria della amministrazione dell'arbitrato; in vista

⁽³²⁾ G. VELTRI, *op. loc. cit.*, 451 (che su questa base nega la necessità per la stazione appaltante di munirsi del parere legale per la transazione prescritto, in determinati casi, dall'art. 208 d.lgs. n. 50 del 2016); più recentemente cfr. anche A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, cit., 71-2. E quindi, proprio in ragione della diversità dell'accordo bonario dalla transazione (in senso stretto) quanto a presupposti, procedura ed anche effetti, è da ritenersi che l'esperto incaricato della formulazione della proposta di accordo bonario non possa considerarsi vincolato a eventuali quantificazioni delle riserve pre-definite nella relazione del RUP alla Camera arbitrale al momento della richiesta della lista di esperti, sia che la sua nomina sia dovuta all'intervenuta intesa tra le parti sia che essa sia dovuta alla medesima Camera arbitrale.

⁽³³⁾ La categoria è stata di recente esposta a critica per la concezione corrente nella giurisprudenza: A. GENTILI, *Autonomia privata e potere di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1367, ha così chiarito che dogmaticamente l'unica certezza possibile per i diritti è la loro incontestabilità, e per i fatti la loro prova. Dunque, i negozi di accertamento la forniscono non perché dichiarativi ma quanto ai diritti perché fondano la preclusione della contestazione e quanto ai fatti perché come confessioni ne forniscono la prova.

dell'esercizio della nuova competenza, essa ha tempestivamente provveduto, nello svolgimento della propria autonomia organizzativa e funzionale ⁽³⁴⁾ e nella forma del Comunicato di consueto impiegata già nella prassi della Camera arbitrale costituita presso la precedente Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ad adottare disposizioni generali intese a definire e circoscrivere le modalità del proprio intervento nell'ambito di un procedimento di accordo bonario, una volta sollecitato dal RUP di una stazione appaltante, e nel contempo a fornire una guida precettiva al RUP stesso ai fini della formulazione della suddetta richiesta.

È pertanto con il Comunicato n. 3 del 2016, deliberato dal Consiglio della Camera arbitrale in data 19 maggio di quell'anno e poi modificato per due volte fino ad oggi, che si è provveduto a sopperire alla stringatezza della disciplina del codice del 2016 cit. sul punto della nomina dell'esperto incaricato della formulazione della proposta di accordo bonario, che risulta agevolmente dalla lettura della regola pertinente; connotato questo, della disciplina di cui si parla, tanto più reso evidente dal confronto della regola che se ne trae con quella contenuta nel codice del 2006 cit. per la nomina della commissione obbligatoriamente o facoltativamente (a seconda dell'importo del contratto per il quale era insorta controversia) da costituire allo scopo (ed eventualmente fornita anche di un potere vincolante nei confronti delle parti interessate, ove dalle stesse conferito).

La logica sottesa al Comunicato risulta chiara: procedere nel percorso della tendenziale assimilazione, nei limiti del possibile e secondo un criterio di ragionevolezza e quindi con gli opportuni adattamenti, dell'esperto, seppure come figura singola, ma a monte

⁽³⁴⁾ Conformemente anche alla previsione formalizzata nell'art. 3, 2° comma, Regolamento sull'organizzazione e sul funzionamento della Camera arbitrale, approvato dall'ANAC in data 1° luglio 2020 e pubblicato sulla *Gazz. uff.* n. 185 del 24 luglio 2020, per la quale « il Consiglio arbitrale adotta disposizioni, anche generali, relative all'interpretazione o dirette all'applicazione delle norme rilevanti per l'esercizio delle funzioni » assegnate alla Camera arbitrale stessa dal d.lgs. n. 50 del 2016.

anche con riguardo ai componenti della lista di cinque nominativi prevista allo scopo dalla norma legislativa, con i componenti del collegio arbitrale, sia quanto all'ambito soggettivo di riferimento per la formazione di tale lista, sia quanto ai motivi di inconferibilità o incompatibilità relativi all'incarico ⁽³⁵⁾, sia quanto alle modalità dell'individuazione del prescelto una volta che non fosse intervenuto in merito l'accordo tra il RUP e l'appaltatore che ha iscritto le riserve nei documenti contabili, sia quanto al regime del compenso dovuto.

Quanto al primo punto, ai fini della predisposizione della lista degli esperti la Camera arbitrale attinge dall'albo degli arbitri ovvero dall'elenco dei periti per i giudizi arbitrali che la stessa Camera arbitrale è competente a formare ed amministrare ai sensi dell'art. 210, 2° comma, d.lgs. n. 50 del 2016; inoltre, il Comunicato alla lett. a), 2° punto, ha dettagliato come, «occorrendo, la Camera arbitrale potrà procedere alla predisposizione della lista attingendo da entrambi, albi ed elenco». Per ciò che concerne poi l'articolazione di questo elemento di base, alla considerazione della competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, già previsto dall'art. 205, il Comunicato ha aggiunto la valutazione della tipologia di conflitto sorta tra le parti (normalmente inerente a questioni tecniche proposte nel corso dell'esecuzione contrattuale), mentre poi in via di prassi e in ragione della combinazione dei due elementi la Camera arbitrale si è orientata progressivamente a seguire il criterio di inserire nella lista quattro nominativi di iscritti all'albo degli arbitri o all'elenco dei periti e comunque dotati di competenze tecniche (e quindi ingegneri e architetti, più raramente commercialisti ed economisti, che del resto sono in quell'albo e in quell'elenco presenti in numero assolutamente inferiore) e un nominativo di iscritto all'albo degli arbitri avente competenze giuridiche (e quindi regolarmente un avvocato).

⁽³⁵⁾ Ciò conformemente anche a indirizzi espressi in precedenza dall'ANAC su tali aspetti, seppure con riguardo alla disciplina contenuta in merito nel d.lgs. n. 163 del 2006: v. parere 2 marzo 2016, n. 228.

Quanto al secondo punto, tre sono gli ordini di ragioni che ostano all'inserimento dei soggetti come sopra idonei nella lista predisposta dalla Camera arbitrale, e comunque alla nomina quali esperti per la procedura di accordo bonario: a) la sussistenza di situazioni di conflitto di interesse di cui all'art. 42 d.lgs. n. 50 del 2016; b) la sussistenza di una delle situazioni sotto elencate, ovvero: (i) aver svolto qualsiasi altra funzione, tecnica e/o amministrativa, relativa al contratto della cui esecuzione si controverte; (ii) nel biennio antecedente aver collaudato e/o verificato altra prestazione contrattuale concernente una delle parti della procedura di accordo bonario; (iii) aver ricoperto e/o tuttora ricoprire la carica di amministratore dell'ente pubblico parte del contratto della cui esecuzione si controverte; (iv) aver ricoperto e/o tuttora ricoprire la carica di amministratore dell'impresa privata parte del contratto, o di altra a questa collegata, della cui esecuzione si controverte; v) nel biennio antecedente essere stati dipendente di una delle parti della procedura di accordo bonario; c) la sussistenza delle cause di astensione e ricasazione di cui all'art. 51 c.p.c.

Quanto al terzo punto, l'assimilazione dell'accordo bonario con l'arbitrato nella fase di individuazione finale del nominativo da parte della Camera arbitrale sembra seguire piuttosto una sorta di rovesciamento del relativo percorso, che risulta dovuto al recupero di un momento di quella negozialità dominante che è propria del procedimento di accordo bonario e si concreta nell'eventuale intesa intervenuta tra le parti interessate sulla scelta dell'esperto tra quelli ricompresi nella lista fornita dalla Camera arbitrale. Se dunque, nel procedimento di arbitrato, il Consiglio della Camera arbitrale, in conformità a quanto da ultimo regolato con il Comunicato n. 5 del 2016 e s.m.i., in un primo momento procede alla formazione di una lista di quattordici nominativi, estratti per via informatica in seduta pubblica tra gli iscritti all'albo degli arbitri secondo un predeterminato criterio di riparto tra le varie categorie di cui all'art. 210, 7° comma, e quindi successivamente provvede in via autonoma secondo criteri generali prefissati (con il Comunicato n. 2 del 2016)

all'individuazione del terzo arbitro con funzioni di presidente del collegio arbitrale (che verrà quindi nominato insieme agli altri due membri del collegio arbitrale, rispettivamente designati dalle parti interessate, e previa verifica per tutti della insussistenza di situazioni di inconferibilità e incompatibilità), nel caso del procedimento di accordo bonario, invece, il criterio di autonomia dell'organo amministrativo viene speso nella prima fase, quella della formazione della lista degli esperti, mentre è il sorteggio tra i nominativi della lista che viene a concludere la procedura della nomina dell'esperto.

Quanto al quarto punto, l'assimilazione di regime dell'accordo bonario con l'arbitrato è per il vero già presente nella prescrizione contenuta in merito nel 5° comma dell'art. 205, che dispone che il compenso per l'esperto nominato dalla Camera arbitrale sia determinato «prendendo come riferimento i limiti stabiliti con il decreto di cui all'articolo 209, 16° comma»; decreto che è poi il decreto del Ministro delle infrastrutture del 18 gennaio 2018 per l'appunto menzionato allo scopo nel Comunicato della stessa Camera arbitrale per definire limiti e criteri per la quantificazione di tale compenso. Interessante è rilevare come, in risposta ad un quesito ad essa posto al riguardo, la Camera arbitrale abbia avuto modo di precisare che l'onere del suddetto compenso è a carico della stazione appaltante, in questo senso sostanzialmente recuperando quanto già disposto dall'art. 240, codice del 2006 cit., il cui 10° comma (come modificato nel 2010 e nel 2011) prevedeva che gli oneri connessi alla retribuzione dei componenti della commissione incaricata per l'accordo bonario fossero a carico dei fondi stanziati per i singoli interventi; significativa risulta piuttosto per altro verso l'ulteriore precisazione che il Consiglio camerale ha ritenuto di poter esporre, per cui in sede di accettazione della proposta di accordo ora formulata dall'esperto unico e nominato dalla Camera arbitrale le parti interessate possano convenire un diverso riparto degli oneri in questione (magari con apposita clausola apposta al verbale che sanziona l'intervenuto accordo), proprio nel segno del più accentuato carattere di negozialità che contraddistingue questa procedura e stante il

fatto che anche secondo la disciplina vigente (art. 205, 6° comma), l'accordo è destinato a intervenire su proposta che deve essere formulata previa verifica della disponibilità di idonee risorse economiche ⁽³⁶⁾.

Non mancano d'altronde, nel Comunicato in esame, ulteriori elementi di regime che valgono ad assimilare l'accordo bonario all'arbitrato. Così è, innanzitutto, per le modalità di comportamento e di conduzione del procedimento da parte degli esperti i cui nominativi sono stati di volta in volta comunque estratti dalla lista formata dalla Camera arbitrale: ai sensi della lett. a), 1° punto, infatti, atteso che le nomine hanno in ogni caso investito soggetti iscritti all'albo degli arbitri (o anche all'elenco dei periti) tenuto dalla Camera arbitrale, «coloro i quali sono nominati esperti per le procedure di accordo bonario sono tenuti al rispetto, nei limiti di compatibilità, del Codice deontologico redatto dalla Camera arbitrale ai sensi dell'art. 210, 2° comma, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, rilevando quindi ogni ragione di incompatibilità da questo stesso eventualmente prevista». Così è, in secondo luogo, per il caso, la cui eventualità, come visto in precedenza, è sancita dal 2° comma dell'art. 205 cit., della reiterazione del procedimento di accordo bonario per lo stesso contratto a fronte di riserve ulteriori e diverse da quelle già bonariamente composte e che si collochino sempre entro gli ormai noti limiti quantitativi stabiliti dalla disposizione (nuovo procedimento che dovrà attenersi altresì alle stesse regole): e quindi, per ciò che qui interessa, l'esperto nominato per un primo incarico non potrà essere oggetto di una seconda nomina; ché anzi, in ragione di una rigorosa applicazione non solo del principio di imparzialità ma soprattutto di quello di rotazione (che pure l'art. 209, 5° comma,

⁽³⁶⁾ Anche nel caso in cui la nomina dell'esperto faccia direttamente seguito all'intesa tra le parti interessate su uno dei nominativi inclusi nella lista fornita dalla Camera arbitrale, in risposta ad apposito quesito la Camera arbitrale stessa ha evidenziato come possa ritenersi almeno opportuno che le parti medesime si attengano in buona sostanza ai limiti e criteri fissati dal citato d.m. 18 gennaio 2018 (tenendo ovviamente conto che i compensi ivi indicati sono riferiti all'intero collegio arbitrale).

d.lgs. n. 50 del 2016, riferisce alla nomina dei componenti del collegio arbitrale), «l'eventuale nuova lista di nominativi formulata dalla Camera arbitrale avrà composizione completamente diversa dalla lista formata in precedenza» (lett. c, 6° punto, Comunicato) ⁽³⁷⁾.

3. Divieti di frazionamento e di emendatio delle riserve; preclusioni in caso di reiterazione del procedimento. – È indubbio che, pur quando depurato al massimo dei residui di autoritatività e giusp-

⁽³⁷⁾ Occorre altresì aggiungere che, ai sensi della lett. c), 5° punto, del Comunicato, «coloro i quali hanno svolto l'incarico di esperto ai sensi dell'articolo 205 del d.lgs. n. 50 del 2016 non possono successivamente essere nominati arbitro né consulente nell'eventuale giudizio instaurato con riferimento al contratto per cui la procedura di accordo bonario è stata posta in essere»; e una *ratio* non diversa da quella seguita dalla Camera arbitrale si può riscontrare in una vicenda decisa dal Trib. Firenze, 20 aprile 2020, n. 978, in *Dejure*, che ha visto, stante il precedente regime, in situazione di reiterazione del procedimento di accordo bonario, la nomina di due diverse commissioni incaricate della formulazione della relativa proposta. Dall'esperienza in materia in questi anni di applicazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici del 2016 (e del relativo Comunicato) da parte della Camera arbitrale merita segnalazione il caso riguardante la richiesta della formazione di unica lista di esperti e quindi eventualmente anche di unica nomina da parte della Camera arbitrale avanzata da un RUP per risolvere contemporaneamente le controversie insorte con le riserve iscritte dall'appaltatore nei documenti contabili relativi a due contratti intercorrenti tra le stesse due parti e in contemporanea esecuzione ma stipulati in momenti successivi a seguito di distinte procedure di aggiudicazione e aventi contenuti solo in parte connessi: in questo caso la Camera arbitrale, diversamente da quanto prospettato dal RUP in ragione del dato fattuale dell'unicità del cantiere operante per l'esecuzione dei due contratti, ha deciso per la formazione di due liste distintamente composte, e poi non essendo intervenuta per nessuno dei due contratti la necessaria intesa tra le parti, per la nomina, secondo le modalità descritte precedentemente nel testo, di un esperto distintamente individuato per il procedimento inerente a ciascun contratto, proprio in stretta applicazione dei principi di imparzialità e di rotazione, oltre che di trasparenza e buon andamento; fermo restando, ha precisato la Camera arbitrale per quel caso, che le valutazioni compiute da un esperto nello svolgimento del suo incarico potranno essere tenute in conto, in quanto rilevanti per l'espletamento del compito affidatogli, dall'altro esperto come parte dell'istruttoria che, ai sensi dell'art. 205, 6° comma, cit., ogni esperto nominato allo scopo è tenuto a compiere.

blicismo, il procedimento degli artt. 205 e 206, c.contr. pubb. 2016 mantiene, diversamente dagli omologhi istituti di diritto (si direbbe: autenticamente) civile, un carattere speciale, evidente già per i limiti oggettivi e quantitativi dell'accordo o di reiterabilità del procedimento; carattere che lo fa divergere dall'ordinarietà corrente nel quadro di disciplina delle ADR, dove elementi rigidamente preclusivi appaiono tendenzialmente incompatibili. E ciò non può non influenzare, anche per la parte qui esaminata, la ricostruzione dell'istituto in oggetto sotto più profili.

Anzitutto occorre riprendere la proposizione iniziale del 2° comma dell'art. 205, quella per la quale «il procedimento dell'accordo bonario riguarda *tutte* le riserve iscritte fino al momento dell'avvio del procedimento» (evidenziazione aggiunta): si tratta di previsione univocamente cogente nel senso di impedire ogni devoluzione ipoteticamente selettiva ovvero non universale delle riserve attuali all'atto del promovimento del procedimento; un vero e proprio divieto di frazionamento, omologabile a quello vigente nell'ordinamento processuale sotto pena di inaccessibilità dell'esame di merito della domanda (abusivamente) limitata. In breve, la struttura del procedimento di accordo bonario appare incompatibile con definizioni particolari o modulari del conflitto economico tra contraenti, pur quando sia – come regolarmente accade – esso stesso non esaustivo del rapporto contrattuale⁽³⁸⁾.

Del pari prescrittiva di un vero e proprio divieto (finanche) di *emendatio* è poi la previsione, contenuta ancora nel medesimo comma, per cui «le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva, non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse»: dunque, per definizione normativa manca di diversità ogni riserva ulteriore che si sostanzii

⁽³⁸⁾ E questo è stato l'orientamento espresso anche dall'AVCP a partire dalla Determinazione n. 26 del 9 ottobre 2002 (poi ripresa dalla deliberazione n. 249 del 2003), nella quale aveva altresì affermato che l'accordo bonario parziale «non assicura i risultati voluti dal legislatore».

soltanto di una rinnovata quantificazione di altra e precedente riserva già appostata ⁽³⁹⁾.

In breve, si tratta di un procedimento, quello inteso a promuovere un accordo bonario, con evidente rigore nel trattamento di quanto vi sia dedotto.

Riguardo al deducibile, il tema si intreccia con la dichiarata licenza, ancora nel 2° comma dell'art. 205, per cui il procedimento «può essere reiterato»: ora, se l'oggetto del procedimento posteriore può essere costituito per espressa sanzione dalle sole riserve «ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate» (evidenziazione aggiunta), pare a chi scrive che l'anteriore procedimento abbia sì elevato (necessariamente) a suo proprio oggetto «*tutte* le riserve iscritte fino al momento dell'avvio del procedimento» (evidenziazione aggiunta) – e che dunque quello posteriore non potrebbe che prendersi cura di «riserve iscritte» *dopo*; e però, tali riserve devono rivelare caratteristiche di diversità sostanziale, e non soltanto di alienità cronologica. Vale a dire che la reiterazione del procedimento è ammessa ⁽⁴⁰⁾ soltanto quando le riserve nuove non costituiscano, in sé e per loro intima caratteristica qualitativa, quel che, con il lessico del processo, si sarebbe detto un mero sviluppo logico-cronologico di domanda già proposta.

Del resto, se l'iterazione nel tempo di una riserva non innova certo la relativa questione, ma può modificarne sensibilmente il valore, si comprende pure che, ove sia mancata l'attivazione di un previo procedimento consuntivo delle riserve già iscritte, venga allora stabilito, all'interno della fase 'collaudo' come fase terminativa dell'appalto, l'obbligo del RUP di «attiva[re comunque] l'accordo bonario per la risoluzione [di tutte] le riserve iscritte» – eventualmente anche di quelle risolvendosi soltanto in una diversa quantificazione per mero decorso del tempo dalla prima appostazione – senza quei condizionamenti invece derivanti dalla deducibilità sepa-

⁽³⁹⁾ Altro – e di tanto *infra* in nt. 43 – è il potere di differire la liquidazione della riserva appostata relativamente ai c.d. fatti continuativi: v. anche *retro*, par. 2.1.

⁽⁴⁰⁾ Seppure sempre entro la ormai nota soglia di valore economico.

rata in più procedimenti: obbligo – questo di promuovere *in ogni caso* l'accordo bonario per la risoluzione delle riserve iscritte – che, infatti, rimane fermo «qualunque sia l'importo delle riserve», che pare costituire un affrancamento soprattutto dal giudizio inerente alla loro ammissibilità dal momento che quando quest'ultimo è censito dal codice lo è esclusivamente «ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore», qui invero espressamente rimosso. Sta nel giusto, pertanto, chi ne conclude, come già visto, che «non è cioè dubbio che tutte le riserve debbano, a contratto eseguito, essere vagliate ai fini di un accordo bonario 'tombale'» ⁽⁴¹⁾.

In sintesi, il procedimento, soltanto se reiterato, deve riguardare esclusivamente altro da quanto già dedotto: se poi quest'altro, fosse deducibile o meno già nel procedimento precedente è tema che attiene al profilo della decadenza dal potere di iscrizione della riserva e non anche conferente, invece, con la capacità del procedimento di accordo bonario di riceversene la trattazione, il quale di per sé rimane 'contenitore neutro'.

4. *Natura dell'accordo bonario e preclusioni del relativo atto.* – «L'accordo ha natura di transazione» è dichiarazione legislativa da non mandare soggetta a troppe sfide concettuali: tant'è, anzi, che è inutile interrogarsi circa la maggiore proprietà del riferimento agli *effetti* della transazione piuttosto che alla sua *natura* (tema di per sé non sclerotizzabile in una disposizione legislativa unica, e per giunta speciale); l'opzione per tale sostantivo deve essere stata indotta (anche) dall'esigenza di non determinare alcuna affluenza dell'istituto nell'ambito governato dalla transazione di cui all'art. 208

⁽⁴¹⁾ Ancora G. VELTRI, *op. loc. cit.* La qualificazione in senso «tombale» dell'accordo bonario è stata utilizzata in giurisprudenza (T.A.R., TAA, sez. Bolzano, 1° dicembre 2017, n. 340, in <www.giustizia-amministrativa.it>) per affermare, stante la sua natura transattiva legislativamente sancita, «la non contestabilità dello stesso se non in riferimento alle eventuali ipotesi di annullamento previste per il contratto di transazione», ipotesi rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario.

c.contr. pubbl. del 2016 cit., che intanto viene sottoposta a regimi (*lato sensu*) autorizzativi *ex post (f)actum* in quanto non conosce un anteriore procedimento del genere qui in esame. Né di per sé sarebbe possibile trarne speciali indicazioni, ma dalla relazione della *natura* dell'atto conclusivo col contenuto del *procedimento* che gli è preordinato si possono ricavarne alcuni corollari.

Non si intende qui far riferimento alla vicenda del sopra menzionato 'accordo tombale', quanto – e piuttosto – a quello parziale (ovvero quello nel corso dell'esecuzione del contratto, nel quale sta una funzione obiettivamente diversa dall'altro, sincretica di più interessi qual è di riunire la garanzia del *cash flow* per l'appaltatore e l'esigenza di conduzione ulteriore dell'opera), onde verificare se l'elemento preclusivo derivante dall'esperimento del procedimento in quanto tale sia, in ipotesi, diverso o minore di quello che deriva quando all'esame delle riserve iscritte si giustapponga la conclusione dell'accordo bonario e, dunque, si venga ponendo nel successivo procedimento il tema della preclusione eventualmente maturata per via, non tanto del procedimento quanto dell'accordo che lo abbia effettivamente concluso.

A tal fine deve senz'altro farsi notare come l'elemento autenticamente volontaristico e dispositivo che presiede, su un piano eminentemente soggettivo, al negozio e alle 'concessioni' di cui all'art. 1965 c.c. o all'art. 208 c.contr. pubbl. non si riscontra, all'inverso, nell'ambito di un procedimento la cui funzione di accertamento e i cui valori di obiettività sono evidenti più che mai⁽⁴²⁾: si pensi alla

⁽⁴²⁾ Nel senso che anche la transazione rientrerebbe tra i negozi di accertamento, F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 4, spec. 13 e 16 (ID., *Documento e negozio giuridico, ibid.*, 1926, I, 189, 206 ss.); M.T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitrato (per gli arbitrati liberi)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 308. *Contra* F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1956, 4 ss.: «se gli effetti dell'atto negoziale si producessero solo in quanto la situazione voluta dalle parti corrispondesse a quella già esistente, verrebbe meno, in realtà, il riconoscimento della volontà negoziale». Per una riconsiderazione inerente al come si produca l'effetto dell'accertamento e

co-essenzialità del «contraddittorio», delle «audizioni», e in generale della «istru[zione del]la questione anche con la raccolta di dati e informazioni e con l'acquisizione di eventuali altri pareri» oltre che della «verifica [delle] risorse economiche» (elementi tutti previsti dall'art. 205 cit.), peraltro in un contesto nel quale la ulteriore spendibilità in giudizio di questi dati, ove l'accordo bonario venga a mancare e la controversia prenda forme processuali, non è affatto inibito, non fosse altro che per la mancata riproposizione del testo normativo di cui all'art. 240, 20° comma, d.lgs. n. 163 del 2006: «Le dichiarazioni e gli atti del procedimento non sono vincolanti per le parti in caso di mancata sottoscrizione dell'accordo bonario».

Dunque, in via di principio, non sembra potersi ascrivere all'auto-responsabilità intima al comportamento dispositivo-negoziale di ciascuna parte un ruolo davvero preminente anche nell'ambito che qui interessa. Per questo, la domanda capitale alla quale fornire risposta deve essere se, diversamente dalla preclusione scaturita dal solo procedimento, la transazione conclusa all'esito di quest'ultimo non possa di per sé implicare preclusione non soltanto da dedotto ma anche da deducibile (ancorché non effettivamente dedotto), quasi una sorta di naturale «concessione» che l'appaltatore transigente recherebbe alla materia della lite non ancora insorta (con l'iscrizione della riserva).

Tanto sarebbe potuto derivare da una considerazione circa la «natura di transazione» che rimandasse all'idea di Jean Domat e che per più di due secoli ha albergato nel *Code civil* francese: «*Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort*»: prima, cioè, che la *Loi* 18 novembre 2016, n. 2016-1547 modificasse l'art. 2052, che adesso reca la più neutra previsione secondo la quale: «*La transaction fait obstacle à l'introduction ou à la poursuite entre les parties d'une action en justice ayant le même objet*».

Anche l'art. 1772, 2° comma, c.c. del 1865 disponeva, per vero,

di quale novità esso comunque consista, v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, spec. 252 ss.

che «le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile», e tanto pure avrebbe suscitato il dubbio circa l'implicito ampliamento – fino al deducibile non dedotto – della materia di ogni accordo bonario, rendendo così non oltremodo questionabili, di là della data dell'accordo, anche le riserve sì iscrivibili, e però non ancora iscritte.

Senonché, un'ipotesi siffatta pare da scartare non soltanto in ragione della revisione in senso più genuinamente contrattualistico del codice vigente che ha ispirato la soluzione ora in vigore per la transazione, ma anche perché, di là dell'autonomia legislativa relativa alla disciplina delle riserve, obiettivamente la natura di transazione attribuita all'atto conclusivo non può determinare *di per sé* un incremento dell'oggetto del procedimento di accordo bonario, integrato da «tutte le riserve *iscritte* fino al momento dell'avvio del procedimento stesso» (evidenziazione aggiunta).

Tale oggetto è destinato a rimanere immutato – e dunque non estendibile verso virtuali riserve, iscrivibili ma non già iscritte – vuoi in caso di conclusione dell'accordo vuoi in caso di sua mancanza, e ciò anche in considerazione del limite «massimo complessivo» che segna «l'ambito» di qualunque accordo (diverso da quello 'tombale'); limite che non soltanto genera il bisogno di costante esplic(it)azione dei valori negoziabili, ma evidentemente funge anche da norma di garanzia nei confronti dell'appaltatore. Diversamente, l'appaltatore che pur non avesse visto maturata la decadenza dal potere di iscrivere una determinata riserva, pur essendone principiato il fatto costitutivo, potrebbe vedersene precluso l'esercizio dall'accidente della transazione intanto raggiunta con la stazione appaltante sopra quelle già iscritte ⁽⁴³⁾.

⁽⁴³⁾ Con riguardo alle riserve per fatti c.d. continuativi, quanto a una riserva del genere che fosse già iscritta in dipendenza di un fatto percettibile ancorché non anche suscettibile di immediata valutazione economica, la conclusione della transazione pare naturalmente precludere l'esercizio ulteriore del potere di mera liquidazione del *quantum* che, in assenza dell'accordo bonario, pure avrebbe potuto svolgersi nelle registrazioni successive o in sede di chiusura del conto finale, per quanto talora concessivamente ritenuto in giurisprudenza. Il concorso deliberativo

Si direbbe, insomma, che la sanzione tipologica, che il codice dei contratti pubblici ha voluto imprimere all'eventuale accordo bonario con il rinvio alla transazione *quoad naturam suam*, non ad altro serve che a procurarne un quadro di riferimento coerentemente mutuabile dal modello disciplinare più frequentato di contratti *ad finiendas lites*, senza peraltro voler attingere per mutazione effetti particolari della disciplina speciale.

È in questo quadro, ad esempio, che una recente decisione di un giudice ordinario di primo grado⁽⁴⁴⁾ analizza la natura dell'accordo bonario (nella fattispecie disciplinato dall'art. 240 d.lgs. n. 163 del 2006, che al 18° comma includeva la medesima disposizione che interessa) per risalire al giudice competente a conoscere delle controversie successive; così, viene esplorata la questione della novità o meno dell'accordo bonario rispetto al contratto pubblico di appalto al quale accede per ricavarne, successivamente all'atto transattivo, la permanenza della relazione tra oggetto del giudizio e oggetto del contratto di appalto, soltanto quella permanenza potendo fondare

dell'appaltatore all'atto negoziale, che comunque «riguarda tutte le riserve», viene allora ad assolvere *ante diem* all'onere di liquidazione, il cui potere pertanto non sarà più differibile oltre: in ciò si realizza senz'altro un effetto autonomo dell'*atto* rispetto al *procedimento* di accordo bonario, ma si tratta di un effetto consuntivo del termine altrimenti maggiore più che preclusivo dell'esercizio di un diritto invero autonomo. Invece, per ogni riserva che non fosse già iscritta e però nemmeno iscrivibile, nel senso di riuscire eccezionalmente risparmiata dal relativo onere (com'è per i «a. fatti estranei all'oggetto dell'appalto o alla finalità di documentazione cronologica dell'*iter* esecutivo dell'opera, b. comportamenti dolosi o gravemente colposi dell'Amministrazione nell'esecuzione di adempimenti amministrativi»: Cass., sez. I, n. 16700 del 2020, cit.), nessuna preclusione potrebbe generarsi dalla conclusione dell'accordo bonario, evidentemente privo di autonoma rilevanza preclusiva per tutto quanto non si sia intanto tradotto in riserva scritta; del resto, per una riserva non iscritta e però regolarmente soggetta all'onere, la preclusione a fare deduzione del relativo fatto costitutivo oltre l'accordo bonario non deriverebbe dalla sopravvenuta conclusione di quest'ultimo quanto dall'antecedente maturazione del termine di decadenza riferibile alla riserva la cui registrazione sia stata omessa.

⁽⁴⁴⁾ Trib. Novara, 16 aprile 2019, in *Urb. App.*, 2019, 625 ss., con nota di A. RUFFINI.

la competenza della Sezione specializzata del Tribunale dell'impresa. Come scrive l'annotatore, secondando l'avviso che era stato espresso dalla deliberazione dell'AVCP 3 dicembre 2008, n. 56, «l'accordo bonario non determina alcuna modifica dell'originario rapporto contrattuale di natura pubblicistica sottostante, e non ha alcun effetto novativo su quest'ultimo. Esso si aggiunge al precedente contratto come fonte dei sopravvenuti obblighi e diritti derivanti dalle reciproche concessioni che le parti hanno sottoscritto in via transattiva».

In effetti, la conclusione sopra la non novatività trova una razionale premessa nella logica della contrattualistica pubblica, la quale tende a impedire, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, che la stazione appaltante e l'aggiudicatario possano recidere in misura sostanziale la relazione tra loro corrente dalla radice pubblica della commessa e del procedimento determinativo di questa. È quella stessa logica donde promana pure, per esempio, che «è vietato in ogni caso il compromesso» (art. 209, 2° comma, d.lgs. n. 50 del 2016), così licenziandosi l'arbitrato soltanto da clausola compromissoria.

5. *La 'alternatività concorrente' con le altre figure di ADR nella materia dei contratti pubblici.* – Più volte le osservazioni svolte nel presente studio hanno riportato a una questione di sistema, che merita in conclusione di essere indagata: le relazioni, nella specifica materia dei contratti pubblici, dell'istituto dell'accordo bonario con gli altri istituti di ADR allo scopo regolati dall'apposito codice ancora vigente e dalla legislazione successiva, in un quadro supportato, come già detto, dai criteri direttivi contenuti nella legge delega 2016 cit., finalizzata contestualmente al recepimento del 'pacchetto legislativo' europeo del 2014 nonché al riordino della disciplina nazionale nella suddetta materia ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴⁵⁾ Nelle direttive UE del 2014 non è contenuta alcuna norma specifica in tema di ADR, nondimeno riferimento più in generale può essere fatto all'art. 81, par. 2,

Se la formulazione contenuta nel 1° comma dell'art. 209, d.lgs. n. 50 del 2016, per la quale tra le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee che possono essere deferite ad arbitri, sono comprese anche quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli artt. 205 e 206 cit., viene a confermare la stretta correlazione tra i due istituti, combinandosi dunque con le già citate disposizioni di cui al 6° e 6° *bis* comma dello stesso art. 205 cit., l'accordo bonario, rapportabile in sé come procedura negoziata alla figura della 'conciliazione valutativa' ⁽⁴⁶⁾, si avvicina in maggiore misura all'arbitrato in particolare

lett. g), T.F.U.E., che prevede, «se necessario al buon funzionamento del mercato interno», «lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie»; e per il vero la normativa sostanziale dettata in materia di contratti pubblici mediante lo strumento delle direttive – da ultimo la n. 23, la n. 24 e la n. 25 del 2014 – trova la sua giustificazione – come del resto la c.d. direttiva ricorsi, ora vigente con le modifiche apportate con la n. 66 del 2007 – nel fatto di essere funzionale al perseguimento dell'obiettivo «costituzionale» del mercato interno come mercato unico effettivamente concorrenziale. Mentre disposizioni di favore per le figure extragiudiziali nella legislazione nazionale erano già state introdotte con altra legge delega (la l. 7 luglio 2009, n. 88, art. 44), cui avevano fatto seguito alcune modifiche apportate con il conseguente d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, agli artt. 240, 241 e 243 c.contr. pubbl. del 2006. D'altronde si può convenire con quanto esposto nella Relazione annuale della Camera arbitrale per i contratti pubblici per l'anno 2019, secondo la quale «se è vero che obiettivo della più recente regolamentazione dell'azione contrattuale pubblica contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici deve essere quello di favorire e promuovere la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti, anche perché questo è l'obiettivo dichiaratamente formulato dal legislatore europeo al momento dell'adozione delle direttive 2014, di cui il suddetto codice è anche e soprattutto strumento del recepimento, allora anche la gestione del contenzioso deve poter svolgersi secondo quelle modalità di flessibilità e adeguatezza compatibili con le peculiari caratteristiche di questa fase di ogni vicenda contrattuale, per dare corpo anche per questa parte alla ricerca di modelli di *best practices*».

⁽⁴⁶⁾ Per la terminologia che distingue tra un modello «facilitativo» e un modello «valutativo» di strumento alternativo come formulata sulla base dell'esperienza nordamericana, cfr. C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale; il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, in *Ist. Fed.*, 2008, 741 ss., 744-5.

ove si ritenga che possa anche assumere i connotati della ‘conciliazione aggiudicativa’, allorché davanti alla proposta del terzo, pure formulata su concorde richiesta delle parti, le parti stesse (vale a dire il dirigente della stazione appaltante e l’impresa appaltatrice) abbiano a disposizione solo l’alternativa accettazione/rifiuto, con significative conseguenze nel secondo caso sull’eventuale successivo giudizio tra di esse ⁽⁴⁷⁾. E poi è proprio il già descritto elemento di ‘amministrativizzazione’ introdotto nella disciplina dei due istituti con riguardo alla modalità di nomina del soggetto o dei soggetti rispettivamente incaricati della proposta conciliativa, nel caso del procedimento di accordo bonario, o della decisione finale, nel caso del procedimento arbitrale, circa la soluzione della controversia nelle fattispecie in esame, seppure elemento eventuale in quanto modalità opzionale per il primo e invece ormai necessario in quanto modalità unica per il secondo (a seguito dell’intervenuta abolizione del c.d. sistema binario di arbitrato), che ha costituito un significativo fattore di ulteriore avvicinamento tra gli istituti stessi, consentendo di promuovere anche per l’incaricato della formulazione della proposta di accordo bonario (ed a monte per tutti i componenti della primigenia lista di esperti) quelle garanzie di neutralità (oltre che di competenza) che la normativa attuale dispone per i componenti del

⁽⁴⁷⁾ Ciò soprattutto in quanto si ritenga decisiva nel senso indicato nel testo, in quanto interpretata *a contrariis*, la mancata riproduzione nel corpo delle regole pertinenti del codice dei contratti pubblici del 2016 di disposizioni come quelle di cui all’11° e al 12° comma dell’art. 240 c.contr. pubbl. 2006, cit. (in tal senso v. G. VELTRI, *op. loc. cit.*, 450-1, in senso contrario o quanto meno orientato da una valutazione perplessa fornita su quelle disposizioni v. invece C. LAMBERTI, *L’accordo bonario nel codice degli appalti*, in *Urb. App.*, 2008, 417 ss., 422), che sembravano riconoscere un potere di più o meno forte controllo sulla procedura (a seconda del tipo di conferimento disposto a favore della commissione allora prevista) delle parti interessate, fino a ricomprendere anche una facoltà di ulteriore valutazione successiva anche parziale dei contenuti della proposta formulata dalla commissione stessa (per questo orientamento v. F. ASTONE, *op. cit.*, 117).

collegio arbitrale ⁽⁴⁸⁾; garanzie che per il vero erano previste per la commissione allo scopo promossa dal RUP nel codice dei contratti pubblici del 2006 (art. 240, 8° comma) e che, nel silenzio dell'attuale normativa di rango primario, sono state in buona sostanza recuperate e consolidate (come si è già potuto esaminare in precedenza) ⁽⁴⁹⁾ dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici nell'esercizio dei suoi poteri di regolazione per via amministrativa ⁽⁵⁰⁾.

Anche più evidentemente riacordata alla disciplina civilistica ex art. 1965 c.c. ss., è, d'altro canto, la disciplina della transazione (art. 208 d.lgs. n. 50 del 2016), come strumento ora utilizzabile in mate-

⁽⁴⁸⁾ Conforme è la valutazione sul punto che si può leggere in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Commento organico al Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017, 860.

⁽⁴⁹⁾ V. retro par. 2.2.

⁽⁵⁰⁾ Non è mancato in dottrina chi ha indicato come «farragginosa» la procedura di nomina dell'esperto imperniata sull'apposita richiesta all'ANAC (*rectius*, alla Camera arbitrale) e «non rispondente al principio di efficienza» (v. A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 393); ma per il vero, come sostenuto nel testo, quella procedura consente e avvalorra il recupero nella vicenda di un significativo elemento di consensualità una volta che il RUP abbia rinunciato alla formulazione (questa sì unilaterale) della proposta di componimento bonario. E, al contrario, hanno rilevato per questa parte una semplificazione rispetto alla più articolata tipologia di procedimenti in funzione dell'accordo bonario previsti dall'art. 240 d.lgs. n. 163 del 2006, F. MASTRAGOSTINO, E. TRENTI, *La risoluzione delle controversie*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, II ed., Torino, 2019, 528; e analogamente A. MALTONI, *op. loc. cit.*, 1458. Ancora a questo proposito, non è mancato anche chi ha ritenuto che la competenza alla nomina sia da ritenere spettante al Presidente della Camera arbitrale e non al Consiglio camerale: v. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Commento organico*, cit., 861; ma in realtà la competenza collegiale, al di là della diversa opinione che si è segnalato potersi avere sul merito della questione, sembra maggiormente aderente alla logica organizzativa e di funzionamento della Camera quale risultante anche dal relativo *Regolamento* approvato dall'ANAC, oltre che corrispondente alla prassi più generalmente formatasi nel passaggio della collocazione dell'organo dall'AVCP all'ANAC (come è confermato, su altro fronte, anche dalla forma assunta dai Comunicati adottati dal Consiglio della Camera arbitrale in quanto contenenti, come già visto *supra*, par. 2.2., disposizioni generali inerenti a una determinata materia, e non più intestati al Presidente come nel periodo precedente).

ria «solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale», ma per l'appunto «nel rispetto del codice civile» (1° comma). I presupposti sono quindi da riportarsi all'esistenza di una *res litigiosa* (anche potenziale) inerente a diritti soggettivi e insorta tra le parti con caratteristiche altresì di *res dubia* nel corso dell'esecuzione del contratto; ma la sua maggiore attrattività rispetto all'accordo bonario può consistere nel fatto che essa può essere esperita indipendentemente dall'apposizione di riserve nei documenti contabili, e quindi anche dal limite degli importi contrattuali previsti invece in quel caso. Qui l'unico elemento di procedimentalizzazione è costituito dalla necessità, per il soggetto pubblico, oltre ad ascoltare il parere del RUP, di una valutazione (dunque obbligatoria) da parte dell'Avvocatura dello Stato o di legale interno o del dirigente responsabile del contenzioso a seconda della tipologia di amministrazione pubblica coinvolta e in relazione a importi economici oggetto delle «concessioni o delle rinunce» superiori a valori fissati dalla norma differenzialmente per tipo contrattuale (art. 208, 2° comma)⁽⁵¹⁾; peraltro, in direzione limitativa dell'utilizzo di questa figura di ADR, possono operare i dubbi da più parti sollevati circa l'utilizzo della 'transazione novativa' e della 'transazione mista' ex art. 1965, 2° comma, c.c., nonché l'eventuale rilevanza della sproporzione tra concessioni e rinunce a fronte della disposizione di cui all'art. 1970 c.c. (tema sensibile, naturalmente, in sede di eventuale giudizio contabile)⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Tale disposizione si può dire che trovi riferimento più in generale nell'art. 11, r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611, che prevede tra i compiti dell'Avvocatura dello Stato la predisposizione di atti di transazione d'accordo con le amministrazioni interessate o l'espressione di un parere sugli stessi atti redatti dalle amministrazioni; ma anche nell'art. 14 legge di contabilità dello Stato, ove è previsto il parere obbligatorio del Consiglio di Stato per transazioni superiori a un determinato importo.

⁽⁵²⁾ Al riguardo si veda, ad esempio, l'orientamento negativo che ha espresso ANAC, Deliberazione 8 luglio 2020, n. 593. Già con riguardo al precedente regime l'ANAC, nell'esame della casistica alla quale si era rivolta la sua funzione ispettiva e fermo restando che non si poteva definire accordo bonario una definizione delle pretese dell'appaltatore quando non vi fosse una proposta dell'esperto su cui si fos-

Più complesso e anche più perplessa è infine il confronto con la figura di ADR da ultimo introdotta nella legislazione in materia di contratti pubblici, il Collegio consultivo tecnico (CCT). Innanzitutto va detto che alquanto anomala è la vicenda normativa di questo istituto, disegnato, seppure con vari elementi di dissonanza, sul modello, presente nel diritto comparato, del *Dispute Resolution Board* ⁽⁵³⁾: introdotto con il codice dei contratti pubblici del 2016 all'art. 207, poi ritirato con l'abrogazione dello stesso articolo intervenuta con il c.d. decreto correttivo 2017, poi reintrodotta con disposizione a durata limitata e da ultimo ridisegnato, con carattere obbligatorio per i soli contratti di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria e invece facoltativo per i restanti contratti di lavori, dai c.d. decreti semplificazione adottati nel biennio 2020-21 ⁽⁵⁴⁾; ma il tutto senza alcuna riformulazione del cassato art. 207, ciò valendo a collocare in modo appunto anomalo la fonte della regolamentazione dell'istituto – che pure ha applicazione specifica proprio nella materia dei contratti pubblici per lavori – in posizione esterna al testo organico di disciplina della materia stessa, cioè il codice dei contratti pubblici (che pure più volte è stato modificato e integrato in questi anni nelle sue più varie parti, anche dopo

sero pronunziate le parti, che varrebbe piuttosto ad eludere le previsioni di cui alla disciplina dei contratti pubblici in punto di transazione, era stata indotta a segnalare «la permeabilità che il procedimento di componimento ha avuto nei riguardi della tematica delle varianti, della rinuncia alle riserve, ecc., a rafforzare la tesi di un processo (impropriamente) transattivo e non di accordo bonario», con violazione del principio di trasparenza; e altresì fermo restando che «la disponibilità a procrastinare gli effetti di vecchie riserve ('aggiornamento' delle riserve), rafforza nei casi esaminati la natura transattiva degli accordi» (Deliberazione n. 19 del 2014; e si veda anche in precedenza la Deliberazione 13 settembre 2001, n. 308).

⁽⁵³⁾ Riferimento comunemente rilevato dai commentatori: da ultimo cfr. C. COSTANZI, *Dal Dispute Board al Collegio Consultivo Tecnico*, in *Riv. giur. amb. dir.*, 2021, 2, 19 ss., per la descrizione altresì dei tre modelli rapportabili alla figura in questione (DRB, DAB, CDB).

⁽⁵⁴⁾ Artt. 5 e 6 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito in l. 11 settembre 2020, n. 120; artt. 50 e 51 d.l. 31 maggio 2021, n. 77, convertito in l. 29 luglio 2021, n. 108 (pure più volte poi modificati sul punto). La costituzione è obbligatoria anche per i contratti misti ogni qual volta la componente lavori superi la soglia comunitaria.

l'adozione del citato decreto correttivo). Ma se questo fatto può trovare in qualche misura spiegazione nella perdurante connotazione transitoria che caratterizza ancora l'operatività dell'istituto (seppure già allungata al 30 giugno 2023 rispetto alla prima riformulazione, e quindi a valere nei confronti dei contratti di lavori aggiudicati a seguito di bandi pubblicati entro quella data), d'altra parte sembra evidenziare in modo plastico l'alternatività che il CCT presenta nei confronti delle altre figure di ADR, che sono tradizionalmente conosciute e regolate dalla disciplina dei contratti pubblici.

Alternativo rispetto all'arbitrato (sempre rituale, quest'ultimo, nella prassi della disciplina del contenzioso sui contratti pubblici, per questa parte conforme alla disciplina generale sull'arbitrato per le controversie amministrative concernenti diritti soggettivi *ex art. 12 c.p.a.*), stante il fatto che l'atto conclusivo dell'intervento del CCT in funzione della controversia con tale modalità risolta, all'origine qualificato come avente valore di transazione una volta accolto dalle parti, poi riconosciuto come non avente natura di transazione salvo diversa volontà delle parti, da ultimo è stato qualificato come avente valore di lodo contrattuale irrituale *ex art. 808 ter c.p.c.* «salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata per iscritto dalle parti stesse»; e ciò senza che nella normativa di rango primario, ma neppure in quella di rango secondario prevista dalla prima (ed ora costituita dalle Linee guida adottate con d.m. 17 gennaio 2022, n. 12 dal Ministro delle infrastrutture), se non per una modesta parte si sia tenuto conto dei motivi per cui la Suprema Corte ha più volte ribadito il suo orientamento contrario all'applicazione dell'arbitrato irrituale alle pubbliche amministrazioni⁽⁵⁵⁾, in ragione della capacità integrativa per via eteronoma

⁽⁵⁵⁾ V. da ultimo Cass., sez. III, 8 aprile 2020, n. 7759; e a fronte del consolidato orientamento giurisprudenziale sembra di poter osservare che la giustificazione può essere ricercata solamente in una riconduzione del CCT alla già menzionata categoria delle 'ADR pubblicistiche', ma con evidente smentita rispetto al punto di partenza prefigurato al momento della sua introduzione e piuttosto con maggiore conformità alla tradizione dell'ordinamento giuridico italiano. Più ampiamente, circa la disciplina dell'istituto in oggetto, si vedano i rilievi contenuti nel documen-

delle pattuizioni contrattuali propria del lodo pronunciato all'esito di tale forma di arbitrato e dunque comportante un diverso assetto degli interessi, che nella fattispecie sono (anche) interessi pubblici (ché anzi l'art. 5.1. d.m. cit. prevede un termine preclusivo per la manifestazione di volontà contraria al riconoscimento di lodo contrattuale alla determinazione del CCT). Alternativo rispetto all'accordo bonario, secondo la formulazione – sebbene non chiarissima – contenuta negli artt. 5 e 6 Linee guida cit., che mette pure in qualche misura in discussione il regime giuridico delle riserve (v. in particolare gli artt. 3.3.1., 4.1.3. e 5.2.1.), fermo restando, soprattutto, che per la devoluzione della controversia al CCT non si applica il limite di valore originato dall'iscrizione delle riserve stesse che si è visto essere ormai da lungo tempo stabilito per il ricorso all'accordo bonario; ma soprattutto più radicalmente alternativo ad esso nel suo scopo operativo, finalità istituzionale del CCT essendo «quella di accompagnare l'intera fase di esecuzione, dall'avvio dei lavori e fino al collaudo degli stessi, per intervenire in tempo reale su tutte le circostanze che possano generare problematiche incidenti sull'esecuzione», diversamente dall'esperto operante per l'accordo

to ANAC 4 agosto 2020, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione»*, 20-4; tra gli altri motivi di critica all'istituto stesso, come istituto «polifunzionale», più specificamente in merito al rapporto che in sede di normazione è stato costruito tra la fonte primaria e la (discutibile) fonte secondaria di regolamentazione, da un lato, e, dall'altro, sulle (parimenti discutibili) modalità di riconduzione dell'atto conclusivo dell'operato del CCT alla figura del lodo irrituale *ex c.p.c.*, con conseguenti notazioni in tema di impugnabilità dello stesso, v., da ultimo, F. AULETTA, *Sulle conseguenze possibili e le implicazioni non necessarie dell'opzione in favore della «natura del lodo contrattuale» per le determinazioni del Collegio consultivo tecnico*, in *Riv. arb.*, 2022, 485 ss. Inoltre, sul versante giuspubblicistico, particolare perplessità in specie suscita – per ragioni che non è in questa sede possibile trattare ma che sono almeno in parte da stimare autoevidenti – la previsione della possibilità di costituzione del CCT per risolvere problematiche tecniche e giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente all'esecuzione del contratto (art. 6, 5° comma, d.l. n. 76 del 2020), che sembra altresì concorrere a impropriamente incrementare il profilo polifunzionale dell'istituto.

bonario e incaricato della soluzione di una specifica controversia o anche di una pluralità di controversie generate da una pluralità di riserve ma comunque limitata dal raggiungimento della soglia massima di valore prescritta rispetto all'importo contrattuale⁽⁵⁶⁾. Alternativo rispetto ad arbitrato ed accordo bonario sia quanto al delicato punto dei compensi dei componenti (fino a cinque) dell'organo incaricato di questa specifica funzione di ADR, stante il fatto che il tetto allo scopo fissato (peraltro solo successivamente alla prima reintroduzione della figura ora in esame) risulta (pur con le ultime modifiche apportate ai parametri di riferimento) comunque nettamente superiore a quello stabilito dal decreto dello stesso Ministro del 18 gennaio 2018 — cui invece sarebbe stato agganciato secondo la originaria disciplina contenuta per il CCT nel d.lgs. n. 50 del 2016 — per i componenti dei collegi arbitrali e utilizzato (come già ricordato) anche per l'esperto operante nel procedimento di accordo bonario nella stessa materia dei contratti pubblici; sia quanto alla struttura stessa del CCT, che da un lato è assoggettata a limiti notevolmente meno stringenti quanto a reiterabilità degli incarichi conferiti per tale specifica funzione rispetto alle altre qui poste a confronto, e dall'altro vede il reingresso di esponenti della magistratura, fatto invece oggetto di divieto per il collegio arbitrale dal codice dei contratti pubblici del 2016 (art. 209, 6° comma, che ha fatto seguito sul punto alla previsione di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, 18° comma), e conseguentemente (in ragione delle scelte ope-

⁽⁵⁶⁾ La parte di disposizione citata nel testo è tratta dall'art. 4.1.1. Linee guida. Occorre anche non tralasciare di sottolineare il possibile e pur parziale *vulnus* al principio della riservatezza della relazione dell'organo di collaudo (sebbene rimesso per il vero a una decisione discrezionale del RUP: art 6.1.4. Linee guida), principio che pure è stato significativamente avvalorato anche dalla giurisprudenza (v. Cons. Stato, ad. plen., 18 settembre 2007, n. 11) e poi normato dall'art. 53, 5° comma, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016, nella forma dell'esclusione di quella relazione (come della relazione del direttore dei lavori) dal diritto di accesso e da «ogni forma di divulgazione» (diversamente la questione si pone con riguardo alle deduzioni scritte dal direttore dei lavori nel registro di contabilità a fronte delle domande poste dall'esecutore: v. art. 14, 1° comma, lett. c) ed e), d.m. n. 49 del 2018).

rate dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici) per la funzione di esperto nel procedimento di accordo bonario.

In definitiva, il grado di utilizzazione dell'accordo bonario come istituto di ADR nella materia dei contratti pubblici, che pure ha evidenziato un progressivo incremento della sua forma amministrata dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici negli anni successivi alla sua introduzione con il codice del 2016 cit. (come risulta dalle Relazioni annualmente presentate dalla Camera stessa e pubblicate nel sito *web* dell'ANAC), dipenderà chiaramente dalla capacità che tale istituto avrà di confrontarsi con la 'alternatività concorrente' che le altre figure di ADR (e soprattutto il CCT) gli muoveranno⁽⁵⁷⁾. Da questo punto di vista, determinanti potranno essere la consapevolezza e l'attenzione con cui i RUP svolgeranno il loro decisivo ruolo di valutazione dei presupposti normativamente previsti per lo svolgimento del procedimento nel corso dell'esecuzione contrattuale (le già richiamate valutazioni di ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve iscritte ai sensi del 4° comma dell'art 205 cit., non casualmente ricomprese nelle regole poi poste anche dalla Camera arbitrale nel Comunicato applicativo e la cui espressione è pretesa in concreto dalla stessa, in quanto organo amministrativo, ai fini dell'accertamento dei requisiti di legittimità inerenti alla pur limitata funzione alla quale può essere chiamata proprio subordinatamente alla necessaria presenza dei suddetti presupposti

⁽⁵⁷⁾ Va ricordato che la figura del CCT venne cancellata nella sua originaria previsione nel codice dei contratti pubblici del 2016 ad opera del c.d. decreto correttivo probabilmente proprio in ragione delle critiche avanzate sul punto dal Cons. Stato, commissione speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855. Dal canto suo, la Camera arbitrale, preso atto di quanto disposto dalle citate Linee guida contenute nel d.m. n. 12 del 2022, ha provveduto con delibera 15 giugno 2022 a modificare il proprio Comunicato n. 3 del 2016 aggiungendo alla lett. a), n. 3, il seguente periodo: «Nell'istanza presentata alla Camera arbitrale ai fini della richiesta in oggetto il RUP deve altresì attestare, ove sia stato costituito il CCT, che, ai sensi del punto 5.1.4. e per l'effetto di cui al punto 6.1.5. d.m. n. 12 del 2022, le parti abbiano dichiarato che non intendono riconoscere alle determinazioni del CCT la natura di lodo contrattuale ai sensi dell'art. 808 *ter* del codice di procedura civile e quindi non intendono rinunciare a far valere le riserve mediante accordo bonario».

e della quale deve garantire il corretto esercizio nel dare corso alla richiesta avanzata); e sotto questo profilo meritano di essere riportate, ad avvalorare i momenti di incertezza che possono appesantire tali vicende, le parole che la stessa Camera arbitrale ha esposto nella sua ultima Relazione annuale, quando ha segnalato in proposito «le ripetute interlocuzioni con i RUP istanti, [e] gli elementi di perplessità delle relative richieste, spesso formulate secondo modalità di rimbalzo con le relazioni (peraltro riservate) dei direttori dei lavori e talvolta recanti solo con modalità indiretta l'espressione delle valutazioni di legge»⁽⁵⁸⁾.

Abstract

Il contributo offre un'attenta disamina sullo stato dell'arte dell'accordo bonario per lavori, servizi e forniture nell'esecuzione dei contratti pubblici di appalto, quale rimedio alternativo all'azione giurisdizionale, che si inserisce in quel ventaglio di meccanismi ADR che includono il *technical advisory board*, l'arbitrato e gli accordi transattivi.

Grazie all'esperienza maturata nell'alveo della gestione degli accordi bonari da parte della Camera arbitrale dei contratti pubblici in seno all'ANAC, gli aa. disegnano un puntuale affresco dell'evoluzione della disciplina di diritto positivo a riguardo, in un costante e dialettico confronto con la dottrina e la giurisprudenza sul tema dell'accordo bonario.

The paper examines the present state of the Amicable Agreement. Along with other alternative dispute resolution tools, such as the technical advisory board, arbitration, and negotiated settlements, the Amicable Agreement provides an alternative to litigation in the area of public procurement.

⁽⁵⁸⁾ Laddove per contro si deve convenire con chi ha affermato che si tratti di 'accertamento estremamente delicato', a tal fine anche richiamando la posizione espressa dall'Autorità nella vigenza del precedente codice dei contratti pubblici (e da ultimo con la Deliberazione n. 8 del 2014): v. B. CIVILLA, *op. loc. cit.*, 21.

Thanks to their experience in the field of public procurement within the Arbitration Chamber of public contracts of the Italian National Anti-corruption Authority, the authors incorporate a practitioner's perspective into their analysis of the Amicable Agreement by referring to case law and to a broad range of doctrinal and legal sources.

SOFT LAW, ADR, SUSSIDIARIETÀ: UNA TRIADE ARMONICA

Paolo Duret (*)

SOMMARIO: 1. Premessa: il collegamento tra *soft law*, ADR e sussidiarietà. – 2. Uno sguardo retrospettivo in chiave storica e filosofica. – 3. Uno sguardo retrospettivo in chiave giuridica: l'esperienza romana. – 4. Uno sguardo retrospettivo in chiave giuridica: cenni alla *lex mercatoria* e allo *ius mercatorum*. – 5. La prospettiva odierna: il collegamento tra *soft law* e sviluppo delle ADR: il caso delle Autorità amministrative indipendenti. – 6. Il collegamento e le nuove problematiche: il ricorso al *nudge* o «spinta gentile». – 7. Il collegamento e le nuove problematiche: il ricorso alle nuove tecnologie e le forme di *Online Dispute Resolution* (ODR). – 8. La lettura del fenomeno nel prisma del principio della sussidiarietà. – 9. La valenza euristica e prescrittiva del principio della sussidiarietà. – 10. Oltre il «lato oscuro».

1. *Premessa: il collegamento tra soft law, ADR e sussidiarietà.* – Un'acuta studiosa ha rilevato anche di recente l'esistenza di un «profondo legame tra *droit souple* e *justice douce*, tra *soft law* e ADR, tra diritto sostanziale non tradizionale e giustizia amministrativa alternativa» ⁽¹⁾; si può ipotizzare pertanto una simmetria tra *souplesse* come tratto definitorio di una peculiare fenomenologia

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 331-388. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università di Verona.

(¹) M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa con particolare (anche se non esclusivo) riguardo alle transazioni pubblicistiche*, in questa *Rivista*, 2021, 124.

normativa e *souplesse* come caratteristica intrinseca dei rimedi alternativi ⁽²⁾.

Scopo delle riflessioni seguenti è verificare ed approfondire, sia in una visione retrospettiva che prospettica, questa *liaison* tra *droit souple/soft law* e ADR, aggiungendo a questa dualità un terzo elemento, il principio di sussidiarietà che funge da collante e da comun denominatore fra i primi due e consente di gettare una luce più penetrante su significato e implicazioni di tale rapporto.

Per usare una metafora musicale si potrebbe ipotizzare che i primi due elementi, la *soft law* e le ADR, costituiscano una diade, ossia due suoni simultanei; l'introduzione di una nota intermedia rende completa armonicamente la sonorità risultante. Si instaura così un accordo di tre note, definito una 'triade armonica' ⁽³⁾, nel quale la sussidiarietà funge da nota 'mediana' o 'modale' in quanto dà il tono all'accordo e ne determina, ricorrendo a una sinestesia, il 'sapore'.

2. *Uno sguardo retrospettivo in chiave storica e filosofica.* – Un primo dato che accomuna i primi due poli oggetto d'analisi è che, contrariamente a quanto spesso si afferma, se collocati in una prospettiva storica e filosofica, capace di guardare oltre le problematiche del presente, essi non appaiono frutto esclusivo della post-modernità o 'seconda modernità', pur non volendosi qui superficialmente piegare istituti del passato a supporto di contingenze del presente ⁽⁴⁾, ovvero semplicisticamente «perseguire le vicende di termini moderni a ritroso per identificarne nel passato i 'germi'» ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 21, con riferimento precisamente all'esperienza francese.

⁽³⁾ L'armonia – da ἁρμόζω – indica etimologicamente legame, congiunzione e connessione.

⁽⁴⁾ Sulla critica alla tendenza della romanistica moderna a «modernizzare gli istituti del diritto romano alla luce delle prospettive contemporanee» cfr. I. FAR-

In una prospettiva metagiuridica l'enfasi sulla ricerca della riconciliazione, sul ripristino della relazione come opzione prioritaria rispetto alla stessa ricerca della soluzione – registro che connota anche le ADR siccome caratterizzate da un «*ascolto gentile*, che è

GNOLI, *Studi sulla legittimazione attiva all'interdetto quod vi aut clam*, Milano, 1998, 137 e bibliografia ivi richiamata sul tema.

(⁵) T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, 83 ss., il quale provocatoriamente sostiene che nel caso del *soft law* «si tratta di una tipica novità dichiarata tale soltanto per l'ignoranza storica dei giuristi moderni, ma in realtà da tempo esistente» e «attualmente esaltato come un fenomeno nuovissimo della tassonomia giuridica post-moderna che si sarebbe associato al primitivo *hard law* moderno, finendo per costituire sul piano scientifico una scoperta, dovuta ad un recente lampo di genio della dottrina più avveduta», trattandosi piuttosto di «nuova denominazione di un fenomeno antico». Riguardo allo sviluppo delle forme di ADR come 'giustizia della seconda modernità' cfr. J.G. BELLEY, *Une justice de la seconde modernité: propositions de principes généraux pour le prochain code de procédure civile*, in *McGill Law Journal*, 2000-2001, 317; si veda inoltre sul punto R. MACDONALD, *Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits: résultat, processus et symbolisme*, in C. EBERHARD, G. VERNICOS (eds.), *La Quête anthropologique du droit*, Paris, 2006, entrambi richiamati da M.A. FODDAI, *Alle origini degli Alternative Dispute Resolution: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *GIURETA*, 2012, 408. Con riguardo in particolare alla posizione del giudice amministrativo la dottrina francese ha opportunamente osservato, anche qui in prospettiva storica, che «[e]n effet, l'altérité est au coeur des origines mêmes de la juridiction administrative. Justice autre par essence, vis-à-vis du juge civil» M.O. DIEMER, *Les nouvelles alternatives de la justice administrative en France: justice prédictive et justice amiable*, in *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2019, 474, con richiamo a A. CLAEYS, A.L. GIRARD (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, Poitiers, 2018). Osserva che «[c]e qu'on nomme depuis le XXème siècle 'modes alternatifs de résolution' reste en somme l'héritage de plus de vingt siècles de pratiques» anche L. SINGLA, *Guide de la médiation administrative 2021*, 2021, 6.

l'ascolto semplicemente aperto a ciò che viene detto» ⁽⁶⁾ – è radicato nella tradizione giudaico-cristiana ⁽⁷⁾.

Nei poemi omerici la possibilità di risoluzione di una controversia mediante un dialogo si ritrova in quella splendida pagina dell'incontro notturno tra Achille e Priamo ⁽⁸⁾ che rappresenta «il punto d'arrivo dell'Iliade e l'inizio dell'umanesimo occidentale» ⁽⁹⁾, ma anche l'espressione di «un mondo senza tempo che parla a ogni tempo» ⁽¹⁰⁾.

Si è poi sostenuto in chiave antropologica che proprio la mediazione costituirebbe «l'erede concettuale della tragedia greca, nella sua funzione giuridica», in quanto la prima opererebbe, a imitazione della seconda, secondo il noto schema trifasico della *theoria*

⁽⁶⁾ M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa*, cit., 140, con richiamo a E. BORGNA, *L'ascolto gentile*, Torino, 2017. In riferimento alla mediazione C. LOTTIERI, *Mediazione giuridica ed economia soggettivista*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, 558, osserva che «[l]a premessa – per così dire – metafisica sottesa alla mediazione (come alle logiche contrattuali) è il riconoscimento della persona di fronte a noi come alterità».

⁽⁷⁾ A.W. McTHENIA, T.L. SHAFFER, *For Reconciliation*, in *Yale Law Journal*, 1985, 1666, ricordano che «*Hebraic theology puts primary emphasis on relationships, a priority that is political and even ontological, as well as ethical, and therefore legal. And so, most radically, the religious tradition seeks not resolution (...), but reconciliation*» e richiamano il passo del Vangelo di Matteo, 18: 15-17 («15. Se il tuo fratello commette una colpa, va' e ammoniscilo fra te e lui solo; se ti ascolterà, avrai guadagnato il tuo fratello; 16. se non ti ascolterà, prendi con te una o due persone, perché ogni cosa sia risolta sulla parola di due o tre testimoni. 17. Se poi non ascolterà neppure costoro, dillo all'assemblea; e se non ascolterà neanche l'assemblea, sia per te come un pagano e un pubblicano»), commentando che dunque «*the procedure gives priority to restoring the relationship*».

⁽⁸⁾ Riprendo il suggerimento dalla recente monografia di F. REGGIO, *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: una prospettiva filosofico-metodologica*, Padova, 2017, 21 ss.

⁽⁹⁾ A. LESKY, *Storia della letteratura greca*, Milano, 1975, 68.

⁽¹⁰⁾ Così, limpidamente, a proposito della tragedia greca, M. CARTABIA nell'*incipit* della *Lectio magistralis* per l'Inaugurazione Anno accademico Roma Tre, Roma 23 gennaio 2020, *Una parola di giustizia. Le Eumenidi dalla maledizione al logos*.

(come espressione e ascolto reciproco), della *krisis* (come confronto) e della *katharsis* (come presa di coscienza e occasione per ‘giungere al superamento dello stallo’) ⁽¹¹⁾

Il ricorso al giudice come rimedio di ultima istanza si ritrova infine nel Platone delle Leggi ⁽¹²⁾ e della Repubblica ⁽¹³⁾.

3. *Uno sguardo retrospettivo in chiave giuridica: l'esperienza romana.* – Se ora ci si sposta sul terreno strettamente giuridico, riguardo al *soft law*, senza scomodare il diritto mesopotamico e la codificazione promulgata dal re Hammurabi, attesa la sua incerta forza

⁽¹¹⁾ Così F. REGGIO, *Concordare la norma*, cit., 83 ss., che riassume le considerazioni svolte da J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2003: cfr., in particolare, *ivi*, 72, per l'affermazione che «la mediazione e la tragedia riproducono lo stesso modello di sviluppo e la loro forma è necessariamente quella del dramma, perché in entrambe sono in gioco i sentimenti (*pathos*) e la sofferenza. La parola è il veicolo che esprime il dramma: attraverso questo veicolo, l'importanza del conflitto viene riconosciuta». Circa *ethos*, *pathos* e *logos* come «archittravi del procedimento mediativo, letto alla luce della lezione metodologica della retorica classica» viene richiamato altresì (*ivi*, 87, in nota) il pensiero di J.W. COOLEY, *Classical Approach to Mediation – Part I: Classical Rhetoric and the Art of the Persuasion in Mediation*, in *University of Dayton Law Review* (1993), 83-131, nonché ID., *Classical Approach to Mediation – Part II: The Socratic Method and Conflict Reframing in Mediation*, *ivi* (1994), 589-32.

⁽¹²⁾ Cfr. PLATONE, *Le leggi*, VI, 767, in G. REALE (a cura di), *Platone. Tutti gli scritti*, Milano, 2000, 1575: «in prima istanza bisogna che le parti in causa si rechino dai vicini o dagli amici, o da coloro che in modo particolare sono informati della controversia. Solo se, in questa sede non si sia ottenuto un soddisfacente giudizio, si passerà ad un altro tribunale».

⁽¹³⁾ Come osservano A.W. MCTHENIA, T.L. SHAFFER, *For Reconciliation*, cit., 1665, emerge un'idea di giustizia, quella di Socrate e Trasimaco nella Repubblica, secondo cui «*Justice is not the will of the stronger; it is not efficiency in government; it is not the reduction of violence: Justice is what we discover – you and I, Socrates said – when we walk together, listen together, and even love one another, in our curiosity about what justice is and where justice comes from*». Per una ricostruzione delle radici etimologiche, filosofico-religiose, della *mediation* cfr. di recente L. SINGLA, *Guide*, cit., 9-13.

normativa⁽¹⁴⁾, il discorso si fa più preciso e fruttuoso, nella prospettiva qui seguita, guardando all'esperienza giuridica romana del periodo classico, prima che l'avvento del diritto legislativo in età tardo-antica determinasse un arretramento del diritto morbido, tornato poi ad espandersi con la rivoluzione universitaria bolognese.

Un approfondito studio in argomento, di cui qui si riprendono i tratti essenziali, ha assimilato lo *ius privatum* dell'epoca del principato a «un cantiere edile in piena attività, colmo di strumenti di normatività debole, quali raccomandazioni, consigli e proposte»⁽¹⁵⁾, riscontrando una fenomenologia quasi identica nello *ius publicum*.

Significativo poi dell'approccio 'empirico' dei Romani al problema della normatività fu l'attenzione soprattutto al lato fattuale delle norme, espresse spesso con il verbo '*solere*' usato all'indicativo, ciò che «tradisce, ovviamente, la genesi consuetudinaria di numerosi istituti giuridici (...)»⁽¹⁶⁾.

In una fase, quella dell'età tardo-repubblicana e della prima età imperiale, nella quale l'ordinamento romano appare dominato dal diritto consuetudinario e da quello giurisprudenziale, sono allora le

(14) Come ricorda T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, cit., 88, questa conteneva anche nella sua parte normativa numerose prescrizioni prive di sanzione, comprendenti «norme sui prezzi e sul contenuto di determinati contratti, ma pure la disciplina della particolare tutela di alcuni debitori, nonché numerose prescrizioni sui diritti reali, sul diritto di famiglia e sulle successioni», ma appare controverso se i codici babilonesi «fossero ideati come vere e proprie opere di legislazione o piuttosto come semplici pezzi di narrazione letteraria o scientifica», ovvero se il loro scopo fosse «una specie di autorappresentazione del re, mentre la parte normativa avrebbe unicamente costituito un modello ideale». Da questo punto di vista si può condividere, a parziale temperamento di quanto affermato *supra*, il *caveat* di chi ammonisce che «per qualsiasi fenomeno giuridico è possibile trovare un antenato, più o meno illustre e più o meno somigliante» (così M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 150-1).

(15) T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, cit., 89.

(16) *Ibidem*, 89-90.

rare leggi comiziali ad adempiere ad una funzione meramente suppletoria⁽¹⁷⁾.

Inoltre, si osserva, «[a]ll'estensione esigua del diritto autoritativo si associava il basso grado di normatività, la quale sorgeva lentamente dalla prassi in base all'autorità politica dei singoli produttori del diritto»⁽¹⁸⁾.

Ed è significativo infine che l'unico termine applicabile a tutte le fonti del diritto, ad esprimerne la validità, fosse proprio *auctoritas*, 'concetto soffice' costituente la «chiave di volta della riflessione romana sulle fonti del diritto», concetto che «esprime bene l'idea della normatività debole, non implicando la competenza di comandare, ma la semplice capacità di persuadere»⁽¹⁹⁾.

Emerge dunque con tutta evidenza una serie di canoni che ritroviamo nelle riflessioni attuali sul *droit souple*: segnatamente l'enfasi sull'effettività e quindi sul ricordato 'lato fattuale delle norme', nonché su una dinamica di normatività che si espande dal basso e si radica nell'«autorevolezza di chi pone la regola», così come, simmetricamente, la soluzione che si viene elaborando nella giustizia non

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*, 91. Tutto ciò, s'intende, sino a quando non si verifica il «trapasso all'autoritarismo legislativo» con il passaggio dal diritto giurisprudenziale casistico a quello legislativo verificatosi nell'età tardo-antica, cosicché «già sotto il regno di Diocleziano (284-305 d.C.) si produssero compilazioni semiufficiali quale segno del monopolio statale nella produzione del diritto, che venne pienamente realizzato con Costantino il Grande (306-337 d.C.)» (*ivi*, 99, con richiamo a U. VINCENTI, *La tendenza verso la codificazione nell'esperienza giuridica romana dei secoli IV-VI d.C.*, in C. TUGNOLI (a cura di), *L'eredità dell'Europa*, Bologna, 1997, 27 ss.). Per una ricostruzione generale cfr. il classico lavoro di M. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989.

⁽¹⁸⁾ T. GIARO, *Dal soft law moderno al soft law antico*, cit., 91. Così, si specifica, «i *senatus consulta* erano unicamente raccomandazioni di contenuto particolare dirette ai magistrati giudicanti. L'editto era un semplice programma della giurisdizione pretoria, composto da laconiche promesse di mezzi giuridici che ricorrevano spesso a clausole generali, come *causa cognita* e *iusta causa*, e da formule di mezzi processuali di tipo meramente esemplare che richiedevano un adattamento a casi concreti. L'editto del pretore si consolidò a norma soltanto nel primo principato».

⁽¹⁹⁾ *Ibidem*, 93.

giurisdizionale può essere agevolata «da un soggetto autorevole al pari di colui che detta gli atti di *soft law*»⁽²⁰⁾.

Riprendendo questa simmetria è stato autorevolmente ricordato come, sebbene l'amministrazione della giustizia venga ascritta a essenziale e imprescindibile compito dello Stato⁽²¹⁾, essa non fosse tuttavia in origine assunta a sua funzione⁽²²⁾.

Ciò di nuovo si riscontra plasticamente in un'esperienza, quale quella romana, nella quale a rilevare non è tanto lo Stato-apparato, ma «la *res publica* intesa quale forma politica della comunità»⁽²³⁾.

Prescindiamo qui dalla *vexata quaestio* se alle origini del processo privato romano vi fosse l'arbitrato, voluto dai *cives* come soluzione autonoma e pattizia delle loro controversie mediante appunto la scelta in comune di un terzo, un cittadino – anche qui onorevole e autorevole – incaricato di risolvere il conflitto⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa*, cit., 125.

⁽²¹⁾ Peraltro sulla crisi attuale di tale monopolio cfr. già G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 371 ss.

⁽²²⁾ Cfr. P. BONFANTE, *Lezioni di filosofia del diritto*, Milano, 1986, 105.

⁽²³⁾ V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, Torino, 2018, 11.

⁽²⁴⁾ Per limitarmi qui a riferimenti essenziali cfr. M. WŁASSAK, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, in *Festschrift zum Doctor-Jubiläum Prof. Dr. B. Windscheid, überreicht von der Juristen-Fakultät zu Breslau*, Leipzig 1888; contra M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 20 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbitrove. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957. Anche G. CRISCI, *Arbitrato e giurisdizione ordinaria e amministrativa*, in *Riv. trim. app.*, 2000, 231-2, ricorda che «nelle remote origini, ben prima che lo Stato si affermasse nella sua straripante potenza, si era formato l'uso che la soluzione delle controversie private fosse concordemente affidata dai contendenti al giudizio di amici nei quali avevano fiducia (gli 'amichevoli compositori') ovvero di esperti designati da ciascuna parte i quali, in un ambito contrassegnato dalla stima reciproca, potevano cooptare un soggetto autorevole, il quale fungesse da 'ago della bilancia' nel soppesare le opposte ragioni». In tema cfr. altresì le illuminanti riflessioni di F. BENVENUTI, *L'arbitrato tra Stato e Società*, in AA.VV., *Arbitrato e Pubblica Amministrazione, Atti del Convegno sul tema «L'arbitrato commerciale: attualità e prospettive»*, Trieste, 26 settembre 1988, Milano, 1991, 19 ss., nonché in *Foro amm.*, 1996, II, 2775 ss. e ora in *Scritti giuridici*, Milano, vol. V, *Articoli e altri*

Resta che per una lunga fase della propria storia Roma conosce un processo lasciato ai privati, svolgentesi secondo regole «il cui rispetto era assicurato dal controllo sociale, dalla partecipazione quasi ‘corale’ della comunità, nonché dall’interferenza del fattore religioso»⁽²⁵⁾, mostrando così come la *iurisdictio* magistratuale (ovvero altra forma di intervento ‘statuale’) non fosse elemento funzionale e strutturale indefettibile del processo privato⁽²⁶⁾.

scritti (1984-1999), Milano, 2006, 4227 ss.; l’a. ipotizza che all’inizio della storia di Roma l’arbitrato precedesse nel tempo la funzione giurisdizionale dello Stato e individua nei sistemi procedurali romani delle «vere e proprie sovrapposizioni all’antico arbitrato», una trasformazione spiegabile con lo sviluppo della società romana e l’accresciuta importanza dello Stato «quale ‘arbitro’ nelle contese tra i privati sicché l’invenzione del magistrato fornito di *imperium* veniva a configurare una presenza autoritaria dello Stato nella composizione della lite» (*ivi*, 4227-8). Vero è che l’arbitrato viene talora espunto dal novero degli strumenti alternativi, sul rilievo che, pur presentando alcune ‘assonanze’ con gli istituti di ADR, esso costituirebbe, a ben vedere, «una sorta di giustizia privata, cioè dettata da un privato anziché da un giudice» (così M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., 6); lo stesso saggio appena citato del Benvenuti lo qualifica del resto come «giurisdizione domestica», espressione di un ordinamento autonomistico, al pari della giustizia sportiva (4235-6). In questa sede peraltro si preferisce ricondurlo all’interno di una concezione ampia di tale categoria – della quale peraltro è comunemente rilevata la sagoma sfuggente – posto che «questo rimedio è senz’altro ‘alternativo’ alla giurisdizione statale», ancorché non annoverabile «fra quelli ‘amministrativo-giustiziali’» (così V. DOMENICHELLI, *La giustizia nell’amministrazione fra procedimento e processo, fra giurisdizione amministrativa e modelli alternativi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 59). Sull’argomento qui accennato cfr. altresì T. DALLA MASSARA, *Studio sui rapporti tra sentenza iudicis e decisione arbitrale*, Napoli, 2012.

⁽²⁵⁾ G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I. Le origini*, Torino, 1986, 181. Cfr., inoltre, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones. Corso di diritto romano (Anno accademico 1961-1962)*, Roma, 1962.

⁽²⁶⁾ Così C. PELLOSO, ‘Giudicare’ e decidere in Roma arcaica. Contributo alla contestualizzazione storico-giuridica di Tab. 1.8, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova, 2012, 63, riprende, peraltro in senso critico, la tesi sempre di G. NICOSIA, *Il processo privato romano. I*, cit. P. BONFANTE, *Lezioni*, cit., 106-7, efficacemente sintetizza gli stadi successivi di una vicenda che vede nel primo periodo delle *legis actiones*

4. *Uno sguardo retrospettivo in chiave giuridica: cenni alla lex mercatoria e allo ius mercatorum.* – Il collegamento tra ‘diritto sostanziale non tradizionale e giustizia alternativa’ si riscontra poi all’affermarsi della *lex mercatoria* – intesa come un insieme di misure giuridiche create dagli operatori economici per regolarne gli scambi commerciali – se è vero che quest’ultima «ha sempre racchiuso dentro di sé una componente giudiziaria perché questo elemento conferisce all’insieme delle misure giuridiche l’indispensabile effettività»⁽²⁷⁾.

il magistrato altro non fare che «imporre di scegliere il giudice che giudichi, che è persona privata scelta dalle parti» o scelta dal medesimo, se le parti non si accordano, tra una lista di persone che possono fare da giudici; nel periodo delle formule «il magistrato dà istruzioni al giudice sul modo in cui deve giudicare e questa è la formula; sicché il giudice ha le mani legate, ha solo la libertà di ricercare la verità dei fatti» ed infine nella procedura *extra ordinem* «magistrato e giudice sono una stessa persona e i termini sono sinonimi: la giustizia diventa una funzione amministrativa». Cfr., altresì, V. CARRO, *Autorità pubblica*, cit., 9 e 2, che pure sostiene che nel processo romano di età arcaica fino a quella classica il magistrato giurisdicente «si limita a dirigere le parti nell’impostazione della controversia e a garantire, con la sua autorità, l’esatta formulazione delle loro pretese. La decisione è, invece, rimessa a un *iudex* privato, scelto o almeno accettato dalle parti». Anche T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma di giustizia: le Alternative Dispute Resolutions*, in *Rass. for.*, 2011, 327, ricorda che «conciliare è verbo che ha radici giuridiche antiche, che affondano nelle origini contrattuali del processo romano, simbolizzate dalla *litis contestatio*».

⁽²⁷⁾ M. RAMAJOLI, *Per una giustizia amministrativa alternativa*, cit., 124. A titolo di esempio si possono richiamare la lettera di cambio, la società in accomandita e le altre forme societarie, i registri di commercio con specifiche regole probatorie, l’assicurazione sui trasporti, le procedure concorsuali e fallimentari, i documenti di credito dotati di diretta efficacia esecutiva come istituti nati dalle esigenze degli scambi commerciali «resi vincolanti e per così dire azionabili dalle giurisdizioni delle corporazioni di mestieri» richiamati da A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, 34; cfr. inoltre ID., *Brevi note storiche sulla lex mercatoria*, in *Soc. dir.*, 2005, 75-6, ove si ricorda che alle corporazioni di mestieri spettavano «sia la giurisdizione che il potere di statuire nelle materie relative all’ambito di competenza economica della corporazione stessa: compiti svolti per lungo tempo non da giuristi di professione ma da membri autorevoli della corporazione stessa, sulla base di criteri equitativi». Si fa qui riferimento, in par-

A voler essere ancor più precisi, il discorso vale in particolare per lo *ius mercatorum* mediterraneo, rispetto alla *lex mercatoria* intesa come la complessa normativa adottata dai mercanti del nord Europa, un diritto mercantile di matrice anglosassone.

Mentre quest'ultima infatti «ha origine consuetudinaria, ma è poi arricchita da strutturate “codificazioni”» e «ad elaborarla sono via via i tribunali di *common law*»⁽²⁸⁾, il primo viene tipicamente

ticolare, alla *lex mercatoria* medievale, tenendo presente infatti che in dottrina (cfr. V. OLGATI, *Lex mercatoria e communitas mercatorum nell'esperienza giuridica contemporanea*, *ivi*, 355-6) si è individuata un'articolazione storica di modelli della *lex mercatoria*, distinguendo tra quella 'arcaica' (in seguito recepita come parte integrante dello *ius gentium* romano), quella 'medievale' (fondata sulla mobilità e capacità organizzativa delle corporazioni di appartenenza), quella 'moderna' (emersa nel corso delle guerre europee di conquista coloniale) e quella 'contemporanea' (frutto della crescente autonomia organizzativa, politica e finanziaria delle grandi corporazioni economiche private). Anche con riguardo alla *lex mercatoria* in prospettiva attuale si è sostenuto che essa consista in «un *set* di regole e un sistema di giudizio che si collegano tra di loro in quanto il secondo tende a creare e completare il primo attraverso una sorta di uniformazione delle varie regole esistenti anche nei vari paesi» (M.F. SERRA, *Lex sportiva e lex mercatoria: un confronto*, in *Nomos*, 2020, 6). Naturalmente non si possono sottovalutare le differenze esistenti tra la *lex mercatoria* medievale, sorta nel contesto di «un ordine sociale pluralistico, corrispondente ad una 'società di società'», come diritto tipicamente 'dal basso', ma confinato entro precisi limiti sociali e giuridici, presidiato da adeguati controlli sociali, produttivo di effetti soprattutto nella cerchia sociale di riferimento, «con ricadute secondarie all'esterno» e la «capacità effusiva» dell'attuale *lex mercatoria* che travolge tutti i limiti anzidetti, con una formazione in realtà «dall'alto», attraverso moduli giuridici confezionati e proposti da legislatori invisibili quali sono le grandi *law firms*» e con ripercussioni sul tessuto anche sociale della collettività complessivamente intesa: differenze efficacemente messe in luce da M.R. FERRARESE nel saggio dal significativo titolo *La lex mercatoria tra storia e attualità. Da diritto dei mercanti a lex per tutti?*, in *Soc. dir.*, 2005, 157 ss. (in proposito cfr. altresì S.E. SACHS, *From St. Ives to Cyberspace: The Modern Distortion of the Medieval 'Law Merchant'*, in *Yale Law School Student Scholarship Series*, reperibile in <<http://lsr.nellco.org/yale/studen/papers/5>>).

⁽²⁸⁾ R. FERRANTE, *Francesco Galgano tra storia del diritto commerciale e lex mercatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 391; riprendo da M. FORTUNATI, *La lex mercatoria nella tradizione e nella recente ricostruzione storico-giuridica*, *ivi*,

evolvendosi per contro «anche attraverso l'opera dei tribunali mercantili», istituzioni delle quali «gli operatori commerciali sono strenui difensori, perché opera rapidamente e i giudici non sono che altri mercanti, pari che giudicano pari (...)» ⁽²⁹⁾.

30, l'esempio della promulgazione nell'area anglosassone della *Carta Mercatoria* la quale «prevedendo che le controversie commerciali fossero risolte seguendo le consuetudini del luogo del contratto, avrebbe secondo taluni indebolita la preesistente universale legge mercantile», seguita poi dall'intervento di Edward Coke che «avrebbe definitivamente sottomesso la *lex mercatoria* al *Common law*, proclamando come la prima fosse parte del diritto inglese e come tale passibile di essere soggetta ai controlli e agli organi giudicanti di quest'ultimo». Nello stesso saggio si sottolinea peraltro come pure in Inghilterra nelle origini la *lex mercatoria* sembri riferirsi, piuttosto che ad una uniforme disciplina giuridica commerciale, «esclusivamente a privilegi procedurali garantiti ai mercanti nel campo del processo civile» e dunque a «una procedura speciale spedita, adatta alle necessita di uomini che non potevano aspettare i tempi ordinari del *common law*» (*ivi*, 34).

⁽²⁹⁾ R. FERRANTE, *Francesco Galgano*, cit., 391. Anche E. FAZZALARI, *L'arbitrato nell'era della 'mondializzazione'*, in *Riv. arb.*, 2000, 227 ss., ricorda come la (ri)cognizione della *lex mercatoria* risulti «per lo più confidata ad arbitri: i quali, in effetti, si apparentano ai giudici *law makers*, in quanto partecipano al processo di formazione di tale diritto». Significativo, inoltre, che, anche quando subentrano successivamente i tribunali, questa volta composti da giuristi, come nel caso della Rota civile di Genova, «competente a conoscere sia di tutte le cause che in precedenza erano di spettanza dei tribunali commerciali (Mercanzia, Gazaria, Banchi e dei Rotti, cioè dei falliti) sia di tutte quelle che in base agli statuti erano fino ad allora state affidate ai '*boni viri de tabula*'», questa risulti «comunque obbligata a giudicare secondo le regole, ordini e decreti e 'secondo la natura' delle magistrature che era andata a sostituire» e dunque «tenuta a risolvere le controversie basandosi, oltre che sulle proprie *regulae*, sulla inveterata consuetudine osservata sulla piazza commerciale genovese» (M. FORTUNATI, *La lex mercatoria*, cit., 38-9). Si potrebbe aggiungere che, in verità, anche il monarca assoluto, il principe dell'*ancien régime*, «vive ed opera totalmente immerso in uno *ius inventum* di fatto largamente indisponibile da parte sua, in cui la *société organisée* riconosce e celebra la propria autonomia tradizionale rispetto al potere politico, e che viene custodito gelosamente da organi giurisdizionali eretti dalla coscienza collettiva dei ceti emergenti in tutori delle libertà e dei privilegi consuetudinari» (L. MANNORI, *Uno Stato per Romagnosi. II. La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987, 48-9).

5. *La prospettiva odierna: il collegamento tra soft law e sviluppo delle ADR nel contesto delle Autorità amministrative indipendenti.* – Venendo ai giorni nostri, il collegamento tra *soft law* e sviluppo delle ADR risulta anzitutto dalla circostanza che talvolta l'introduzione o la disciplina minuta di queste ultime è promossa e/o sollecitata proprio da strumenti di 'diritto soffice': un esempio è costituito dai meccanismi di *internal review* in ambito europeo, previsti dalla Raccomandazione n. 9 del 5 settembre 2001 «*Alternatives to litigation between administrative authorities and private parties*»⁽³⁰⁾.

Con riguardo alla realtà italiana si potrebbero richiamare le Carte dei servizi all'interno delle quali è contemplata la possibilità di presentare reclami da parte degli utenti per disservizi o violazione di *standard* qualitativi imputabili ai gestori dei servizi pubblici costituente l'embrionale tentativo di introduzione delle ADR nel settore⁽³¹⁾.

Il collegamento suddetto si apprezza in grado particolarmente intenso nel caso delle Agenzie e delle Autorità amministrative indipendenti (AAI); non è forse un caso, del resto, che il pregevole studio annuale del *Conseil d'État* immediatamente successivo a quello sulle *Agences* sia stato dedicato proprio al *droit souple*, quasi a sottolineare la continuità delle due tematiche, tanto dal punto di vista della riflessione teorica che dell'urgenza pratica⁽³²⁾.

⁽³⁰⁾ Cfr. M. CALABRÒ, *L'evoluzione della funzione giustiziale nella prospettiva delle appropriate dispute resolution*, in *Federalismi.it*, 2017, 9. Si potrebbe ricordare altresì, con riguardo alle Commissioni indipendenti di ricorso contro gli atti delle Agenzie europee, che un profilo essenziale della disciplina della loro organizzazione, relativo alle condizioni di imparzialità e di indipendenza, si ritrova nel par. 21 dell'Orientamento comune di Parlamento, Consiglio e Commissione sul ruolo e la collocazione delle Agenzie nello scenario istituzionale dell'Unione, datato 7 giugno 2012, come ricorda B. MARCHETTI, *Note sparse sul sistema dei rimedi amministrativi dell'Unione europea*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015, 29.

⁽³¹⁾ M. CALABRÒ, *L'evoluzione*, cit., 17.

⁽³²⁾ Cfr. *Conseil d'État, Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique?*, Paris, 2012, e *Conseil d'État, Le droit souple. Étude annuelle 2013*,

Nel caso delle Autorità amministrative indipendenti e della loro funzione *regolatoria*, come noto, si assiste sovente, accanto all'attribuzione di strumenti di amministrazione 'attiva', al cumulo, eterodosso nell'ottica di una meccanica applicazione del principio della divisione dei poteri, di 'quasi-legislative powers', comprensivi di una vasta gamma di atti che non creano obblighi, ma diffondono orientamenti e indirizzi di comportamento ⁽³³⁾, o offrono chiari-

64, Paris, 2013. In riferimento alle Agenzie europee si è rilevato per contro anche di recente che «*despite the close relationship between EU agencies and soft law, these two subjects have so far been studied separately*» (M. VAN RIJSBERGEN, *Legitimacy and effectiveness of ESMA's soft law*, Cheltenham-Northampton, 2021, 1).

⁽³³⁾ Cfr. N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 101. Ha osservato U. ROMAGNOLI, *Autorità di garanzia e regolazione del pluralismo*, in AA. VV., *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti, Quaderni della Riv. trim. dir. e proc. civ.*, Milano, 1997, 65, che tali Autorità risultano «attrezzate per gestire i laboratori della *flessibilità organizzata* della produzione giuridica, il cui fabbisogno è crescente nelle province più insicure e turbolente dell'ordinamento». Riguardo in particolare alle Linee guida delle Autorità in parola, anche la più recente manualistica, ravvisandovi «la traduzione (più che la tradizione)» del termine giuridico anglosassone *Guidelines*, le riconduce «all'idea di *Soft Law* o *Soft Regulation*», assimilandole peraltro alle direttive, dalle quali si differenzerebbero per il maggior grado di dettaglio che le caratterizza, offrendo appunto «quasi una guida operativa che ispira la condotta» (G. DELLA CANANEA, M. DUGATO, B. MARCHETTI, A. POLICE e M. RAMAJOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2022, 120-1). La regolazione stessa è stata qualificata anzitutto come «produzione normativa» e, più specificamente, come «una produzione normativa di carattere strategico, pragmatico e adattativo, orientata non a produrre coercitivamente certi risultati (ad esempio imporre determinati prezzi), ma a far sì che questi risultati si producano per via di modificazioni spontanee dei comportamenti dei soggetti interessati che agiscono adattandosi alle nuove condizioni (gli incentivi) definite dalla regolazione» (così B. TONOLETTI, *Convergenza tecnologica e pluralismo informativo nelle comunicazioni elettroniche*, AA.VV., *Percorsi di diritto dell'informazione*, Torino, 2006, 313, richiamato da M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. reg. merc.*, 2015, 6 ss., la quale ribadisce anche qui l'esistenza di una «profonda radice in comune» tra la 'logica regolatoria' e la 'logica mediatrice' compresenti nelle autorità indipendenti). Sui rapporti tra regolazione e sistema delle fonti cfr. inoltre M.E. BUCALO, *Autorità indi-*

menti' (34) e di 'quasi-judicial powers', attraverso la previsione di procedure variamente definite come 'paragiurisdizionali', o 'contenziose', o 'quasi giudiziali' (35) che si svolgono dinanzi a esse, talora presso strutture o organismi dedicati (36).

Caratteristica, anche per il peso assunto nelle dinamiche della disciplina dei contratti pubblici, la situazione della relativa Autorità di vigilanza, poi sostituita dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC). Essa affianca alla previsione di linee guida (largamente utilizzate e oggetto in verità di vasta attenzione per la loro controversa natura, attesa la possibilità che alcune di esse producano effetti

pendenti e soft law, Torino, 2018; della stessa a. cfr. da ultimo *Riflessioni su soft law e autorità indipendenti anche nella prospettiva di alcune recenti pronunce giurisprudenziali*, in *PA Pers. e amm.*, 2022, 519 ss.

(34) Cfr. M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate*, cit., 14, a proposito dei chiarimenti, qualificati come «atti amministrativi di difficile inquadramento sistematico» forniti nel corso del processo dalla (attuale) ARERA e in grado di «definire profili tecnici controversi, con la conseguenza che in tal maniera la regolazione 'irrompe' nel processo, 'facendosi regola del caso con la sentenza del giudice'» (qui la citazione è da S. LUCATTINI, *Modelli di giustizia per i mercati*, Torino, 2013, 57-9).

(35) Cfr. M. GIOVANNINI, *I poteri giustiziali delle Autorità indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 133 ss. Osserva M. CLARICH, *I ricorsi dinanzi alle autorità amministrative indipendenti*, *ivi*, 126, che, pur essendo stata un po' ridotta la tesi della paragiurisdizionalità, «resta indubbio che si tratta di amministrazioni che hanno caratteristiche che le avvicinano di per sé a organi se non giurisdizionali, certamente diversi dal modello di amministrazione burocratica tradizionale». In tema cfr., da ultimo, A. PATANÈ, *La funzione giustiziale dell'Autorità di regolazione energia reti e ambiente tra esigenze di risoluzione delle controversie e garanzie costituzionali*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1 ss., con considerazioni che investono in generale le Autorità amministrative indipendenti.

(36) Quali ad es., l'Unità arbitrali e decisioni controversie – ADC – presso l'Autorità di Regolazione per energia reti e ambiente (ARERA), l'Arbitro bancario finanziario – ABF – territorialmente articolato, della Banca d'Italia, la Camera di conciliazione e arbitrato e successivamente l'Arbitro per le controversie finanziarie – ACF – presso la CONSOB, i Comitati regionali per le comunicazioni – Co.re.com – dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, o il costituendo Arbitro per le controversie assicurative presso l'IVASS.

vincolanti *ex lege* ⁽³⁷⁾, ma da ultimo oggetto di una «tendenziale ‘marcia indietro’» del legislatore ⁽³⁸⁾, la possibilità di esprimere pareri sulle procedure in corso che era stata interpretata «forzando un po’ la norma del codice (...) come una attività paragiurisdizionale in contraddittorio tra la stazione appaltante e l’impresa» ⁽³⁹⁾ e così risulta ora configurata dalla più recente versione dell’art. 211 codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) ⁽⁴⁰⁾.

Significativa appare altresì la realtà dell’Arbitro bancario finanziario – ABF – della Banca d’Italia, definito ad un tempo come «un modello, forse quasi isolato, realmente vincente di *Alternative Dispute Resolution*» ⁽⁴¹⁾ e quale «‘nuovo formante settoriale’ del diritto bancario» ⁽⁴²⁾; del resto l’ABF stesso è stato qualificato come «meccanismo di *soft law*

⁽³⁷⁾ Cfr., da ultimo, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fisionomia delle linee guida: abbozzo di una traiettoria evolutiva con specifico riferimento al settore dei contratti pubblici*, in *Dir. economia*, 2021, 11 ss.

⁽³⁸⁾ Così G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. economia*, 2022, 20.

⁽³⁹⁾ M. CLARICH, *I ricorsi*, cit., 126.

⁽⁴⁰⁾ Sulla tematica di tale ‘precontenzioso’ cfr. M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso nei contratti pubblici tra logica preventiva e tutela oggettiva*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 557 ss. Sul parere di pre-contenzioso nell’area dei poteri di vigilanza dell’ANAC come strumenti di risoluzione delle controversie cfr., da ultimo, A. MILONE, *I poteri di vigilanza dell’Autorità nazionale anticorruzione*, in C. ACCIOLLA (a cura di), *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Napoli, 2022, 171 ss.

⁽⁴¹⁾ F. MOLLO, *Gli orientamenti dell’arbitro bancario finanziario tra complementarietà e alternative di tutela*, in *Contratto impr.*, 2019, 1329. Sull’ABF come «esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione» cfr. I.A. CAGGIANO, *L’arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di degiurisdizionalizzazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, II, 2015, 439 ss. Reputano viceversa tale organismo «un lontano parente della (pur vasta) famiglia delle ADR» (a testimonianza della difficoltà di perimetrazione di un concetto sfuggente e polimorfo quale quello di ADR) C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo, irriducibile a quello dell’arbitro, del nuovo ABF, ‘scrutatore’ di torti e ragioni nelle liti in materia bancaria*, in *Corriere giur.*, 2011, 1654.

⁽⁴²⁾ F. MOLLO, *Gli orientamenti*, cit., 1332, con richiamo a C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo*, cit., 1654.

anche sul piano giurisdizionale», sia pure ricorrendo qui alla nozione di *soft law* in un senso ampio e verosimilmente ‘atecnico’⁽⁴³⁾.

Si noti che, secondo un’autorevole interpretazione, la *ratio* che permea l’ABF è stata individuata in una «valutazione di tipo prognostico sull’esito finale di una lite (ancora potenziale) tra cliente ed intermediario», nella quale l’ABF appare come «‘scrutatore’ di torti e ragioni», il cui «‘epifanico’ responso emesso fulmineamente, *sicut sagitta*, dal collegio» è tale da prevenire una risoluzione autoritativa della lite⁽⁴⁴⁾. In effetti di ‘responso’ dell’Arbitro bancario finanziario – quasi come i *responsa* dei giuristi romani o addirittura degli aruspici – ha parlato anche la Corte Costituzionale in una nota pronuncia⁽⁴⁵⁾ nella quale, rintuzzando il tentativo dell’ABF di auto-qualificarsi come organo giurisdizionale *tout court*, ai fini della possibilità di sollevare la questione di legittimità⁽⁴⁶⁾, ne ha viceversa evocato «una soluzione squisitamente amministrativa»⁽⁴⁷⁾ (il che peraltro non ne revoca in dubbio la – largamente condivisa⁽⁴⁸⁾ – caratte-

⁽⁴³⁾ M. RABITTI, *Soft law e governance: i fallimenti del mercato e l’esperienza dell’Arbitro Bancario Finanziario*, in M. NUZZO (a cura di), *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, vol. I, Torino, 2014, 633; l’a. del resto identifica più in generale i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie come espressione di *soft law* (*ivi*, 629).

⁽⁴⁴⁾ C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo*, cit., 1655-7.

⁽⁴⁵⁾ Corte cost., 21 luglio 2011, n. 218. La diversa prospettazione offerta dal Collegio ABF di Napoli quale asserito giudice *a quo* faceva leva sullo svolgimento di una funzione giurisdizionale «esercitata mediante applicazione obiettiva, in posizione *super partes* e con la garanzia del contraddittorio, di norme di diritto, finalizzata alla risoluzione di casi concreti, nonché sullo svolgimento indirettamente anche di una funzione nomofilattica, in grado di orientare le condotte degli intermediari (su cui grava l’obbligo di mantenersi al corrente degli indirizzi espressi dai collegi Abf)», oltre che sul richiamo alla precedente giurisprudenza della Corte favorevole al riconoscimento di una funzione giudicante in capo all’arbitro rituale, come riassume F. MOLLO, *Gli orientamenti*, cit., 1333.

⁽⁴⁶⁾ M. CLARICH, *I ricorsi*, cit., 127.

⁽⁴⁷⁾ MOLLO, *Gli orientamenti*, cit., 1333.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. in proposito, l’ampia bibliografia richiamata da M.C. MALARA, *Centrale dei rischi e giurisprudenza dell’Arbitro Bancario Finanziario*, in *Contr.*, 2018, 93 ss.

rizzazione di strumento alternativo di risoluzione delle controversie, sia pure dalle caratteristiche peculiari, secondo la prospettazione appena richiamata); e allora ritornano gli echi di ascendenze antiche...

6. *Il collegamento e le nuove problematiche: il ricorso al nudge o «spinta gentile».* – Se ora dalle reminiscenze antiche ci proiettiamo verso nuove, incipienti problematiche, sempre nel contesto della regolazione, *rectius*: della c.d. *soft regulation*, merita una particolare considerazione il crescente ricorso da parte delle autorità di regolazione, in linea con l'approccio della *Behavioural Law and Economics*, anche nell'ambito delle procedure di tipo paragiurisdizionale, al *nudging* ⁽⁴⁹⁾ che ampio interesse ha acquisito nella dottrina francese ⁽⁵⁰⁾ e, specie di recente, in quella, anche amministrativistica, italiana ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Cfr., da ultimo, R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: The Final Edition*, London, 2021. Sulle decisioni dell'ABF come *nudge* cfr. S. COTTERLI, *ABF e tutela del cliente bancario*, in *Banca Impr. Soc.*, 2019, 316; con riguardo all'ANAC cfr. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 9 ss., che parla di «tecnica del convincimento per induzione». Cfr., inoltre, C. LEONE, *Moral suasion and antitrust law*, in *PA Pers. amm.*, 2021, 605 ss., la quale – a conferma che, anche in un approccio che fa tesoro delle più recenti acquisizioni delle scienze comportamentali e neurologiche, in fondo *nihil sub sole novi* – richiama esempi di ricorso alla 'persuasione' da parte di Federico il Grande di Prussia e della Regina Vittoria.

⁽⁵⁰⁾ Cfr., ad es., J. CHEVALLIER, *Les nudges dans la modernisation de l'action publique*, in M. BOZZO-REY, A. BRUNON-ERNST (dir.), *Nudges et normativités. Généalogie, concepts et applications*, Paris, 2018, 227 ss.; J. MARTIRE, *La montée en puissance des nudges: l'histoire d'une normalization*, *ivi*, 91 ss.; F. NARU, W. BELLOW, F. CAVASSINI, *Développement des nudges dans les politiques publiques*, *ivi*, 257 ss.; M. BOZZO-REY, *Enjeux et défis de stratégies d'influence obliques des comportements: le cas de la législation indirecte et des nudges*, in *The Toqueville Review*, 2016, 123 ss.; J.-M. DONEGANI, A. JANUAIT, *Paternalisme liberal*, Presses de Sciences Po, 44, 2011, *Raison Politiques*.

⁽⁵¹⁾ Da ultimo cfr., in particolare, la recente monografia di A. ZITO, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021 e le relative recensioni di L. IANNOTTA in *Nuove autonomie*, 2021, 543 ss. e di D. VESE in *PA*

Al di là dell'assonanza semantica tra l'ascolto gentile' che, come si è ricordato, caratterizza le forme di ADR e l'idea della 'spinta gentile' che connota le modalità di manifestazione del 'pungolo', ci si può interrogare se tale approccio possa essere effettivamente inquadrato nella pur eterogenea categoria della *soft law*.

V'è chi lo esclude sul rilievo che «[l]a création d'un environnement comportemental incitateur ne relève pas du monde des normes, souples ou dures, mais de celui des faits», trattandosi in definitiva di «une technique d'aide à la mise en oeuvre des actes normatifs, durs ou souples», sicché non di *soft law* potrebbe qui discorrersi, quanto di «soft 'implementation'»⁽⁵²⁾.

Senonché recente dottrina ha posto l'accento sulla presenza, nel quadro del *nudging*, di «decisioni che definiscono il contesto entro il quale altri soggetti assumeranno decisioni»⁽⁵³⁾, quali quelle che, nel linguaggio del *nudge*, attengono alla 'architettura delle scelte': decisioni di contesto che si contraddistinguono, oltre che per l'essere appunto frutto dell'applicazione di teorie e paradigmi desunti dalle scienze comportamentali, per il fatto di non produrre effetti autoritativi diretti nei confronti dei destinatari, al pari del *ge-*

Pers. amm., 2021, 795 ss., nonché G. TROPEA, *Spinte gentili*, cit., 11 ss. In generale cfr. N. RANGONE, *Strumenti tradizionali e nuovi per l'effettività delle decisioni amministrative*, Relazione al convegno AIPDA su «Decisioni amministrative e processi deliberativi», Bergamo, ottobre 2017; EAD, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *An. Giur. economia*, 2012, 1 ss.; S. CASSESE, *Exploring the Legitimacy of Nudging*, in A. KEMMERER, C. MÖLLERS, M. STEINBEIS and G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture in Democracies. Exploring the Legitimacy of Nudging*, Oxford/Baden-Baden, 2016, 241 ss.; F. DI PORTO, *Regolazione, principio di proporzionalità e scienze cognitive*, in *Federalismi.it*, 2018, 1 ss.

⁽⁵²⁾ Così, recentemente, A. FLÜCKIGER, *Gouverner par des «coups de pouce» (nudges): instrumentaliser nos biais cognitifs au lieu de légiférer ?*, in *Les Cahiers de droit*, 59, 1, mars 2018, 215, ove si aggiunge che prendere «l'acte de mise en œuvre de l'acte normatif» «pour l'acte normatif sous-jacent lui-même» costituisce una 'metonimia'.

⁽⁵³⁾ A. ZITO, *La nudge regulation*, cit., 18.

nus soft law, bensì, e in ciò consiste la peculiarità di tale *species*, effetti materiali, esistenziali ⁽⁵⁴⁾.

Ciò consente di «perseguire l'effettività/efficacia dell'ordinamento, talvolta in modo più efficace della tradizionale regolazione, basata su *law as guidance*» ⁽⁵⁵⁾, così interpretando un altro tratto identificativo del diritto detto (forse impropriamente) 'debole' e assecondando, nel caso del ricorso a tale strumento da parte dell'amministrazione, la «attrazione fatale» di quest'ultima nell'«ormai preconizzato transito dall'amministrazione per atti a quella per *risultati*» ⁽⁵⁶⁾.

Altro discorso poi (ma su questo si tornerà *infra*) è se questo approccio, esibito sotto il vessillo del superamento/ridimensionamento del tradizionale volto autoritativo dei *command and control*, degli obblighi e divieti, non si traduca in verità, come affermato da ultimo, in una «strategia normalizzante» ⁽⁵⁷⁾ la quale avrebbe delle ascendenze, per lo più inconsapevoli, nel noto modello di 'legislazione indiretta' elaborato nella filosofia utilitarista di Jeremy Bentham: cosicché alle «catene artificiali, chiamate leggi civili» che, nel Leviatano, gli uomini hanno fissato, per una estremità, alle proprie orecchie ⁽⁵⁸⁾, si verrebbe ora a sostituire un potere che, «come

⁽⁵⁴⁾ Così la citata *Recensione* di L. IANNOTTA, 543-4. Anche G. TROPEA, *Spinte gentili*, cit., 42, sostiene che «nel quadro neopaternalista il declino della concezione normativistica e liberale si accompagna a un processo in cui le norme generali e astratte sono sostituite dal *soft law* delle spinte gentili».

⁽⁵⁵⁾ Così la citata *Recensione* di L. IANNOTTA, 545, sempre con richiamo alla monografia di A. ZITO.

⁽⁵⁶⁾ Così G. TROPEA, *Spinte gentili*, cit., 23.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, 40, con richiamo a J. MARTIRE, *La montée*, cit., 113.

⁽⁵⁸⁾ T. HOBBS, *Leviathan* (1651), tr. it. *Il Leviatano, o la materia, la forma, e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, VI ed., a cura di A. PACCHI, Roma-Bari, 1997, 177: «gli uomini, per raggiungere la pace e, con ciò, la propria conservazione, hanno fatto un uomo artificiale che chiamiamo Stato; e così hanno fatto anche catene artificiali, chiamate leggi civili, che essi stessi, con patti reciproci, hanno fissato, per una estremità, alle labbra di quell'uomo, o di quella assemblea, cui hanno dato il potere sovrano e, per l'altra, alle proprie orecchie».

una ‘catena invisibile’, cerca di evitare l’azione repressiva plasmando desideri legittimi»⁽⁵⁹⁾, o, se si vuole, invischia in una trama di «fili impercettibili»⁽⁶⁰⁾.

7. *Il collegamento e le nuove problematiche: il ricorso alle nuove tecnologie e le forme di Online Dispute Resolution (ODR).* – Non meno problematiche, e per certi versi tendenzialmente sovrapponibili, sono le questioni che si profilano all’orizzonte di quella che a mio avviso appare un’ulteriore frontiera che si apre al *soft law*, ossia quell’imponente fenomeno costituito dal ricorso alle nuove tecnologie fino alle più avanzate conquiste dell’intelligenza artificiale (A.I.), dal *machine learning* alle reti neurali artificiali e al *deep learning*.

Si tratta di fenomeno che ancora una volta si lega a un’altrettanto specifica forma di tutela non giurisdizionale, le *Online Dispute Resolution* (ODR)⁽⁶¹⁾, versione telematica ed evoluta delle tradizionali

⁽⁵⁹⁾ G. TROPEA, *Spinte gentili*, cit., 40, con richiamo qui a C. LAVAL, *The Invisible Chain: Jeremy Bentham and Neo-liberalism*, in *History of European Ideas*, 2017, 35. Nella dottrina francese, con riguardo all’utilitarismo benthamiano, cfr. M. BOZZO-REY, *Le droit comme système de contrôle social*, in *Revue D’études Benthamiennes*, n. 8, 2011.

⁽⁶⁰⁾ Come si ricorda in M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata. Una critica del paternalismo libertario*, Roma, 2018, 240, per Jeremy Bentham «nella Legislazione Diretta, il Legislatore indossa la sua armatura di terrore artificiale e si fa avanti scopertamente: nella Indiretta il Sovrano tesse la sua tela con fili impercettibili, tenendosi dietro la quinta» – «*In Indirect he nets every thing by imperceptible wires, keeping himself behind the curtain*» – (J. BENTHAM, *Indirect Legislation*, in *Bentham Project transcript of ‘Indirect Legislation’*, UC xcvi. 257).

⁽⁶¹⁾ In termini più generali sul collegamento sussistente fra il crescente impatto della *soft law* a livello internazionale e l’evoluzione delle ODR si può richiamare ad es. il documento recante *Technical Notes on Online Dispute Resolution* elaborato nel 2016 dall’Uncitral, come sottolinea C. E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution: evoluzioni del fenomeno digitale*, in *Riv. dir risparmio*, 2021, 11.

ADR ⁽⁶²⁾, o piuttosto, secondo taluni, «innovativa ed affidabile ti-

(62) In verità, v'è chi sostiene che nell'acronimo ODR la mancanza del riferimento al termine «*alternative*» marcherebbe il difetto del carattere proprio del fenomeno della 'degiurisdizionalizzazione', l'elemento innovativo di tali strumenti consistendo «non nell'alternatività rispetto alla genesi statale dei meccanismi che consentono di comporre le liti bensì nella diversità del metodo, nei criteri in cui la lite viene risolta» (così A. PANARIELLO, *Se l'algoritmo non può decidere la lite, che almeno ne tenti la conciliazione: la proposta conciliativa ex art 185 bis c.p.c. formulata dall'intelligenza artificiale*, in *DPCIEC*, n. 1/2021, 131). Si osserva per contro che tale acronimo riveste una portata potenzialmente più ampia di quella delle ADR grazie alla peculiarità di combinare «*the 'alternativeness' of ADR to – some – online dimension*» (V. MORGANTE, *ADR, ODR, claims, reputation: the quest for an effective justice model for online transactions*, in *MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media*, 2019, 178-9, ove si riporta la seguente citazione da J. HÖRNLE, *Online Dispute Resolution – The Emperor's New Clothes? Benefits and Pitfalls of Online Dispute Resolution and its Application to Commercial Arbitration*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, 2003, 2: «*In one sense, ODR is simply about the use of new tools – information management tools and communication tools – for dispute resolution. But it is equally true that these tools change the methods by which disputes are being solved. ODR introduces a new paradigm of dispute resolution*»). Anche secondo N. POSTERARO, *Dalle Alternative Dispute Resolution alle Online Dispute Resolution: modelli, vantaggi e rischi con uno sguardo rivolto all'Italia*, in Osservatorio sullo Stato digitale dell'IRPA <www.irpa.eu>, nel caso delle ODR «non si tratta, dunque, generalmente, di modelli differenti di ADR, ma di modalità espressive di quelle già esistenti; figlie della società dell'informazione e della comunicazione»; cfr. inoltre, *ivi*, il richiamo a diversi sistemi di transazione automatica, di transazione assistita (c.d. *assisted negotiation* o *direct negotiation* o *facilitated negotiation*) – forniti di meccanismi di 'soft enforcement' sui soggetti coinvolti, per incentivarli ad assumere atteggiamenti collaborativi – e di conciliazione *online* (*mediation*). ID., *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)*, in *Il Processo*, 2021, 265 ss., rileva ancora che «proprio in quanto 'duplicati virtuali' delle ADR, siffatte ODR, di c.d. prima generazione, sono state definite anche con gli acronimi *iADR*, *e-ADR*, *virtual ADR*, *online ADR*» e individua, alla stregua di alcuni studi condotti dal Comitato europeo di normazione, i principali strumenti di ODR nella negoziazione assistita *online*, nella negoziazione automatica, nell'arbitrato *online* e nella mediazione *online* (316-7). Secondo M.-O. DIEMER, *Les nouvelles alternatives*, cit., 475, «*numérique, prouesses technologiques et modes alternatifs de règlement des litiges peuvent également se combiner. Le développement des modes alternatifs en ligne est en effet une synthèse de ces nouvelles formes*

pologia di *internet jurisdiction*»⁽⁶³⁾, segnatamente nel caso delle ODR di c.d. seconda generazione⁽⁶⁴⁾, fino a sfociare, nel caso dei

de justice alliant dématérialisation par le biais de plateformes en ligne et nouvelles voies de justice» (con richiamo a R. CARAYOL, *Et si la médiation était le coeur de l'innovation numérique?*, in *Gaz. Pal.*, 7 mai 2019, 12).

(63) Così – in riferimento alla piattaforma prevista con il reg. UE n. 524 del 21 maggio 2013 e attivata il 9 gennaio del 2016, quale unico punto di accesso per la risoluzione extragiudiziale *online* delle controversie originatesi nell'ambito dell'*e-commerce* fra consumatori e professionisti stabiliti nell'Unione europea – P. PACILEO, *Online dispute resolution: la 'piattaforma Ue' come nuovo modello di internet jurisdiction*, in *Cultura dir.*, 2017, 97. Secondo l'a., infatti, «se l'ODR inizialmente costituiva il c.d. 'aspetto telematico' dell'ADR, oggi non può e non deve ridursi ad una mera trasposizione in rete di quest'ultima, bensì deve rappresentare ormai una categoria dogmatica autonoma a sé stante» (79, con richiamo a E. MINERVINI, *I sistemi di ODR*, in ID. (a cura di), *Le Online Dispute Resolution*, Napoli, 2016, 8-9); cfr, altresì *ivi*, 103, ove si stigmatizza come, viceversa, la piattaforma ODR «sia ancora considerata quale mera categoria di ADR, fattispecie ancillare allo svolgimento del procedimento e mai artefice dello stesso, il quale replica in tutto e per tutto lo schema della conciliazione non virtuale semplicemente migliorandolo con l'utilizzo di tecniche informatiche». Si sostiene inoltre (*ivi*, 100) che con l'emersione delle ODR si affermerebbe «un modello di *friendly law*».

(64) A questo proposito, in riferimento alle ODR di 'seconda generazione' si è osservato che lo strumento informatico viene a costituire «quella che è stata definita la 'quarta parte' della disputa, la parte, cioè, che si pone accanto ai litiganti e al soggetto terzo (il quale ultimo tende gradualmente a scomparire, posto che la tecnologia, da mero strumento ausiliario attraverso il quale pervenire ad una più efficace, spedita ed economica risoluzione della vertenza, diventa capace di svolgere funzioni tipicamente decisionali anche per il tramite di 'sistemi giuridici esperti' – o sistemi basati sulla conoscenza» (N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa*, cit., 320). L'a. indica, tra i meccanismi automatizzati *machine based*, i sistemi di c.d. *blind-bidding* o 'asta al buio', applicabili soprattutto a determinate controversie finanziarie, differenziandoli dai già richiamati sistemi di negoziazione assistita (c.d. *assisted negotiation* o *direct negotiation* o *facilitated negotiation*) nei quali «il provider (il sito *web*) si limita ad agevolare la comunicazione diretta tra le parti e a fornire possibili soluzioni della controversia» (*ivi*, 319-20). Sulla c.d. quarta parte della disputa cfr. J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Theory and Practice of the Fourth Party*, in *Conflict Resolution Quarterly* (2001), 117 ss. Anche C.E. PAPA-DIMITRIU, *Online Dispute Resolution*, cit., 13, proprio muovendo dalla distinzione tra ODR di 'prima generazione' (quelle ancora *human based*) e di 'seconda generazione', o *cyber-ADR* (quelle *machine-based*, nelle quali cioè l'*ICT* non si limita a

sistemi ODR degli intermediari digitali, ad una ‘*Alien Dispute Resolution*’, asseritamente espressiva di un «*legal Darwinism*»⁽⁶⁵⁾.

Anche in questo caso si pone preliminarmente la questione circa la possibilità di sussumere il fenomeno nel paradigma della normatività e, eventualmente, di quella ‘normatività graduata’, su cui si tornerà a breve, che si esprime nella *soft law*.

In verità da quando Lawrence Lessig ha annunciato, a metà strada tra la profezia e il nuovo (discusso) comandamento, che «*the code is law*»⁽⁶⁶⁾ e che anche qui c’è una specifica (e straniante?)⁽⁶⁷⁾

fornire il supporto tecnico, ma «l’intelligenza umana convive e si ibrida con l’intelligenza artificiale»), sottolinea la distanza che ormai separerebbe le ODR «dalla cultura delle ADR da cui intendono derivare», posto che l’utilizzo dell’ICT le porterebbe «necessariamente a diversificarsi dalle ADR e dalle loro originarie istanze di umanizzazione della giustizia e rimedio all’eteronomia statale».

⁽⁶⁵⁾ S. CASABONA, *Intermediazione digitale e composizione delle controversie: dall’Alternative Dispute Resolution all’Alien Dispute Resolution*, in *Dir. informazione e informatica*, 2017, 497 ss. Le ODR riconducibili a questo ambito, secondo l’a., presenterebbero «un certo grado di ‘estraneità’ e peculiarità rispetto al ricco strumentario di *alternative dispute resolution*, già disciplinato a livello nazionale e comunitario», posto che, in conseguenza del ruolo dell’intermediario digitale, la «ricerca dell’accordo mediativo» rimarrebbe sullo sfondo o relegata ad ipotesi marginali, tali ODR apparendo «sostanzialmente autoreferenziali nelle regole applicate e nei procedimenti seguiti e quindi in parte distanti dal rapporto ADR – evoluzione del principio di sussidiarietà» (*ivi*, 521 ss.).

⁽⁶⁶⁾ Intendo qui il «code», alla stregua di quanto riportato da E. MAESTRI, *Lex informatica e soft law. Le architetture normative del cyberspazio*, in P. MORO, C. SARRA (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 158, come «l’insieme dei protocolli informatici, del *software*, dell’*hardware*, degli algoritmi e del codice binario con cui i programmatori informatici strutturano ed architettano la Rete, stabilendo i vari modi d’uso delle tecnologie informatiche».

⁽⁶⁷⁾ Del resto, e in termini più generali, che le tecnologie di elaborazione delle informazioni e delle conoscenze siano suscettibili di incidere sul *brainframe*, ossia di «forgiare le struttura di percezione cognitiva e sensoriale della realtà» è sottolineato da F. MUSELLA, *Legge e amministrazione digitale. Lo spazio conteso della regolazione pubblica*, in *Atti del Seminario di diritto comparato dell’Associazione ‘Gruppo di Pisa’ del 26 marzo 2021 su ‘Diritto e nuove tecnologie tra comparazione e interdisciplinarietà’* – Università degli Studi di Milano, Quaderno monografico

‘architettura della rete’ ⁽⁶⁸⁾ suscettibile di prendere il sopravvento, non pare possa più revocarsi in dubbio ⁽⁶⁹⁾ l’emergere di una nuova *lex informatica* ⁽⁷⁰⁾, o, con un neologismo riferito in particolare alla

abbinato al fascicolo 2021/2 de «*La Rivista Gruppo di Pisa*», 18, il quale si richiama a D. DE KERCKHOVE, *Brainframes: Technology, Mind and Business*, Utrecht, 1991.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. L. LESSIG, *The Code in Law, and the Law in Code*, <www.lessig.org/content/articles/works/pcforum.pdf>, 2000: «*cyberspace has an architecture; its code — the software and hardware that defines how cyberspace is — is its architecture. That embeds certain principles; its sets the terms on which one uses the space; it defines what’s possible in the space*»; ID., *Code and Other Laws of Cyberspace Version 2.0* (2, 2006), 24: «*Important rules are imposed, not through social sanctions, and not by the state, but by the very architecture of the particular space. A rule is defined, not through a statute, but through the code that governs the space*». In verità, la celebre espressione di Lessig è stata recentemente aggiornata ribaltandosi in «*Law is Code*», a significare che la tecnologia si porrebbe «quale nuovo strumento di regolazione di cui il diritto (...) si avvale per realizzare la propria funzione», cfr. S. TROIANO (a cura di), *Diritto privato e nuove tecnologie — Riflessioni incrociate tra esperienze giuridiche diverse*, Napoli, 2022, con richiamo a S. HASSAN e P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Actions Science Reports* (Online), *Special Issue* 2017, <<http://journals.openedition.org/factsreports/4518>>, 88 ss. ove si afferma che «*today, regulation by code is progressively establishing itself as a regulatory mechanism adopted not only by the private sector but also by the public sector*».

⁽⁶⁹⁾ Tuttavia in senso critico sia nei confronti della originaria formula «*code is law*» che della sua rivisitata declinazione nel «*new fashionable paradigm*» «*the law is code*» cfr. ora J. OSTER, *Code Is Code and Law Is Law — The Law of Digitalization and the Digitalization of Law*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 2021, 101 ss., ove si ricorda che anche tale ultimo paradigma vanterebbe ascendenze risalenti e si richiama la celebre definizione di Montesquieu del giudice come «*bouche de la loi*», per evidenziare che «*in such a framework, the law executes itself with the same mechanistic logic as the entire universe as Newton had described it*» e si aggiunge che «*one of the high points of this line of thought was the so-called ‘jurisprudence of concepts’ (Begriffsjurisprudenz) in Germany*»; l’a. conclude che «*after all, code is not law, and law is not code. Code is code and law is law*», sostenendo inoltre che lo stesso Lessig intendesse affermare che «*the internet’s code is ‘like law’ (...), but not that code really is law in an ontological sense*».

⁽⁷⁰⁾ P. PACILEO, *Online dispute resolution*, cit., 99, fa riferimento alla nozione di *lex informatica* coniata dalla dottrina nordamericana «per indicare l’insieme di

blockchain technology, di una *Lex Cryptographia* o *Lex Cryptographica* ⁽⁷¹⁾.

Così si prende atto ormai che la fissazione dello *standard* acquisisce «il significato di un'attività normativa in senso proprio», promuovendo, secondo una certa lettura perplessa, colui che definisce il codice digitale al rango di nuovo legislatore che, mediante la 'legge algoritmica', «realizza il sogno della scrittura di una 'legge occulta'» ⁽⁷²⁾; in ogni caso il *code* è riconosciuto come «una delle inedite forme del *soft law*» ⁽⁷³⁾.

Si potrebbe anzi aggiungere che se il *code*, o addirittura l'algoritmo di A.I., di *machine learning*, viene ad assumere *de facto* un ruolo, sia pure del tutto *sui generis*, di 'fonte di produzione', esso

scelte tecniche che impongono comportamenti agli operatori telematici e si traducono in un sistema di regole parallelo».

⁽⁷¹⁾ A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Echnology and the Rise of Lex Cryptographia*, 2015, in *SSRN*, 4, ove si afferma appunto che «*blockchain technology raises a series of novel legal questions that refer to a new body of law – which we term Lex Cryptographia – or rules administered through self-executing smart contracts and decentralized (autonomous) organizations*». Cfr., inoltre, più recentemente, T. SCHREPEL, *Anarchy, State and blockchain Utopia: rule of law vs. lex cryptographica*, in AA.VV., *General Principles and Digitalisation*, London, 2020, 367 ss.

⁽⁷²⁾ F. MUSELLA, *Legge e amministrazione digitale*, cit., 24-7. Richiamandosi a A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale*, Bologna, 2020, parla da ultimo di una valenza intrinsecamente normativa della scrittura digitale M.R. FERRARESE, *Fonti giuridiche, decisioni e poteri*, in S. CATALANO, M. GIACOMINI, F. PALERMO (a cura di), *Processi decisionali e fonti del diritto*, Napoli, 2022, 358-9, manifestando tuttavia la condivisibile preoccupazione di trovarsi ora «di fronte a nuovi tipi di normazione attraverso algoritmi e piattaforme, che esprimono una decisionalità non solo stringente e apodittica, ma priva di garanzie e bilanciamenti che sono tipici del diritto».

⁽⁷³⁾ E. MAESTRI, *Lex informatica*, cit., 167, che qualifica tali forme come «una serie di atti, disomogenei quanto a origine e natura ma in vario modo giuridicamente rilevanti, benché privi di effetti giuridici vincolanti». Afferma ancora l'a. (*ivi*, 171) che la *Lex informatica* «intesa come insieme delle regole imposte dalla tecnologia per i flussi informativi e per le reti di comunicazione, diventa un sistema di regole parallelo, concorrente e a volte sovrastante le regole giuridiche».

necessita a sua volta di ‘fonti sulla produzione’ che ne legittimino e configurino l’assetto.

Semmai qui più che altrove (tenendo conto che in verità sovente della *soft law* in generale si predica, e in modo quasi ossimorico, un *hard effect* ⁽⁷⁴⁾) si può seriamente dubitare della reale *softness* dello strumento ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁴⁾ In termini, di recente, cfr. G. MARTINO, *Le linee guida non vincolanti dell’Autorità Nazionale Anti-Corruzione: soft law with hard effects*, in *Amm. in cammino*, 2020. Anche una delle più autorevoli studiose della problematica della *soft law* osserva che «il *soft law*, in realtà, è più *law* di quanto non sia *soft*. Gli atti e strumenti attraverso cui è prodotto spesso vincolano in concreto più di quanto gli strumenti che lo veicolano facciano astrattamente supporre» (A. POGGI, *Soft law nell’ordinamento comunitario*, in AA. VV., *L’integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, Padova 2007, 372 ss.) In riferimento specifico al settore dei mercati finanziari, definisce la *soft regulation* come ‘cripto-hard’ in quanto «detta vincoli molto stringenti nei confronti dei soggetti regolati, con l’aggravante dell’impossibilità di applicare gli strumenti di tutela tradizionali avverso tali vincoli» M. RAMAJOLI, *Self regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 53.

⁽⁷⁵⁾ E. MAESTRI, *Lex informatica*, cit., 167, ove si sottolinea che «violare i controlli inseriti nelle tecnologie di protezione e di regolazione dell’accesso in rete equivale a violare *ex ante facto* la legge». Altra tematica, che in questa sede può essere solo richiamata di sfuggita, è costituita dalla tesi, affacciata nella dottrina d’Oltreoceano (cfr. A. PORAT, L. J. STRAHILEVITZ, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, in *Mich. L. Rev.* (2014), 1417 ss.), ma ora oggetto di approfondimento anche in quella europea (C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI, *Granular Legal Norms: Big Data and the Personalization of Private Law*, in V. MAK, E. TJONG TJIN TAI and A. BERLEE (eds.), *Research Handbook on Data Science and Law*, Edward Elgar, 2018, 408 ss.), secondo cui l’avvento dei *Big Data* e i progressi degli algoritmi di intelligenza artificiale con capacità possono determinare una modifica della struttura stessa delle norme legali in direzione di una loro ‘personalizzazione’ basata sulle c.d. *granular legal norms*. Queste norme ‘granulari’, in quanto inclusive di «*individualized commands, tailored on specific qualities of the addressee*» (così V. ZENO-ZENCOVICH, ‘*Smart Contracts*’, ‘*Granular Norms*’ and *Non-Discrimination*, in C. BUSCH, A. DE FRANCESCHI (eds.), *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, Monaco di Baviera, 2021, 275) si porrebbero a tendenziale superamento dei tradizionali caratteri di *generalità e astrattezza* (con la connessa tecnica della ‘tipizzazione’) che connotano le norme alla stregua dell’imperativo categorico kelseniano per il quale ‘legiferare significa generalizzare’

Venendo ora alla connessione tra nuove tecnologie, in particolare *blockchain* e *smart contracts*, e sistema delle ADR/ODR, una recentissima rassegna ne evidenzia il carattere bidirezionale, o, se si vuole, di funzionalità reciproca, tale connessione apparendo pertanto, se possibile, ancora più salda di quanto non avvenga nelle altre ipotesi più tradizionali richiamate in precedenza.

Se le ADR si rivelano infatti strumento cruciale per la soluzione delle questioni altamente specializzate poste dal ricorso a tali tecnologie, queste ultime costituiscono a loro volta mezzo che può facilitare i meccanismi di soluzione delle controversie nel creare piattaforme di ODR *ad hoc* ⁽⁷⁶⁾.

(H. KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, 232: «Gesetzgeben heißt verallgemeinern», richiamato da BUSCH, A. DE FRANCESCHI, *Granular Legal Norms*, cit.), aprendo la strada a una «possibile nuova curvatura particolaristica del diritto» (così da ultimo M.R. FERRARESE, *Fonti giuridiche*, cit., 360). Ciò, peraltro, segnatamente nel campo della regolazione, si pone in linea con alcuni postulati del ‘paternalismo libertario’ e quindi con la problematica del *nudging* di cui al precedente paragrafo (sul punto cfr P. SIRENA, ‘*Granular Norms*’ and the Protection of Vulnerable Consumers in Financial Services Trade, in *Bocconi Legal Studies Research Paper Series*, 2020). Da ultimo, sempre con preminente riguardo all’ambito della regolazione e in continuità con l’asserita possibilità di una ‘personalizzazione’ della norma quale portato dei citati progressi tecnologici, si è identificata anche la figura della «*microdirective*» («*a microdirective is tailored to and adapts to each and every context*») come espressione di un più comprensivo «*trend toward context-specific laws that can adapt to any situation*», nel contesto del quale inoltre la stessa distinzione tra *rules* e *standards* verrebbe a stemperarsi (A. J. CASEY, A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal* (2017), 1401 ss.).

⁽⁷⁶⁾ Cfr. M. TORSELLO (a cura di), *Collected Essays in Transnational Commercial Law & Technology*, Napoli, di prossima pubblicazione, spec. ID., *Introduction to the Relationship between Law & Technology: from Preventing to Protecting Human Fallacies*; N. JEVREMOVIĆ, *Blockchain, Smart Contracts, and ADR*; R. BRAND, *Online Dispute Resolution*. Un ulteriore aspetto dell’impatto della *blockchain technology* messo in risalto da A. WRIGHT, P. DE FILIPPI, *Decentralized Blockchain Technology*, cit., 50, si ha quando, per stabilire se determinate condizioni contrattuali di uno *smart contract* siano state rispettate o meno, queste possono essere fatte dipendere dal giudizio di una o più «*external parties*» (i.c.d. *Oracles*): si precisa che «*of course, one of these parties could be the judiciary, but it*

8. *La lettura del fenomeno nel prisma del principio della sussidiarietà.* – Le considerazioni sinora svolte rappresentano in certo senso una premessa del discorso, che si deve ora confrontare con le implicazioni del principio di sussidiarietà, segnatamente della sussidiarietà c.d. orizzontale, o sociale.

Come premesso, preciso che qui mi riferisco a tale canone, che l'art. 118, 4° comma, Cost. italiana ha positivizzato nel contesto di un rinnovato rapporto tra apparato pubblico e 'cittadinanza attiva', dei singoli o delle loro formazioni sociali, in un'accezione ampia e olistica.

È invero «un eccesso di semplificazione» che, s'è autorevolmente osservato nella dottrina pubblicistica, porta all'equivoco di ritenere che le sole entità chiamate in causa dal principio stesso siano «da un lato, lo Stato e gli enti territoriali (e, cioè, le espressioni 'forti' della statualità), d'altro lato, le formazioni sociali private», per risolversi riduttivamente in un «indiscriminato trasferimento dal pubblico al privato di attività svolte dal primo»⁽⁷⁷⁾. La dottrina privatistica a sua volta assume che, in un sistema improntato al pluralismo, tale principio dispiegherebbe «una forza selettiva e ordinante che orienta l'interprete verso il potere più 'abile' a disciplinare la fattispecie alla luce del peculiare assetto di valori che emerge dal caso concreto»⁽⁷⁸⁾.

could also be a panel of independent arbitrators, or a jury summoned from around the Internet, selected and paid based on their track record of deciding earlier disputes» e pertanto «these decentralized judiciaries can expand dispute resolution procedures, narrowing the role of centralized judicial bodies».

⁽⁷⁷⁾ A. D'ATENA, *Le Camere di commercio tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, in *Impr. Stato*, 1999, ora in *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, 393.

⁽⁷⁸⁾ C. MIGNONE, *Struttura e funzione dei Social impact bond*, in F. CICONANI, F. QUARTA (a cura di), *Regolazione, attività e finanziamento delle imprese sociali. Studi sulla riforma del terzo settore in Italia*, Torino 2018, 122, con richiamo a P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e ordinamento del caso concreto*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 21 ss. e a P. FEMIA, *Sussidiarietà e principi nel diritto contrattuale euro-*

Queste considerazioni si attagliano a quella forma di «normatività graduata» ⁽⁷⁹⁾ rappresentata dal diritto ‘soffice’, o *souple* ⁽⁸⁰⁾, ma si possono estendere anche a quelle espressioni di «giustizia graduata» costituite dalle molteplici declinazioni di ADR ⁽⁸¹⁾.

Ecco che allora *soft law* e ADR/ODR rispecchiano, o, se si preferisce, manifestano plasticamente i tratti identitari del canone della

peo, in P. PERLINGIERI, F. CASUCCI (a cura di), *Fonti e tecniche legislative per un diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2004, 145.

⁽⁷⁹⁾ D. COSTA, *La normatività graduata in diritto amministrativo francese: le linee direttrici*, in AIPDA. *Annuario 2015, Le fonti del diritto amministrativo*, Napoli, 2015, 187 ss. A proposito di ‘graduazione’, sempre A. D’ATENA, *Le Camere di commercio*, cit., 324, desume dal principio di sussidiarietà la necessità di «una graduazione attentamente calibrata delle azioni che lo stesso pubblico è legittimato a porre in essere per rapportarsi *sussidiariamente* al privato: ammettendo il ricorso a mezzi più forti ed intrusivi, solo negli ambiti e nei casi in cui una strumentazione *soft* non sarebbe adeguata». In riferimento al diritto internazionale cfr. C.M. CHINCKIN, *Normative Development in the International Legal System*, in D. SHELTON (ed.), *Committed and Compliance: the Role of Non-Binding Norms in the International Legal System*, Oxford, 2000, 21 ss., a proposito del quale M.E. BUCALO, *Riflessioni*, cit., 524, parla di una «teoria della ‘normatività graduale’» che vede le due categorie di *soft* e *hard law* come «parti di un unico insieme in continua evoluzione».

⁽⁸⁰⁾ Del resto si ipotizza che la sussidiarietà implichi un’idea di fungibilità-sostituibilità di fonti diverse «tutte competenti all’adozione dell’atto e la cui legittimazione è misurata da elementi fattuali e contingenti, quali la adeguatezza, la sufficienza dell’intervento» (così A. MOSCARINI, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. soc.*, 1999, 440).

⁽⁸¹⁾ Osserva in proposito F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201 ss., che la priorità della giurisdizione «costituisce un antico retaggio, che oggi mal si concilia con una realtà che si fonda essenzialmente sul principio di sussidiarietà, in base al quale l’intervento autoritativo giurisdizionale – che resta pur sempre possibile e costituzionalmente dovuto – deve essere considerato come l’ultima delle *chance* a disposizione, alla quale si deve ricorrere quando le altre non riescono allo scopo». Anche T.E. FROSINI, *Un diverso paradigma*, cit., 332-3, partendo dalla premessa di una «forza espansiva del principio di sussidiarietà», ipotizza una «sussidiarietà della giurisdizione» consistente nel «favorire le parti in una controversia verso una serie di soluzioni alternative al giudizio ordinario». Cfr., inoltre, S. LUCATTINI, *Modelli*, cit., 7 e bibliografia ivi richiamata.

sussidiarietà, inteso come approccio trasversale che trascende il *public/private divide*.

Partendo dalla caratteristica dell'*informalità*, non c'è dubbio che un determinato tasso di atipicità e di informalità sia coesistente alla logica sussidiaria⁽⁸²⁾, ma essa è pure presente nella *soft law*, la quale sembra superare il paradigma kelseniano, intrinsecamente formale, della normatività. Il diritto 'soffice' viene così da taluni associato alla prospettiva, particolarmente approfondita nella dottrina tedesca, del 'diritto informale'⁽⁸³⁾, ancorché questo aspetto non sia univocamente accettato, come dimostra, ad esempio, la posizione assunta dal *Conseil d'État*, il quale ha annoverato tra le condizioni (cumulative) per ascrivere determinate previsioni al novero del *droit souple* la presenza di «*un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit*»⁽⁸⁴⁾ per contenuto e modalità di elaborazione.

⁽⁸²⁾ Secondo E. DI CARPEGNA BRIVIO, *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, in *Dir. econ.*, 2013, 115, «la sussidiarietà non si presta ad essere ridotta ad una piena giuridicità di meccanismi stabili e richiede invece di poter esprimere appieno la sua vocazione relazionale, consentendo la sperimentazione di geometrie e proporzioni diverse». Da ultimo cfr. F. GIGLIONI, *Il valore giuridico dell'informalità per l'interesse generale. L'esempio delle città*, in M.V. FERRONI, G. RUOCCO (a cura di), *La città informale. Approcci teorici*, Roma, 2021, 79 ss., ove l'a. parla di una «forza nomogenetica» del principio di sussidiarietà orizzontale, in grado di «emancipare le esperienze sociali» e pertanto «di ricucire l'informalità con il diritto formale in modo originale».

⁽⁸³⁾ Cfr. E. BOHNE, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin, 1981; F. OSSENBUHL, *Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz*, in *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts*, 1987, 29 ss.; G. PUTTNER, *Lo stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 31 ss.; P. BADURA, *Agire amministrativo informale e diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 31 ss.; H.P. BULL, V. MEHDE, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre*, Heidelberg, 2005, 78. Nella dottrina italiana cfr. in particolare G. BERTI, *Stato di diritto informale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1992, 1 ss.

⁽⁸⁴⁾ *Conseil d'État, Étude annuelle 2013 – Le droit souple*, 61: «il paraît possible de définir le droit souple comme l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives: - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements

Per quanto riguarda poi le ADR va ricordato che gli studiosi collocano agli albori dell'affermazione di tali strumenti il discorso tenuto da Roscoe Pound nel 1906 alla *Convention* annuale dell'*American Bar Association* e la denuncia del formalismo ivi indicato come una delle cause dell'insoddisfazione popolare nei confronti dell'amministrazione della giustizia⁽⁸⁵⁾: discorso seguito, settant'anni più tardi, dalla proposta di Frank Sander di un '*Multi-doors Courthouse System*'⁽⁸⁶⁾, un tribunale dotato di molte porte, una sola delle quali – e «non necessariamente quella principale» – destinata a sfociare nella lite giudiziale⁽⁸⁷⁾.

Che i metodi riconducibili ad un '*alternative dispute resolution mechanism*', secondo la formula allora espressa dal giurista di Harvard⁽⁸⁸⁾, comportino un 'carico di informalità', oltre che di consensualità, è ricordato anche dalla dottrina richiamata in apertura di queste riflessioni⁽⁸⁹⁾.

de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion; - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires; - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit».

⁽⁸⁵⁾ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Journal of American Judicature Society* (1937), 20 ss.

⁽⁸⁶⁾ F.E. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, in A.L. LEVIN, R.R. WHEELER (eds.), *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future. Proceedings of the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, St. Paul, 1979, 65 (ora in A. HINSHAW, A. KUPFER SCHNEIDER and S. RUDOLPH COLE (eds.), *Discussions in Dispute Resolution: The Foundational Articles*, Oxford, 2021, con relativi commenti).

⁽⁸⁷⁾ F. REGGIO, *Concordare la norma*, cit., 28-9, ove si aggiunge: «In un simile sistema 'multi-porta' le dispute dovrebbero essere affrontate, di volta in volta, attraverso i metodi e gli istituti che meglio si adattano alle esigenze e alle istanze manifestate dalle parti». Per una ricostruzione di tale vicenda cfr., inoltre, M.A. FODAI, *Alle origini*, cit.

⁽⁸⁸⁾ F.E. SANDER, *Varieties of Dispute Processing*, cit., 73.

⁽⁸⁹⁾ M. RAMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 487 (con richiamo a V. BONDY, M. DOYLE and V. REID, *Mediation and Judicial Review – Mind the Research Gap*, in *Judicial Review*, 2005, 220

Ancora, l'essenza del principio di sussidiarietà, nella sua valenza generale, si condensa a mio avviso nella valorizzazione della *capacità-autonomia* della persona e dei gruppi sociali ⁽⁹⁰⁾, nella loro conseguente riconduzione nell'ambito di un 'rapporto di responsabilità', nell'enfasi sulla *partecipazione*. In essa la dottrina ha rimarcato sovente la *componente fattuale*, in aderenza a quella che Georg Jellinek chiamerebbe la «*normativen Kraft des Faktischen*» ⁽⁹¹⁾ e dunque l'orientamento verso (ed il radicamento in) dimensioni *concrete*, onde l'attenzione al *risultato* e all'*effettività*; essa sembra inoltre riportare in auge, prospettandone nuove declinazioni rispetto agli

ss.); EAD., *Strumenti alternativi*, cit., 21, ove si ricorda che la dottrina francese parla della *souplesse* «come di una caratteristica intrinseca dei rimedi alternativi, potendo le parti stesse adattare la procedura e i suoi termini alla specificità della controversia» e si aggiunge (richiamandosi qui a G. LIGUGNANA, *L'altra giustizia amministrativa*, Torino, 2010, 98 ss.) che l'informalità «acquista un senso, ad esempio, traendo ispirazione dall'esperienza dei *Tribunals* inglesi, che possono ammettere tutti i mezzi di prova ritenuti utili, anche se non ammessi nel processo civile davanti alle *Courts*, né previamente presentati all'amministrazione». Con specifico riferimento all'arbitrato sottolinea con forti accenti questa caratteristica F. BENVENUTI, *L'arbitrato*, cit., 4233, secondo cui tale istituto «si contrappone ai principi informatori di un ordinamento sottolinea con forti accenti questa caratteristica F. BENVENUTI, *L'arbitrato*, cit., 4233, secondo cui tale istituto «si contrappone ai principi informatori di un ordinamento formale, formalizzante e formalizzato». Cfr., inoltre, F. MARTINES, *La giustizia informale nei rapporti di diritto amministrativo*, Milano, 2017, 232, dove l'a. ricollega l'espressione «giustizia informale» alla circostanza che «alla base di tutte le forme di ADR vi è l'informalità procedurale», spiegando la tradizionale diffidenza verso le ADR nel nostro ordinamento di diritto amministrativo proprio con l'estraneità all'impostazione tipica dell'azione amministrativa di quel principio di libertà delle forme originariamente previsto nello schema elaborato dalla Commissione Nigro e poi inopinatamente espunto, come noto, nel testo definitivo della l. n. 241 del 1990.

⁽⁹⁰⁾ Riprendendo le parole di un illuminante Parere del Consiglio di Stato (25 agosto 2003, n. 1440), costituente una sorta di *Magna Charta* del principio in questione, esso induce a «prendere atto della sussistenza di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale» e nei quali «lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie (in quanto munite della relativa cittadinanza) di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento».

⁽⁹¹⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre* (1900), 1905, Berlin, 330.

ambiti più tradizionalmente esplorati, il criterio logico-ermeneutico della 'natura delle cose' o dei 'fatti' (*natura rei o rerum, naturalis ratio, Natur der Sache, Vernunft der Dinge, Nature of Things* ⁽⁹²⁾).

In virtù di tale criterio si ipotizza l'idea di un diritto che, secondo un'efficace immagine, non «galleggi» sulla società, ma che, secondo altra suggestiva similitudine, si faccia «superficie di rifrazione del 'reale'» ⁽⁹³⁾: un diritto che, invece di raggrinzirsi in legge, si espanda in «ordinamento» che si radica nella realtà sottostante ⁽⁹⁴⁾, e che «sgorga per via di socialità, formalizzando, secondo un moto, per così dire, ascendente, quella normatività che scaturisce dal tessuto relazionale della società» ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ Per queste considerazioni e per approfondimenti in argomento sia consentito il rinvio a P. DURET, *La giustizia dell'«amministrare». Riflessioni preliminari nel solco della sussidiarietà*, in *Jus*, 2009, 517 ss., e ID., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, 70 ss.

⁽⁹³⁾ F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005, 9, richiamato altresì da L. PATRUNO, *La «natura delle cose»*, nella sezione *Frammenti di un Dizionario per il Giurista* dell'Archivio di Diritto e Storia Costituzionali <www.dircost.unito.it/dizionario/indice_alfabetico.shtml>, 7.

⁽⁹⁴⁾ Per questi concetti e queste immagini cfr. P. GROSSI, *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, 1261; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 55 ss. In realtà se risaliamo, prima della deriva totalizzante del positivismo giuridico, al Montesquieu dell'*Esprit des lois. I*, vi scoviamo già una definizione delle leggi come «i rapporti necessari che derivano dalla natura delle cose» e ancora, l'affermazione, arricchita da un'efficace immagine, che «*avant qu'il y eût des lois faites, il y avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y a rien du juste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives c'est dire qu'avant qu'on eût tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux*».

⁽⁹⁵⁾ F. PIZZOLATO, *La sussidiarietà tra le fonti: socialità del diritto ed istituzioni*, in *Pol. dir.*, 2006, 386. Sostiene N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, III ed., Milano, 1977, 205, che la dottrina della natura delle cose «mira a promuovere una visione più ampia e più articolata delle fonti del diritto, partendo non più da un'ideologia, come quella per cui solo la volontà del legislatore è fonte di diritto, ma da una considerazione oggettiva, critica, spregiudicata dei fatti, che vede scaturire le regole giuridiche dal reale movimento degli individui e dei gruppi in una determinata società». Si potrebbe ricordare in proposito che anche secondo W. CESARINI SFORZA, *Ex facto ius oritur*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a Gior-*

Ora anche l'eterogeneo fenomeno della *soft law* è stato indagato – e ancora dalla dottrina da cui si son prese le mosse – nella prospettiva di tipo ordinamentale ⁽⁹⁶⁾; in questo quadro esso, in quanto intessuto di precetti privi di sanzione e dunque ad ottemperanza volontaria, si configura come «diritto espressione di cooperazione», nel quale dunque si conferma che la forza del precetto si fonda sulla volontà di coloro che agiscono proponendosi di attuare i precetti stessi ⁽⁹⁷⁾.

gio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento, vol. I, Modena, 1930, 94-5, «come noto, un'importante fonte sussidiaria del diritto (...) è, secondo alcuni giuristi, la natura dei fatti. Quando neanche i più audaci procedimenti analogici servono a ricavare dalla legge positiva il principio della decisione, per il buon motivo che tale principio nella legge non c'è, la norma può risultare dai fatti medesimi, considerati non nella loro pura e semplice materialità, ma nella rappresentazione che di essi si forma la coscienza giuridica collettiva».

⁽⁹⁶⁾ M. RAMAJOLI, *Soft law*, cit., la quale si rifà in particolare alla risalente impostazione di V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 833 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1992, 91 ss.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*, 150, sempre richiamandosi al pensiero di Vittorio Ottaviano, il quale, ricorda ancora l'a., «fonda l'ordinamento sulla forza che rende effettivi i precetti che lo costituiscono e il fondamento della forza è ravvisato in 'ciò che vogliono coloro che entrano a costituire la parte centrale dell'organizzazione a cui ciascuno di essi dà luogo'» (*ivi*, 162, con citazione da V. OTTAVIANO, *Sulla nozione*, cit., 94). Ciò è in fondo, per tornare nuovamente ai precursori del pensiero occidentale, inveramento del concetto aristotelico (*Politica*, II.5.14, 1269a 20-1) secondo cui qualsiasi norma giuridica non può assicurarsi obbedienza che attraverso la consuetudine (*ethos*). In una prospettiva gius-filosofica, sulla dimensione relazionale e cooperativa del diritto, sulla dimensione orizzontale della giuridicità, cfr. gli scritti di Tommaso Greco, segnatamente il suo ultimo lavoro dall'ampia risonanza (T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021), nel quale la fiducia è individuata come struttura interna al diritto, parte costitutiva necessaria della normatività, la quale non potrebbe ridursi alla mera costrizione se non al prezzo di «rinunciare alla nozione di responsabilità e di fatto comprimere del tutto l'autonomia di ogni soggetto» (così nel commento al volume di Tommaso Greco ad opera di F. CORIGLIANO, *La fiducia: tra politica e diritto*, in *Dir. quest. Pubbl.*, 2021, 212; cfr., inoltre, C.V. GIABARDO, *Pensare la fiducia nel diritto. Intorno a 'La legge della fiducia. Alle radici del diritto' di Tommaso Greco*, in *Giusti-*

Quanto alla dimensione dell'effettività, come «capacità di porsi nella realtà come fatto regolante e canone di comportamento» si è sostenuto il suo essere coesistente alla *soft law*, oltre che «condizione stessa della sua rilevanza sul piano della giuridicità e, quindi, della sua 'giustiziabilità'»⁽⁹⁸⁾.

Anche riguardo al richiamato emergere di una *lex digitalis* si è

ziainsieme.it, 5 febbraio 2022). Fiducia e cooperazione sono tuttavia anche alla base degli strumenti conciliativi di risoluzione delle controversie, nonché, a ben vedere, di quell'emergente modello costituito dalla 'amministrazione condivisa dei beni comuni' che ha dato un volto concreto al nuovo paradigma costituzionale della sussidiarietà, traducendolo ormai in centinaia di regolamenti municipali e in migliaia di correlati 'patti di collaborazione' tra 'cittadini attivi' e amministrazione, radicati in forme di autoresponsabilità e di coinvolgimento della comunità (sul punto cfr. V. SAMMARCO, *Conciliare i conflitti per condividere le soluzioni*, in <www.labsus.org>, 19 luglio 2021). A titolo di esempio può essere ricordato il patto di sussidiarietà firmato nel 2018 tra il Comune di Verona e un'associazione di assistenza vittime di reato, che, in una logica di giustizia riparativa, enfatizza il ruolo attivo della società civile per fare di un bene immateriale quale la giustizia e il supporto delle vittime dei reati «un valore condiviso, un bene comune» (S. RESINA, *Giustizia riparativa: un Patto per ricucire le relazioni tra vittime e rei*, in <www.labsus.org>, 20 luglio 2021). Del resto non va dimenticato che i suddetti regolamenti comunali frequentemente privilegiano il ricorso a strumenti di ADR, in particolare istituendo, per l'ipotesi di controversie tra le parti del patto o anche tra queste ed eventuali terzi, organismi, variamente denominati come comitati di conciliazione, collegi arbitrali, o giurie, per elaborare proposte di conciliazione.

⁽⁹⁸⁾ B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Riv. reg. merc.*, 2016, 52. In senso analogo più di recente B. CELATI, *Soft law nella regolazione dei mercati finanziari e tutela giurisdizionale*, *ivi*, 2020, 316, che richiama P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, 158, secondo cui «effettività significa per l'appunto questo: un fatto è così azzeccato, è così congeniale agli interessi degli operatori economici che essi lo ripetono, lo osservano, e non perché sia uno specchio fedele di qualcosa che sta in alto ma perché ha in sé una forza (e, se vogliamo, una capacità persuasiva) che lo rende meritevole di osservanza e, quindi, di vita durevole». Sul principio di effettività, per il quale «i comandi giuridici sono riconoscibili come tali a condizione che ricevano un certo quale tasso di osservanza e di accettazione da parte dei consociati», cfr. R. MENEGHELLI, *Il problema della effettività nella teoria giuridica*, Padova, 1975, 162 ss., richiamato da M.E. BUCALO, *Riflessioni*, cit., 525.

parlato di una ‘autopoiesi’, posto che nel cyberspazio nascerebbero e si diffonderebbero delle «costituzioni civili», ossia «ordini di rilevanza costituzionale, che sembrano emergere direttamente dalla società civile, in molti settori abbastanza autonoma per autoregolarsi»⁽⁹⁹⁾.

La ‘natura delle cose’ «*sub specie* di esigenze del mercato da regolare» è stata inoltre evocata come origine del potere normativo delle A.A.I.⁽¹⁰⁰⁾.

Più in generale le ADR sono state interpretate anche come «strumenti di autorealizzazione del singolo e di scelta di libertà, in quanto espressione dell’autonomia dei privati»⁽¹⁰¹⁾.

Se poi si conviene che gli strumenti ADR consensuali-conciliativi determinino una sorta di «legiferazione’ *inter partes*» e che nell’attuazione di questa, «legiferando’ una ‘norma del caso’», si dispieghino «potenzialità regolative orientate (anche) a futuri rapporti intercorrenti fra le parti, per effetto di un apporto personale

⁽⁹⁹⁾ Così F. MUSELLA, *Legge e amministrazione digitale*, cit., 21, riassume le intuizioni di G. TEUBNER, del quale si richiama in particolare *La cultura del diritto nell’epoca della globalizzazione. L’emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005.

⁽¹⁰⁰⁾ F. MERUSI, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 40.

⁽¹⁰¹⁾ Così M. RAMAJOLI, *Strumenti alternative*, cit., 2, con riferimento in particolare all’ordinamento dell’Unione europea e, da ultimo, N. POSTERARO, *L’amministrazione contenziosa*, cit., 265-6, che richiama altresì in tal senso C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, vol. I, Torino, 2010, 7. Anche nel contesto del dibattito che nel corso degli anni Settanta del secolo scorso ha portato all’emersione delle ADR, come ricorda F. REGGIO, *Concordare la norma*, cit., 31 (con richiamo a M. TARUFFO, *Considerazioni sparse su mediazione e diritti*, in *Ars Interpretandi*, 2004, 101), si è assistito a un «recupero della dimensione negoziale come espressione della libertà individuale (*negotiation is freedom*) a fronte di una radicale percezione del sistema giustizia come espropriativo del conflitto individuale (*conflict as a property*)». Vede un tratto caratteristico dei metodi ADR nel fatto che essi «valorizzano l’iniziativa privata di arbitri e mediatori, che agiscono disponendo di un’ampia autonomia rispetto al sistema giudiziale di Stato» C. LOTTERI, *Mediazione giuridica*, cit., 546.

delle parti stesse»⁽¹⁰²⁾, frutto di una «logica partecipativa, intesa a favorire soluzioni condivise»⁽¹⁰³⁾, ne risulta confermato che gli ADR tendono a realizzare una forma di *soft law*.

Per quanto riguarda poi la valorizzazione di ADR pubblicistiche, si è sostenuto che essa costituirebbe un ulteriore tassello del superamento di una visione antagonistica, segnatamente del rapporto tra amministrazione pubblica e cittadini, in realtà chiamati entrambi a cooperare per il raggiungimento del bene comune⁽¹⁰⁴⁾.

⁽¹⁰²⁾ F. REGGIO, *Concordare la norma*, cit., 53-4. Con specifico riguardo alla mediazione anche C. LOTTIERI, *Mediazione giuridica*, cit., 549-51, osserva che, «mentre il processo è semplicemente il frutto di una decisione (...) nella mediazione giuridica l'esito è il frutto di interazioni anche molto complesse: che coinvolgono essenzialmente le parti, ma anche quanti sono chiamati a favorire il processo di comunicazione e scambio», e che la mediazione appare pertanto «pensata come un metodo volto a trovare soluzioni che guardino al futuro».

⁽¹⁰³⁾ M. RAMAJOLI, *Interesse generale*, cit., 490. Si pone qui in particolare la tematica della c.d. *regulation by litigation* svolta dalle Autorità indipendenti in seno alle procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie; osserva in proposito F. CINTIOLI, *Le tecniche alternative dispute resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in *AIPDA, Annuario 2009*, Napoli, 2010, 128, che «il momento in cui viene dettata la regola risolutiva del conflitto è anche quello in cui una certa regola di corretto funzionamento del mercato viene forgiata o assestata o quantomeno meglio definita». Sostiene da ultimo R. SPAGNUOLO VIGORITA, *Autorità indipendenti: regolazione economica e autonomia privata. Riflessioni sulla effettività dei poteri e sul ruolo degli operatori economici*, in C. ACOCELLA (a cura di), *Autorità indipendenti*, cit., 131, con riferimento in particolare agli arbitri in materia bancaria e finanziaria, che il flusso di dati che giunge dagli interessati all'autorità di vigilanza e ne arricchisce il patrimonio informativo si rivela strumentale all'elaborazione di regole secondo una metodologia di *evidence-based policy*: se ne trae «come logico corollario, che anche i soggetti privati siano responsabili del raggiungimento di standard della regolazione e, per questa via, parte attiva e responsabile nello sviluppo economico e sociale» in piena sintonia quindi con le surricordate modalità 'deontiche' della sussidiarietà orizzontale.

⁽¹⁰⁴⁾ M. RAMAJOLI, *Per una giustizia*, cit., 125. Per una recente panoramica in tema cfr. O.M. YAROSHENKO, O.M. PYZHOV, O.S. ARSENTIEVA, V.M. HARASHCHUK and M.I. INSHYN, *Alternative resolution of public law disputes in administrative proceedings of European Union member states*, in *PA Pers. amm.*, 2022, 901 ss.

9. La valenza euristica e prescrittiva del principio della sussidiarietà.

– Si perviene qui al cuore della tematica.

Se i rilievi esposti sinora in fondo si collocano ancora su un piano essenzialmente descrittivo, il richiamo alla sussidiarietà, come principio che «modifica il modo di essere dell'ordinamento e di comprenderlo»⁽¹⁰⁵⁾, assume a ben vedere anche una valenza euristica⁽¹⁰⁶⁾ e prescrittiva.

In verità, secondo la biologia si verifica una simbiosi mutualistica quando due specie si associano tra loro con mutuo vantaggio e, ciò che risulta particolarmente interessante, quando tra le specie si instaurano rapporti di mutualismo è molto probabile che l'una plasmi l'evoluzione dell'altra e viceversa, secondo un fenomeno detto di «coevoluzione».

Entro certi limiti la vicenda, soprattutto per l'aspetto da ultimo evidenziato, si presta quale metafora per cogliere la dinamica indotta dal principio della sussidiarietà⁽¹⁰⁷⁾, la quale ridisegna la relazio-

⁽¹⁰⁵⁾ F. BENVENUTI, *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, in F.A. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, Rimini, 1997, 51.

⁽¹⁰⁶⁾ Sul valore «euristico» della sussidiarietà in quanto principio volto «a cogliere il significato di una situazione, facendone emergere le strutture portanti e le linee di possibile sviluppo» cfr. già G. SANVITI, *Le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*, cit., 230.

⁽¹⁰⁷⁾ Il richiamo all'ordine concettuale della biologia e, per esso, alla teoria dei sistemi complessi, non deve risultare stravagante se si riflette che anche a proposito del rapporto tra giustizia civile e ADR si è usata la metafora dell'intreccio 'elicoidale' che ricorda la struttura del DNA (V. ANDREWS, *La 'doppia elica' della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 529 ss., trad. it. di C. SILVESTRI, richiamato da C. CONSOLO, M. STELLA, *Il ruolo prognostico-deflattivo*, cit., 1657). Va altresì ricordato, a proposito delle Autorità indipendenti, il ricorso alla figura dello Stato 'osmotico', quale frutto di reciproca compenetrazione tra Stato e società (A. PREDIERI, *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Firenze, 1997, 7 ss.) e, sempre in questo ambito, il richiamo a un'amministrazione «che chiamiamo comunitaria proprio per sottolinearne l'adesione *simbiotica* con i bisogni emergenti

ne apparato pubblico/cittadino superando il paradigma *principal/agent* e pertanto reagisce sulla posizione e sulle funzioni che contrassegnano i due poli della relazione stessa, secondo una logica appunto di «coevoluzione», di tipo *sinergico* piuttosto che *alternativo/concorrenziale*.

Ora, nella dottrina che si è occupata delle fenomenologie del *soft law* e delle ADR si perviene di frequente alla constatazione che entrambe queste realtà non esibiscono una vera *alternatività*, ma piuttosto si collocano in una linea di *complementarietà* e lungo un ideale *continuum* rispetto alla normazione e alla giurisdizione quali tradizionali epifanie della sovranità statale.

Queste conclusioni vengono ora corroborate propria nella prospettiva di una sussidiarietà rettamente intesa, ovvero, si potrebbe dire parafrasando Ronald Dworking, «*taking subsidiarity seriously*»: più precisamente, alla stregua di quanto appena premesso, si può quindi asserire che nel contesto dei fenomeni in esame non ci si trovi alla presenza di un diritto e di una giustizia *senza lo Stato* – e in questo senso si può anche convenire con chi ritiene fuori luogo recitare «il *de profundis* per la sovranità degli Stati e della relativa forma politica» ⁽¹⁰⁸⁾ – ma di un diritto e di una giustizia in uno *Stato rinnovato* e dalle differenti fattezze ⁽¹⁰⁹⁾.

dalla comunità nel suo complesso» (M. PASSARO, *Le amministrazioni indipendenti*, Torino, 1996, 228).

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. in proposito le dense considerazioni di M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 683 ss.

⁽¹⁰⁹⁾ Con specifico riferimento all'arbitrato già F. BENVENUTI, *L'arbitrato*, cit., 4237, individuava in tale istituto «uno, anche se non l'unico, degli elementi che ci obbligano a pensare in modo nuovo allo Stato, ci obbliga cioè a pensare ad una crescita della società sul piano delle autonomie», in esse ricomprendendo non solo l'autonomia istituzionale – quella degli enti autonomi – ma «anche quella di tutti i soggetti che vivono nell'ambito dello Stato (...) e che quindi si può dire siano titolari di un'autonomia funzionale»: tali considerazioni, formulate prima della riforma del Titolo V della Parte II della Costituzione, trovano ora pieno suggello nell'«erompere» del principio della sussidiarietà «orizzontale» o «sociale», accanto e in intima connessione con quella c.d. verticale o istituzionale. Nella linea benvenu-

Lo stesso *Rapport* del *Conseil d'État* ha letto, infatti, lo sviluppo della *soft law* non già come «*symptôme de la dégradation de la norme, et ce faisant de l'affaiblissement de l'État*», bensì come un contributo al «*renouvellement de l'État, par un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics*»⁽¹¹⁰⁾.

In Germania la sfida della mediazione è stata interpretata dai giudici all'insegna della *Bürgernähe* – ossia di quella 'prossimità ai cittadini' che è nell'essenza della sussidiarietà – e quale espressione di un rinnovato *Kooperatif Staat*, uno Stato cooperativo e partecipativo caratterizzato da condivisione della responsabilità tra cittadini e amministrazione (*Verantwortungsverbund*), partecipazione e

tiana e in piena sintonia con l'approccio qui seguito cfr. L.R. PERFETTI, *Sull'arbitrato nelle controversie di cui sia parte l'amministrazione pubblica. La necessaria ricerca dei presupposti teorici e dei profili problematici*, in *Riv. arb.*, 2009, 604 ss. spec. 617 e in <www.judicium.it>, il quale rivisita la problematica dell'arbitrato – con dense considerazioni che in verità travalicano tale istituto specifico – alla luce del nuovo disegno costituzionale che «consegna la sovranità al popolo, consegna alla libertà e nel suo diretto esercizio la cura di rilevantissimi interessi pubblici, modella i poteri pubblici in una prospettiva pluralista (ripartendoli tra società ed istituzioni, oltre che tra diversi livelli delle seconde) e retta dal principio di sussidiarietà», per concludere circa l'inesistenza di ragioni «in quest'ordine di idee, per negare che i privati possano darsi ordinamenti e giurisdizioni autonome ed affidare la soluzione delle loro liti a queste o ai giudici dello Stato».

⁽¹¹⁰⁾ *Conseil d'État, Le droit souple. Étude annuelle 2013*, cit., 16. In questa luce può anche essere letto il cambiamento della denominazione del fenomeno dal lemma «*droi mou*», proprio del precedente *Etude annuelle 1991* intitolato «*De la sécurité juridique*» – caratterizzato da una chiara accezione negativa – all'attuale termine «*droit souple*», considerato che «*le choix des mots n'est jamais neutre*» (sul punto cfr. C. VIGOUROUX, J. RICHARD, *Du droit «mou» au droit «souple»*, in *AJ-DA*, 2013, 1825: «*Alors que l'emploi du vocable 'droit mou' entendait dénoncer la présence de dispositions dépourvues d'obligation et de sanction dans l'appareil normatif, l'usage des termes 'droit souple', moins péjoratifs, envisage une forme de réhabilitation d'une notion juridique encore mal définie, qui séduit autant qu'elle étonne, voire irrite*»).

impegno civico ⁽¹¹¹⁾, in linea con il metodo discorsivo (*herrschaftsfreier Diskurs*) postulato da Jürgen Habermas ⁽¹¹²⁾.

All'interno di questa «concezione comunitaria dello Stato» – che l'art. 118, 4° comma, Cost., concepito in chiave di integrazione osmotica piuttosto che di separazione fra apparato pubblico e risorse della società civile, fa propria e promuove – autorevole dottrina ha individuato le A.A.I. come «strutture individuate per la funzione di mediazione (...)», in quanto «riflettono le esigenze dei soggetti e ne commisurano reciprocamente gli interessi (...)» ⁽¹¹³⁾.

Ed è poi lo stesso concetto di interesse pubblico a dismettere i panni di interesse soggettivo, di interesse delle istituzioni di governo, per assumere quelli di finalità obiettivata dall'ordinamento, la quale altro non è che «regola 'arbitrale' fra gli interessi privati, che

⁽¹¹¹⁾ Cfr. C. FRAENKEL-HAEBERLE, *La mediazione in Germania tra diritto amministrativo e new public management*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 225-6 (con richiamo a M. VON BARGEN, *Mediation im Verwaltungsverfahren nach Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetz*, in *ZUR*, 2012, 471) e 211. Da ultimo cenni in I. LOIODICE, *La mediazione amministrativa. L'angolo visuale comparatistico*, in *La mediazione amministrativa. Gli interventi al corso di formazione di Lettera150 e Ufficio Studi del Consiglio di Stato*, reperibile in <www.lettera150.it>. Che i rimedi alternativi siano «idonei a soddisfare la crescente domanda di partecipazione e di coinvolgimento dei privati nelle scelte amministrative» è sottolineato anche da M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi*, cit., 19.

⁽¹¹²⁾ J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, Gallimard (trad. 1997): «*l'État moderne tend de plus en plus à mettre au point des procédures à travers lesquelles la société civile cherche à se réguler elle-même secteurs par secteurs. Il appelle de lui-même la discussion et l'auto-organisation des différentes sphères qui composent la société. Il en résulte un droit souple et négocié produit par le dialogue et l'engagement actif des citoyens*».

⁽¹¹³⁾ F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 203, ora in *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 2006, 4378. Riconosce che nel settore delle procedure para-giurisdizionali che si svolgono davanti alla A.A.I. «in realtà gran parte delle situazioni sono quelle in cui l'autorità indipendente svolge la funzione arbitrale tra soggetti privati che vantano rispettive pretese» M. CLARICH, *I ricorsi*, cit., 125.

spetterà poi all'amministrazione di applicare»⁽¹¹⁴⁾; in questo senso si giustifica pienamente la tesi che vede nella risoluzione alternativa di una controversia, anche in vicende che investono l'esercizio del potere, «una possibile modalità di perseguimento dell'interesse pubblico, che esprime una relazione più paritaria e consensuale tra cittadino e amministrazione»⁽¹¹⁵⁾.

Di questa integrazione osmotica suggellata e indotta dal principio enunciato dall'art. 118 Cost. troviamo a ben vedere diffuse conferme negli ambiti in questione.

Ad esempio, a proposito della *soft law*, si è osservato come il legislatore non si limiti ad aprirle la strada nel sistema delle fonti, ma si sforzi di rafforzarne l'effettività, rendendo più costoso il comportamento difforme da parte dei soggetti regolati, in un gioco nel quale «sussidiato (fonti) e sussidiario (*soft law*) invertono i reciproci ruoli»⁽¹¹⁶⁾: una sorta di circolarità sussidiaria nella quale la *soft law* aiuta il tradizionale strumentario normativo e quest'ultimo a sua volta ne rafforza appunto l'effettività⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹⁴⁾ G. PASTORI, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, tomo II, Milano, 1994, 1303 ss., ora in *Scritti scelti*, vol. II, Napoli, 2010, 523 ss.

⁽¹¹⁵⁾ M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi*, cit., 18. Riferimenti all'ideal-tipo della 'amministrazione paritaria', di ascendenza benvenutiana, in relazione alle forme di tutela alternative si ritrovano nella chiusa dello scritto (richiamato anche da N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa*, cit., 274) di G. ADAMO, *I principi dell'Unione europea nella tutela giurisdizionale ed extra-giudiziarie del privato nell'ambito dei rapporti con la P.A.*, in *Giustizia-amministrativa.it*, 2011, 36, ove si afferma che «in definitiva è forse arrivato il momento di pretendere che le prospettive dell'amministrazione paritaria (...) divengano una realtà percepibile quotidianamente dai cittadini, non più costretti ad adire la via giudiziaria anche per pretese minimali nei confronti della pubblica amministrazione o, in alternativa, a rinunciare a qualsiasi speranza di ottenere i servizi e le prestazioni che spettano loro».

⁽¹¹⁶⁾ B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività*, cit., 52.

⁽¹¹⁷⁾ Del resto, per la qualificazione «a mo' di ossimoro» della *soft law* – segnatamente della *post law* e della *para law* – come «un non diritto che concorre alla certezza del diritto» cfr. G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft law*, in

Analoghe considerazioni si possono effettuare a proposito di quella recente frontiera, precedentemente analizzata, costituita dalla *cyber-law*, originariamente concepita come fonte normativa «prodotta dall'autonomia dei privati e idonea a sostituire le norme introdotte, o *introducende*, dagli ordinamenti giuridici», alla stregua di nuova *lex mercatoria* ⁽¹¹⁸⁾ (il che confermerebbe che nello sviluppo della storia *tout se tient*). In realtà, in relazione alla tecnologia *blockchain*, che pure si assume essere nata dal tentativo di esautorare lo Stato dal controllo su attività espletate tra privati e tra pubblico e privati, si sostiene la necessità di rimodulare la ricordata formula «*code is law*», «nel senso che il codice si può sostituire al diritto nella misura in cui a quest'ultimo si conforma», la tecnologia distribuita dovendo divenire «un *instrumentum* al servizio dei fruitori

Riv. reg. merc., 2016, 5, richiamato da B. CELATI, *Soft law nella regolazione*, cit., 344.

⁽¹¹⁸⁾ B. CAPIELLO, *Dallo 'smart contract' computer code allo smart (legal) contract. I nuovi strumenti (para)giuridici alla luce della normativa nazionale e del diritto internazionale privato europeo: prospettive de jure condendo*, in *Riv. comm. int.*, 2020, 539, con richiamo a F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria tra controverse dogmatiche e mercato delle regole. Note in tema di analisi economica del diritto dei contratti internazionali* in *Soc. dir.*, 2005, 249 ss.; N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, *ivi*, 83 ss., e F. MARRELLA, C. S. YOO, *Is Open Source Software the New Lex Mercatoria?*, in *47 Virginia Journal of International Law* (2007), 807 ss., i quali ricordano come il concetto di uno «*stateless, transnational, universal body of law generated from the bottom up by actual commercial practices has long captured the imagination of transnational law scholars*». Anche C.E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution*, cit., 10, evidenzia un'idea della rete *internet* «come un mondo perfettamente capace di autoregolamentarsi e di trovare i propri equilibri (...) una sorta di 'stato di natura' virtuoso perché autoregolantesi, in cui il diritto non sarebbe necessario», cui consegue che «in assenza di diritto, non è allora un caso che il conflitto intersoggettivo venga demandato ad una *informal justice*, mediante strumenti extra-giuridici, come le ADR e le ODR».

senza porsi come un ‘legislatore alternativo’, e in conflitto, con quello che già esiste»⁽¹¹⁹⁾.

Pure chi sostiene che la *lex cryptographia* (o *cryptographica*) darebbe vita ad un ‘ecosistema’ del tutto privo di interferenze rispetto a quello tradizionale della *rule of law*, riconosce che «*having two simultaneous ecosystems would also allow them to learn from each other*» e che «*it would not be surprising to see modifications of one ecosystem based on the features of the other*»⁽¹²⁰⁾: si conferma così una logica di ‘co-evoluzione’.

Una formula che ritorna sovente tanto nella dottrina italiana che francese è quella dell’«indurimento»⁽¹²¹⁾, o della «*densification*

⁽¹¹⁹⁾ B. CAPIELLO, *Dallo ‘smart contract’, cit.*, 540. Cfr., altresì, il seguente passo di T. KAESBERG, *The Codification of Law and Its Potential Effects*, in *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy* (2019): «*There are indeed several constraints to the replacement of current state functions and the law as trust mechanisms by digital technologies — in particular if the technology is not being backed up by regulation and adequate oversight*».

⁽¹²⁰⁾ T. SCHREPEL, *Anarchy*, cit., 382. Di ‘ecosistema’ autonomo si è parlato anche a proposito del tema, oggi molto discusso, delle ‘piattaforme digitali’, peraltro strettamente legate agli ecosistemi degli algoritmi e dell’intelligenza artificiale se è vero che questi ultimi «*when inserted into the ecosystem of digital platforms, become their operational tools and impose their implementation rules*» (F. BASSAN, *Digital Platforms and Global Law*, Cheltenham, 2021, 21). Si assume anzi che tale ecosistema si sarebbe evoluto in un vero e proprio ordinamento, esibendo caratteristiche tali da far ascrivere le piattaforme digitali ai «*legal systems*»: infatti «*they exercise regulatory powers when they adopt the behavioural policies of the community of users of which they are composed; executive powers, when they take action to enforce the rules adopted; and jurisdictional powers, when they establish independent dispute resolution systems — de facto, arbitration systems*». La conclusione che se ne trae è nel senso della necessità di una «*co-regulation*» del fenomeno – da intendersi come «*cooperation between regulatory authorities and the market in the formation of the rules that the latter is unable to establish via self-regulation*» – nel contesto della quale «*public intervention is allowed on a subsidiary basis and in compliance with the principle of proportionality*».

⁽¹²¹⁾ Cfr., da ultimo, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fisionomia*, cit., 16, secondo i quali «si assiste, invero, a un ‘indurimento’ della *soft law* (recte delle linee guida) non solo mediante il recepimento del ‘diritto soffice’ all’interno delle fonti tradizionali ma soprattutto grazie al pervasivo controllo ‘qualificatorio’ effettuato

normative»⁽¹²²⁾ della *soft law* in funzione della garanzia di una tutela, posto che, come ricorda il citato studio del *Conseil d'État*, ci si trova in presenza di un potere dotato di un indiscutibile tasso di effettività, il cui sviluppo non può avvenire «à l'abri de tout contrôle juridictionnel»⁽¹²³⁾.

La vicenda è più evidente laddove, assolvendo la *soft law* essenzialmente una funzione preparatoria (*pre-law*) alla creazione di una *hard law*, quest'ultima evolva nella direzione auspicata dagli atti espressione della prima, che ne vengono assorbiti. Anche laddove tale metamorfosi non si perfezioni, tuttavia, la dottrina italiana ne sollecita l'esame di conformità ai principi generali del diritto⁽¹²⁴⁾.

Ciò viene formulato sulla scorta degli orientamenti recenti della giurisprudenza francese, che ha dischiuso la porta a ricorsi contro atti appartenenti alla fenomenologia esaminata in ragione dell'*affidamento* da essi indotto o di effetti pregiudizievoli – specialmente

dal giudice amministrativo, attento a rinvenire in tali atti la presenza di una pur minima valenza precettiva al fine di non attenuare l'effettività della tutela giurisdizionale».

⁽¹²²⁾ B. LAVERGNE, *La densification normative des recommandations des autorités administratives indépendantes*, in C. THIBERGIE (a cura di), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris, 2013, 153 ss., richiamati da M. MAZZAMUTO, *L'atipicità*, cit., 737, secondo il quale peraltro «quale che possa essere la ragione che sta all'origine del ricorso ai mezzi di *soft law* (difetto di competenza, regolazione flessibile e così via), si dà soltanto un'alternativa: o questi mezzi rimangono innocui (*de minimis non curat praetor*) ovvero, ogni qual volta assumeranno concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia». Cfr. ancora le conclusioni di B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, 2013, 531 ss., che parla di una «*impérativisation*» croissante des recommandations des autorités administratives indépendantes» a fronte di «un double impératif contradictoire de contrôle et de liberté de l'action publique».

⁽¹²³⁾ *Conseil d'État*, *Le droit souple. Étude annuelle*, 2013, cit., 15, 174.

⁽¹²⁴⁾ Sul punto cfr. ancora M. RAMAJOLI, *Self regulation*, cit., 68-71.

di natura economica – purché consistenti in «effets notables»⁽¹²⁵⁾,

(125) Cfr. *Conseil d'État*, 21 marzo 2016, *Société Fairvesta International GmbH et autres*, n° 368082, 368083, 368084, in <www.conseil-etat.fr>, ove si legge: «les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir (...) lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent»; *Conseil d'État, ass.*, 21 marzo 2016, *Société NC Numericable*, n° 390023, *ivi*; *Conseil d'État*, 13 luglio 2016, *Société GDF Suez*, n° 388150 (su cui cfr. J. BODA, *Le contrôle des recommandations de la Commission de régulation de l'énergie par le Conseil d'Etat*, in *EEI*, 2017, 1, 2); *Conseil d'État*, 13 dicembre 2017, *Bouygues Télécom*, n° 401799 (su cui cfr. L. De FONTENELLE, *Le contrôle juridictionnel des lignes directrices des autorités de régulation*, in *AJDA*, 2018, 571). Da ultimo cfr. *Conseil d'État, sect.*, 12 giugno 2020, *GISTI*, n° 418142, pronuncia da taluni ascritta al novero dei *grands arrêts*, in quanto sintesi e punto d'arrivo di una diuturna evoluzione giurisprudenziale in tema di *droit souple* che parte dalla giurisprudenza *Crédit foncier de France c/demoiselle Gaupill* dell'11 dicembre 1970 (*Conseil d'État, sect.*, 11 dicembre 1970, n° 78880), in tema di *lignes directrices*, passando per l'*arrêt Duvoignères* del 18 dicembre 2002 (che ammette la ricorribilità avverso le disposizioni imperative a carattere generale di una circolare o di un'istruzione amministrativa), le *décisions Formindep* del 27 aprile 2011 e *Société Casino Guichard-Perrachon* dell'11 ottobre 2012, fino all'*arrêt Fairvesta* appena ricordato, relativo agli atti di *soft law* delle autorità di regolazione (sull'importanza di tale «*évolution, voire révolution*» cfr., da ultimo, J.J. MENEURET, *Droit souple, entre regulation et compliance: un instrument du renouveau de l'action publique en France*, in *Droit souple et nouvelle(s) normativité(s)*, *Soft law e nuova(e) normatività* (a cura di P. DURET, G. GUIGLIA, J.-J. MENEURET, D. SINOÛ), Napoli, 2022, 24). La duplice rilevante novità di tale ultima pronuncia consiste nell'estensione del *recours pour excès de pouvoir*, sotto il profilo soggettivo, agli atti non più solo delle A.A.I., ma delle autorità pubbliche in senso lato e, sotto quello oggettivo, ai «*documents de portée générale (...) matérialisés ou non*» delle medesime, categoria nella quale vengono incluse «*les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif*». Tali manifestazioni di *droit souple* sono ritenute impugnabili «*lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en oeuvre*», segnatamente «*sur la situation des ressortissants guinéens dans leurs relations avec l'administration française*» (nella fattispecie si trattava infatti di una «*note d'actualité*» della *Division de l'expertise en fraude documentaire et à l'identité (DEFDI)* della *direction centrale de la police aux frontières* contenente la racco-

secondo dunque un approccio empirico ⁽¹²⁶⁾ anch'esso in fondo 'graduato' in relazione al tasso di effettività dell'atto al quale si rapporta ⁽¹²⁷⁾. Non mancano tuttavia riferimenti a, sia pure più spora-

mandazione agli agenti incaricati di pronunciarsi sulla validità degli atti di stato civile stranieri di pronunciarsi sfavorevolmente sugli atti di nascita provenienti dalla Guinea, nota contestata dal *Groupe d'information et de soutien des immigrés.e.s GISTI*). Si precisa inoltre che sono suscettibili di tali *effets notables* «notamment (...) ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices». Si osserva, con particolare riferimento alle «*interprétations du droit positif*» – quali ad es., le '*foires aux questions*' (FAQ) e le *lettres d'informations* che sono sempre più regolarmente pubblicate sui siti delle amministrazioni pubbliche – una possibile mutazione del ruolo del giudice amministrativo, indotto a sostituire la propria interpretazione del diritto a quella dell'amministrazione.

⁽¹²⁶⁾ B. CELATI, *Soft law nella regolazione*, cit., 333 ss., che pure parla di «logica di pragmatismo» e di «nuovo approccio 'sostanzialistico'», avanzando tuttavia il dubbio che il ricorso a categorie metagiuridiche, come quella degli 'effetti significativi', possa rappresentare «una delle diverse manifestazioni dell'affermazione 'dell'irrazionalismo nell'ordinamento dello stato di diritto' che sarebbe invece 'improntato sostanzialmente a criteri di razionalità'», richiamandosi a E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge e al diritto*, 1959, trad. it. in *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 240, nonché a N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica*, in *Riv. soc.*, 2015, 1801 ss. In riferimento all'*arrêt Fairvesta*, richiamato nella nota precedente e riguardante l'impugnazione di tre comunicati dell'*Autorité des marchés financiers*, pubblicati sul sito *web* di quest'ultima nella sezione dedicata agli avvertimenti rivolti agli investitori, i comunicati stessi vengono interpretati come «atti perlocutori» o performativi, con ciò intendendosi, sulla scorta dell'analisi del linguaggio, «atti del linguaggio che sono finalizzati a produrre degli effetti» (con richiamo a T. KIRAT, F. MARTHY, H. BOUTHINON-DUMAS, A. REZAEI, *Quand dire c'est réguler. Discours et communication de l'Autorité des marchés financiers*, in *Économie et institutions*, 2017, 1-25).

⁽¹²⁷⁾ A questo proposito, M.G. ODINET, *rapporteur public*, afferma nelle *Conclusions* relative alla fattispecie citata in fondo alla nt. 125: «*en vous focalisant sur l'impérativité des documents plutôt que sur leur incidence effective sur les droits et la situation des administrés à travers leur utilisation comme outils de référence, vous risquez de lâcher la proie pour l'ombre, en vous éloignant d'une approche concrète et réaliste de ce qui fait grief et en laissant finalement hors de votre contrôle des pans substantiels de l'action administrative*». In effetti riguardo all'evoluzione concernente la giustiziabilità degli atti di *soft law* e in particolare delle circolari (che

diche, pronunce del giudice amministrativo italiano, segnatamente in tema di atti di *moral suasion* delle A.A.I. ⁽¹²⁸⁾.

Venendo ora alle forme di ADR, non solo si è parlato di un insieme di metodi sviluppatisi, piuttosto che come una reale alternativa al diritto giurisdizionale, semmai 'all'ombra del diritto' ⁽¹²⁹⁾, ma soprattutto si riscontra pure in questo caso, come messo in luce anche dalla recente dottrina francese con riguardo all'ambito pubblicistico, il fenomeno (e la necessità) di una loro 'securisation' da parte

l'Étude annuelle del supremo consesso *Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, *La Documentation française*, 276, ancora bollava come un «*droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique*»), si osserva che «*la notion d'effet notable est sans doute le fil d'Ariane de cette période jurisprudentielle*», rilevandosi peraltro ora la presenza di un nuovo schema nel quale «*les effets notables s'apprécieront au regard de la situation du requérant*», che diviene pertanto un parametro per la qualificazione dell'atto impugnato, con una conseguente marcata «*subjectivisation du droit au recours*» (F. CHALTIEL, *La circulaire est-elle soluble dans le droit souple ?* in <www.actu-judique.fr>). Che questa evoluzione dell'ordinamento amministrativo francese avvenga sul terreno del contenzioso amministrativo non fa che confermare del resto, come ricorda J.J. MENEURET, *Droit souple*, cit., 25, l'affermazione, formulata da E. LAFERRIÈRE nel *preface* del suo *Traité de la juridiction adiministrative et des recours contentieux*, che «*le droit administratif est indissociable du contentieux administratif et les solutions du second participent de la construction du premier*» (affermazione a ben vedere non meno calzante, *mutatis mutandis*, per l'esperienza italiana).

⁽¹²⁸⁾ Cfr. la recente ricognizione di B. CELATI, *Soft law nella regolazione*, cit., 335 ss., ove si conclude che nell'ordinamento italiano la giurisprudenza sembrerebbe «valorizzare il concetto 'supremazia pubblicistica' – che corrisponde alla funzione di vigilanza – per sancire la potenziale incisività degli atti di persuasione morale, e pertanto la possibilità di ricorrere contro i medesimi».

⁽¹²⁹⁾ M.A. FODDAI, *Alle origini*, cit., 419, con richiamo a R. MNOOKIN, L. KORNHAUSER, *Bargaining at the Shadow of the Law. The Case of Divorce*, in *88 Yale Law Journal* (1979), 950 ss. Con riguardo alle stesse più recenti ODR si è riscontrata, quanto meno negli ordinamenti dell'Europa continentale, una crescente istituzionalizzazione, con ciò intendendosi «il fenomeno per cui sono le autorità pubbliche a finanziare, progettare, predisporre, attivare, gestire, controllare e, infine, normare, gli strumenti di risoluzione alternativa delle liti», come esemplificato dalla già ricordata predisposizione della piattaforma ODR unica della U.E. (così C.E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution*, cit., 9).

del giudice amministrativo, il quale «*demeure présent dans le processus alternatif, le plus souvent en arrière-plan, pour assurer, selon les cas, une supervision, un contrôle ou un accompagnement de celui-ci*»⁽¹³⁰⁾.

Si riscontra dunque anche qui una dinamica sussidiaria e di ‘circularità’, confermata dall’osservazione che «*[l]’organe alternatif règle le litige; le juge administratif est là en cas de besoin. Il se retire pour laisser se déployer le processus alternatif, mais revient dans le jeu en cas de difficulté*» e che il ruolo del *juge étatique* non si riduce a quello di garanzia di ultima istanza, ma si gioca altresì «*en tant que soutien, le cas échéant, des instances exerçant le processus alternatif; en tant qu’interprète des textes qui les régissent; en tant que garant de leur efficacité (par les procédures d’exequatur et d’homologation); en tant que juge tout court (ne l’oublions pas) lorsque le processus de MARL a échoué ou lorsqu’il ne peut pas être mis en oeuvre – ou pas de façon efficace*»⁽¹³¹⁾.

⁽¹³⁰⁾ O. LE BOT, *La sécurisation des MARL par le juge administratif. Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif*, maggio 2017, Poitiers, hal-01699440, 10 (poi pubblicato in A. CLAEYS, L. GIRARD (dir.), *Les modes alternatifs*, cit., 85). Riguardo al sistema francese M.O. DIEMER, *Les nouvelles alternatives*, cit., 479, precisa che «*les acronymes concernant ceux que l’on appelle les MARL fleurissent. Les Mard (le D signifie ‘différend’), Marc (le C signifie conflit), Marl (le L signifie litige) qui impliquent un degré de conflit différent dans leur dénomination désignent en réalité tous le même processus structuré de négociation mis à la disposition des parties lorsque ces dernières ne sont pas d’accord*».

⁽¹³¹⁾ O. LE BOT, *La sécurisation*, cit., 10. Nel suo intervento alle *Premières assises nationales de la médiation administrative* (Parigi, 18 dicembre 2019), il vicepresidente del *Conseil d’État* B. LASSERRE ha puntualizzato tuttavia che «*ni la jurisprudence, ni les reflexes des parties ne doivent conduire à réintroduire du juge là où son intervention est inutile*» e che «*il faut prendre garde à ce que la procédure d’homologation ne conduise pas, en réalité, à dissuader de recourir à la médiation*». Sull’esistenza, comunque, di «*une réelle complémentarité entre les procédures amiables et les procédures juridictionnelles et, dans certains cas, une continuité et un enchaînement vertueux*» cfr. anche il discorso inaugurale di J.M. SAUVÉ, vicepresidente del *Conseil d’État* alla *Sixième édition des États généraux du droit administratif* «*Les modes amiables de règlement des différends*», 24 luglio 2016, 3.

Si conferma in ogni caso l'opportunità di sostituire al tradizionale concetto di *'alternative dispute resolution'* il più calzante termine *'appropriate dispute resolution'* ⁽¹³²⁾, da preferirsi anche rispetto al

Non va dimenticato, peraltro, che i mezzi di tutela alternativa previsti in campo pubblicistico nel sistema francese, così come in quello tedesco, «sono stati concepiti prevalentemente, anche se non esclusivamente, come rimedi endoprocedurali», ossia come «una sorta di parentesi all'interno di una procedura giurisdizionale già avviata» (M. RAMAJOLI, *Il precontenzioso*, cit., 558, la quale ricorda che la riforma del codice di giustizia amministrativa francese introdotta dalla *loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle*, s'inserisce in un «filone normativo che fin dal lontano 1986 aveva demandato ai *Tribunaux administratifs* e successivamente nel 2011 anche alle *Cours administratives d'appel* una missione di conciliazione»).

⁽¹³²⁾ Così già A. SIMONATI, *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: l'esperienza francese*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 208, la quale rilevava a proposito dei meccanismi francesi che «non si pongono oggi come sostituti del processo amministrativo, ma come meccanismi di tutela dei privati (e, in qualche misura, delle stesse autorità), che si affiancano alla giustizia amministrativa propriamente detta e ne arricchiscono l'efficacia». Il punto è rimarcato più di recente da N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa*, cit., 272, il quale ricorda che tale formulazione è utilizzata per la prima volta da H.T. EDWARDS, *Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema?*, in *Harvard Law Review* (1986), 668 ss. e richiama inoltre N. GOULD, M. COHEN, *ADR: Appropriate Dispute Resolution in the UK Construction Industry*, in *Civil Justice Quarterly* (1998), 103 ss., nonché, nella dottrina italiana, M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, 1 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Dalla tutela del consumatore alla rete SOLVIT: è possibile enucleare una nozione comunitaria di ADR?*, in *Giustamm.it*, 2008; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, 164. Per la precisione non va dimenticato inoltre che, quando si tratti di procedure che si instaurano all'interno delle Ccorti (ADR endoprocedurali o *'inside courts'* o *'courts annexed'*), esse appaiono mezzi di tutela 'alternativi' «non propriamente al processo, bensì al suo corso ulteriore e alla decisione finale» (M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi*, cit., 32); cfr., altresì, M.A. FODDAI, *Alle origini*, cit., 419, che parla, anche in chiave storica relativa all'esperienza statunitense, di 'adeguatezza' più che di alternatività della soluzione. Da ultimo F. CORTESI, *Esercizio della giurisdizione e mezzi alternativi di tutela*, in AA.VV. *I metodi di risoluzione alternativa delle controversie: Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione giudiziale*,

concetto inglese di *'proportionate dispute resolution'* che viene sovente associato ad un retrogusto efficientistico (¹³³).

Roma, 2022, 39, a proposito degli strumenti conciliativi *interni* al giudizio, osserva che essi «si presentano come alternative non già al giudizio, ma al suo sviluppo; si tratta perciò, essenzialmente, di alternative alla decisione»; N. POSTERARO, *L'amministrazione contenziosa*, cit., 275-6, osserva che le ADR endoprocessuali «innestandosi in un procedimento giudiziale già in corso, coinvolgono in prima persona il giudice, facendogli assumere un ruolo importante nella facilitazione della comunicazione tra i litiganti (o come mediatore, oppure come tramite per l'inizio della mediazione)» (con richiamo anche a J. RESNIC, *Many Doors? Doors? Closing Doors? Alternative Dispute Resolution and Adjudication*, in 2 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (1995), 211 ss.). Anche riguardo alla più avanzata frontiera delle ODR, C.E. PAPADIMITRIU, *Online Dispute Resolution*, cit., 11, constata la sussistenza di un «particolare fenomeno noto come *ODR in courts*, secondo il quale le ODR diventano *'complementary tool to traditional in-court schemes and state-run judicial systems'*»: il richiamo qui è a N.W. VERMEYS, K. BENYEKHLIF, *ODR and the Courts*, in M.S. ABDEL WAHAB, E. KATSH, D. RAINEY (eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice*, La Haye, 2012, 307 ss., ove si parla altresì di «*court-run ODR*», o di *Court Annexed ODR*.

(¹³³) Osserva L. MCGREGOR, *Alternative Dispute Resolution and Human Rights: Developing a Rights-Based Approach through the ECHR*, in 26 *European Journal of International Law* (2015), 608, che «*with the increasing institutionalization of dispute resolution processes, many commentators refer to 'appropriate' or 'proportionate' dispute resolution (ADR/PDR) rather than ADR. Such reframing posits that the 'means and costs of resolving disputes should be proportionate to the importance and nature of the issues at stake' rather than presuming that courts are the preferred form of dispute resolution*», con richiamo a M. ELLIOTT, R. THOMAS, *Tribunal Justice and Proportionate Dispute Resolution*, in 71 *Cambridge Law Journal* (2012), 299, e a M. ADLER, *Tribunal Reform: Proportionate Dispute Resolution and the Pursuit of Administrative Justice*, in 69 *Modern Law Review* (2006), 958. In tema cfr. G. LIGUGNANA, *One Size Doesn't Fit All. La ricerca della proporzionalità nella risoluzione delle controversie con l'amministrazione*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi?*, cit., 153 ss. Inoltre, sempre in questa prospettiva, interessanti, ma anche perplesse, considerazioni sono svolte da ultimo, in chiave di analisi economica del diritto, da L. VIOLA, *L'introduzione della mediazione obbligatoria nel giudizio amministrativo e l'analisi economica del diritto*, in *Federalismi.it.*, 2021, 146 ss.

10. *Oltre il «lato oscuro».* – Esiste, peraltro, un ‘lato oscuro’ che, riprendendo qui alcune osservazioni formulate in precedenza, viene non di rado evocato, fino ad approdare talora a visioni alquanto apocalittiche, tanto nell’evoluzione della *soft law* quanto in quella simmetrica delle forme di ADR, anche nei loro più recenti e ricordati approdi.

Iniziando dalla prima, quand’anche non si giunga a bollarla, alla stregua di autorevole dottrina, come una «comoda categoria» riassuntiva di «un mondo di ectoplasm normativi»⁽¹³⁴⁾, la sua genuina consistenza di normazione legittimata dal basso, frutto di ‘auto-poiesi’, espressione di un ‘diritto della cooperazione’ che riposa sul consenso, può essere fondatamente revocata in dubbio quando ci si trovi in realtà al cospetto di moduli giuridici confezionati dall’alto, dalle grandi *corporations* e *law firms* private, come s’è sostenuto a proposito della *lex mercatoria* odierna.

Anche guardando alle forme di ADR vi è chi ne ha ridimensionato una lettura eccessivamente edulcorata e irenica; già in contemporanea all’emergere del fenomeno nel contesto statunitense vi si ravvisava una «ideologia dell’armonia»⁽¹³⁵⁾ e si è stigmatizzata la «credenza nelle funzioni ‘terapeutiche’ dei metodi di pacificazione

⁽¹³⁴⁾ Così R. BIN, *Soft Law No Law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law*, cit., 33.

⁽¹³⁵⁾ M.A. FODDAI, *Alle origini*, cit., 420, che richiama il seguente passo di L. NADER, *The ADR Explosion – The implications of Rhetoric in the Legal Reform*, in 8 *Windsor Yearbook of Access to Justice* (1988), 270: «*These alternatives, you may have noticed, are cloaked in a desire for harmony, efficiency, and access to mechanisms that are cheap and that operate without undue delay. Lawyers and judges in the United States and elsewhere (although not unanimously) have embraced the harmony legal tradition as an answer to modern concerns of how to deliver law to the masses, and I believe they have done so without critical evaluation of what it means to adopt ADR as legal policy*». Si indicano per contro, tra le caratteristiche delle ADR, «*consent, participation, empowerment, dignity, respect, empathy and emotional catharsis, privacy, efficiency, quality solutions, equity, access, and yes, even justice*» (C. MENKEL-MEADOW, *Whose Dispute Is It Anyway?: A Philosophical and Democratic Defense of Settlement (in Some Case)*, in 83 *Georgetown Law Journal* (1994-1995), 2669).

sociale come la mediazione»⁽¹³⁶⁾. Di più, avanzandosi dubbi sulla reale sussistenza di un *consent*, si è vista nelle ADR una «*capitulation to the conditions of mass society*»⁽¹³⁷⁾ e nel *settlement* un «*poor substitute for judgement*», nel quale si perderebbe la dimensione del *public value* che solo quest'ultimo sarebbe in grado di garantire⁽¹³⁸⁾.

Riguardo poi al 'lato oscuro' della 'spinta gentile'⁽¹³⁹⁾, quale manifestazione del c.d. paternalismo libertario, si paventa con echi della biopolitica foucaultiana che, trovandosi gli individui coinvolti entro un'architettura delle scelte prefigurata dalle istituzioni pubbliche, predisposte in collaborazione con soggetti privati, finalizzate a uniformare gli orientamenti soggettivi verso *standard* oggettivi di bene, si porrebbe il tema della manipolazione e dell'omogeneizzazione dei comportamenti⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁶⁾ M.A. FODDAI, *Alle origini*, cit., 420, con richiamo qui a O. CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Bari-Roma, 2009, 126 ss.

⁽¹³⁷⁾ O. FISS, *Against Settlement*, in 93 *Yale Law Journal* (1984), 1075: «*Settlement is for me the civil analogue of plea bargaining. Consent is often coerced; the bargain may be struck by someone without authority; the absence of a trial and judgement renders subsequent judicial involvement troublesome; and although dockets are trimmed, justice may not be done*».

⁽¹³⁸⁾ Compito dei giudici sarebbe infatti «*not to maximize the ends of private parties, nor simply to secure the peace, but to explicate and give force to the values embodied in authoritative texts such as the Constitution and statutes: to interpret those values and to bring reality into accord with them. This duty is not discharged when the parties settle*» (*ibidem*, 1085). In argomento cfr. anche A.J. COHEN, *Later Revisiting Against Settlement: Some Reflections on Dispute Resolution and Public Values*, in 78 *Fordham Law Review* (2009), 1143 ss.; V. BONDY, L. MULCHAY, M. DOYLE and V. REID, *Mediation and Judicial Review: An empirical research study*, Londra, 2009; H.T. EDWARDS, *Alternative dispute resolution*, cit.

⁽¹³⁹⁾ C. MCCRUDDEN, J. KING, *The Dark Side of Nudging: The Ethics, Political Economy, and Law of Libertarian Paternalism*, in A. KEMMERER, C. MOLLERS, M. STEINBEIS and G. WAGNER (eds.), *Choice Architecture*, cit., 75 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Per questi rilievi cfr. G. TROPEA, *Spinte gentili*, cit., *passim*, il quale si rifa alle tesi espresse nel recente volume collettaneo di M. GALLETI, S. VIDA, *Libertà vigilata* cit., in particolare a S. VIDA, 'The Hand Fits the Glove'. *Cosa unisce nudge e paternalismo*, *ivi*, 383 ss.

Questa risulterebbe inoltre tanto più insidiosa in quanto insuscettibile, se il vero *nudge* è quello *non trasparente*, di essere «‘adomesticata’ con le categorie – più consuete all’amministrativista – della trasparenza, del principio di legalità, del sindacato giurisdizionale»⁽¹⁴¹⁾.

Perplessità non dissimili da quelle espresse riguardo alla ‘legislazione indiretta’ che si realizza nel *nudge* potrebbero per finire avanzarsi, come pure s’è anticipato, rispetto a quella ‘legge occulta’ rappresentata dalla diffusiva ‘*lex informatica*’.

Tutte queste riserve, al netto di qualche precomprensione ideologica che vi serpeggia, costituiscono un monito a non indugiare in una visione eccessivamente acritica e apologetica circa le ‘magnifiche sorti e progressive’ inaugurate dall’affermazione del *soft law* e delle ADR, fino agli approdi più recenti veicolati dalla *Behavioural Law and Economics (nudge)* e dalle nuove tecnologie (algoritmi e A.I.).

Mi sembra di poter affermare, tuttavia, che la valenza euristica del principio della sussidiarietà sia suscettibile di gettare un fascio luminoso anche su tali penombre, a patto che quest’ultimo principio non sia colto esso stesso nel suo possibile lato oscuro⁽¹⁴²⁾, quale deriva verso un ‘indiscriminato trasferimento dal pubblico al privato di attività svolte dal primo’ (come s’è ricordato *supra*), come «sintomo dello smottamento che sta travolgendo la separazione tra pubblico e privato» e nel quale la ‘legittimazione dal basso’ degraderebbe a regole imposte dai mercati⁽¹⁴³⁾.

E occorre ancora che non sia veicolata una «malintesa idea di sussi-

⁽¹⁴¹⁾ *Ibidem*, 41.

⁽¹⁴²⁾ Cfr. in proposito R. BIN, *I diritti di chi non consuma*, in G. COCCO (a cura di), *Diritti dell’individuo e diritti del consumatore*, Milano, 2010, 95-107, secondo il quale essa sarebbe divenuta «la mascheratura ideologica di una massiccia cessione di terreno da parte dell’amministrazione pubblica (pur sempre politicamente responsabile) ad operatori privati che, sotto la parvenza del *non-profit*, accumulano potere lobbistico, oltre che economico».

⁽¹⁴³⁾ Cfr. nuovamente le pungenti critiche di R. BIN, *Soft law no law*, cit.

diarietà orizzontale»⁽¹⁴⁴⁾ – come matrice di un «antagonismo tra società e Stato» e come mero «criterio che risolve l’alternativa tra la competenza dei poteri pubblici e l’autonomia dei privati»⁽¹⁴⁵⁾ – la quale presuppone primariamente una visione ‘spaziale’ del principio in questione, come un terreno di confronto nel quale l’avanzata di uno schieramento corrisponde all’arretramento dell’altro.

Va viceversa valorizzata ancora una volta la dimensione *relazionale* del principio⁽¹⁴⁶⁾, secondo le immagini sopra ricordate della simbiosi mutualistica, della co-evoluzione, dell’integrazione osmotica, con le connesse note di responsabilità condivisa tra amministrazione e cittadini, di rinnovata concezione dell’interesse pubblico (oggettivato): ciò nel quadro di una ‘concezione comunitaria’ dello Stato, letto in prospettiva ordinamentale⁽¹⁴⁷⁾, di coinvolgimento e partecipazione. dei cittadini.

A proposito di quest’ultimo aspetto, si deve allora concludere, con la migliore dottrina, che, rovesciando quanto affermato *supra*,

⁽¹⁴⁴⁾ G. TROPEA, *Spinte gentili*, cit., 31.

⁽¹⁴⁵⁾ In tal senso invece cfr. di recente F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 2020, 32.

⁽¹⁴⁶⁾ Secondo F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria*, cit., spec. 30 ss., questa versione della sussidiarietà orizzontale, che propone una relazione cooperativa tra istituzioni e formazioni sociali, non corrisponderebbe, viceversa, alla «sussidiarietà in senso proprio» e avrebbe pertanto «presupposti e conseguenze del tutto diversi da quelli che identificano la sussidiarietà e che ne raccomandano la pratica». Secondo l’a., infatti, la sussidiarietà nella versione ‘pura’ si fonderebbe su «un assunto teorico (l’insufficienza della collettività a provvedere ai bisogni comuni quale origine dell’organizzazione statale)» e «vorrebbe farne la condizione che deve essere verificata affinché sia legittima l’assunzione di questa o quella finalità a compito dei poteri pubblici»; in realtà è proprio tale premessa, nella sua assolutezza, a non apparire incontrovertibile. Sul carattere «essenzialmente ‘relazionale’» del principio cfr. A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, 609.

⁽¹⁴⁷⁾ In questa prospettiva cfr. le illuminanti riflessioni di F. BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell’ordinamento*, cit.

«[t]here sould be no hidden nudge»⁽¹⁴⁸⁾ e che forme di partecipazione e connessa trasparenza nelle scelte regolatorie, anche quando queste incorporano il ricorso a ‘spinte gentili’, debbano essere pertanto imprescindibilmente garantite.

Ciò che vale in rapporto alla ‘architettura delle scelte’ deve poi parimenti predicarsi riguardo alla ‘architettura delle reti’, da mantenere soggetta ad una *human oversight*, secondo principi che sono ormai ribaditi da molteplici fonti, di *hard* e di *soft law*, europee e nazionali, ancorché le soluzioni vadano naturalmente adattate e calibrate alle peculiarità degli àmbiti considerati.

Abstract

Nell’epoca presente si assiste allo sviluppo contestuale di due fenomeni: a livello di fonti del diritto v’è un crescente ricorso alla c.d. *soft law*, in estensione dal terreno originale del diritto internazionale agli ordinamenti statuali; analogo crescente favore accompagna il ricorso agli strumenti di *Alternative Dispute Resolution* (ADR).

Il saggio si prefigge di verificare e approfondire l’esistenza di un collegamento tra *soft law* e ADR e ciò sia in una visione retrospettiva che prospettica, soffermandosi in particolare su alcune problematiche emergenti, come il ricorso al *nudge* o ‘spinta gentile’ nonché alle nuove tecnologie con le connesse forme di *Online Dispute Resolution* (ODR).

All’indicata dualità si aggiunge un terzo elemento, il principio di sussidiarietà, che funge da collante e da comun denominatore fra i primi due fenomeni e consente di gettare una luce più penetrante su significato e im-

⁽¹⁴⁸⁾ S. CASSESE, *Exploring*, cit., 244, ove l’a. sostiene che «*making the choice of the regulatory instrument open to participation through the assessment of the regulatory impact is important, because publicity can reveal methods and motives*» e aggiunge che la trasparenza «*may require a regulatory overseeing body to attract permanent attention that not only shapes public nudging policies, but also attracts public discussion on them*».

plicazioni del rapporto che tra di essi si instaura, nel solco di una rinnovata visione dello Stato e dell'amministrazione.

The present era is witnessing the simultaneous development of two phenomena: on the one hand, the steady increase in the use of the called soft law, which has expanded from the domain of international law to domestic legal systems; on the other hand, the widespread resort to instruments of dispute resolution that are alternative to litigation (ADR).

The paper aims at assessing and examining the connection between soft law and ADR, both in a retrospective and prospective view, focusing in particular on emerging issues such as the recourse to 'nudging' and new technologies, along with forms of Online Dispute Resolution (ODR).

The principle of subsidiarity acts as a common denominator between the two aforementioned phenomena. In particular, it allows shedding light on the meaning and implications of the relationship between soft law and ADR within the framework of a novel understanding of the State and public administration.

UNA BREVE INTRODUZIONE
ALLA GIUSTIZIA RIPARATIVA
NELL'AMBITO DELLA GIUSTIZIA PUNITIVA

Roberto Bartoli (*)

SOMMARIO: 1. Giustizia riparativa e giustizia punitiva: due paradigmi a confronto. – 2. L'alto personalismo della giustizia riparativa. – 3. Perché la giustizia riparativa oggi? – 4. Il rapporto disfunzionale tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. – 5. Tipologie e modelli di rapporto tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. – 6. Conclusioni.

1. Giustizia riparativa e giustizia punitiva: due paradigmi a confronto. – Il punto nodale sul quale vorrei concentrare l'attenzione è il carattere autenticamente rivoluzionario che presenta la giustizia riparativa praticata all'interno del diritto penale, per la semplice ragione che il suo paradigma è nella sostanza alternativo, altro, se non addirittura 'tutt'altro', rispetto a quello della giustizia punitiva.

Se la giustizia *tout court* che ruota attorno agli illeciti penali persegue l'obiettivo di (ri)creare le condizioni per una convivenza pacifica e forse, in termini ancor più ambiziosi, ricreare le condizioni per un possibile futuro sia del reo che della vittima, tuttavia tale obiettivo è perseguito dalla giustizia riparativa in modo assolutamente diverso da come è perseguito dalla giustizia punitiva.

Anzitutto, sul piano della gestione complessiva della dinamica di giustizia: mentre infatti quella punitiva è una giustizia interamente

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 389-411. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

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

pubblica, se non addirittura monopolisticamente statale/istituzionale, quella riparativa può essere definita invece come comunitaria/sociale, ponendo direttamente al centro gli stessi veri protagonisti del conflitto. Certo, il carattere pubblico-istituzionale della giustizia punitiva sta subendo ormai da tempo una costante erosione: si pensi all'estensione della querela, all'incremento delle condotte *lato sensu* riparatorie ed estintive del reato in fase pre-decisoria, nonché alle alternative alla pena e, in particolare, al carcere in fase cognitiva ed esecutiva. Fenomeno erosivo che ha ragioni molto profonde che vanno dalla crisi della statalità fino alle trasformazioni dell'afflittività. Ma al di là di questo fenomeno non solo l'idea di fondo, ma anche la stessa attuazione concreta di tale idea si basano sulla assoluta centralità dello Stato.

La giustizia riparativa è gestita in modo completamente diverso. Essa infatti non solo si de-formalizza, ma addirittura si de-istituzionalizza, creando uno spazio all'interno del quale operano direttamente gli stessi protagonisti della vicenda criminosa al fine di, se non 'risolvere' il conflitto, quanto meno aprire un confronto su di esso. Qualcuno potrebbe ritenere che si tratti allora di una giustizia a carattere privato, ma sarebbe un grave errore, perché, come vedremo meglio, la gestione del conflitto non diviene una 'questione privata a due' che coinvolge soltanto autore e vittima, ma vede l'intervento anche di altri soggetti, come il mediatore e persone espressione della stessa comunità, a cominciare dai familiari, la partecipazione dei quali consente di creare quella dimensione sociale che sta alla base della stessa idea di giustizia. Inoltre, l'attività di mediazione avviene all'interno di una tavola di valori che costituisce un impianto predefinito – per così dire – indisponibile dai soggetti coinvolti, per cui l'attività mediativa presuppone in partenza un riconoscimento di responsabilità da parte dell'autore che potremmo definire 'verità oggettiva', spostandosi e concentrandosi poi sulla dimensione soggettiva/relazionale.

In secondo luogo, e conseguentemente, diversi sono gli attori e le loro funzioni. Nella giustizia punitiva i protagonisti sono il pub-

blico ministero, il difensore e il giudice mentre autore e vittima vengono nella sostanza totalmente estromessi, visto che l'autore, inevitabilmente silente per ragioni di garanzia, è rappresentato dal difensore, mentre la vittima può entrare in gioco soltanto come testimone: insomma autore e vittima rispetto alla vicenda umana e personale che sta dentro e dietro al fatto di reato sono repressi e tacciono. Circa la comunità potremmo dire che è presente, ma si formalizza e si istituzionalizza nello Stato, con la conseguenza che la comunità sociale e sostanziale alla fine è bandita come lo sono autore e vittima. Inoltre, pubblico ministero e difensore sono caratterizzati da un'indiscussa parzialità e si confrontano in un rapporto dialettico dove però, più che dialogare, si accentua l'unilateralità e la parzialità delle rispettive posizioni, venendosi così a creare tensioni e a riprodursi conflittualità. Il giudice svolge invece una funzione terza, caratterizzata da imparzialità, vale a dire non solo da equidistanza, ma anche da fisiologico distacco, nel senso che – per così dire – non può mai mettersi dalla parte di qualcuno. Punto fondamentale è che tutti questi soggetti operano in un ambito giuridico fortemente formalizzato e proceduralizzato: potremmo dire che la conflittualità derivante dal reato suscettibile di generare ulteriori violenze e ritorsioni, viene trasformata, anche per ragioni di garanzia, in una conflittualità verbale e argomentativa proceduralizzata.

Nella giustizia riparativa protagonisti sono *in primis* l'autore e la vittima, nonché, come accennato, il mediatore e la comunità. Al di là delle varie tecniche mediative che possono essere adottate, nella sostanza autore e vittima si confrontano direttamente e liberamente senza alcun filtro formale, ponendo al centro la dimensione relazionale. Il mediatore sta senza dubbio fuori dalla tensione, ma non è lì per giudicare o valutare, non si erge al di sopra delle parti, ma si colloca nel mezzo in posizione paritaria al fine di agevolare l'emersione dell'accaduto, il vissuto, favorendo un percorso che ha come mezzo il dialogo e come obiettivo un punto di incontro che dovrebbe determinare nella sostanza un reciproco riconoscimento. Il mediatore può anche prendere di volta in volta una posizione, ma

solo al fine di stemperare tensioni, attenuare le ostilità, sciogliere nodi e aprire al confronto, con la conseguenza che se una delle parti si irrigidisce è del tutto normale che il mediatore si concentri su quella per distendere e dischiudere, creando una sorta di via di uscita: il mediatore sta dalla parte del confronto. Infine, alla mediazione partecipa anche la comunità, vale a dire soggetti estranei al conflitto ma in qualche ad esso legati, non solo perché anche la comunità è in un certo qual modo vittima dell'accaduto, ma anche perché è la realtà all'interno della quale il conflitto si è verificato, potendo custodire cause e subendone gli effetti.

In terzo luogo, cambia lo stesso concetto di disvalore del fatto, facendosi non soltanto oggettivo/valoriale, ma anche personalistico. Nella giustizia punitiva, il disvalore del fatto è definito dalla fattispecie incriminatrice e finisce per essere interamente valoriale. Il fatto è descritto dalla legge in modo dettagliato ed esprime un disvalore rispetto al quale si colloca un valore oggetto di tutela. Si potrebbe parlare anche di un disvalore astratto se non addirittura simbolico. Non solo, ma attraverso questa astrattezza si assiste anche a un fenomeno di pubblicizzazione/spersonalizzazione di tutti i beni, anche di quelli che appartengono esclusivamente alle persone: certo, la vittima c'è con i suoi interessi concreti offesi, ma questa dimensione concreta degli interessi in realtà passa in secondo piano. Lo Stato finisce così per 'appropriarsi' del valore e del disvalore, mentre l'interesse concreto della vittima viene del tutto estromesso. Tant'è vero che nelle dinamiche del processo penale, ancorché costituitasi parte civile, la vittima esce di scena e se vuole un riconoscimento deve trovarlo su un altro piano, quello civilistico, con riferimento al danno, il quale, anche là dove riferito ad aspetti che vanno al di là del lucro cessante e del danno emergente, si traduce sempre su un piano economico-patrimoniale che è comunque disomogeneo rispetto all'offesa subita attraverso la realizzazione del reato. Insomma, si assiste a una netta separazione tra penale pubblico e civile (non penale), con la conseguenza che rispetto alla vicenda criminosa l'offesa concreta alla persona non ha alcun rilievo.

Ancora una volta, le cose stanno in termini diversi nella giustizia riparativa. Attenzione: come accennato e come non ci stancheremo mai di ribadire, non si è in presenza di una dimensione privatistica. Il confronto avviene in un ambito valoriale prestabilito ovvero risulta chiaro ed evidente chi è autore e chi vittima, chi ha offeso e chi ha subito l'offesa, 'chi ha ragione e chi ha torto', altrimenti si perderebbe il carattere assiologico dell'intero sistema. Piuttosto, definite fin da subito le responsabilità e quindi il posizionamento dei protagonisti, il conflitto viene affrontato in termini sostanziali, vale a dire, andando oltre la dimensione astratta valoriale, per incarnarla nella realtà personalistica e relazionale dei protagonisti. Ecco allora che nella giustizia riparativa si va oltre il fatto tipico e si apre al conflitto, alle sue cause, ai suoi effetti.

Di più: nella giustizia riparativa finisce per emergere un altro disvalore molto più complesso, un disvalore per l'appunto 'reale', che non abbiamo timore a definire la 'sofferenza criminale' realizzata dall'autore e subita dalla vittima, destinata a coinvolgere anche lo stesso autore del reato. Detto in altri termini, mentre nella giustizia punitiva tutto si sposta sul piano giuridico, fattuale e valoriale, nella giustizia riparativa ci si concentra sulle persone, sulla relazione, sulle cause e sugli effetti del reato nella vita concreta della vittima e dell'autore. Non è quindi uno stare dalla parte della vittima in termini di valori astratti, che porta poi alla logica vendicativa; né un agevolare l'autore affinché se la cavi con una lettera di perdono, ma è muovere dal dolore intimo e profondo cagionato dalla vicenda criminosa alla vittima, con il quale l'autore deve necessariamente confrontarsi.

Ma soprattutto, la diversità maggiormente significativa sta nelle conseguenze. Nella giustizia punitiva la pena è afflittiva, e afflizione significa in definitiva violenza, vale a dire esercizio di una forza fisica che coinvolge direttamente la persona dell'autore, senza che si produca alcuna conseguenza nei confronti della vittima. Nella giustizia riparativa, invece, l'esito non ha nulla a che vedere non solo con l'afflizione, ma nemmeno con la logica riparatoria: di più la lo-

gica riparativa disattiva la stessa logica sanzionatoria che alla fin fine si basa sul concetto di coercizione. Certo, può accadere che all'interno della dinamica mediativa l'autore 'offra' condotte riparatorie alla vittima, ma queste trovano la loro genesi nel confronto, spesse volte più offerte che richieste, ma mai pretese, potendo essere realizzate soltanto attraverso la spontaneità dell'autore; insomma, queste condotte non saranno mai coartate là dove l'autore non adempia, mentre l'inadempimento costituirà ragione per concludere che la mediazione non è andata a buon fine. In particolare, l'esito finale della mediazione può essere definito come un reciproco riconoscimento, visto che il reato e la conflittualità si basano proprio sul reciproco disconoscimento: l'autore disconosce la persona della vittima attraverso la realizzazione del reato, ma anche la vittima, inevitabilmente e conseguentemente, disconosce la persona dell'autore del reato in quanto per l'appunto produttore di sofferenza, con il risultato finale che il rapporto tra queste persone è dissolto, lacerato. Soltanto il reciproco riconoscimento della persona che è nell'altro può consentire di 'rammendare', ricucire lo strappo e rigenerare non solo una nuova relazione, ma anche se stessi.

2. *L'alto personalismo della giustizia riparativa.* – La mediazione è stata definita una giustizia alta ⁽¹⁾. Questa altezza si coglie sotto molteplici profili. Alta perché pone al centro ciò che costituisce il cuore della giustizia, vale a dire la persona, sia dell'autore che della vittima, ma ancora più precisamente la relazione interpersonale tra autore e vittima, o meglio, tutte le persone coinvolte nel reato nella loro dinamica relazionale, alfa e omega di questa visione di giustizia. Alta anche perché impegna l'uomo alla più alta considerazione ed espressione di sé, potremmo dire a una elevazione rispetto al degrado della vicenda criminosa, all'imprigionamento che essa com-

⁽¹⁾ M. MARTELLO, *Una giustizia alta e altra. La mediazione nella nostra vita e nei tribunali*, Milano, 2022.

porta, alla conflittualità, al dolore. Il conflitto logora, abbrutisce, indurisce, induce alla massima espressione di sé con negazione delle ragioni dell'altro. La mediazione innalza, eleva perché nel prendere il distacco dal conflitto e dalle proprie ragioni apre alla dimensione dell'altro. Alta quindi anche perché guarda dall'alto e guardando dall'alto guarda oltre, in termini autenticamente rigenerativi per tutti i soggetti, una rigenerazione del rapporto con l'altro, ma anche una rigenerazione di sé attraverso l'altro, ciò che ancora una volta potremmo definire il cuore della giuridicità.

In ambito penalistico questa altezza della giustizia riparativa si fa vertiginosa. Ancora una volta il paragone con la giustizia punitiva aiuta a comprendere. La giustizia punitiva tende prevalentemente alla stabilizzazione sociale ed ha quindi come punto di riferimento primario non tanto l'autore, ma la collettività: da qui la prevenzione generale come fondamento basilare del diritto penale. Certo, poi interviene anche la retribuzione che in qualche modo devia la pena dalla generalità all'individuo, ma la retribuzione, a ben vedere, non ha nulla a che fare con il vero e proprio personalismo, perché nella retribuzione il reo non viene concepito come persona in carne ed ossa, ma come uomo o meglio idea e concetto di uomo. L'operazione di corrispondenza della retribuzione, a ben vedere, comporta ancora una volta una scissione tra l'astrattismo giuridico-penalistico e la 'carnalità' dei protagonisti. Non è un caso, infatti, che la recente attenzione dedicata alla vittima sia in prevalenza del tutto strumentale, diretta cioè a soffiare sulle istanze retributive per innescare logiche vendicatorie, con lo scopo finale di rafforzare la prevenzione generale e quindi la politica e i detentori del potere, i quali divengono veicolo aizzante dell'istanze vendicatorie, mascherandosi però come un loro argine.

Ecco allora che, a ben vedere, la logica che sostiene la giustizia punitiva finisce per andare addirittura oltre quella vendicatoria e per basarsi sul capro espiatorio: gli stessi autori e vittime finiscono per essere strumentalizzati verso finalità che attengono alla collettività, per costituire un monito e disincentivare la realizzazione dei

fatti, riaffermando così la legittimazione del monopolio della violenza nelle mani pubbliche. Certo, poi il sistema improvvisamente e modernamente vira ancora una volta, e stavolta davvero, verso la persona del reo attraverso la prevenzione speciale. Ma a ben vedere, il concetto di prevenzione speciale è altamente problematico, direi strutturalmente ambiguo: da un lato, significa senz'altro porre un freno alla logica eliminatoria che contraddistingue il diritto penale e quindi si orienta nel senso della personalizzazione, dell'inclusione, del rafforzamento del rapporto del reo con la società; ma, dall'altro lato, il *deficit* specialpreventivo o la ritenuta mancata rieducazione/risocializzazione spingono per protrarre l'esecuzione ben oltre la proporzione. Più di recente si tende addirittura a confondere la prevenzione speciale con la pericolosità sociale: meglio, invece di leggere la pericolosità sociale in termini specialpreventivi, come difetto di socializzazione, si legge la prevenzione speciale in termini di pericolosità sociale, per cui colui che presenta un *deficit* specialpreventivo si valuta come probabile autore di nuovi reati. Inoltre, anche quando della rieducazione si valorizza la componente personalistica, la persona del reo viene messa a confronto con una generica e impersonale realtà sociale, finendo così per emergere un personalismo più individuale che inter-relazionale, paradossalmente caratterizzato da spersonalizzazione e astrattezza.

Altro e alto è invece l'obiettivo della giustizia riparativa perché essa è espressione di un autentico personalismo, non solo perché valorizza al massimo le persone dei singoli, ma anche perché le valorizza per l'appunto nella dimensione relazionale. Insomma, punto di riferimento della giustizia riparativa non è soltanto la persona del reo, ma anche quella della vittima: di più, ha come punto di riferimento la persona in termini di relazione con l'altro e quindi le persone nella loro relazione concreta. Muovendo dalla verità dei fatti e quindi dal riconoscimento delle responsabilità, la giustizia riparativa si sposta verso la verità dell'altro e quindi verso il riconoscimento dell'altro.

Molto complesso quindi il percorso mediativo che deve essere svolto e soprattutto guidato a questa altezza che potremmo definire liberatoria e rigenerante ⁽²⁾. Nella giustizia punitiva l'autore viene inchiodato a quel fatto, imprigionato a quanto accaduto, per cui tutta la vita precedente si esaurisce in quel fatto e tutta la vita futura deve portarsi dietro quel fatto, la sua macchia e il suo stigma. Non è possibile uscirne, anzi, si resta per sempre incatenati a quella qualifica di autore, reo, colpevole in modo tale che possa marchiarsi per sempre la persona che quindi non si può mai rigenerare: dalla responsabilità per ciò che si è fatto si passa alla responsabilità per ciò che attraverso quel fatto si è diventati ovvero si è. Lo stesso tempo si ferma a quel fatto e da quel momento non ci si può più distaccare o allontanare nonostante che trascorrano gli anni. La stessa cosa vale per la vittima che resta avviluppata a quell'episodio, si porta dentro il dolore, che a sua volta genera rancore, come un veleno che tutti i giorni logora, consuma, condiziona. Dinamiche psicologiche complessissime, nutrite da automatici sensi di colpa, spingono a restare impigliati nella vicenda.

La mediazione si pone nella prospettiva di superare, di liberarsi, di rigenerarsi. In ultima analisi, non ha senso parlare di una mediazione praticata a vantaggio della vittima o dell'autore, perché il 'vantaggio' è per entrambi, giocandosi su un piano altro rispetto al sé e destinato a ritornare al sé rinnovandolo. Non solo, ma proprio attraverso la rielaborazione del vissuto e il superamento del conflitto, la mediazione dona se non l'oblio, comunque la possibilità di una memoria ben diversa dal rivivere costantemente l'accaduto.

Ecco che fanno sorridere i tentativi di ricondurre la giustizia riparativa alla deflazione giudiziaria, oppure alla riparazione che riscalda la ferita oppure alla rieducazione del reo: la giustizia riparativa fuoriesce da queste logiche per determinare una rigenerazione esistenziale che passa della rigenerazione concreta della dimensione

⁽²⁾ G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017.

relazionale. Emerge così il vero e proprio concetto di autoresponsabilità che non può che muovere dalla relazione vera e concreta con l'altro: autoresponsabilità come assunzione e presa in carico e quindi piena consapevolezza del significato e delle conseguenze del proprio agire attraverso la relazione con l'altro.

3. Perché la giustizia riparativa oggi? – Certo, l'impulso della Ministra Cartabia è stato senz'altro decisivo. Tema da lei conosciuto e sviluppato per sue convinzioni anche personali che trascendono la stessa dimensione culturale ⁽³⁾. Quindi inevitabile che una volta divenuta Ministra si prodigasse per una riforma così significativa. Così come decisivo è il movimento a livello europeo e internazionale che si è tradotto in atti normativi destinati a spingere verso l'adozione di strumenti riparativi.

Ma questa congiuntura favorevole altro non è che l'epilogo di un movimento molto più profondo. Anzitutto, non solo e non tanto crisi della pena carceraria, ma per l'appunto proprio crisi della giustizia punitiva, dell'afflizione, della violenza che sta alla base della pena. Nonostante tutta l'ideologia e la propaganda statalistica che vorrebbe contrapporre la giustizia punitiva alla vendetta, anche la giustizia punitiva è imprigionata in logiche vendicatorie. Insomma, ci scagliamo contro la vendetta privata e ci scandalizziamo, ma poi la giustizia pubblica è anch'essa giustizia vendicatoria: muta il vendicatore, ma la sostanza di impiego di violenza è sempre la stessa. Ed in ogni forma di vendetta, vale a dire di violenza si annida il germe dell'ingiustizia, anche quando si tratta del più legittimo esercizio della violenza capace di rispettare al meglio tutti i principi di garanzia: lo stesso pizzicotto ha in sé un qualcosa di disumano e degradante.

⁽³⁾ V. M. CARTABIA, A. CERETTI, *Un'altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, 2020.

Inoltre, e direi parallelamente, crisi dello statalismo, dell'idea che tutto nasca e muoia per volere dello Stato. Non ci sembra esagerato affermare che siamo appena agli inizi di una ridefinizione della statalità a favore della società: fattasi assoluta con i totalitarismi e gli autoritarismi del primo Novecento, ma con segni di crisi già all'inizio del Novecento, la statalità, se durante il secondo Novecento ha iniziato a conoscere una riduzione della centralità, con l'inizio del nuovo millennio ha subito i primi reali ed effettivi ridimensionamenti: per quanto riguarda il diritto penale, si pensi al coinvolgimento della società richiesto per l'esecuzione delle misure alternative al carcere. Più in generale si pensi ai principi di sussidiarietà verticale e orizzontale.

Ed ancora, indubbie radici ebraico-cristiane ⁽⁴⁾. Anche su questo punto occorre essere chiari. La giustizia riparativa non ha nulla di religioso e non ha nulla a che vedere con la logica del perdono: individualmente ci può stare ma non è questo l'obiettivo della giustizia riparativa. Con il cristianesimo la giustizia riparativa condivide senz'altro la forte istanza inter-relazionale, il confronto diretto e concreto con l'altro e l'apertura all'altro.

Infine, un contributo fondamentale è stato dato anche dal costituzionalismo, dai principi in esso sanciti che hanno portato a vedere i temi della giustizia penale in termini per l'appunto del tutto nuovi e dirompenti. Certo, la giustizia riparativa non è incompatibile con la rieducazione. Ma come accennato la prospettiva è ben altra. Motore è stato quel personalismo che spinge a vedere ogni singolo individuo in carne ed ossa nella sua specificità e irripetibilità e se questo personalismo è stato fondamentale per formulare le garanzie a favore del reo, adesso lo si può e lo si deve leggere anche nella prospettiva della vittima, coinvolta per l'appunto con la sua persona in carne ed ossa nella vicenda criminosa. Ed è tale persona che deve essere presa in considerazione. Ma anche il principio di eguaglianza

⁽⁴⁾ C.M. MARTINI, *Non è giustizia. La colpa, il carcere e la parola*, Milano, 2003; C.M. MARTINI, G. ZAGREBELSKY, *La domanda di giustizia*, Torino, 2003.

sostanziale assume un valore fondamentale, nella parte in cui attribuisce allo Stato il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona e l'effettiva partecipazione alla vita di una comunità. Ebbene, il conflitto del reato, come anche le sue cause e i suoi effetti, costituiscono i maggiori ostacoli al pieno sviluppo della persona ed è su questo conflitto trascurato completamente dalla giustizia punitiva e dallo Stato che agisce la giustizia riparativa. Ecco la trasformazione della dimensione statale, che invece di farsi protagonista della vicenda punitiva che ignora i protagonisti del conflitto, si ritrae e si pone davvero al servizio delle persone, ripensando il proprio ruolo e le proprie attività.

A ben vedere, ancora più a fondo, alla base della giustizia riparativa sta addirittura forse un mutamento a carattere antropologico, per cui dal diritto punitivo che muove dall'idea di una relazione tra gli uomini fondata sulla sfiducia, sul male che può essere fatto, sulla necessaria aggressività dalla quale ci si deve difendere, si passa a una giustizia riparativa che muove invece dall'idea di una relazione tra uomini basata sulla fiducia, sul bene che può essere fatto, sull'aggressività come episodio di crisi che costituisce occasione per rigenerare e rafforzare il sé e le relazioni, meglio, il sé mediante la relazione ⁽⁵⁾.

Utopia? Romanticismo? Ingenua illusione? Il punto vero è che si tratta di una realtà che appartiene già alla nostra società, nel senso che gli stessi protagonisti del conflitto si sono resi più volte storicamente protagonisti di percorsi di mediazione: ciò significa che, volenti o nolenti, la giustizia riparativa esiste, è sempre esistita ed

⁽⁵⁾ Cfr. L. EUSEBI, *Introduzione. Fare giustizia: ritorsione del male o fedeltà al bene*, in ID. (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, 2015, 3 ss.; G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Milano, 2017; T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, 2021.

esisterà sempre ⁽⁶⁾. Insomma, l'introduzione della giustizia riparativa suona come il riconoscimento di una giustizia espressiva della più alta civilizzazione che non essendo più basata sulla risposta violenta consente una piena realizzazione delle persone: insomma, mentre la giustizia punitiva divide, quella riparativa unisce.

4. Il rapporto disfunzionale tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. – Se mettiamo assieme tutti questi caratteri della giustizia riparativa, è agevole rendersi conto che tra giustizia punitiva e giustizia riparativa esiste un vero e proprio rapporto distonico e disfunzionale, potremmo dire di sostanziale alterità, se non addirittura d'incompatibilità: insomma, se c'è l'una non può esserci l'altra, o si punisce o si dialoga. Mentre in ambito civile la mediazione è una giustizia altra, ma funzionale alla stessa logica del diritto civile che disciplina la libertà delle parti in prospettiva di un accordo, in ambito penalistico quella riparativa è una giustizia tutt'altra e quindi del tutto disfunzionale rispetto alle logiche punitive.

In particolare, per quanto riguarda il carattere altro ma funzionale della giustizia riparativa in ambito civile, occorre muovere dalla circostanza che lo stesso diritto civile presenta in sé caratteri destinati a creare tensione e conflittualità, anche nell'ipotesi in cui un soggetto avanzi una pretesa del tutto legittima: «il diritto non si sostiene che col tono della rivendicazione; e quando questo tono è adottato, la forza non è lontana, è subito dietro, per confermarlo, se no sarebbe ridicolo» ⁽⁷⁾.

Ecco che la mediazione si presenta come una giustizia altra, perché invece di creare le condizioni per la tensione e per la rivendicazione, crea le condizioni per lo stemperamento della tensione, per l'attenuazione della pretesa, per cui la propria pretesa non può che

⁽⁶⁾ G. BERTAGNA, A. CERETTI e C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro. Vittime e responsabili della lotta armata a confronto*, Milano, 2015.

⁽⁷⁾ S. WEIL, *La persona e il sacro*, in ID., *Morale e letteratura*, Pisa, 1990, 49.

passare dalle ragioni dell'altro, dal loro ascolto e dalla loro comprensione ⁽⁸⁾.

Del resto, pur essendo altra, la mediazione è funzionale al diritto civile, perché il diritto civile vive della centralità delle persone a prescindere da un contatto giurisdizionale, e ciò sia quando il diritto è fisiologico, nel senso che viene impiegato per esercitare le libertà di ognuno al fine di arrivare a un accordo che consenta vantaggi per tutti, sia quando è patologico, perché le parti, anche in presenza di un illecito, sia esso contrattuale o extracontrattuale, possono sempre raggiungere un accordo a prescindere dalla giurisdizione. Ecco che in ambito civilistico la mediazione può entrare in ogni momento in gioco al fine di stemperare la tensione e la conflittualità sostanziale e di creare i presupposti che portano poi all'incontro delle volontà.

In ambito penale le cose stanno in modo decisamente diverso. Il diritto penale si basa su un conflitto deliberato, su un'aggressione unilaterale che oltretutto, come osservato più volte, offende in modo rilevante interessi meritevoli di tutela: il diritto penale pone limiti alla libertà il superamento dei quali comporta un'offesa inaccettabile di interessi rilevanti. Certo, questa aggressione può avere anche cause, ma non è detto che ce l'abbia. E anche quando ha cause, il fatto è tale da determinare un indubbio dislivello tra autore e vittima: insomma, chi si è preso il pugno senza una causa di giustificazione è per l'appunto vittima. E nel momento in cui la giustizia riparativa apre uno spazio di confronto paritario che sposta dall'oggettivo al personalistico, si determina una realtà di confronto che è disfunzionale non soltanto all'idea di giustizia punitiva, ma prima ancora alla valenza del precetto che non può che essere accompagnato da una sanzione afflittiva.

⁽⁸⁾ S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in questa *Rivista*, 2021, 3 ss.; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, *ivi*, 15 ss.

Ecco che in ambito penalistico si pone un'esigenza del tutto particolare, che se non incide sul concetto di mediazione e di giustizia riparativa come giustizia altra identica per qualsiasi conflitto, tuttavia aggiunge una problematica per certi aspetti sconosciuta all'ambito civile: si tratta del tema del rapporto che può intercorrere tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. Con la conseguenza che, come vedremo tra poco, in ambito penalistico la giustizia riparativa assume un'articolazione molto più complessa, ricomprendendo al proprio interno anche una disciplina che consenta alla giustizia riparativa di innestarsi all'interno della giustizia penale.

5. Tipologie e modelli di rapporto tra giustizia riparativa e giustizia punitiva. – Il rapporto tra giustizia punitiva e giustizia riparativa, tema propriamente giuridico, decisamente tecnico ⁽⁹⁾.

Anzitutto, si potrebbe pensare a una sostituzione 'totale' della giustizia punitiva con quella riparativa: insomma, così come la giustizia punitiva moderna non ha riconosciuto alcuno spazio alla giustizia riparativa, adesso la giustizia riparativa potrebbe – per così dire – soppiantare la giustizia punitiva. Ebbene, una strada del genere, pur essendo del tutto legittima, risulta oggi impraticabile, ma forse anche utopica. La giustizia punitiva è uno strumento di stabilizzazione e conservazione della comunità: la previsione di comportamenti che non si devono realizzare non può che essere accompagnata dalla prospettiva di conseguenze negative, vale a dire da pene, derivanti dalla realizzazione di quei comportamenti e una società che non minacciasse afflizione sarebbe destinata a dissolversi.

In secondo luogo, può accadere che tra giustizia punitiva e giustizia riparativa non vi sia alcuna relazione, per cui si tratta di realtà

⁽⁹⁾ V. per tutti F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, 2015, 67 ss.; ID., *Sanzione e riparazione all'interno dell'ordinamento giuridico italiano: de lege lata e de lege ferenda*, in *Pol. dir.*, 2017, 349 ss.

che non s'incrociano mai, procedendo entrambe su binari paralleli. Alla fin fine, come già accennato, è quanto avvenuto per tutti questi anni dove la mediazione ha senz'altro operato, ma nella sostanza al di fuori di un vero e proprio raccordo con sistema penale statale. Ed infatti, com'è noto, la mediazione è già oggi prevista nei contenuti della messa alla prova minorile e degli adulti, nel sistema penale del giudice di pace e in fase esecutiva, ma si tratta di previsioni importanti per il tempo in cui furono inserite, ma *'naïf'*, perché prive di una disciplina, rendendo così la mediazione meramente accessoria.

Tuttavia, la grande sfida sta proprio nella costruzione di un rapporto di interazione che per l'appunto innesti la giustizia riparativa all'interno della giustizia punitiva. La giustizia riparativa, lo ribadiamo, non può che presupporre una tavola di valori che definisce in termini netti l'autore e la vittima, l'aggressore e l'aggredito, l'ingiusto e il giusto, vale a dire nella sostanza precetti accompagnati da pene. Inoltre, si deve considerare che essendo totalmente consensuale, una volta attivato il percorso di giustizia riparativa può sempre fallire. Ecco allora che l'ordinamento non può lasciare la vicenda – per così dire – aperta e irrisolta e a chiuderla non può che intervenire la giustizia punitiva.

In termini ancora più generali e profondi si deve registrare come ormai il nostro sistema punitivo si vada sempre più configurando come una sorta di sistema strutturalmente bifasico, caratterizzato da una pena astratta, minacciata, propria della comminatoria edittale e da una risposta in concreto che sempre di più consiste in un qualcosa di diverso dalla pena minacciata. In estrema sintesi, questo processo di progressiva depenalizzazione in concreto, se così si può dire, è iniziato già alla fine dell'Ottocento con l'istituto della sospensione condizionale della pena operante in fase di cognizione, poi si è esteso alla metà degli anni Settanta del secolo scorso alla fase dell'esecuzione con le misure alternative, per tornare a manifestarsi agli inizi degli anni Ottanta alla fase della cognizione con la previsione delle sanzioni c.d. sostitutive e dall'inizio del nuovo Millennio ha riguardato anche e soprattutto la fase pre-decisoria: messa alla

prova degli adulti, una notevole varietà di condotte riparatorie estintive del reato disseminate in vari istituti di parte generale e speciale. Ebbene, ecco che anche la giustizia riparativa, oltretutto paradigma altro rispetto alla giustizia punitiva, può intervenire a ridurre l'ambito applicativo della pena in concreto, dando luogo a una risposta non solo diversa da quella punitiva, ma nemmeno sanzionatoria.

Muovendosi su questa strada di interazione tra punitivo e riparativo, l'idea di fondo è che dopo la realizzazione del reato e durante il procedimento o comunque in vista della sua attivazione, la giustizia riparativa si possa innestare su quella punitiva venendosi a creare uno spazio all'interno del quale autore e vittima si confrontano direttamente: la giustizia punitiva si sospende, per dare spazio alla giustizia riparativa; così come, se la giustizia riparativa fallisce, la giustizia punitiva non può che riprendere il suo corso.

Davanti a questo scenario, da un punto di vista giuridico i passaggi maggiormente delicati attengono al momento iniziale e a quello finale. Circa il momento iniziale, se, da un lato, è fondamentale il consenso di autore e vittima, dall'altro lato, deve esservi un momento in cui gli attori della giustizia punitiva (pubblico ministero, avvocati, giudice) aprono alla possibilità della giustizia riparativa. Circa il momento finale, forse il più problematico, si pongono alcune questioni di fondo così sintetizzabili: in cosa deve consistere l'esito positivo che chiude il percorso mediativo oggetto di valutazione da parte del mediatore? Che rapporto si viene a delineare tra l'esito positivo 'accertato' dal mediatore e la giurisdizione: il giudice ratifica oppure può compiere a sua volta una valutazione ulteriore? Infine, che valenza dare all'esito positivo della mediazione: soppianta qualsiasi conseguenza della giustizia punitiva oppure la attenua?

Premesso che dal punto di vista processuale, la giustizia riparativa risulta necessariamente 'complementare' rispetto a quella punitiva, sul piano sostanziale si possono delineare due grandi modelli di fondo. Da un lato, vi può essere un modello che potremmo definire sostitutivo, per cui l'esito positivo della mediazione determina nella

sostanza la non punibilità del fatto. In questa prospettiva, risulta funzionale un'attenta selezione dei reati, avuto riguardo soprattutto alla relazione tra autore e vittima; inoltre, coerente con questa impostazione fare operare la giustizia riparativa in una fase particolarmente anticipata del procedimento.

Dall'altro lato, vi può essere un modello che invece potremmo definire complementare non solo sul piano processuale, ma anche su quello sostanziale, per cui l'esito positivo determina una diminuzione quantitativa della pena. In questa prospettiva, la giustizia riparativa può operare rispetto a qualsiasi reato, come anche in ogni stato e grado del procedimento penale.

Il primo modello è perfettamente coerente con l'idea della giustizia riparativa, valorizzandone il carattere alternativo; inoltre, in virtù della selezione dei reati, consente una maggiore cautela nell'introduzione e nella gestione di questo sistema avuto riguardo sia all'opportunità politica sia alla diffusione e consolidamento non solo della cultura mediativa nella società e tra gli operatori giuridici, ma anche – forse potremmo dire soprattutto – delle competenze che devono possedere le figure centrali dei mediatori.

Il secondo modello valorizza invece la capacità della giustizia riparativa di raggiungere il risultato sostanziale del superamento del conflitto, risultato che alla fin fine non dipende dalla tipologia di reato, non potendosi non sottolineare come la permanenza della punizione sia comunque disfunzionale all'idea della giustizia riparativa; inoltre, comportando un'applicazione molto ampia, richiede una cultura e competenze mediative già diffuse e consolidate; tuttavia sul piano della opportunità politica consente comunque di raggiungere un interessante compromesso, perché l'esito resta quello della punizione che risulta già attenuata.

Modelli che, lo diciamo subito, non sono tra di loro incompatibili, anzi. Modelli entrambi che pongono un problema di fondo enorme, allorquando la mediazione fallisce e il processo riprende il suo corso, visto che, come accennato, il percorso di mediazione presuppone un riconoscimento di responsabilità, con la conseguen-

za che per il solo fatto che l'imputato abbia consentito a intraprenderlo, egli ha finito per ammettere la sua responsabilità per il fatto.

6. *Conclusioni.* – La prima riguarda il fondamento ultimo della giustizia riparativa. Ebbene, non c'è nulla da fare, il fondamento ultimo della giustizia riparativa a me pare la fraternità, se non addirittura l'amore, da concepire al di fuori di qualsiasi sentimentalismo, ma come atto che non esito a definire laicamente spirituale⁽¹⁰⁾. Lo so e comprendo: questa affermazione genera scandalo e non può che essere così. Si può tradurre in termini di solidarietà oppure di fiducia, se fa dormire sonni più tranquilli, ma è indubbio che alla base della giustizia riparativa vi sia nella sostanza un'apertura reale e sostanziale verso l'altro, un arretramento dal sé o addirittura una negazione del sé per fare spazio alle istanze dell'altro, come anche una rigenerazione di sé mediante la dischiusura verso l'altro. Che lo si voglia mutuare dal messaggio cristiano e soprattutto evangelico o lo si voglia laicizzare o ricondurre a qualsiasi credenza oppure sterilizzare da qualsiasi connotato spirituale, fatto sta che alla base della giustizia riparativa sta non solo un concetto, ma soprattutto una pratica che implica un coinvolgimento empatico della propria persona nei confronti dell'altra e viceversa. Riemergendo oltretutto quel principio di fraternità, che tra i tre affermati con forza dalla Rivoluzione francese, è stato quello più negletto e meno sviluppato⁽¹¹⁾.

Seconda considerazione. I rischi sono enormi. Da un lato, il discorso sulla giustizia riparativa è stato finora un discorso di nicchia e la sua introduzione nel nostro ordinamento finisce per essere traumatica: forse, considerati gli odierni venti giustizialisti, la giustizia riparativa non poteva che essere introdotta così, con una sorta

⁽¹⁰⁾ In versione più religiosa, cfr. L. EUSEBI, *La fraternità ferita: colpa, pena, giustizia riparativa*, in R. RAGONESE (a cura di), *Fraternità ferita e riconciliazione*, Milano, 2017, 42 ss.

⁽¹¹⁾ E. RESTA, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2005.

di colpo di mano da congiuntura favorevole e forse anche irripetibile, ma c'è da compiere un lavoro enorme perché essa penetri e si diffonda nella nostra cultura della nostra società. Dall'altro lato, i rischi maggiori sembrano risiedere nella circostanza che non esistono mediatori a sufficienza, sia sul piano quantitativo che qualificativo, per operare correttamente, non potendosi dimenticare che la giustizia riparativa è la forma di giustizia più delicata che si possa pensare e praticare, proprio perché mette in gioco la persona, con la conseguenza che il suo fallimento dal punto di vista 'tecnico' e della gestione costituisce una sorta di gravissimo tradimento. Insomma, potrà apparire paradossale, ma l'ingiustizia della giustizia punitiva, dalla quale ci si può difendere oggi con tanti mezzi, è un'ingiustizia che attiene a un sistema che nella sostanza ha sempre in sé connotati e rischi di ingiustizia, e non è un caso che la prospettiva sia quella per l'appunto di 'difendersi'; diversamente la giustizia riparativa è una giustizia altra, che ambiziosamente muove in una prospettiva di 'autentica' giustizia, perché coinvolge direttamente e pienamente la persona, inducendola ad aprirsi e ad affidarsi, con la conseguenza che una sua *mala gestio* significa annichilire le persone.

Terza considerazione. Per evitare tutto questo occorre che sia definita con estremo rigore scientifico lo statuto epistemologico della giustizia riparativa che si vorrà praticare, uno statuto che non può essere ridotto al 'volemose bene', né a quello dell'accordo tanto per chiudere, ma che deve spingersi a una cura faticosa e complessa della relazione. Con l'ulteriore conseguenza che sarà fondamentale la formazione, la quale o sarà altissima, anche universitaria, oppure la giustizia riparativa sarà destinata a fallire.

Ultima considerazione. Quale può essere l'iconografia della giustizia riparativa? Me lo domando da anni. A ben vedere non esiste. Ciò che si avvicina maggiormente è il ginocchio scoperto indicato

da Sbriccoli, ma è ben altra cosa ⁽¹²⁾. Forse, si dovrebbe risalire alle figure della Giustizia di Giotto e di Lorenzetti, là dove la giustizia distributiva e quella commutativa non sono da ricondurre, come si fa oggi, rispettivamente al diritto penale e al diritto civile, potendosi osservare piuttosto come prima dell'affermazione del potere punitivo statale la stessa giustizia commutativa potesse essere riferita anche ai gravi illeciti 'valoriali', mentre quella distributiva al piano religioso ⁽¹³⁾, non potendosi dimenticare come anticamente più che di giustizia riparativa si dovesse parlare di giustizia 'a due' a carattere riparatorio. Modernamente, a mio avviso il quadro che più si avvicina alla rappresentazione della giustizia riparativa è quello di Rembrandt del Figliol prodigo, il quale oltre a rappresentare la dinamica riconciliativa, evidenzia anche un monito fondamentale contenuto nella parabola stessa: insomma, come sempre accade, attraverso l'arte il diritto viene colto nella sua essenza ricomprendente anche il problema, nella sua luce accompagnato dalla sua ombra.

Alcune parole sulla parabola. Di solito, nella lettura di questa parabola, l'attenzione si concentra sul rapporto del figliol prodigo con il padre. Raramente, l'attenzione si estende al rapporto del figlio 'fedele' con il padre. Mai si mettono in relazione il figliol prodigo e il figlio fedele, a mio avviso alla fin fine i veri protagonisti della vicenda. Ebbene, in questa prospettiva, premesso che il rapporto di ciascuno dei figli con il padre apre alla dimensione spirituale alla quale ho accennato in precedenza e che qui voglio liberare da qualsiasi connotato religioso, punti nodali divengono l'autentico riconoscimento della propria responsabilità da parte del figlio prodigo, come anche la diffidenza da parte del figlio fedele. Ecco che nella

⁽¹²⁾ M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia*, I, Milano, 2009, 204 ss.

⁽¹³⁾ Sia consentito rinviare a R. BARTOLI, *Castigo: vendetta o giustizia? Una riflessione sulla penalità dalla prospettiva del costituzionalismo*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia*, 3, 2021, 26 ss.

ricongiunzione verso l'altro, il figliol prodigo in quanto autore non può che riconoscere la propria responsabilità verso l'altro, così come il figlio fedele in quanto vittima dovrebbe accogliere chi ha riconosciuto la propria responsabilità. Non potendosi non osservare come alla fin fine la stessa parabola contenga un monito diretto più al figlio fedele che a quello prodigo, visto che quest'ultimo è valorizzato nel suo comportamento di pieno riconoscimento della propria responsabilità, mentre del primo si pone in evidenza proprio la sua diffidenza e ritrosia.

Ebbene, questa lettura emerge con forza proprio dal quadro di Rembrandt, capace di concretizzare l'autenticità del grande ritorno come anche la distanza in cui si colloca la delusione del figlio fedele nettamente separato dal gesto di inginocchiamento del figlio prodigo accolto dalle mani, una maschile ed una femminile, del vecchio padre, come a dire che alla fin fine la giustizia riparativa si regge soprattutto sulla figura delicatissima della vittima che sta dalla parte della ragione, forse la vera grande frontiera di questa nuova penalità e di questo nuovo umanesimo.

Abstract

La giustizia riparativa è un paradigma altro da quello punitivo. Per la sua comprensione occorre quindi muovere proprio da questa alterità. L'a., attraverso un raffronto 'serrato' tra questi due paradigmi, prova a delineare i caratteri essenziali della giustizia riparativa praticata a seguito degli illeciti penali: giustizia comunitaria, giustizia dialogica, giustizia che tenta di superare il dolore cagionato dal male criminale, giustizia non violenta. Un'autentica rivoluzione soprattutto se questa giustizia viene innestata nella giustizia punitiva, rendendola complementare sul piano processuale e addirittura sostitutiva della pena sul piano sostanziale.

Restorative justice and punitive justice belong to different paradigms. Therefore, understanding this paradigm shift is key to the understanding of restorative justice itself. Through a 'close' comparison between these two paradigms, the author aims to capture the distinctive features of restorative justice in the context of criminal offences, i.e. community justice, dialogic justice, justice that attempts to heal the pain caused by criminal wrongdoing, and non-violent justice. Restorative justice has the potential to foster revolutionary change, especially in instances where restorative justice can provide a procedural tool that is complementary to punitive justice and a material alternative to punishment.

AZIONE DI CLASSE E ADR: UN BINOMIO IN VIA DI DEFINIZIONE

Beatrice Zuffi (*)

SOMMARIO: 1. L'assenza di una regolamentazione puntuale e coesa volta ad incentivare l'uso delle ADR nei fenomeni di *mass litigation* a livello transnazionale. – 2. Le forme di risoluzione alternativa delle liti collettive risarcitorie nella prospettiva comparatistica: gli esempi paradigmatici degli Stati Uniti, dell'Olanda e del Belgio. – 3. La nuova disciplina dell'azione di classe italiana e i percorsi di tacitazione diversi dall'accertamento avanti all'autorità giurisdizionale dei diritti omogenei risarcitori o restitutori: a) la transazione. – 4. b) la mediazione e la negoziazione assistita. – 5. c) l'arbitrato.

1. L'assenza di una regolamentazione puntuale e coesa volta ad incentivare l'uso delle ADR nei fenomeni di mass litigation a livello transnazionale. – Da vari anni ormai il fenomeno delle azioni di classe, pur con la varietà di declinazioni che esso conosce in seno alle singole normative statali, ha indubabilmente assunto una dimensione globale: al di là delle (a volte anche macroscopiche) differenze che si possono riscontrare in ordine agli ambiti di operatività, alle tecniche di aggregazione dei gruppi di soggetti lesi e all'estensione, automatica o solo su adesione, degli effetti del giudicato, sono davvero pochi i sistemi che non contemplano forme di *collective redress*. Altrettanto diffuso a livello mondiale è il movi-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 413-454. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

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

mento volto ad incentivare l'utilizzo di strumenti di tacitazione consensuale delle liti, che a partire dall'originario nucleo di prassi spontaneamente fiorite negli Stati Uniti grazie alla fervida intuizione di Frank Sander sulle *Multi-door Courthouse* ⁽¹⁾, si è diramato capillarmente pressoché ovunque: nel vecchio Continente, in particolare, le istituzioni comunitarie – assecondando la terza ondata preconizzata da Mauro Cappelletti per assicurare un moderno ed effettivo *access to justice* a tutti i cittadini ⁽²⁾ – hanno inaugurato, sul

⁽¹⁾ Alla *Pound Conference* convocata nel 1976 dal *Chief Justice* Burger, il Frank Sander tenne una relazione (intitolata «*Address Before the National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice: Varieties of Dispute Processing*», in *70 Federal Rules Decisions* (1970), 111 ss.), nella quale auspicava che il sistema giustiziale potesse svolgere funzioni di «*diagnostic gatekeeper*», fornendo ai litiganti indicazioni sul metodo di risoluzione, oltre a quello aggiudicativo tradizionale, ritenuto più appropriato per la definizione delle loro controversie. Per approfondimenti sul concetto di *Multi-door Courthouse* e sulle sue applicazioni leggi F. SANDER, M. HERNANDEZ CRESPO, *A Dialogue between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-door Courthouse*, in *5 U. St. Thomas Law Journal* (2008), 665.

⁽²⁾ Come noto, questo fine comparatista teorizzò la necessità di superare alcune delle barriere ostacolanti la piena affermazione del diritto di accesso alla giustizia tramite tre susseguenti ondate di riforme, volte rispettivamente a garantire efficaci meccanismi di *legal aid* per le fasce di popolazione meno abbienti; ad assicurare un'adeguata tutela degli interessi collettivi e dei diritti omogenei mediante espedienti giustiziali quali le *class actions* e il riconoscimento della legittimazione ad agire in capo ad associazioni consumeristiche o ambientali; infine, a promuovere la semplificazione dei procedimenti giurisdizionali e ad introdurre forme di risoluzione alternativa delle liti: v. M. CAPPELLETTI, B. GARTH, *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective, General Report*, in *Access to Justice, A World Survey*, vol. I (1978), 1 ss., spec. 9, 49 ss. Nella complessa evoluzione del sistema legale divisata da tale a. le tecniche ADR assumono quindi un ruolo niente affatto ancillare, in quanto sono destinate a vivificare l'idea di una giustizia 'co-esistenziale', basata cioè sulla conciliazione e mediazione e su criteri di equità sociale distributiva, laddove sia ad esempio importante 'curare' situazioni complesse e durature di rapporti tra individui e gruppi, anziché semplicemente definire un rapporto isolato, con rigidi criteri giuridici di 'torto' e di 'ragione' essenzialmente rivolti al passato (M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 49 e 56 ss.; ID., *Giudici laici*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 698 e 707 ss.). Naturalmente si deve però vigilare per evitare che l'informalità di tali strumenti e la mancanza delle garanzie tipiche delle procedure aggiudicative diano

finire del secondo Millennio, una campagna legislativa di impulso dei metodi alternativi di composizione delle controversie, che si è inesorabilmente intensificata negli ultimi due decenni. Lo scopo perseguito è quello di garantire il buon funzionamento del mercato comune, offrendo agli operatori che lo animano una via diversa e più sostenibile per la soluzione delle controversie rispetto a quella aggiudicativa, specie ove la posta in gioco sia di valore contenuto e coinvolga un consumatore. Nei Paesi asiatici la propensione per i meccanismi di *Alternative Dispute Resolution*, immanente alla cultura tradizionale (di derivazione) confuciana ⁽³⁾, è stata a più riprese vivificata, in particolare in Cina, per il tramite di radicali trasformazioni del sistema giudiziario ⁽⁴⁾.

luogo ad una giustizia 'di seconda classe' (M. CAPPELLETTI, *La protection d'intérêts collectifs et le groupe dans le procès civil – Métarmorphoses de la procédure*, in *Rev. Int. de Droit Comparé*, 1975, 571 ss.; ID., *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-wide Access to Justice Movement*, in *56 Modern Law Rev.* (1993), 282 ss., spec. 288).

⁽³⁾ Va detto però che già nel XVII secolo emergeva un quadro ben più composito dell'amministrazione giudiziaria cinese, assai poco collimante con l'ideale confuciano di una società fondata sulla convivenza armoniosa: v. *amplius*, I. CARDILLO, *Recenti sviluppi della mediazione in Cina*, in questa *Rivista*, 2022, 365 ss.

⁽⁴⁾ Si deve al giudice Ma Xivu l'introduzione negli anni Quaranta del secolo scorso dell'istituto della 'giustizia itinerante', che prevedeva l'utilizzo anche di tecniche di mediazione, nella composizione prossimale delle liti disseminate nello sconfinato territorio della Cina rurale. L'idea riscosse un notevole successo e ricevette il plauso della *leadership* del partito comunista, che promosse la pratica della mediazione anche dopo l'istituzione della Repubblica Popolare (per maggiori dettagli cfr. A. CARPI, *Brevi riflessioni sulla mediazione in Cina*, 2014, <<http://amsacta.unibo.it/3928/>>). Con la Legge sulla Procedura Civile del 1982 si assegnò formalmente alla Corte il compito di favorire la mediazione e l'accordo tra le parti, ma l'istituto subì un certo declino negli anni a seguire, a causa dell'aumento esponenziale del contenzioso civile e del cambiamento dell'approccio dei litiganti. Con l'avvento del nuovo Millennio e un ulteriore scatto in avanti del numero dei procedimenti civili pendenti, la mediazione conobbe però una nuova stagione di espansione per l'indubbio beneficio deflattivo che poteva portare al sistema giudiziario (tanto che, stando ai dati statistici raccolti dalla Corte Suprema cinese, nel 2005 oltre il 30 % delle liti trovava soluzione tramite questo istituto). Nel 2010 fu avviata una politica legislativa volta a sviluppare una relazione sinergica tra l'attività giurisdizionale e la mediazione stragiudiziale, in forza della quale,

Eppure, a cercare le ‘intersezioni’ o le sinergie tra queste due macro-tendenze si resta alquanto delusi: solo in alcuni ordinamenti e/o in determinati ambiti ⁽⁵⁾ si trova regolamentata *ad hoc* la possibilità di applicare le metodiche di tacitazione negoziale ai contenziosi di massa o di classe. Tende invece a prevalere un approccio per così dire ‘isolazionista’ o a ‘compartimenti stagni’: da un lato, i legislatori si limitano ad ammettere genericamente la possibilità di transigere le cause di classe e collettive, con rinvio (implicito o esplicito) alle disposizioni dettate per le controversie individuali; dall’altro, nel dettare la disciplina dei procedimenti di composizione stragiudiziale delle dispute non apprestano soluzioni acconce per consentire nello specifico che l’arbitrato, la mediazione o la negoziazione possano essere condotti su base collettiva.

Abbastanza eloquente è il silenzio serbato al riguardo pure dai trattati internazionali: né la Convenzione di New York del 1958 in materia di arbitrato né quelle più recenti de L’Aja sulla circolazione extramunicipale delle decisioni (2019) o la Convenzione di Singapore sulla mediazione (2020) prevedono disposizioni *ad hoc* per la composizione massiva di liti: questo ovviamente non significa che le relative previsioni non possano essere applicate anche per i lodi, le sentenze e gli accordi conciliativi adottati o sottoscritti in relazione a contenziosi collettivi, ma è innegabile come stenti ancora ad affermarsi la volontà di apprestare percorsi *ad hoc* per facilitare forme di giustizia consensuale anche in ordine alla *complex litigation* ⁽⁶⁾.

nel 2012, si riconobbe in capo ai tribunali il potere di confermare, su richiesta delle parti, gli accordi transattivi raggiunti dalle parti grazie a mediatori ‘esterni’, attribuendo così agli stessi esecutività. Due importanti pronunce emesse dalla Corte Suprema nel 2016 sollecitarono altre forme di cooperazione tra giudici e organismi di mediazione, da operarsi anche per il tramite della c.d. *docking platform of litigation and mediation*. Il 1° agosto 2019 è stata poi imposta a tutte le corti nazionali l’implementazione di meccanismi di *one-stop multi-mechanism for dispute resolution* e l’istituzione di centri di servizi *one-stop litigation* entro la fine del 2020.

⁽⁵⁾ Si veda *infra* par. 2.

⁽⁶⁾ Una delle poche tendenze che, almeno nel vecchio Continente, sembra emergere a livello transnazionale in tema di *class action* o *class settlement* concerne

Anche sul versante degli interventi armonizzatori dell'Unione europea il quadro appare piuttosto sfilacciato. Da un lato, al di là delle norme (art. 59 reg. UE n. 1215 del 2012, reg. UE n. 805 del 2004 sul TEE) che facilitano l'esecuzione transfrontaliera delle transazioni giudiziarie, la regolamentazione uniforme degli strumenti alternativi di composizione delle liti si rivela ancora manchevole proprio nei riguardi del micro-contenzioso che presenta caratteri di serialità o multi-offensività⁽⁷⁾. Sia la direttiva 2013/11/UE sulle ADR che il regolamento UE n. 524 del 2013 in materia di ODR sembrano in effetti congegnati per facilitare di fatto solo la composizione stragiudiziale delle controversie *singulatim*, in quanto, al di là di vaghe affermazioni⁽⁸⁾, non si preoccupano di stabilire modali-

la contrarietà all'ordine pubblico processuale delle decisioni o degli accordi recanti *punitive damages*: leggi, ad es., l'art. 10 Conv. Aja 2019.

(7) Su cui sia consentito rinviare a B. ZUFFI, *An Effective Online Dispute Resolution Network for Enhancing Collective Redress in Europe: How to Handle Mass Small Claims through an Integrated Approach*, in *Italian Spanish Journal of Procedure Law, Revista Ítalo Española De Derecho Procesal*, 2022, 162 ss., in <<https://doi.org/10.37417/rivitsproc/688>>; ID., *The Failure of the European Small Claims Procedure and the Need for a More Effective System of Handling Mass Litigation in the Digital Single Market*, in S. TONOLO (a cura di), *Simplification of Debt Collection in Italy (European order for Payment Procedure and European Small Claims Procedure), Il recupero crediti in Italia tramite l'ingiunzione di pagamento europea e il regolamento sulle controversie di modesta entità*, Torino, 2022, 179 ss. Leggi pure le acute osservazioni di S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia 'coesistenziale' online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in questa *Rivista*, 2021, 191 ss., spec. 241, secondo cui «la prima via per giungere a garantire una reale fiducia del consumatore nel mercato interno passa (...) attraverso la confezione di efficaci strumenti processuali per accogliere il contenzioso consumeristico nelle aul[e] giudiziarie, la seconda dovrebbe puntare invece a (rafforzare) *meccanismi stragiudiziali* di deterrenza delle condotte di mancato o inesatto adempimento del professionista verso il consumatore» (evidenziazione aggiunta).

(8) Ci si riferisce al cons. 27 dir. 2013/11/UE, che recita: «La presente direttiva non dovrebbe impedire agli Stati membri di mantenere o introdurre procedure ADR che trattano congiuntamente controversie identiche o simili tra un professionista e vari consumatori. È opportuno effettuare una valutazione d'impatto globale sulle composizioni extragiudiziali collettive prima di proporre tali composizioni a livello di Unione. L'esistenza di un sistema efficace per i reclami collettivi e

tà operative che rendano concretamente possibile la soluzione alternativa di liti collettive. E il medesimo approccio ‘individualista’ caratterizza altresì la disciplina del procedimento uniforme europeo per le controversie di modesta entità di cui al regolamento CE n. 861 del 2007, in seno al quale si rinviene solo una brevilinea previsione sul potere del giudice di invitare le parti a conciliare la causa⁽⁹⁾. La stessa direttiva 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative si limita a contemplare in via generale la facoltà per le parti del processo collettivo di avanzare una proposta transattiva congiunta, nonché il potere in capo all’autorità adita di sollecitare le associazioni/organizzazioni ricorrenti e la parte convenuta ad avviare delle negoziazioni per la tacitazione della causa in tempi ragionevoli⁽¹⁰⁾.

Per quanto concerne poi la possibilità di applicare su vasta scala un istituto alternativo, ma aggiudicativo, come l’arbitrato, perdura nel vecchio Continente l’idea che i diritti e le azioni dei consumato-

un facile ricorso alle procedure ADR dovrebbero essere complementari e le procedure non dovrebbero escludersi reciprocamente».

⁽⁹⁾ V. art. 12, par. 3, reg. CE n. 861 del 2007.

⁽¹⁰⁾ V. art. 11 dir. 1828/2020/UE. In proposito si segnala che l’Italia doveva adeguare la normativa interna a tale atto entro il 25 dicembre 2022, di modo che le disposizioni nuove o modificate divenissero applicabili a partire dal 25 giugno 2023 (in ossequio a quanto previsto nell’art. 16 dir.). La legge contenente la «Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l’attuazione di altri atti normativi dell’Unione europea» (l. 4 agosto 2022, n. 127, in *Gazz. uff.* n. 199, 26.08.2022, ripubblicata in *Gazz. uff.* n. 213, 12.09.2022) menziona in effetti la direttiva 1828/2020/UE nell’elenco degli atti da recepire dell’allegato A: tuttavia, grazie al tecnicismo parlamentare del c.d. scorrimento, la delega potrà essere esercitata fino al 10 aprile 2023. Il 9 dicembre 2022 il Consiglio dei Ministri ha deliberato uno schema di decreto legislativo che prevede l’inserimento di 14 nuovi articoli nel c.cons., volti a contemplare l’istituto dell’azione rappresentativa per l’ottenimento di provvedimenti inibitori o compensativi a tutela degli interessi collettivi dei consumatori. Al posto di ritoccare gli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. (sarebbero bastate poche correzioni o interpolazioni in punto di legittimazione passiva, finanziamento e spese), si è dunque preferito dare pedissequa trasposizione della direttiva all’interno del c.cons., facendo così retromarcia rispetto alla scelta operata con la l. n. 31 del 2019, che aveva abrogato gli artt. 139, 140 e 140 *bis* c.cons. coerentemente con l’intento di introdurre dei modelli generali di azione di classe risarcitoria e azione inibitoria collettiva.

ri non possano essere menomati o intaccati per effetto dell'inserimento in condizioni generali o in contratti per adesione di clausole compromissorie predisposte unilateralmente da imprese e professionisti, presunte appunto per tale ragione vessatorie. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea serpeggia anzi la tendenza a depotenziare la scelta convenzionale eventualmente espressa a favore dell'arbitrato nelle liti inerenti i rapporti di consumo ⁽¹¹⁾, sul presupposto che essa non sia sempre libera e pie-

⁽¹¹⁾ V. Corte di Giustizia UE, sent., 26 ottobre 2006, causa c-168/05, *Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, e Id., sent., 6 ottobre 2009, causa c-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, nonché Id., ord., 3 aprile 2014, causa c-342/13, *Sebestyén c. Zsolt Csaba Kővári, OTP Bank Nyrt., OTP Faktoring Követeléskezelő Zrt, Raiffeisen Bank Zrt*, c-184/8, in *Gazz. uff. UE*, 16 giugno 2014. Nel primo caso, la Corte di Giustizia UE ha statuito che l'interpretazione da preferire della dir. 93/13/CEE impone al giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale di rilevare la nullità dell'accordo arbitrale e di annullare il lodo nel caso ritenga che esso contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo. Nella seconda vicenda, i giudici del Lussemburgo hanno concluso che l'autorità giurisdizionale adita per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale avente autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuta, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta nel contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora possa procedere a questa valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. Infine nel procedimento *Sebestyén*, la Corte di Giustizia UE ha chiarito che spetta al giudice nazionale appurare se la clausola contenuta in un contratto di mutuo ipotecario concluso tra una banca ed un consumatore volta ad attribuire ad un tribunale arbitrale permanente, le cui decisioni non sono impugnabili in diritto interno, la competenza a conoscere di qualsiasi controversia sorta nell'ambito di tale contratto, vada considerata abusiva in rapporto all'insieme delle circostanze che accompagnano la conclusione del suddetto contratto. Nell'ambito di tale valutazione occorre, in particolare, verificare se la clausola in questione abbia per oggetto o per effetto di sopprimere o di ostacolare l'esercizio di azioni in giustizia o di mezzi di ricorso da parte del consumatore, e tener conto del fatto che la comunicazione al consumatore, prima della conclusione del contratto, di informazioni generali sulle differenze esistenti tra il procedimento arbitrale ed il procedimento giurisdizionale ordinario non può, da sola, permettere di escludere il carattere abusivo di tale clausola. In caso di soluzione affermativa, devono essere tratte tutte le conseguenze

namente consapevole per la «parte debole» del rapporto contrattuale, con la conseguenza che può realmente vincolare solo l'impresa o il professionista, mentre il consumatore avrebbe la possibilità, nonostante l'adesione alla pattuizione compromissoria, di avviare la lite avanti al giudice statale ⁽¹²⁾, ove realizzi che la devoluzione al collegio arbitrale è per lui poco sostenibile o rassicurante ⁽¹³⁾.

2. *Le forme di risoluzione alternativa delle liti collettive nella prospettiva comparatistica: gli esempi paradigmatici degli Stati Uniti, dell'Olanda e del Belgio.* – Rispetto al riferito diffuso atteggiamento di disimpegno nel predisporre modelli ADR adatti alla gestione delle controversie collettive, nel panorama comparatistico spiccano alcune significative eccezioni, rappresentate dai sistemi statunitense (I), olandese (II) e belga (III). Ed in certa misura, secondo quanto meglio specificheremo, anche l'Italia potrebbe essere annoverata nello sparuto gruppo di ordinamenti che possono vantare regole volte a disciplinare (od a non disincentivare) la soluzione negoziale delle cause aggregate su diritti omogenei ⁽¹⁴⁾.

(I) Per quanto riguarda gli USA, è ben noto che un'altissima percentuale delle *class action* proposte viene transatta, spesso ancor prima della *certification* ⁽¹⁵⁾: l'indomito pragmatismo che connota la cultura giuridica statunitense ha in effetti nel tempo stratificato un complesso di norme specificatamente destinate a disciplinare la

previste dal diritto nazionale affinché tale consumatore non sia vincolato a detta clausola.

⁽¹²⁾ *Amplius* E. GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, Bologna, 2018, 233 ss.

⁽¹³⁾ Sulla convivenza dei due opposti atteggiamenti del legislatore comunitario, per un verso diffidente verso l'arbitrato e per l'altro incline ad incentivare l'utilizzo degli strumenti alternativi di soluzione delle liti, in cui è ricompreso anche l'arbitrato, leggi T. GALLETTO, *L'arbitrato dei consumatori e la sindrome dell'«anatra zoppa»*, in *Riv. arb.*, 2011, 127 ss.

⁽¹⁴⁾ Per un approfondimento si rinvia *infra* al par. 3 ss.

⁽¹⁵⁾ S.C. YEAZELL, *Civil procedure*, 8th ed., 2012, 284, riporta che la media nazionale si attesta intorno al 3%.

composizione negoziale di queste peculiari *lawsuits*. Si sono così addensate nella *Rule 23(e)* le risultanze di «*a strong judicial policy in favor of class action settlement*»⁽¹⁶⁾, che impongono – quali passaggi indefettibili – la notiziatura della proposta transattiva ai membri della classe e l'esercizio di un penetrante controllo del giudice sui contenuti dell'accordo, che egli è tenuto a vagliare per ben due volte. La complessa procedura all'uopo contemplata⁽¹⁷⁾ si articola difatti in tre fasi e comporta solitamente lo svolgimento di un paio di udienze⁽¹⁸⁾. In particolare:

- le parti sottopongono la proposta di transazione alla corte per un'approvazione preliminare⁽¹⁹⁾ e qualora l'autorità giurisdizionale scrutini positivamente la bozza di accordo compositivo, il relativo testo verrà notificato ai membri della classe, affinché possano sollevare obiezioni od esercitare, ove consentito, il diritto di *opt out*;
- nel corso di un successivo *fairness hearing*, ciascuno degli interessati potrà comparire dinanzi all'autorità giurisdizionale per svolgere le proprie deduzioni a favore o contro la transazione proposta;
- alla luce di quanto emerso da tale contraddittorio, ma anche a tutela delle ragioni degli *absent class members*, l'autorità giurisdizionale potrà o meno concedere l'approvazione finale all'accordo tacitativo: muoverà nel primo senso se reputa che le condizioni convenute siano eque, adeguate e ragionevoli⁽²⁰⁾.

⁽¹⁶⁾ *Ehrheart v. Verizon Wireless*, 609 F.3rd 590, 595, 76 Fed. R. Serv. 3d 1518 (3d Cir. 2010).

⁽¹⁷⁾ W.B. RUBENSTEIN, *Newberg on Class Actions*, 5th ed., vol. 4, Thomson Reuters, 2014, par. 13.1, 274 ss.

⁽¹⁸⁾ Anche se nella *Rule 23(e)* si trova menzionata una sola udienza, «*Review of a proposed class action settlement generally involves two hearings*»: v. *Manual for Complex Litigation*, 4th ed., par. 21.632.

⁽¹⁹⁾ Nell'ipotesi in cui l'azione non sia stata ancora certificata, sarà verosimilmente richiesto, in via condizionata rispetto alla domanda iniziale, che la *certification* sia data alla *settlement class*.

⁽²⁰⁾ Non è neppure escluso che il provvedimento possa recare anche la *certification* della classe.

Va da sé che le trattative si possono svolgere in maniera proficua solo quando le parti sono in grado di soppesare la reale tenuta delle rispettive posizioni, ciò che si rende possibile nelle cause di classe nordamericane sin dalle prime fasi del processo, grazie alla consolidata pratica della *pre-trial discovery*. Il sistema *opt out* consente inoltre di sapere che la posta in gioco comprende tutti i soggetti danneggiati dall'illecito plurioffensivo, sicché per la parte convenuta una soluzione negoziale che ponga prontamente fine alla lite di classe, con cessazione (o subitaneo contenimento) del discredito mediatico che da essa deriva, risulta particolarmente appetibile. Quel che qui merita sottolineare è che per garantire che la negoziazione non si traduca in una 'svendita' dei diritti dedotti in via aggregata, in cambio magari di lauti compensi per il *class counsel*, sono previsti vari accorgimenti, quali, ad esempio, quello di far precedere la patteggiamento sulle domande risarcitorie dei componenti la classe alla definizione delle spese e degli onorari professionali, o quello di sottoporre l'intero procedimento transattivo alla supervisione di un soggetto neutrale – come può essere un mediatore o un negoziatore esperto in liti di massa – ovvero di garantire una sorta di controllo indiretto mediante la partecipazione di un'autorità indipendente di rilievo pubblicistico⁽²¹⁾. L'innesto di meccanismi ADR, quali la mediazione o la *neutral evaluation*, nel procedimento giudiziale dell'azione di classe prescinde da specifiche previsioni normative, ma si rivela prassi diffusa, come testimoniato dall'esistenza di numerosi professionisti specializzati nell'erogare servizi di assistenza *settlement* e *post settlement* per *class actions* e *mass tort practices*, nonché dalle pubblicazioni dedicate al fenomeno⁽²²⁾. Va inoltre se-

⁽²¹⁾ *Amplius* W.B. RUBENSTEIN, *op. cit.*, par. 13:2, 276.

⁽²²⁾ Leggi D. HENSLER, *A Glass Half Full, a Glass Half Empty: The Use of Alternative Dispute Resolution in Mass Personal Injury Litigation*, in 73 *Tex. L. Rev.*, (1995), 1587 ss. e le 'risposte' a tale contributo di J. RESNIK, *Procedural Innovations, Sloshing Over*, *ibidem*, 1627 ss. e K.R. FEINBERG, *ibidem*, 1647 ss.; R.A. NAGAREDA, *Mass Torts in a World of Settlements*, 2007, *passim*; D.T. RAVE, *Settlement, ADR and Class Action Superiority*, in 5 *J. Tort Law* (2012), 91; J. DODGE,

gnalato, ad ulteriore conferma di quanto sia estesa l'abitudine negli Stati Uniti a ricorrere alle forme di risoluzione alternativa nel contesto della *complex litigation*, che frequentemente, per liquidare le pretese risarcitorie nascenti da disastri a danno di collettività, le parti, invece che instaurare cause collettive, preferiscono avvalersi di *claims resolution facilities*, ossia di strumenti auto-compositivi che spesso prevedono l'istituzione di fondi o *trust* per la distribuzione delle risorse compensative rese disponibili dal *tort feaser* ⁽²³⁾. Siffatti schemi negoziali rappresentano, per così dire, un modello contrapposto a quello che solitamente caratterizza invece il campo degli il-

Disaggregative Mechanisms: Mass Claim Resolution without Class Actions, in 63 *Emory L.J.* (2014), 1253.

⁽²³⁾ Si è ad esempio fatto ricorso alla costituzione di fondi amministrati da enti o soggetti privati per la distribuzione delle compensazioni dovute alle vittime del crollo delle *Twin Towers* dell'11 settembre 2001 (v. il numero monografico intitolato *Symposium after Disaster: The September 11th Compensation Fund and the Future of Civil Justice*, in 53 *DePaul L. Rev.* (2003), ed in particolare lo scritto di A.J. SEBOK, *What's Law Got to Do with It? Designing Compensation Schemes in the Shadow of the Tort System*, *ibidem*, 205 ss.; R.M. ACKERMAN, *The September 11th Victim Compensation Fund: An Effective Administrative Response to National Tragedy*, in 10 *Harv. Neg. L. Rev.* (2005), 135 ss.), delle devastazioni causate dall'uragano Katrina in Louisiana (per approfondimenti G.G. GUIDRY, *The Louisiana Judiciary: In the Wake of Destruction*, in 70 *La. L. Rev.* (2010), 1145) e dello sversamento di petrolio in seguito all'incidente della Piattaforma *Deep Horizon* nel Golfo del Messico (T.A. THOMAS, *Remedies for Big Disasters: The BP Gulf Oil Spill and the Quest for Complete Justice*, in 45 *Akron L. Rev.*, 567; F. BENATTI, *La giustizia statunitense alla prova dei mass torts: il caso In Re Deepwater Horizon*, in *Resp. civ. prev.*, 2015, 675 ss.). La figura del *Claim Resolution Facility* è vasta ed eterogenea, in quanto abbraccia tutti gli schemi procedurali predisposti su base volontaria per la soluzione stragiudiziale di plurime liti. Questi strumenti solitamente hanno funzione allocativa, ma possono essere anche utilizzati per determinare l'ammontare del risarcimento totale da riconoscere alle vittime. Nella categoria sono ricompresi fondi amministrati da una terza parte che agisce in qualità di *special master*, ma pure le negoziazioni gestite dai consulenti interni dell'impresa o dell'ente responsabile o le transazioni generali (*global* o *inventory settlements*). Sul tema leggi F. MCGOVERN, *The What and Why of Claims Resolutions Facilities*, in 57 *Stan. L. Rev.* (2005), 1380; L.A. BAKER, C. SILVER, *In Defense of Private Claims Resolution Facilities*, in <<https://law.utexas.edu/faculty/publications/2021-in-defense-of-private-claims-resolution-facilities/download>>.

leciti contrattuali plurioffensivi, dato il frequente inserimento di *pre-dispute agreements* ovvero di clausole arbitrali abbinata a *class action waivers* (ossia a rinunce preventive ad esperire azioni di classe) nelle condizioni generali o nei contratti *standard* predisposti dalle compagnie e *big corporations* ⁽²⁴⁾. L'intento perseguito dalle imprese è infatti proprio quello di evitare forme di soluzione aggregata delle dispute collettive o seriali in cui possano incorrere con i propri clienti, ai quali viene quindi lasciata solo la dispendiosa via dell'arbitrato individuale per affermare le proprie ragioni ⁽²⁵⁾. Que-

⁽²⁴⁾ Si tratta di un fenomeno dilagante negli USA, come denunciato da I.S. SZALAI, *The Prevalence of Consumer Arbitration Agreements by America's Top Companies*, in *52 U.C. Davis L. Rev. Online* (2019), 233.

⁽²⁵⁾ Superato l'iniziale orientamento derivante dal precedente *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003), con cui si era ammessa la praticabilità di *class arbitration*, nella giurisprudenza d'Oltreoceano si è affermata l'opposta discutibile tesi, secondo cui la sottoscrizione da parte di consumatori di clausole compromissorie inserite in contratti standardizzati implica la scelta di arbitrati 'individuali', con conseguente esclusione della possibilità di avere una trattazione aggregata della lite davanti non solo alle corti, ma anche agli stessi arbitri: v. *Stolt Nielsen S.S. v. Animalfeeds Int'l Corp.*, 559 U.S. 662, (2010); *AT&T Mobility LLC v. Concepcion*, 563 U.S. 333 (2011); *American Express Co. v. Italian Colors Restaurant*, 570 U.S. 228 (2013); *DirectTV, Inc. v. Imburgia*, 577 U.S. ____ (2015); *Lampus Plus, Inc. v. Varela*, 587 U.S. ____ (2019). Non c'è modo qui di ripercorrere le vicende che hanno condotto la Corte Suprema americana ad assumere questo atteggiamento di arroccamento formalmente a protezione delle norme federali sull'arbitrato, ma di fatto a tutela delle imprese: si rinvia pertanto a M.M. MOSES, *Statutory Misconstruction: How the Supreme Court Created a Federal Arbitration Law Never Enacted by Congress*, in *34 Florida State Univ. L. Rev.* (2006), 99; S.B. BURBANK, S. FAHRANG, *Rights and Retrenchement, The Counterrevolution against Federal Litigation*, Camb. Univ. Press, 2017, *passim*); G. CASONI, *Le prospettive della class action arbitration alla luce delle ultime pronunce della Corte Suprema americana*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 7 ss.; M. WINKLER, *Il caso Amex e i sentieri accidentati della class arbitration in America*, in *Int'l Lis*, 2014, 27 ss.; A. PALMIERI, *Arbitrati individuali coatti e ghetizzazione della class action; la contro-rivoluzione (a spese del contraente debole) nel sistema di enforcement statunitense*, in *Foro it.*, 2016, V, 81 ss.; N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti: lo stato dell'arte*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 752 ss., spec. 774 ss.; ID., *La Corte Suprema federale e la politica dell'arbitrato: una pagina dell'American Litigation Culture*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 586 ss.

sta tendenza conosce peraltro delle attenuazioni nel settore del contenzioso laburistico, sia perché in qualche recente pronuncia la Corte Suprema ha sottratto alcune categorie di lavoratori al giogo della legge federale (in forza della quale si giustificerebbe l'impossibilità di cause collettive in presenza di clausole di arbitrato individuale) ⁽²⁶⁾, sia per la riemersione – soprattutto in California – dell'espedito giustiziale della *qui tam action*, grazie al quale il dipendente, che pur abbia sottoscritto una di quelle clausole, può agire in sostituzione dello Stato o di altro ente pubblico per chiedere la condanna del datore al pagamento delle sanzioni pecuniarie conseguenti alle violazioni delle norme in materia di retribuzione o di promozione commesse ai danni di uno o più dipendenti ⁽²⁷⁾.

(II) Volgendo ora lo sguardo all'Europa, tra gli ordinamenti che hanno valorizzato, con apposite scelte normative, l'opportunità di

⁽²⁶⁾ Si allude al caso *New Prime Inc. Oliveira*, 586 U.S. ___ (2019) nel quale la *Supreme Court* ha escluso dall'ambito di applicazione del *Federal Arbitration Act* i lavoratori marittimi, quelli del trasposto ferroviario, del commercio estero e interstatale, considerando a tali fini anche gli *independent contractors*, ossia i collaboratori privi di un rapporto di vera e propria dipendenza, quali quelli impegnati nella c.d. *gig economy*. L'anno prima con la pronuncia *Epic Systems Corp. V. Lewis*, 584 U.S. ___ (2018) era stato comunque ribadito che anche le clausole arbitrali sottoscritte da lavoratori sono vincolanti e che i *class action waivers* in esse contenute non possono ritenersi illecite, in quanto lesive del diritto dei lavoratori *to engage in concerted activities* di cui alla Sec. 7 *National Labor Relations Act*. Leggi *amplius* A.J.S. COLVIN, *The Metastazisation of Mandatory Arbitration*, in 94 *Chi. Kent L. Rev.*, 2019, 3 ss.; E. GRANDE, *Il diritto nordamericano all'epoca del populismo. Quali tutele per i lavoratori?*, in *Questione Giustizia*, 2019, in <<https://www.questionegiustizia.it>>.

⁽²⁷⁾ Secondo quanto deciso dalla Corte Suprema californiana nel caso *Iskanian v. CLS Transportation L.A.*, 59 Cal 4th 348 (2014), posto che il lavoratore agisce per conto dello Stato o dell'ente pubblico, che non sono stati parti del contratto di lavoro, non può essergli – in tale veste – opposta la vincolatività della clausola arbitrale. Sul tema si rimanda a N. TROCKER, *La class action negli Stati Uniti*, cit., 777 ss., e ai riferimenti ivi citati: si segnala qui la sopraggiunta decisione resa il 9 marzo 2022 dalla *U.S. Supreme Court* in sede di *certiorari* sul procedimento pendente avanti ai giudici californiani *Viking River Cruises, Inc. v. Angie Morana*, no. 20 1573; cfr. A. ELMORE, *The State Qui Tam to Enforce Employment Law*, in 69 *De-Paul L. Rev.* (2019), 2, disponibile anche in <<https://ssrn.com/abstract=3618727>>.

impiegare le tecniche ADR nella soluzione dei contenziosi collettivi, salta agli occhi l'Olanda, per la scelta pionieristica di affiancare, sin dal 2005, alla disciplina delle azioni rappresentative – destinate alla tutela dichiarativa di interessi diffusi – un'efficace regolamentazione delle transazioni collettive con finalità risarcitoria (*Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade*, d'ora in avanti *WCAM*). L'art. 3:907 *Woetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (c.p.c.) consente di chiedere alla Corte d'appello di Amsterdam che gli accordi stipulati dalle imprese e da associazioni, fondazioni o appositi *claim vehicle* in rappresentanza dei soggetti lesi in relazione ai risarcimenti conseguenti ad illeciti massivi siano resi vincolanti per tutte le vittime⁽²⁸⁾. Le parti possono raggiungere tali contratti compositivi in maniera del tutto autonoma, utilizzando uno qualsiasi dei metodi stragiudiziali disponibili, ma dal 2013 è riconosciuta loro anche la facoltà di chiedere la fissazione di un'udienza *pre-trial*, nell'ambito della quale l'autorità giurisdizionale può 'fissare' alcuni punti fermi, da sviluppare poi nella negoziazione⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ W.H. VAN BOOM, *Collective Settlement of Mass Claims in the Netherlands*, in *Rotterdam Institute Priv. Law*, 2009, 171 ss.; F. WEBER, W.H. VAN BOHM, *Dutch Treat: The Dutch Collective Settlement of Mass Damage Act (WCAM 2005)*, in *Contr. Impr. Europa*, 2011, 69 ss.; B. KRANS, *The Dutch Act on Collective Settlement of Mass Damages*, in *Global Business Development L.J.*, 2014, 281 ss. La riforma del 2005 origina dal caso *DES*, ossia dalla vicenda legata alla commercializzazione di farmaci contenenti il *Diethylstilbestrol*, una forma sintetica dell'estrogeno femminile, che in seguito si rivelò essere la causa di serie patologie (cancro all'utero e alla vagina) in molte delle figlie nate dalle madri che ne avevano fatto uso durante la gravidanza. Risolta la questione del nesso eziologico, su cui erano state sollevate contestazioni dalle cause farmaceutiche produttrici, venne istituito un fondo per gestire le pretese risarcitorie delle vittime, il quale, dopo vari anni, chiese la collaborazione del Ministro della giustizia olandese per trovare una soluzione che potesse ritenersi soddisfacente. Il dicastero decise di farsi carico della questione, ma, invece che adottare un provvedimento *ad hoc*, optò per un intervento di carattere generale, che diede poi luogo al *WCAM*.

⁽²⁹⁾ Il collegio avanti al quale si svolge quest'udienza preliminare è da individuare in base alle normali regole di competenza: in questa maniera si evita il periodo di una pre cognizione della Corte d'appello di Amsterdam qualora l'accordo venga poi concluso e sottoposto alla sua approvazione, v. C.F. VAN DER ELST,

Quando l'istanza di omologazione ed estensione della vincolatività sia inoltrata, dopo aver accertato che l'ente firmatario è sufficientemente rappresentativo degli interessi dei danneggiati e che il gruppo di persone per conto delle quali è stata stipulata la transazione raggiunge una consistenza numerica tale da giustificare un'estensione dell'accordo alle altre vittime, la Corte d'appello di Amsterdam verifica se le parti contraenti hanno fornito una descrizione abbastanza precisa della condotta illecita e dei danni da essa derivanti, al fine di poter definire con esattezza i requisiti che gli appartenenti al gruppo devono soddisfare per poter giovare dell'intesa⁽³⁰⁾. I giudici valuteranno inoltre che:

- il risarcimento concordato sia 'ragionevole' e che tenga conto, con acconce suddivisioni in sotto-classi, della differente gravità delle lesioni subite dalle vittime⁽³¹⁾;
- che siano offerte adeguate garanzie da parte del responsabile dell'illecito circa il pagamento delle somme convenute;
- che sia previsto un meccanismo indipendente di risoluzione amichevole delle dispute insorgenti nell'attuazione dell'accordo;
- che le vittime abbiano la facoltà di far valere le loro ragioni, il che implica naturalmente che esse siano notiziate dell'istanza inol-

W.C.T. WETERINGS, *The Dutch Mechanisms for Collective Redress: Solid, and Excellent within Reach*, in B. FITZPATRICK, R. THOMAS (a cura di), *The Cambridge Handbook of Class Actions. An international Survey*, Cambridge, 2021, spec. 277 ss.

⁽³⁰⁾ Dovrà inoltre essere fornita l'indicazione più accurata possibile del numero di persone che compongono il gruppo dei danneggiati.

⁽³¹⁾ Ciò che avverrà tramite la tecnica di c.d. *damage scheduling*, che può comportare la suddivisione dei vari soggetti danneggiati in categorie omogenee individuate in base alla coincidenza delle circostanze fattuali rilevanti ai fini del *quantum debeat*. Per quanto concerne il requisito della ragionevolezza del risarcimento, la giurisprudenza della Corte di Amsterdam ha precisato che non può essere esclusa l'equità dell'accordo per il semplice fatto che preveda di rifondere solo una parte o una certa tipologia dei danni subiti o che l'accordo sia stato raggiunto mediante l'opzione compensativa preferita, in quanto più alta, tra le alternative proposte: riferimenti in A. MAGLICA, *WCAM: The Dutch Collective Settlement Act*, 8 settembre 2020, in <https://www.iusinitinere.it/wcam-the-dutch-collective-settlement-act-30512#_ftn21>.

trata alla Corte d'appello di Amsterdam e che possano partecipare alla relativa procedura, allegando circostanze o deducendo argomentazioni utili alla definizione dell'accordo ⁽³²⁾.

Similmente a quanto previsto negli Stati Uniti, anche qui si contempla dunque un avallo preliminare dell'accordo, cui, provocato il contraddittorio, segue l'eventuale approvazione definitiva, salva la possibilità per i danneggiati di manifestare – entro una data scadenza – la propria contrarietà ad essere vincolati dall'intesa ⁽³³⁾. È interessante notare che l'autore del danno può tutelarsi, inserendo nel contratto transattivo una condizione relativa alla percentuale di presunte vittime che possono esercitare l'*opt out*: in questo modo, pur impegnandosi ad offrire un risarcimento, si riserva il diritto di recedere dal contratto qualora l'accordo, al termine della predetta scadenza, non copra un numero sufficiente di danneggiati ⁽³⁴⁾. Non è però regolamentata la fase esecutiva dell'accordo transattivo collettivo: il *WCAM* si limita appunto ad imporre che i paciscenti profilino uno 'schema distributivo' (prevedendo, ad es., l'istituzione di un fondo o la nomina di un liquidatore), la cui adeguatezza viene valutata dalla corte, ma, una volta che questa abbia dato la sua approvazione, non sono previsti ulteriori controlli o *report* da sottoporre ai giudici di appello di Amsterdam ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Leggi C.F. VAN DER ELST, W.C.T. WETERINGS, *op. cit.*, 278.

⁽³³⁾ La facoltà di uscita dall'accordo collettivo si esercita mediante l'invio di un messaggio di posta ordinaria o elettronica entro il termine fissato dalla Corte, che, in ogni caso, non può essere inferiore a tre mesi dall'approvazione definitiva dell'accordo transattivo. Si noti che la decisione della Corte d'appello di Amsterdam è ricorribile in cassazione solo nel caso venga respinta la richiesta di rendere l'accordo vincolante a tutte le vittime dell'illecito plurioffensivo: per le ragioni politiche di questa scelta legislativa e per il dibattito dottrinale che ne è derivato v. B. KRANS, *op. cit.*, 288.

⁽³⁴⁾ Se nell'accordo non sia stata inserita una clausola siffatta, sarà comunque possibile per le parti richiedere congiuntamente di annullare la procedura di approvazione nell'evenienza di una massiccia 'fuga' dei potenziali beneficiari dall'intesa: v. art. 7:908 DCC.

⁽³⁵⁾ C.F. VAN DER ELST, W.C.T. WETERINGS, *op. cit.*, 282 ss.

Il successo del *WCAM* è attestato dal numero e dal peso delle vertenze collettive che grazie ad esso sono state composte ⁽³⁶⁾, tanto che solo in epoca ben più recente si è avvertita in Olanda l'esigenza di introdurre la possibilità di esperire azioni risarcitorie collettive. Così, a far data dal 1° gennaio 2020, con l'entrata in vigore del *Wet Afwikkeling Massaschade in Collectieve Actie* (in breve: *WAMCA*) ⁽³⁷⁾ associazioni e organizzazioni *non-profit* che soddisfino i rigorosi requisiti richiesti dalla legge quanto a rappresentatività e fonti di finanziamento, possono avviare cause di classe anche risarcitorie su base *opt out* per le condotte illecite successive al 15 novembre 2016 (data in cui il disegno di legge venne presentato al Parlamento olandese). Questo nuovo strumento – è bene chiarirlo – non si sostituisce, bensì si aggiunge a quello previsto nel *WCAM*, per cui rimane sempre percorribile la via dell'accordo stragiudiziale e della sua successiva estensione *ultra partes* mediante la procedura di approvazione della Corte d'appello di Amsterdam.

(III) Degna di considerazione è infine la normativa belga: il *Code de droit économique*, nel regolamentare l'azione collettiva risarcitoria, impone ai litiganti una fase di negoziazione obbligatoria, che dura dai due ai sei mesi e segue la pronuncia di ammissibilità della domanda, con cui tra l'altro il giudice valuta se adottare uno schema *opt in* o *opt out* (v. artt. XVII.45-51) ⁽³⁸⁾. Le parti possono

⁽³⁶⁾ Basti menzionare qui, oltre al citato caso *DES*, le vicende *Dexia Bank*, *Vie d'Or*, *Shell Petroleum N.V.*, *Vedior*, *Converium*, *DSB*, *Ageas/Fortis Randstad Holding*. Per una sintesi delle vertenze composte e del valore (plurimilionario e in qualche ipotesi anche ultramiliardario) degli accordi transattivi approvati in molti dei procedimenti appena menzionati consulta C.F. VAN DER ELST, W.C.T. WETERINGS, *op. cit.*, 284 ss.

⁽³⁷⁾ In merito a questa riforma e all'assetto determinatosi dopo il suo varo v. C.F. VAN DER ELST, W.C.T. WETERINGS, *op. cit.*, 294 ss. Per alcuni dati sui risultati attinti dalla normativa entrata in vigore nel 2020 leggi J. KLEIN, *Two years of WAMCA a quantitative analysis*, <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c75eccc3_d1e3_458c_97b2_5539d4e2058f>.

⁽³⁸⁾ Per un'analisi di queste norme si rinvia a H. DE WULF, *Class Actions in Belgium*, in AA.VV., *The Cambridge Handbook*, cit., 194 ss.

scegliere la tecnica compositiva che preferiscono, ma sembra che di solito convengano di avvalersi dell'operato di un mediatore accreditato. Interessante è anche la soluzione approntata dal portale digitale «*Belmed*» per i servizi ADR rivolti ai consumatori, che pubblica tutti i dati statistici sui procedimenti stragiudiziali di tacitazione delle liti consumeristiche anche al fine di far emergere 'filoni' di dispute ricorrenti, se non seriali, e di stimolare così l'avvio di iniziative giustiziali collettive⁽³⁹⁾.

3. *La nuova disciplina dell'azione di classe italiana e i percorsi di tacitazione diversi dall'accertamento giurisdizionale dei diritti omogenei risarcitori o restitutori: a) la transazione.* – Concentrando l'attenzione sul sistema italiano dell'azione di classe ed in particolare sulla nuova disciplina introdotta nel codice di rito dalla l. n. 31 del 2019, occorre partire dalla constatazione che il pervicace attaccamento dei nostri *conditores* al modello *opt in*, oltre ad imbrigliare l'effettività del rimedio, di certo non agevola la composizione negoziale delle liti con esso promosse, com'è stato più volte ribadito dalla dottrina sia nel vigore dell'art. 140 *bis* c.cons. che dopo il varo della nuova riforma⁽⁴⁰⁾. Ad ogni buon conto,

⁽³⁹⁾ Leggi S. VOET, *Belmed: The Belgian Digital Portal for Consumer A(O)DR*, 6 aprile 2013, in <www.ssrn.com>. Sembra emergere così «*a multi layered framework of regulation, lawmaking and law application*», secondo la formula utilizzata dall'a. in altro scritto: ID., «*Where the Wild Things Are*» – *Reflections on the State and Future of European Collective Redress*, 8 febbraio 2017, in <www.ssrn.com>, 56 ss.

⁽⁴⁰⁾ Senza poter fornire qui un elenco esaustivo leggi, tra gli altri, A. GIUSSANI, *L'azione di classe: un primo bilancio*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1177 ss., spec. 1191; C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe ex art. 140 bis c.cons. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 132 e 320 ss.; E. FERRANTE, *Opt out ed incentivi d'oltreoceano: idee per una vera class action in Italia e in Europa*, in *Contr. Impr. Eur.*, 2012, 483 ss., spec. 498 ss.; B. ZUFFI, *L'azione di classe dal punto di vista dell'attore. I. Le azioni di classe nella prospettiva dei proponenti in generale*, in G.A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea*, Atti del IV Convegno biennale Antitrust,

l'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. contempla la possibilità di una chiusura bonaria della causa di classe in due diversi scenari:

a) prima della pronuncia che accerta l'illegittimità della condotta plurioffensiva addebitata all'impresa resistente, su sollecitazione del tribunale, il quale «fino alla discussione orale della causa, formula ove possibile, avuto riguardo al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa» (1° comma);

b) dopo l'emanazione della predetta sentenza, su iniziativa o con l'assenso del rappresentante comune, che, «nell'interesse degli aderenti, può predisporre con l'impresa o con l'ente gestore di servizi pubblici o di pubblica utilità uno schema di accordo di natura transattiva» (2° comma).

Conviene qui anticipare che delle due strade, solo la seconda pare offrire ragionevoli probabilità di successo. Una proposta formulata dalla s.s.i. anteriormente alla decisione che accerti la lesione dei diritti individuali omogenei potrà essere risolutiva assai di rado, in quanto, per un verso, la parte convenuta non conosce ancora il 'peso' complessivo della classe, atteso che molti dei danneggiati decideranno di aderire nella seconda finestra temporale utile, ovvero dopo la sentenza di accoglimento del ricorso introduttivo *ex art. 840 sexies* c.p.c. e, comunque, anche per quelli che già hanno aderito, non si sa se assentiranno all'intesa tacitativa; per l'altro, occorre

Trento, 18 19 aprile 2013, Napoli, 2014, 363 ss., spec. 396; C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e processo, Scritti in memoria di Franco Cipriani*, vol. II, Napoli, 2020, 1433 ss., spec. 1436 ss. (l'articolo è pubblicato anche in *Riv. dir. proc.*, 2020, 714, 751); A. GIUS-SANI, *Le composizioni amichevoli della lite nella nuova disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1291 ss., spec. 1297 ss.; R. CAPONI, *Ultime dall'Europa sull'azione di classe (con sguardo finale sugli Stati uniti e il 'Dieselgate')*, in *Foro it.*, 2019, V, 332 ss., spec. 338; B. SASSANI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, Pisa, 2019; B. ZUFFI, *The Italian Class Actions Reform: A Conservative Revolution*, in *ZZP Int*, 2019, 21 ss., spec. 29 e 33 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale degli aderenti nella nuova disciplina dell'esecuzione 'collettiva' di classe*, in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e giusto processo*, cit., 1497 ss., spec. 1499 ss.

considerare che l'avvocato attoreo potrà incamerare i compensi premiali ⁽⁴¹⁾, solo ove si approdi alla fase liquidativa avanti al giudice delegato, sicché una chiusura anticipata rispetto a questo stadio del procedimento si rivela per lui davvero poco appetibile ⁽⁴²⁾. Se poi l'azione sia stata proposta da un'associazione o da un'organizzazione iscritta nell'elenco ministeriale, non essendo questa la titolare dei diritti individuali dedotti in giudizio, si potrebbe dubitare del suo potere di transigere in mancanza di una procura che la investa della rappresentanza sostanziale ⁽⁴³⁾. Tuttavia, nel 10° comma

⁽⁴¹⁾ In forza dell'art. 840 *novies* c.p.c., tali compensi vanno calcolati sul valore complessivo delle pretese risarcitorie dedotte nel processo di classe in base a percentuali predeterminate in maniera inversamente proporzionale al numero delle adesioni.

⁽⁴²⁾ A. GIUSSANI, in AA. VV., *Class action. Commento sistematico*, cit., 153; ID., *Sulla riforma dell'azione di classe*, in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e processo*, cit., 1469 ss., spec. 1491.

⁽⁴³⁾ Si deve tener conto che l'adesione avviene mediante inserimento nel fascicolo elettronico di un atto che, in forza dell'art. 840 *septies* c.p.c., deve contenere «il conferimento al rappresentante comune, già nominato o che sarà nominato dal giudice», del potere di compiere nell'interesse dell'aderente tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi al suo diritto individuale omogeneo. È quindi abbastanza improbabile che l'aderente – specie se non è un affiliato dell'associazione o dell'organizzazione promotrice – conferisca analoga procura anche a quest'ultima: qualora ciò dovesse accadere potrebbe forse argomentarsi la vincolatività dell'eventuale accordo siglato con l'impresa a prescindere dalla successiva manifestazione di assenso degli aderenti rappresentati dall'associazione/organizzazione, ma la conclusione è incerta, posto che la norma non sembra contemplare l'ipotesi e sembra inflessibile circa la necessità di una dichiarazione di volontà degli aderenti di 'accedere' all'intesa conciliativa solo *ex post*, ossia dopo aver visto i termini concretamente pattuiti. Merita qui sottolineare che, a differenza di quanto accadeva nel contesto dell'azione di classe risarcitoria *ex art.* 140 *bis* c.cons., in cui l'iniziativa era assunta quasi sempre dalle associazioni, il ruolo di questi enti e delle altre organizzazioni legittimate appare di fatto ridimensionato nel contesto della *class action* regolata dagli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. per gli stringenti requisiti che ne disciplinano l'iscrizione nel registro ai sensi dell'art. 196 *ter* disp. att. c.p.c., cui si è data attuazione con il d.m. 17 febbraio 2022, n. 27 (v. al riguardo G. VECCHIO, *Azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi: le associazioni dei consumatori hanno più considerazione in Europa che in Italia?*, in <www.federalismi.it>, n. 13, 2022, 231 ss.). Dai ricorsi sin qui pubblicati nel porta-

dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. si specifica che le disposizioni contenute in tale articolo si applicano, in quanto compatibili, anche quando l'azione è promossa da un'organizzazione o un'associazione inserita nell'elenco ministeriale, con l'ulteriore precisazione che l'accordo può avere riguardo anche al risarcimento del danno o alle restituzioni in favore degli aderenti che abbiano accettato o non si siano opposti allo stesso. Malgrado non si faccia menzione esplicita altresì dello schema di accordo, non dovrebbero allora insorgere problemi circa la legittimazione dell'associazione od organizzazione alla sua formulazione, in quanto si tratta di atto prodromico alla stipula della transazione vera e propria.

Fatta questa premessa, analizziamo partitamente le due ipotesi.

A) La proposta conciliativa giudiziale, opportunamente pubblicizzata e notiziata agli aderenti 'della prima ora' ⁽⁴⁴⁾, se accolta, darà luogo ad un accordo, che viene anch'esso inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici dedicato alle azioni di classe ed «è comunicato all'indirizzo di posta elettronica certificata ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente, il quale può dichiarare di voler ac-

le dei servizi telematici emerge infatti che le cause risarcitorie di classe sono state promosse per lo più da singoli individui, in un caso da un comitato. È attesa, però, un'ulteriore retromarcia sul punto, data la legittimazione riconosciuta alle associazioni nell'azione rappresentativa di derivazione euro-unitaria che il Governo si appresta ad introdurre in recepimento della direttiva 1828 del 2020 agli artt. 140 *bis* ss. c.cons. (di nuovo conio): v. *supra* nt. 10.

(⁴⁴) La proposta del giudice viene inserita nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicata all'indirizzo pec ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente. Mentre la pubblicazione *online* è rivolta evidentemente a raccogliere ulteriori accoliti tra i titolari dei diritti omogenei dedotti, allargando la compagine degli aderenti 'precoci', la notificazione via pec a chi ha già aderito sembra finalizzata a provocare un dibattito interno alla classe, grazie al quale gli aderenti avranno l'opportunità di far conoscere al ricorrente la propria posizione in merito alla proposta ed orientarlo così a dar seguito alla stessa o a respingerla seduta stante o magari a proporre di modificare – in sede di trattativa con l'impresa – qualche elemento secondario.

cedere all'accordo medesimo mediante dichiarazione inserita nel fascicolo informatico nel termine indicato dal giudice»⁽⁴⁵⁾. Si richiede insomma un ulteriore *opt in* da parte dei membri della classe affinché la transazione possa essere per loro vincolante. Occorre peraltro tener conto che nell'ipotesi in cui, a seguito della sottoscrizione dell'accordo conciliativo tra le parti, non residui più alcun ricorrente in grado di continuare l'azione di classe, ai sensi dell'art. 840 *bis*, ult. comma, c.p.c. il tribunale assegna agli aderenti un termine, non inferiore a 60 giorni e non superiore a 90 per la prosecuzione della causa, che deve avvenire con la costituzione in giudizio di almeno uno degli aderenti⁽⁴⁶⁾. Qualora, decorso inutilmente questo periodo di tempo, non avvenga la prosecuzione del procedimento, il tribunale ne dichiara l'estinzione, restando salvo in tale evenienza il diritto all'azione individuale dei soggetti aderenti oppure all'avvio di una nuova azione di classe⁽⁴⁷⁾. Di qui – come già si diceva – il rischio concreto che la tran-

⁽⁴⁵⁾ Va da sé che se il ricorrente e l'impresa non concludono l'accordo non c'è modo per gli aderenti di accettare la proposta conciliativa: l'unico strumento che questi ultimi hanno per esprimere il loro dissenso rispetto al rifiuto (immotivato o non condiviso) di considerare la soluzione bonaria proposta dalla s.s.i. è quello di revocare l'adesione: v. C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica*, cit., 1465.

⁽⁴⁶⁾ La disposizione non ammette che la 'prosecuzione' del giudizio possa avvenire mediante la costituzione di un'associazione o di un'organizzazione legittimata. Non è invece escluso che nel termine assegnato dal giudice si costituiscano più aderenti: sebbene si tratti di eventualità che rischia di complicare non poco la già complessa conduzione del processo di classe, le norme del c.p.c. sembrano tollerare che vi possa essere una pluralità di parti sia dal lato attivo che dal lato passivo del rapporto. Nel vigore dell'art. 140 *bis* c.cons. dinanzi alla eventualità di più attori si era suggerita l'idea che il giudice operasse una sorta di selezione a favore del *class representative* più 'adeguato' in linea con l'esperienza statunitense (C. CONSOLO, B. ZUFFI, *L'azione di classe*, cit., 208 ss.). La soluzione è ancora percorribile, ma certo non emerge dal diritto positivo.

⁽⁴⁷⁾ Sulle difficoltà interpretative e sistematiche che pone questa previsione di 'subentro' dell'aderente al ricorrente *ex art. 840 bis*, ult. comma, c.p.c. per il fatto che tace sia sulle ipotesi in cui la causa di estinzione sia imputabile al ricorrente (per rinuncia o inattività) sia su altri eventi (come la morte) che possono determinare analoga esigenza v. GIUSSANI, *Sulla riforma dell'azione di classe*, in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e processo*, cit., 1477.

sazione siglata in accoglimento della proposta giudiziale non sia affatto tacitativa della lite di classe. Né può escludersi che insorgano controversie allorché si tratti di procedere *in executivis* sulla scorta dell'accordo conciliativo: è infatti ragionevole ritenere, nonostante il silenzio serbato in proposito dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c., che di esso si formi processo verbale⁽⁴⁸⁾ e che quindi le parti possano giovare dell'efficacia esecutiva di cui all'art. 474, n. 1, c.p.c.: sarebbe però stato meglio predisporre delle regole *ad hoc* per chiarire da chi e come possa essere avviata la procedura di soddisfazione coattiva dei crediti transatti in base a codesto verbale⁽⁴⁹⁾. Prendendo spunto dal confronto comparatistico nulla impedirebbe, comunque, alle parti di concordare – quali elementi accessori dell'accordo siglato sulla scorta della proposta giudiziale – dei meccanismi negoziali per gestire le dispute insorgenti nella liquidazione degli aderenti, come suggerito dalla prassi olandese.

B) Considerato che l'interesse ad una transazione può realisticamente attualizzarsi solo nel secondo scenario sopra enunciato, ossia dopo la pronuncia della sentenza di accoglimento dell'art. 840 *sexies* c.p.c. e l'aggregazione 'definitiva' della classe (mercé lo spirare del secondo e ultimo termine per aderire)⁽⁵⁰⁾, val la pena

⁽⁴⁸⁾ Come giustamente osserva C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica*, cit., 1463, viene infatti ricalcata testualmente la previsione contenuta nell'art. 185 *bis* c.p.c., che regola il potere generale di conciliazione del giudice.

⁽⁴⁹⁾ Non c'è modo qui di invocare le regole speciali dettate per l'esecuzione 'collettiva' di cui all'art. 840 *terdecies* c.p.c., perché esse sono esclusivamente dettate per dare attuazione al decreto di liquidazione del giudice delegato su iniziativa del rappresentante comune nella fase che ha luogo dopo l'emanazione della sentenza di accoglimento emanata dalla s.s.i.: v. *amplius* B. ZUFFI, *La tutela giurisdizionale degli aderenti*, cit., 1513 ss.

⁽⁵⁰⁾ Anche se va detto che l'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. non subordina la proposizione dello schema alla chiusura della seconda finestra per aderire: non viene infatti indicato un termine iniziale o finale per la stesura di questa bozza di transazione, quindi, come osserva C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica*, cit., 1466, di per sé il rappresentante comune e l'impresa potrebbero cominciare a negoziare l'accordo subito dopo l'emanazione della sentenza *ex art.* 840 *sexies* c.p.c. È im-

descrivere la trafila che consente di addivenire ad una composizione amichevole della causa di classe nella fase che si svolge dinanzi al giudice delegato. A tali fini il rappresentante comune e il resistente possono proporre uno schema di accordo transattivo, che viene pubblicato nel portale e comunicato via pec agli aderenti ⁽⁵¹⁾, di modo che costoro siano messi in grado di formulare, nel termine di 15 giorni, delle « motivate contestazioni ». Solo gli aderenti che hanno contestato tempestivamente possono revocare l'adesione, se l'accordo viene poi autorizzato dal giudice delegato: gli altri ne sono invece vincolati. L'onere di contestazione che viene così addossato agli aderenti ('tenuti' *ex art. 840 septies c.p.c.* – lo si ricordi – a conferire procura al rappresentante comune) pare avere una duplice finalità: da un lato, serve a sollecitare il controllo o la correzione dei contenuti dello schema di accordo da parte del giudice delegato; dall'altro, costituisce una sorta di 'riserva' dei *class members*, per il caso in cui il sindacato dell'autorità giurisdizionale non dia gli esiti sperati, di sottrarsi, previa revoca dell'adesione, al patto transattivo ⁽⁵²⁾.

probabile, però, che il rappresentante comune e l'impresa intendano procedere prima di conoscere l'esatto numero degli aderenti.

⁽⁵¹⁾ Si tratta sempre dell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicato all'indirizzo pec ovvero al servizio elettronico di recapito certificato qualificato indicato da ciascun aderente.

⁽⁵²⁾ A me sembra, comunque, che l'impianto dell'azione di classe rimanga *opt in*, anche se l'adesione diventa una scelta con una portata più pregnante e vincolata di quanto non fosse *sub art. 140 bis c.cons.*: è infatti imprescindibile l'elemento volontaristico, consistente nella libera scelta dei soggetti lesi di fare ingresso nella classe. Cfr. M. DE CRISTOFARO in A. TRABUCCHI, G. TRABUCCHI (a cura di), *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2022, par. 27, spec. 87 ss.: « anche da noi la classe viene 'ritagliata' attorno ad un nucleo di questioni comuni che è compito del Tribunale controllare genericamente *ex ante* e poi definire nel dettaglio al momento della pronuncia nel merito: dandosi pur sempre vita ad un fenomeno di sostituzione processuale *ex lege* in cui l'aspetto volontaristico attiene solo all'*an* della confluenza delle varie posizioni soggettive nell'azione collettiva, appunto al 'se' dell'adesione, mentre effetti ed intensità della sostituzione sono espressamente predeterminati dalla norma, nel senso di un controllo assoluto ed incontrastato di condotta e strategia processuali da parte dell'attore di classe e di un'assoluta esclu-

Sotto il primo profilo va ricordato in effetti che il giudice delegato, entro 30 giorni dalla scadenza del termine assegnato per le contestazioni sullo schema di accordo, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, deve decidere se autorizzare o meno il rappresentante comune a stipulare l'accordo transattivo con un provvedimento che viene inserito nell'area pubblica del portale dei servizi telematici ed è comunicato a ciascun aderente, oltre che al ricorrente ⁽⁵³⁾.

Sotto il secondo punto di vista, entro 15 giorni dalla comunicazione del provvedimento autorizzativo del giudice delegato, gli aderenti che hanno formulato le contestazioni possono privare il rappresentante comune della facoltà di stipulare l'accordo transattivo in nome e per conto loro.

La regolamentazione del *class settlement* all'italiana fa dunque leva principalmente sulla tecnica di semplificazione insita nell'onere di contestazione gravante in capo agli aderenti, i quali, ove non riescano a 'far breccia' con i loro argomenti sulle parti della negoziazione, sono posti davanti all'*aut aut* tra accettare l'accordo autorizzato o uscire dalla classe. Il legislatore non si sofferma invece a dettagliare, differentemente da quanto previsto

sività della sua iniziativa (art. 840 *quater* c.p.c.). Il tutto sino alla soglia della opzione transattiva, solo dinanzi alla quale l'autonoma decisione dei singoli aderenti torna sul proscenio a giocare un ruolo decisivo quanto all'efficacia 'totalizzante' della scelta dell'attore collettivo (artt. 840 *quaterdecies* e 840 *bis*, 6° comma, c.p.c.)».

⁽⁵³⁾ Nonostante il diritto risarcitorio/restitutorio di quest'ultimo sia già stato oggetto di accertamento e condanna nella decisione di accoglimento emessa dalla s.s.i., l'art. 840 *quaterdecies*, 9° comma, c.p.c. gli consente infatti di aderire all'accordo transattivo (forse nell'eventualità che le condizioni colà pattuite siano più vantaggiose rispetto all'*outcome* della sentenza?): nel caso manifesti la propria volontà in tal senso, si specifica che la transazione costituisce titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale anche in suo favore. La *ratio* di questa previsione non è chiara, ma potrebbe essere rintracciata nella *voluntas legis* di accordare al ricorrente, che si è fatto carico di avviare l'azione di classe, assumendosene i relativi rischi, il beneficio di scegliere se avvalersi del titolo esecutivo 'individuale' contenuto nella sentenza di cui all'art. 840 *sexies* c.p.c. oppure di fruire, insieme agli altri aderenti, dell'esecuzione collettiva promossa dal rappresentante comune.

nelle legislazioni statunitense e olandese, il tipo di controllo che l'autorità giudiziaria deve svolgere sull'accordo: l'unico indizio che comunque una delibazione di merito (e non di mera legittimità) sia richiesta al giudice delegato si può scorgere nell'inciso per cui l'autorizzazione alla stipula va concessa «avuto riguardo agli interessi degli aderenti»⁽⁵⁴⁾. L'espressione sembra sottintendere la finalità di evitare che il rappresentante comune e l'impresa raggiungano intese che possano ridondare a detrimento della classe, posto che gli aderenti dispongono solo di mezzi 'indiretti' per incidere sulle sorti della trattativa⁽⁵⁵⁾. Auspicabilmente la giurisprudenza riempirà di contenuto questa formula vaga, traendo spunto dai sistemi normativi stranieri che vantano i meccanismi transattivi più rodati per le cause collettive e giungendo così a compiere una delibazione sull'equità e/o sulla ragionevolezza dell'intesa. Dovrebbe anche ammettersi la possibilità che la patuizione possa essere aggiustata o rimodulata dalle parti sulla scorta di eventuali correttivi suggeriti, avuto riguardo agli interessi degli aderenti, dall'autorità giurisdizionale.

In chiusura merita ricordare che l'accordo autorizzato dal giudice delegato e stipulato dal rappresentante comune costituisce titolo esecutivo, oltre che per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, e

⁽⁵⁴⁾ Cfr. C. CONSOLO, *La azione di classe, trifasica*, cit., 1467, il quale tende ad escludere che il sindacato del giudice delegato possa tradursi in un «pervasivo controllo di opportunità, vertente così, ad es., sulla congruità del corrispettivo della transazione».

⁽⁵⁵⁾ Non bisogna dimenticare infatti che il rappresentante comune, pur agendo al contempo da terzo esperto designato dal tribunale per coadiuvare il giudice delegato nell'accertamento e nella liquidazione dei crediti della classe e da soggetto promotore delle pretese risarcitorie degli aderenti, è portatore anche di interessi propri, in quanto titolato ad ottenere i compensi di cui all'art. 840 *novies* c.p.c. L'ammontare della sua remunerazione costituirà dunque una posta in gioco che potrebbe assumere un peso significativo nella conduzione delle trattative con l'impresa. Di qui la necessità di verificare che i contenuti dell'accordo raggiunto non svisiscano le ragioni degli aderenti, i quali, non hanno molta voce in capitolo, non essendo parti del processo, a tutto vantaggio delle aspettative di ritorno economico del rappresentante comune.

dev'essere integralmente trascritto ai sensi dell'art. 480, 2° comma, c.p.c., con la precisazione ulteriore che il rappresentante comune certifica l'autografia delle sottoscrizioni apposte ad esso. Tale previsione, pur nell'insensatezza di fondo che caratterizza il periodo finale ⁽⁵⁶⁾, induce a ritenere che, in caso di inadempimento delle obbligazioni derivanti dalla transazione, sia possibile per il rappresentante comune avviare l'esecuzione «collettiva» di cui all'art. 840 *terdecies* c.p.c., testualmente prevista solamente per il decreto di liquidazione emesso dal giudice delegato. La conclusione pare ragionevole non solo per l'enfasi con cui viene valorizzato il ruolo del rappresentante comune nella sottoscrizione dell'accordo, ma anche per la circostanza che questo soggetto è quello che coltiva, dal lato attivo, tutti gli atti relativi alla fase distributivo-satisfattiva del processo di classe, come anche si desume dall'art. 840 *quinquiesdecies* c.p.c.: solo con la chiusura della c.d. procedura di adesione (aperta con la pronuncia della sentenza di accoglimento *ex* art. 840 *sexies* c.p.c.) gli aderenti riacquistano il libero esercizio delle azioni verso il debitore per la parte non soddisfatta dei loro crediti per capitale e interessi ⁽⁵⁷⁾. E la transazione rappresenta appunto una vicenda tacitativa della lite di classe che può, al pari del decreto di liquidazione, abbisognare di un'appendice esecutiva nelle forme speciali dell'art. 840 *terdecies* c.p.c.

4. (segue) *b) la mediazione e la negoziazione assistita.* – Conviene a questo punto interrogarsi sull'eventualità che nel *milieu* dell'azione di classe possano insinuarsi due procedure ADR quali la

⁽⁵⁶⁾ Appare assai discutibile la previsione sull'autenticazione delle sottoscrizioni da parte del rappresentante comune: leggi A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli*, cit., 1301.

⁽⁵⁷⁾ Sia consentito rinviare a quanto osservato in B. ZUFFI, *La tutela giurisdizionale degli aderenti*, cit., 1510.

mediazione e la negoziazione assistita. Né dell'una né dell'altra si fa parola negli artt. 840 *bis* ss. c.p.c.

Per quanto concerne la mediazione, occorre tenere però conto di quanto stabilito in altre fonti. L'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche, allo stato esclude che l'obbligatorietà del tentativo preventivo di mediazione nelle materie elencate nel 1° *bis* comma operi per l'azione di classe disciplinata dall'art. 140 *bis* c.cons., mentre l'art. 15 d.lgs. cit. stabilisce che la conciliazione intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito (con il plausibile significato di permettere l'esperimento del tentativo di mediazione volontaria solo dopo la declaratoria di ammissibilità dell'azione *ex* art. 140 *bis* c. cons.)⁽⁵⁸⁾.

La l. n. 31 del 2019 ha abrogato gli artt. 139, 140 e 140 *bis* c.cons. e nell'art. 6, dedicato alle disposizioni di coordinamento, ha previsto la sostituzione del riferimento all'art. 140 *bis* c.cons. con quello al Titolo VII *bis* c.p.c. solo per quanto riguarda il d.lgs. n. 168 del 2003 (sulle s.s.i.) e il d.lgs. n. 3 del 2017 (in materia di *private anti-trust enforcement*). Ciò indurrebbe a ritenere implicitamente abrogati i menzionati artt. 5 e 15 d.lgs. n. 28 del 2010, in quanto il rinvio all'art. 140 *bis* c.cons. e ss.mm. era sì mobile, ma nel senso di essere dinamicamente esteso a tutte le modifiche apportate a quella norma⁽⁵⁹⁾; non sembra possa invece ancora operare ora che l'art. 140

⁽⁵⁸⁾ V. C. CONSOLO, B. ZUFFI, *op. cit.*, 310 ss., e D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 517 ss. Nella Relazione illustrativa del d.lgs. n. 28 del 2010 l'esclusione dell'obbligo preventivo di mediazione veniva infatti giustificata «dall'esistenza di un'autonoma condizione di procedibilità» (con ciò probabilmente facendosi riferimento alla previsione dell'art. 140, 2° e 6° comma, c.cons., ove – a dire il vero – non si imponeva, ma solo consentiva una procedura conciliativa preventiva per le azioni inibitorie collettive) oppure «dalla constatazione che non è concepibile una mediazione di classe fino a quando quest'ultima non ha assunto i connotati che permetterebbero una mediazione allargata al maggior numero dei membri della collettività danneggiata, fino dunque alla scadenza del termine per le adesioni».

⁽⁵⁹⁾ Cfr. A. GIUSSANI, *Sulla riforma dell'azione di classe*, cit., 1492, il quale auspica «che si consideri non recettizio, e quindi applicabile alla nuova normativa, il

bis c.cons. è stato abrogato e che la nuova regolamentazione sull'azione di classe non è più confinata al settore consumeristico, bensì ha un ambito applicativo generale, trova collocazione nel c.p.c. e contempla un nuovo *modus procedendi* (nell'ambito del quale – oltretutto – ci sono due termini per aderire, non uno, come presupposto dall'art. 15 d.lgs. n. 28 del 2010).

Dal 1° marzo 2023 queste conclusioni saranno in parte confermate, in parte superate. Va tenuto conto, infatti, che il testo di d.lgs., con cui si dà attuazione alla riforma Cartabia ⁽⁶⁰⁾, per quanto qui interessa:

a) riscrive il citato art. 5 sull'obbligo *ex lege* di mediazione, eliminando l'eccezione relativa all'azione di classe ⁽⁶¹⁾: sicché pare indubbio che la condizione di procedibilità (assolvibile non solo con la mediazione ma anche con altri strumenti ADR che ad essa ven-

rinvio all'art. 140 *bis* c.cons, da parte dell'art. 5, 1° comma *bis*, d.lgs. n. 28 del 2010, evitandosi così che la procedibilità dell'azione di classe sia condizionata dal previo esperimento della media-conciliazione». Assumendo l'inoperatività dell'art. 15 d.lgs. n. 28 del 2010, l'a. giunge comunque a concludere che anche nelle nuove azioni di classe gli aderenti possano profittare della conciliazione sopravvenuta tra le parti dopo la scadenza del termine per le adesioni, ritenendo applicabile lo schema previsto per i concreditori solidali dall'art. 1304 c.c. (ID., *Le composizioni amichevoli*, cit., 1298).

⁽⁶⁰⁾ Con il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, pubblicato in *Gazz. uff.*, Serie gen. n. 243, 17.10.2022, si è data attuazione alla l. 26 novembre 2021, n. 206 contenente la «Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata». Il provvedimento esplica quindi effetti dal 18 ottobre 2022, ma va tenuto conto della disciplina transitoria di cui all'art. 35, come modificato dall'art. 1, 380° comma, lett. a), l. 29 dicembre 2022, n. 19, secondo la quale «Le disposizioni del presente decreto, salvo che non sia diversamente disposto, hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai procedimenti instaurati successivamente a tale data. Ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti».

⁽⁶¹⁾ Viene conservata l'esclusione solo per l'azione inibitoria *ex art.* 37 c.cons. V. però quanto riferito *supra* alla nt. 10 sui probabili contenuti del d.lgs. di recepimento della dir. 1828/2020/UE.

gono 'equiparati') sia destinata ad operare anche nei processi *ex artt.* 840 *bis* ss. c.p.c. inerenti le c.d. materie obbligatorie;

b) sostituisce nell'art. 15 d.lgs. n. 28 del 2010 il riferimento all'art. 140 *bis* c.cons. con quello relativo all'art. 840 *bis* c.p.c., senza neanche preoccuparsi di riformulare la parte finale della disposizione, che evidentemente necessitava invece di un adattamento, non solo perché in base alle nuove norme ci sono due finestre temporali per aderire, ma soprattutto perché andava curato il raccordo con la densa disciplina dettata per gli accordi conciliativi e transattivi dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. Volendo avanzare una lettura costruttiva dell'art. 15 d.lgs. n. 28 del 2010, si potrebbe comunque dire che con la sua conferma il legislatore abbia voluto considerare l'intesa raggiunta in mediazione dopo la scadenza del (secondo) termine per aderire alla stregua di uno 'schema di accordo' ai sensi dell'art. 840 *quaterdecies*, 2° comma e successivi, c.p.c., sancendone così la pubblicazione nell'area pubblica del portale dei servizi telematici e la notificazione agli aderenti (di modo che questi possano esprimere la loro accettazione o le loro motivate contestazioni), con l'ulteriore necessità di un'autorizzazione alla stipula dell'accordo definitivo da parte del giudice delegato.

Sull'applicazione della condizione di procedibilità *ex art.* 5 d.lgs. n. 28 del 2010 anche alle nuove azioni di classe, vanno svolte le seguenti precisazioni, che di fatto limitano gli inconvenienti pratici che potrebbero derivarne.

i. Il ricorrente persona fisica danneggiata dall'illecito seriale o plurioffensivo che agisce *ex art.* 840 *bis* c.p.c. deve aver esperito il previo tentativo in relazione al proprio diritto quando rientri in una delle materie in cui la mediazione è obbligatoria, ma non anche con riguardo alle situazioni soggettive degli altri potenziali aderenti (di cui sovente non è nemmeno nota l'identità al momento in cui viene avviato il processo di classe: ad ogni modo, rispetto ai diritti degli aderenti egli normalmente non ha alcun potere dispositivo sostanziale); ritengo inoltre impossibile pretendere l'adempimento dell'obbligo di mediazione preventiva da parte degli altri membri

della classe, una volta che questi abbiano depositato l'atto di adesione: come già argomentato nel vigore dell'art. 140 *bis* c.cons. e come testualmente confermato dalla lettera dell'art. 840 *quinquies*, 1° comma, c.p.c., gli aderenti non sono parti in senso formale e processuale, per cui rispetto ad essi non sarà possibile rilevare l'improcedibilità *ex art.* 5, 1° comma *bis*, d.lgs. n. 28 del 2010: quand'anche fossero depositati degli atti di *opt in* subito dopo la declaratoria di ammissibilità dell'azione, va rilevato che il conferimento del potere di farsi rappresentare (nel processo e in via sostanziale) da parte degli aderenti si attualizza solo dopo la pronuncia della sentenza di accoglimento della domanda di classe (che nomina appunto il rappresentante comune).

ii. Quando l'azione sia promossa da una delle associazioni od organizzazioni iscritte nell'elenco del Ministero della giustizia è da respingere l'idea che operi la condizione di procedibilità, poiché questi enti non sono titolari dei diritti individuali omogenei che essi ambiscono a tutelare con il rimedio in parola e godono di una legittimazione straordinaria che viene loro conferita dall'art. 840 *bis*, 3° comma, c.p.c. solo per l'esercizio dell'azione di classe: come già ricordato, tra le disposizioni abrogate dalla l. n. 31 del 2019 vi è pure quella dell'art. 139 c.cons., la quale, al 1° comma, lett. b) *ter*, consentiva alle associazioni consumeristiche iscritte nell'elenco *ex art.* 137 c.cons. di promuovere procedimenti di risoluzione *online* delle liti ai sensi del reg. UE n. 524 del 2013 per la violazione di interessi collettivi dei consumatori. Anche se va detto che il citato ultimo comma dell'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. potrebbe essere valorizzato per affermare che le associazioni e le organizzazioni iscritte nell'elenco ministeriale siano dotate di uno *standing* che le legittima alla conduzione di trattative aventi ad oggetto il risarcimento dei danni spettanti alla classe a prescindere dal *modus procedendi* prescelto per giungere alla definizione bonaria della causa va ⁽⁶²⁾.

⁽⁶²⁾ Cfr. A. GIUSSANI, *Le composizioni amichevoli*, cit., 1302.

iii. Allorché, a chiusura della fase dinanzi alla s.s.i. del tribunale, sia stata emessa la sentenza di condanna generica che accerta l'illiceità della condotta plurioffensiva dell'impresa convenuta e che nomina il rappresentante comune, il processo continua avanti al giudice delegato. In tale sede non ha modo di operare la condizione di procedibilità dell'art. 5, 1°*bis* comma, d.lgs. n. 28 cit., sia perché questo stadio procedimentale non segue la sequenza del processo ordinario di cognizione sia perché si è, in realtà, già tenuta – nella precedente fase avanti alla s.s.i. – la prima udienza, che rappresenta la barriera temporale oltre la quale non è più possibile eccepire il mancato esperimento del tentativo di mediazione nelle materie in cui è obbligatorio. Ovviamente non può essere invece escluso – anzi potrebbe essere un'opzione da percorrere nella prassi, specie ove le parti risultino propense in tal senso o risultino abbastanza prevedibili i criteri di quantificazione dei danni o delle restituzioni – che il giudice delegato disponga la mediazione *ex art.* 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 (essendo ciò possibile fino all'udienza di p.c. in appello). In tali evenienze la mediazione potrà essere ordinata senza particolari problemi alle 'parti', ossia all'impresa convenuta e al rappresentante comune⁽⁶³⁾. Si potrebbe così sperimentare anche per l'azione di classe italiana l'utilizzo 'integrato' (ossia raccordato al pendente processo di classe) di uno strumento alternativo di risoluzione, quale quello della mediazione 'collettiva', sulla scia degli esempi statunitense, olandese e belga.

L'eventuale accordo raggiunto in seno alla mediazione andrà comunque sottoposto alla trafila procedimentale e all'approvazione

(63) Non mi sembra peraltro che, al riguardo, possano essere invocate le esclusioni di cui all'art. 5, 4° comma, d.lgs. 28 del 2010 (6° comma dopo l'entrata in vigore delle modifiche apportate dal cit. d.lgs. n. 149 del 2022), nemmeno quella della lett. e): non si tratta infatti di un'opposizione o di una cognizione incidentale all'esecuzione (il procedimento *de quo* è in certa misura accostabile a quello di accertamento dello stato passivo fallimentare, ma esso precede – non certo presuppone – procedure esecutive, che potranno aver luogo nelle forme individuali del Libro III c.p.c. soltanto a valle del decreto di liquidazione del giudice delegato: sul punto, *si vis*, B. ZUFFI, *La tutela giurisdizionale degli aderenti*, cit., 1497 ss.).

del giudice delegato, secondo quanto previsto dall'art. 840 *quaterdecies* c.p.c. in generale per gli accordi transattivi (applicabile, a mio avviso, quale ne sia la scaturigine): se nel corso del procedimento di mediazione – come auspicabile – si saranno sentiti i singoli aderenti (64) e se il mediatore (che dovrebbe essere scelto tra professionisti con una certa dimestichezza nella gestione di processi negoziali complessi, se non proprio di *mass settlement*) avrà saputo fare bene il suo lavoro di comunicatore/facilitatore, questa soluzione dovrebbe garantire un basso numero di contestazioni sullo schema di accordo e forse persino escludere del tutto l'impugnazione del decreto *ex art. 840 undecies* c.p.c.

Per quanto concerne la negoziazione assistita, va detto che non ci sono disposizioni che esonerano la parte che instaura un contenzioso collettivo dall'obbligo di cui all'art. 3 d.l. n. 132 del 2014. Tuttavia, va rilevato che l'operatività di questa norma è esclusa in relazione alle cause inerenti obbligazioni contrattuali derivanti da rapporti contrattuali tra consumatori e professionisti e che, in ragione del dovuto coordinamento con il d.lgs. n. 28 del 2010, al raggio d'azione dell'obbligo di negoziazione assistita si sottraggono tutte le materie per le quali è imposto il previo esperimento del tentativo di mediazione (65). Quindi la condizione di procedibilità di cui all'art. 3 d.l. n. 132 del 2014 andrà assolta per le azioni di classe che riguardino risarcimenti collettivi da circolazione stradale (66) oppure

(64) L'elasticità della mediazione non impone affatto, ma senz'altro consente qualche forma di partecipazione o 'ascolto attivo' anche dei singoli membri della classe, qualora le parti vi acconsentano. Cfr. DALFINO, *op. cit.*, 525, il quale rileva che la partecipazione attiva al procedimento da parte degli aderenti potrebbe comportare problemi di gestibilità del conflitto da parte del mediatore, sicché l'a. ritiene opportuno che il primo incontro e le sessioni di ascolto si svolgano tra il rappresentante della classe e l'impresa, ma sarà poi necessario che agli aderenti siano comunicati i termini dell'accordo.

(65) M. MONTANARI, V. BARONCINI, *Negoziazione assistita*, Bologna, 2018, 80 ss.

(66) Immaginando, ad es., un incidente di dimensioni colossali imputabile al conducente di un veicolo d'impresa; più dubbio, a mio avviso, che sia assoggettato al predetto obbligo di tentare una negoziazione assistita, la *class action* promossa

pagamenti seriali fino a 50.000 euro, ma, se il titolo è contrattuale, solo per i rapporti tra professionisti, e, in ogni caso, non in presenza di una delle *causae petendi* elencate nel 1° comma dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010. Occorre poi considerare che:

- l'improcedibilità da mancato esperimento del tentativo non dovrebbe poter essere sollevata in relazione all'azione di classe proposta da un'associazione o da un'organizzazione per le ragioni già esposte;

- nel caso il ricorso *ex art. 840 bis c.p.c.* sia depositato da uno dei membri della classe, basterà che l'invito a stipulare la convenzione di negoziazione sia stato avanzato con riguardo al suo diritto individuale omogeneo, non anche per le pretese omogenee dei potenziali aderenti.

È appena il caso di osservare che, a differenza di quanto previsto nel d.lgs. n. 28 del 2010 per la mediazione delegata, non esiste la possibilità per il giudice italiano di 'ordinare' la stipula di una convenzione di negoziazione assistita. Le parti potrebbero però spontaneamente utilizzare questo strumento, soprattutto a valle della sentenza *ex art. 840 sexies c.p.c.*, per definire negozialmente la liquidazione delle somme spettanti ai membri della classe.

5. c) *l'arbitrato*. – In chiusura val la pena chiedersi se nel contesto italiano, dopo il varo della l. n. 31 del 2019, la via dell'arbitrato di classe sia percorribile: potrebbero infatti con esso realizzarsi le economie di scala proprie della trattazione e decisione aggregata delle liti isomorfe in tempi più contenuti di quelli che impegnerebbero i giudici statali nella complessa gestione della procedura

per i danni derivanti dal crollo di un viadotto o di un ponte, per il fatto che essi non sarebbero di per sé provocati dalla circolazione, bensì da vizi di costruzione o da difetti di manutenzione. Conviene altresì ricordare che dopo le modifiche apportate al citato art. 3 d.l. n. 132 del 2014 dall'art. 2, 2° comma, d.lgs. 30 dicembre 2020, n. 187, il ricorso ad un sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di RCA (ai sensi dell'art. 187.1 d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) tiene luogo della stipula di una convenzione di negoziazione assistita.

trifasica disegnata dagli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. In proposito occorre constatare come la scelta del nostro legislatore (e di quello europeo) per le *class action* a base *opt in* agevoli per certi profili la soluzione del quesito, in quanto consente di superare le obiezioni che di primo acchito potrebbero sorgere in relazione alla costituzione del tribunale arbitrale in cause soggettivamente così complesse ⁽⁶⁷⁾, lasciando intatto il principio per cui il lodo può vincolare solo chi acconsentì alla stipula della convenzione compromissoria: il membro della classe firmatario del patto o della clausola potrà scegliere se aderire o meno al procedimento arbitrale promosso da altro soggetto leso dalla medesima condotta plurioffensiva e solo nel secondo caso sarà assoggettato alla decisione arbitrale ⁽⁶⁸⁾.

Nel vigore dell'art. 140 *bis* c.cons. certa dottrina aveva tuttavia segnalato che l'arbitrato di classe non poteva abbracciare l'intera definizione della lite risarcitoria collettiva a causa della previsione che imponeva la notificazione dell'atto introduttivo del processo di classe al p.m., onde consentirne la partecipazione (con un intervento comunque non obbligatorio) alla fase di ammissibilità, nonché in ragione della stessa strutturazione del filtro, che con-

⁽⁶⁷⁾ Con l'adesione all'azione di classe ciascun soggetto titolare di diritto omogeneo può infatti esprimere la volontà di essere incluso nell'arbitrato 'simultaneo', acconsentendo anche alla costituzione del tribunale arbitrale. Vi è però da precisare che l'arbitrato di classe non potrà – credo – essere promosso dalle associazioni o dalle organizzazioni inserite nell'elenco ministeriale, per il fatto che non sono le titolari dei diritti individuali omogenei controversi, non sono parti delle convenzioni compromissorie eventualmente stipulate con l'impresa e la loro legittimazione è confinata all'esercizio dell'azione di classe ai sensi degli artt. 840 ss. c.p.c. e può, al massimo (arg. *ex art.* 840 *quaterdecies*, ult. comma, c.p.c.) espandersi alle composizioni stragiudiziali eventualmente germinate da quel processo.

⁽⁶⁸⁾ Sulle minori difficoltà di innestare l'arbitrato in sistemi *opt in* di *class action* si esprimevano già una decina di anni orsono, tra gli altri, S.I. STRONG, *From Class to Collective: The De Americanization of Class Arbitration*, in *School of Law University of Missouri Legal Studies Research Paper Series*, no. 2010 6, in <www.ssrn.com>; J. BEESS UND CHROSTIN, *The Future of Collective Redress in Europe: Where We Are and How to Move Forward*, Aprile 2011, Harvard Law School.

templava la possibilità di un reclamo alla Corte d'appello ⁽⁶⁹⁾. Nel nuovo regime degli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. non è più prescritta la notificazione della domanda al p.m., ma è stato mantenuto il filtro e il relativo *sub*-procedimento che consente l'impugnazione dell'ordinanza sull'ammissibilità con reclamo alla corte d'appello. Ora, sembra persuasiva la tesi minoritaria – autorevolmente sostenuta già nel vigore dell'art. 140 *bis* c.cons. – secondo cui l'arbitrato di classe potrebbe in astratto aver luogo ⁽⁷⁰⁾. La fase di ammissibilità non risponde infatti ad un imprescindibile interesse pubblico, bensì all'esigenza di cautelare le imprese di fronte al pericolo di azioni di classe pretestuose ⁽⁷¹⁾. Di conseguenza, la relativa disciplina ben potrebbe essere derogata dalle parti mediante la stipula di convenzioni compromissorie seriali con cui l'impresa, dinanzi al beneficio di devolvere tutte le liti isomorfe

⁽⁶⁹⁾ V. M. GABOARDI, *Arbitrato e azione di classe*, in <www.treccani.it> (10.04.2014), par. 3.1, ad avviso del quale si poteva ammettere la cognizione dell'arbitro anche nella fase di ammissibilità dell'azione di classe soltanto nell'ipotesi in cui la notificazione dell'atto di citazione ad esso rivolta non desse luogo al suo successivo intervento nel giudizio collettivo. Cfr. E. GABELLINI, *op. cit.*, 275, secondo cui, posto che la fase preliminare di filtro non ha ad oggetto diritti soggettivi, non potrebbe essere deferita agli arbitri, sicché in arbitrato potrebbe aver luogo soltanto il giudizio successivo alla declaratoria di ammissibilità.

⁽⁷⁰⁾ A. BRIGUGLIO, *Class Action Arbitration in Italia: spunti di metodo per la (eventuale) prosecuzione delle indagini*, in <www.judicium.it> (20.05.2015), par. 3, spec. 9 ss.

⁽⁷¹⁾ La questione più delicata è infatti quella riguardante la 'necessarietà' della fase di filtro, nel senso che si tratta di verificare se essa risponde ad un interesse ordinamentale non abdicabile, tale per cui la trattazione e la decisione con forza di accertamento di una domanda di classe non possono avvenire che per il tramite di quello scrutinio preliminare. A dire il vero nessuno dei cinque criteri di ammissibilità sembra rispondere a tale logica: anzi, per quello sulla non manifesta infondatezza dell'azione si è sollevato il dubbio che violi l'art. 24. Cost: leggi *amplius* A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140 bis c.cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 603; G. COSTANTINO, *L'azione di classe ai sensi dell'art. 140 bis del codice del consumo. La sentenza di accoglimento. Il giudizio preventivo di ammissibilità*, Relazione svolta al Convegno IRSA, *Azione di classe, Quali diritti per i consumatori Quali difese per le imprese*, Milano, 15 aprile 2010, in *Dir. econ. assic.*, 2010, 1130 ss., spec. par. 6.

con i propri clienti in arbitrato, rinunci alla ‘protezione’ offerta dal filtro.

Va però sottolineato che a tali fini la clausola compromissoria:

- i. dovrebbe esplicitare la volontà di avere un arbitrato di classe e prevedere che, avviato il procedimento arbitrale collettivo da uno dei soggetti sottoscrittori, gli altri titolari di diritti omogenei firmatari di identiche clausole possano aderirvi, senza peraltro divenire parti in senso processuale ⁽⁷²⁾;
- ii. potrebbe eventualmente anche disporre che l’arbitrato operi mediante un meccanismo di filtro (da decidere con lodo parziale) ⁽⁷³⁾; soprattutto dovrebbe però stabilire come arrivare alla quantificazione a favore dei *class members*, nella consapevolezza

⁽⁷²⁾ Secondo M. GABOARDI, *op. cit.*, par. 3, una clausola compromissoria ‘ordinaria’, che non faccia specifico riferimento all’arbitrato di classe, potrebbe essere sufficiente, in quanto in base alla presunzione dell’art. 808 *quater* c.p.c., si dovrebbe ritenere «che le parti abbiano inteso devolvere, nonostante l’incertezza del dato formale, l’interesse delle controversie nascenti dal contratto». Tuttavia, come giustamente osserva A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, par. 3, spec. 10, una clausola ‘silente’ non potrebbe avere «valenza estensiva rispetto ad un giudizio e ad una forma di tutela che, per come puntualmente disciplinati (...), non sono ricomprensibili nel generico ‘tutte le controversie’. Occorrerà che sia evidente la volontà dell’impresa da un lato e del consumatore o utente dall’altro di affidare agli arbitri, oltre alle liti puramente bilaterali derivanti dal contratto, anche una eventuale azione del consumatore o utente quale attore di classe e perciò aperta alle adesioni volontarie di altri membri della classe, ed al contempo di accettare effetti della decisione estesi agli eventuali aderenti; quel che gli aderenti accetteranno poi anch’essi, compromissoriamente e pur senza divenire parti del giudizio, con la adesione».

⁽⁷³⁾ Alla luce dell’art. 816 *bis* c.p.c. le parti possono stabilire le norme da osservare nel procedimento e, in mancanza, gli arbitri possono regolarne lo svolgimento nel modo che ritengono più opportuno. Non si può dunque escludere che le parti o gli arbitri prevedano un filtro preliminare cui sottoporre la domanda arbitrale di classe (sulla traccia o meno dell’art. 840 *quinquies* c.p.c.): in questa eventualità il lodo non definitivo contenente la declaratoria di ammissibilità sarà impugnabile solo unitamente al lodo di merito, *ex art.* 827, 3° comma, c.p.c., mentre il lodo di inammissibilità potrebbe essere impugnato subito avanti alla corte d’appello.

che alcuni degli snodi di cui agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c. non sono, tal quali, riproducibili in sede arbitrale ⁽⁷⁴⁾.

Varie considerazioni spingono tuttavia a concludere che l'arbitrato di classe non sia una prospettiva realistica almeno nell'attuale assetto normativo. Innanzitutto occorre premettere che le imprese potrebbero essere indotte ad inserire nella contrattazione *standard* clausole per arbitrato di classe, nella misura in cui ciò consenta loro di definire il contenzioso di massa con i propri clienti tramite un'unica celere procedura collettiva arbitrale. Non è chiaro però come questo risultato possa essere attinto – a meno di non avallare (incostituzionali) forme di arbitrato obbligatorio – posto che i consumatori/utenti potrebbero comunque agire dinanzi al giudice statale, deducendo la mancanza di trattativa specifica e la vessatorietà della clausola compromissoria sottoscritta ⁽⁷⁵⁾. Alcuni o molti potrebbero

⁽⁷⁴⁾ Riterrei che, per le stesse considerazioni svolte *sub* art. 816 *bis* c.p.c. nella nota precedente, il soggetto che ha dato avvio al procedimento arbitrale (membro della classe) o il rappresentante comune e l'impresa ovvero, in mancanza di una pattuizione sul punto, gli arbitri possano conformare il *class arbitration* come meglio credono, purché naturalmente nel rispetto dei principi del giusto processo, senza dover per forza di cose seguire la sequenza e i termini stabiliti dall'art. 840 *octies* c.p.c.: se l'arbitrato ha incluso anche il profilo relativo all'accertamento dell'illiceità della condotta plurioffensiva, si potrà anzi prescindere dalla stessa nomina del rappresentante comune; per quanto attiene all'articolazione della procedura arbitrale deputata alla quantificazione e alla distribuzione del dovuto ai membri della classe aderenti all'arbitrato, non è detto che si debba procedere con il deposito di una memoria da parte dell'impresa, la predisposizione di un progetto di distribuzione, le possibili contestazioni degli aderenti... Occorre vieppiù tener conto che sarà impossibile la nomina del giudice delegato e non ci sarà modo di impugnare con il reclamo *ex* art. 840 *undecies* c.p.c. il lodo di determinazione del *quantum debeatur*, anche se nel patto compromissorio potrà essere convenuto di garantire agli aderenti la possibilità di dolersi dell'eventuale mancata o insoddisfacente liquidazione a loro favore.

⁽⁷⁵⁾ Senza addentrarci nei meandri della stratificazione normativa con cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento alla dir. 93/13/CE e nelle difficoltà ermeneutiche che ne sono discese – su cui leggi E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Le controversie arbitrabili*, in F. CARPI (a cura di), *L'arbitrato*, Bologna, 2016, 109 ss. – mi sembra un po' aprioristica la conclusione, che talora affiora nella giurisprudenza di merito, secondo cui la clausola compromissoria va *tout court* presunta vessa-

poi non aderire all'arbitrato di classe, il che pone un dilemma: scartata l'idea che, in mancanza di un loro *opt in*, essi non abbiano accesso alla tutela giurisdizionale (essendo tale diritto consacrato dall'art. 24 Cost.), va immaginato che possano far partire altri arbitrati 'individuali' oppure che la convenzione compromissoria cessi *in toto* di vincolarli con reviviscenza della possibilità di adire la giurisdizione statale (in via individuale o di classe) ⁽⁷⁶⁾.

toria. In realtà, come statuito anche recentemente da Cass., 31 dicembre 2021, n. 42091, in tema di arbitrato tra un soggetto professionista e un consumatore, la deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria in favore degli arbitri, *ex art. 33, 2° comma, lett. t)*, c.cons. è «ammissibile ove venga provata l'esistenza di una specifica trattativa tra le parti, prova il cui onere ricade sul professionista che intenda avvalersi della clausola arbitrale in deroga e che rileva quale elemento logicamente antecedente alla dimostrazione della natura non vessatoria della clausola». Acquisita la dimostrazione di una trattativa specifica, dovrebbe dunque esserci una valutazione ulteriore al fine di soppesare se nel caso specifico la convenzione arbitrale determini un significativo squilibrio a danno del consumatore, inibendogli di fatto – ad es. per il profilo inerente ai costi – di far tutelare i suoi diritti oppure prevedendo un meccanismo iniquo di nomina e costituzione del tribunale arbitrale. Una clausola volta a contemplare un «arbitrato di classe» potrebbe però superare questo scrutinio nella misura in cui garantisca al consumatore una definizione celere della sua lite, con costi proporzionati e con osservanza delle regole del giusto processo. Come rileva A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, 2, il problema sulla 'presunta' vessatorietà delle clausole compromissorie nei contratti con i consumatori concretamente si pone, comunque, solo allorché il consumatore agisca avanti all'a.g.o. e l'impresa convenuta eccepisca l'esistenza della clausola compromissoria, non invece quando sia lui ad attivare la procedura arbitrale.

⁽⁷⁶⁾ Non potrebbe, a mio avviso, costituire un ostacolo all'esperibilità dell'azione di classe avanti al giudice statale da parte dei membri della classe non aderenti all'arbitrato collettivo, l'eventuale sottoscrizione di *class action waivers*, ossia di clausole di rinuncia preventiva all'esercizio di azioni collettive rispetto alle liti insorgenti dai negozi stipulati con l'impresa. Innanzitutto, va rilevato che tali pattuizioni, ove inserite in contratti *standard* stipulati con consumatori, saranno da considerarsi nulle, in quanto vessatorie ai sensi dell'art. 33, lett. b), c.cons. perché volte ad escludere ovvero a limitare le azioni o i diritti dei consumatori nei confronti del professionista o di altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o inesatto del primo. In base all'art. 36, 2° comma, lett. b), c.cons. l'inefficacia di codesta pattuizione sarà, peraltro, opponibile anche nell'ipotesi in cui la controparte dimostrasse che la clausola è stata frutto di una specifica trattativa. Anche in relazione ai diritti individuali omogenei che esulano da rapporti consumeristici, per i quali non è applicabile la normativa sul-

Al concretizzarsi di ognuna di queste ipotesi si aprirebbero dunque per le imprese distinti fronti di *litigation*, ossia proprio il

le clausole vessatorie, si dubita, comunque, che una condizione contrattuale di preventiva rinuncia all'azione di classe (senza deferimento in arbitrato) possa ritenersi valida. Di prim'acchito essa non sembrerebbe sussumibile nelle ipotesi per le quali l'art. 1341 c.c. richiede l'approvazione specifica per iscritto, ma, a ragion veduta, potrebbe invece essere ritenuta foriera di una «limitazione di responsabilità». Va infatti tenuto conto che l'apatia razionale del litigante occasionale impedisce di fatto che egli cerchi di ottenere giustizia, pur a fronte di una pretesa fondata, ove il suo valore sia inferiore, uguale o persino (di poco) superiore al costo preventivabile per la promozione della lite giudiziale. La negoziazione della predetta clausola procurerebbe così alla controparte una sorta di 'esonero' dai possibili plurimi versanti di responsabilità originanti da condotte che arrechino micro-lesioni diffuse. Anche ragionando in questa maniera, però, ai sensi del citato art. 1341 c.c. la predetta condizione contrattuale generale o *standard* potrebbe produrre effetto sol che il predisponente avesse cura di ottenerne una specifica approvazione per iscritto. Mi pare, tuttavia, che la rinuncia all'azione di classe, ove negoziata prima dell'insorgenza della lite, debba ritenersi in ogni caso inoperante, perché in grado concretamente di comprimere o decurtare il diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost.: è vero che non impedirà al singolo di ottenere in assoluto giustizia (poiché egli potrà sempre promuovere le azioni individuali), però occorre appunto considerare che per molte cause di modesta entità il gioco non val la candela. Il rimedio di cui all'art. 840 *bis* ss. c.p.c. è stato introdotto proprio per dare effettività al principio dell'accesso alla tutela giurisdizionale, ma tale finalità risulterebbe del tutto vanificata da un'abdicazione all'azione di classe anteriore all'attualizzazione delle controversie isomorfe. Si potrebbe quindi a tal riguardo argomentare che, allorquando non sia possibile invocare la nullità di protezione dell'art. 33 c.cons., la clausola di rinuncia preventiva alla *class action* sia comunque improduttiva di effetti alla stregua del principio generale sotteso all'art. 2698 c.c., nella misura in cui tale pattuizione renda eccessivamente difficoltoso l'esercizio del diritto. Come acutamente annotato da M. MARINELLI, *Commento sub art. 2698 c.c. – Patti relativi all'onere della prova*, in E. GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, G. BONILINI – A. CHIZZINI (a cura di), *Della tutela dei diritti*, Milano, 2016, 354, la parte finale dell'art. 2698 c.c. si spiega infatti «alla luce della preoccupazione del legislatore di tutelare i soggetti dell'ordinamento dai rischi scaturenti dagli impegni che comportino un vincolo *pro futuro* in ordine all'esercizio di un proprio diritto». La prospettiva ermeneutica qui ipotizzata sollecita però accurate riflessioni, poiché l'art. 2698 c.c. sancisce soltanto l'invalidità degli accordi diretti ad invertire o a modificare il riparto dell'onere della prova e, ad ogni modo, spetterebbe poi al giudice soppesare se nel caso di specie ricorrano circostanze tali da far dubitare che la rinuncia preventiva all'azione di classe sia stata indotta dalla parte contrattualmente più forte con una negoziazione che ridonda a suo esclusivo vantaggio.

pericolo che la pattuizione sull'arbitrato di classe intenderebbe scongiurare. Non vanno infine sottaciute le difficoltà che insorgerebbero rispetto alla necessità di garantire adeguate forme di tutela per coloro che aderiscano all'arbitrato, ma vedano respinta la loro domanda di risarcimento o restituzione (il lodo, in assenza di una pattuizione che disponga diversamente, sarà infatti impugnabile avanti alla corte d'appello solo dalle parti del procedimento arbitrale).

Forse potrebbe rivelarsi più plausibile l'esperimento di un arbitrato a valle della sentenza di accoglimento dell'azione di classe *ex art. 840 sexies c.p.c.*: scaduto il secondo termine per le adesioni, l'impresa (che ha visto accertata l'illiceità della propria condotta plurioffensiva) potrebbe infatti avere l'interesse a stipulare un compromesso *ad hoc* volto a devolvere in arbitrato la quantificazione delle pretese risarcitorie/restitutorie dei membri della classe che abbiano fatto *opt in*. Anche in questa prospettiva si annidano però delle incognite di non poco momento, in quanto non è affatto scontato che la classe sia disposta a sottoscrivere un simile accordo: potrebbe esservi indotta magari al cospetto dell'impugnazione proposta avverso la sentenza dall'impresa; di certo però il rappresentante comune nominato per la fase della distribuzione non sarà incline ad attivarsi in tal senso (a meno che nella proposta di convenzione compromissoria non vengano pattuiti compensi superiori a quelli di cui all'*art. 840 octies c.p.c.*): bisogna infatti ricordare che è a lui che gli aderenti, ai sensi dell'*art. 840 quinquies c.p.c.*, hanno conferito il potere di rappresentanza per il compimento, nel loro interesse, di tutti gli atti, di natura sia sostanziale sia processuale, relativi ai diritti individuali omogenei esposti nelle domande di adesione.

Abstract

Dopo aver compiuto una rassegna comparatistica degli ordinamenti statunitense, olandese e belga, che risultano maggiormente all'avanguardia nella previsione di normative volte ad incentivare efficacemente l'utilizzo di strumenti di giustizia consensuale in seno o in correlazione a rimedi risarcitori collettivi, si analizza la disciplina italiana sull'azione di classe introdotta dalla l. n. 31 del 2019, valutando le soluzioni ivi apprestate in merito alle possibilità di tacitazione transattiva della lite ed interrogandosi sulla concreta utilizzabilità di altri metodi alternativi, quali la mediazione, la negoziazione assistita e l'arbitrato ad integrazione o in sostituzione del giudizio trifasico di cui agli artt. 840 *bis* ss. c.p.c.

The paper provides a comparative review of selected legal systems (namely: the U.S.A., the Netherlands, and Belgium) which are at the forefront of fostering the use of ADR in compensatory class actions through laws and regulations. The author then analyses the Italian legislation on class action introduced by Law no. 31 of 2019, focusing in particular on the solutions adopted to promote settlement agreements and assessing the feasibility of other alternative dispute resolution methods, such as mediation, negotiation, and arbitration in connection with or in lieu of the three-phase trial under Art. 840 bis ff. of the Italian Code of Civil Procedure.

I VERBALI CHE CONCLUDONO LA MEDIAZIONE
NEL D.LGS. N. 149 DEL 2022

Mauro Bove (*)

SOMMARIO: 1. I problemi. – 2. Fallimento della mediazione. – 3. Successo della mediazione. – 4. Mediazione in modalità telematica. – 5. Conclusioni.

1. I problemi. – La mediazione, come del resto ricorda l'art. 1, lett. a), d.lgs. n. 28 del 2010, rimasto inalterato col successivo d.lgs. n. 149 del 2022, è innanzitutto un tipo di attività rivolta alla soluzione negoziale della lite. Essa si caratterizza per la presenza di un terzo, il mediatore, che, nella veste dell'«amico comune» aiuta le parti ad elevare il livello del loro dialogo, al fine di un progressivo avvicinamento tra le loro posizioni.

Questa attività esige, quindi, un percorso nel quale si mettono in campo le tecniche della contrattazione, di cui il mediatore, a differenza delle parti, è esperto al fine di un successo, ossia del perfezionamento di un accordo. Non è un procedimento in senso tecnico, e così eventuali suoi difetti rispetto alle previsioni di legge non invalidano l'accordo eventualmente raggiunto, né il mediatore amministra un dialogo competitivo fatto di esercizio di poteri processuali avente l'obiettivo della vittoria. Ma in quel percorso si svolgono comunque attività che hanno una loro organizzazione e una loro

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 455-475. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Perugia.

pregnanza tecnica, anche se la logica di queste è lontanissima dalla quella della soluzione giurisdizionale del conflitto, privata o statale che sia.

Così, se un processo statale o un giudizio arbitrale giungono certamente alla posizione di un atto di normazione concreta che definisce la lite comandando, essendo le parti soggette a tale potere, per legge o per accordo, nella mediazione si potrebbe giungere ad un frutto utile, la soluzione negoziale della lite, ovvero ad un 'nulla di fatto'. E ciò a prescindere dal rapporto tra legge e mediazione. Può anche essere che l'ordinamento imponga a colui che cerca giustizia di accedere prima alla mediazione, per il tipo di causa in gioco o attraverso il ruolo del giudice. Ma una simile imposizione può costruire giuridicamente solo un obbligo di tentativo ⁽¹⁾, e al più un obbligo di tentativo serio, senza mai giungere, come è ovvio, ad un obbligo di accordarsi né tantomeno una sorta di soggezione ad un potere di normazione del mediatore, magari per il caso di mancato incontro amichevole dei litiganti.

Così il percorso che si segue in un'attività di mediazione, cominciato obbligatoriamente oppure volontariamente, può giungere all'accordo oppure può giungere al riscontro di un fallimento del dialogo. In entrambi i casi si avranno formalità conclusive della procedura, disciplinate dalla legge, che è necessario assolvere, quantomeno perché, se non lo si facesse, non potremmo dire di essere di fronte ad una mediazione gestita da un organismo accreditato, conseguenza che rileverebbe giuridicamente sia nel caso di fallimento sia nel caso di successo.

Nostro compito è analizzare dette formalità nel passaggio dalla precedente disciplina contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 alla nuova

⁽¹⁾ Peraltro temporalmente limitato, se si vuole restare nei binari di una condizione costituzionalmente legittima. Oggi, visto l'art. 6 d.lgs. n. 149 del 2022, il tempo già prima previsto dei tre mesi è passibile di proroga per altri tre, ove le parti concordino. La qual cosa significa solo che allo scadere del tempo la domanda diventa procedibile, potendo, tuttavia, la mediazione anche durare per più tempo e magari giungere all'accordo, pur avendo il processo statale preso o ripreso il suo corso.

derivante dalla riforma di questo articolato ad opera del recente d.lgs. n. 149 del 2022.

2. *Fallimento della mediazione.* – Nella precedente versione dell’art. 11, il 4° comma prevedeva una disciplina compiuta appositamente dedicata al caso di fallimento della mediazione che così recitava: «Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l’indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l’autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione».

Nella nuova versione del medesimo art. 11 non possiamo dire di avere una disciplina propriamente dedicata al c.d. verbale negativo, ma al più si possono riscontrare delle tracce normative, da cui trarre la volontà del legislatore.

La prima e forse più significativa emerge dalla nuova rubrica della norma, che oggi recita: «Conclusione del procedimento». Questa scelta, che non rinvia più all’esito positivo ⁽²⁾, di cui innanzitutto la versione precedente si occupava, ma salva le previsioni specifiche che nel citato 4° comma erano dedicate all’esito negativo, mi pare segno della volontà di dare un’unica disciplina del verbale conclusivo del percorso, vi sia o non vi sia stato l’accordo.

E la cosa mi pare confermata anche dal nuovo 1° comma dell’art. 11, nel quale, dopo aver ipotizzato il perfezionamento di un accordo tra le parti, il cui testo il mediatore dovrà allegare al processo verbale, si aggiunge che in caso negativo, il mediatore darà atto del fallimento e quindi, aggiunge, eventualmente, formulerà una proposta.

Se così stanno le cose, il nuovo art. 11, 4° comma, cit. vale per ogni esito della mediazione. Certamente se si è perfezionato

⁽²⁾ La precedente rubrica diceva semplicemente: «Conciliazione».

l'accordo, che può essere stato raggiunto tra le parti ovvero può essere il frutto dell'adesione dei litiganti alla proposta formulata dal mediatore, secondo quanto è previsto nel 2° comma. Ma anche per il caso in cui il percorso abbia fallito, eventualità alla quale, del resto, mi pare che si riferisca in modo chiaro l'ultimo inciso del 4° comma, nel quale, riprendendo ed arricchendo la disposizione previgente, si dice: «Nel verbale il mediatore dà atto della presenza di coloro che hanno partecipato agli incontri e delle parti che, pur regolarmente invitate, sono rimaste assenti»⁽³⁾.

Insomma, in ogni caso oggi abbiamo che il verbale conclusivo della mediazione «è sottoscritto dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere», disposizione con la quale, peraltro, dovrà pur coordinarsi quella, del tutto nuova, secondo la quale del primo incontro il mediatore redige processo verbale che va sottoscritto, oltre che da egli stesso, da tutti coloro che vi abbiano partecipato (art. 8, 6° comma).

Quindi, limitandoci per il momento all'osservazione del verbale di fallita mediazione, abbiamo la conferma che esso è firmato dalle parti e dal mediatore, il quale ha un potere di certificazione delle firme delle parti che resiste fino a querela di falso. Ed in più si aggiunge la previsione delle firme degli avvocati delle parti e di altri partecipanti alla procedura, che evidentemente sono da identificare in coloro che hanno partecipato agli incontri, firme che però non sono rese certe dal potere di certificazione del mediatore.

Qual è il senso di queste previsioni e così la conseguenza tecnicamente rilevante che possiamo trarre nei casi in cui manchi qualcuna di queste firme?

La dichiarazione di fallimento della mediazione è un atto del mediatore che pone in essere sia la detta dichiarazione di scienza,

⁽³⁾ La narrazione relativa alla mancata cooperazione di una parte era già prevista. Qui si aggiunge la necessità di rendere conto di coloro che, diversi dai litiganti, hanno preso parte agli incontri, coloro che quindi firmeranno il verbale.

che altro non è se non una rappresentazione di un accaduto, sia la sua documentazione nel relativo verbale. Siamo di fronte ad un fenomeno probatorio, che può essere assai importante nelle vicende processuali che si avranno di fronte al giudice della causa che poi continuerà o inizierà, se sol si considera che in detta rappresentazione può emergere la narrazione intorno al comportamento tenuto dalle parti o comunque a vicende di qualche rilievo.

Invero, se la legge costruisce in capo alle parti degli obblighi comportamentali, ossia un certo modo di stare nel percorso stragiudiziale, è evidente che tali obblighi, se si vuole che siano effettivi, debbano essere sanzionati ed è altrettanto evidente che, per un verso, l'applicabilità delle diverse, possibili, sanzioni emerga di fronte al giudice dello Stato che sarà investito nel caso di fallimento della mediazione, e, per altro verso, che in tale contesto si porrà un problema di prova in ordine al perfezionamento dei presupposti di fatto a cui la legge collega le varie sanzioni disciplinate.

Ecco che la forza probatoria del verbale di fallita mediazione è cosa assai importante, fino a rendere questo verbale delicato almeno quanto, ancorché per ragioni diverse, il verbale contenente l'accordo col quale si sancisce il successo del dialogo.

Vediamo molto sommariamente questi profili obbligatori.

Se la mediazione è condizione di procedibilità, per legge ai sensi dell'art. 5, 1° comma, d.lgs. 28 cit., per ordine del giudice ai sensi dell'art. 5 *quater* o anche per volontà delle parti ai sensi dell'art. 5 *sexies*, il giudice potrà decidere nel merito la causa di fronte a lui pendente se colui che esercita in giudizio l'azione dichiarativa prova ⁽⁴⁾ che il tentativo è stato fatto.

(4) Si segnala come sia stata risolta, nell'attuale art. 5 *bis*, la questione che si era posta in ordine all'onere dell'assolvimento della condizione di procedibilità nell'ambito del procedimento per ingiunzione. Precisamente il legislatore ha seguito l'indicazione che era stata data da ultimo in Cass., sez. un., 18 settembre 2020, n. 19596, che, discostandosi dalla precedente Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Foro it.*, 2016, I, 1319, aveva accollato l'onere alla parte opposta. Sulla questione vedi, M. BOVE, *Onere della domanda di mediazione nel procedimento per ingiunzione*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 1135 ss.

Questo accertamento implica sempre la soluzione di una questione di fatto e di una questione di diritto. Quella attiene alla prova di ciò che in mediazione è accaduto, quindi alla ricostruzione dei comportamenti tenuti. Questa, a seconda del modo in cui la legge costruisce l'obbligo, può implicare anche una valutazione dell'accaduto più o meno complessa. Da questo punto di vista la legge nuova cambia in parte le cose.

Resta certamente la previgente disposizione che era dettata nell'art. 5, 2° *bis* comma, oggi riformulata in termini analoghi nel 4° comma del medesimo art. 5, che così recita: «Quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, la condizione si considera avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione»⁽⁵⁾. Però, poi, nel rinnovato art. 8 è cambiata la disciplina di tale primo incontro⁽⁶⁾, richiedendosi sia alle parti sia al mediatore qualcosa di più rispetto a prima, perché in realtà si vuole che, al fine di ritenere assolta la condizione di procedibilità, vi sia un effettivo tentativo di dialogo, insomma si vuole che la mediazione sia, se così possiamo dire, partecipata, parendo assurdo che l'esercizio del diritto di azione sia condizionato da un passaggio puramente formale.

Così il 4° comma sempre dell'art. 8 cit. esige che normalmente le parti siano presenti personalmente al tavolo di trattativa, potendo

⁽⁵⁾ Così sembra, ad una prima impressione, che il legislatore voglia sposare la soluzione minimale che era stata adottata da Cass., 7 marzo 2019, n. 8473. Ma vedremo come oggi le cose siano più complesse.

⁽⁶⁾ Resta, invece, l'obbligo di farsi assistere da avvocati, specificandosi all'art. 8, 5° comma, che tale obbligo vige solo quando la mediazione è condizione di procedibilità, sia *ope legis* sia *ope iudicis*. La cosa prima era discussa, ma certamente già prima si riteneva che una mediazione condotta senza avvocati non fosse idonea ad assolvere la condizione di procedibilità. Sul punto vedi F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, V, Milano, 2021, 51-2; M. MARINARO, *Sulla disciplina che ripristina la conciliazione rimane l'ombra di vari profili d'incostituzionalità*, in *Guida al diritto*, 2013, 38, 17-8.; M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. 'decreto del fare'*, in *Soc.*, 2013, 1230 ss.

esse farsi rappresentare ⁽⁷⁾ solo se vi siano giustificati motivi, e, al 6° comma, si aggiunge un dovere di cooperazione, secondo i canoni della buona fede e della lealtà, al fine di realizzare un effettivo confronto. Nonché, in corrispondenza a quanto si esige dalle parti, si indica al mediatore, sempre in riferimento a codesto, direi centrale, primo incontro, il compito, non solo di esporre la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione ⁽⁸⁾, ma anche di adoperarsi affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione.

Insomma, ed in sintesi, il legislatore costruisce, nel configurare la condizione di procedibilità che rinvia ad un percorso negoziale, un obbligo, non solo di provarci, quindi semplicemente di aprire il percorso, ma anche di provarci seriamente, di provare un approccio di trattativa.

A questi aspetti, che interessano essenzialmente (colui che sarà) l'attore in giudizio, si aggiungono le previsioni, relative piuttosto a (colui che sarà) il convenuto nel medesimo giudizio, oggi raggruppate nel nuovo art. 12 *bis*, che riprende la previgente previsione con l'aggiunta di una disposizione in cui, sul modello dell'art. 96, 3° comma, c.p.c., si prevede: «Nei casi di cui al 2° comma ⁽⁹⁾, con il provvedimento che definisce il giudizio, il giudice, se richiesto ⁽¹⁰⁾, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato

⁽⁷⁾ Con delega ad un rappresentante che conosca i fatti e sia munito dei necessari poteri per la composizione della lite.

⁽⁸⁾ Compito già in precedenza attribuito al mediatore.

⁽⁹⁾ Il 2° comma riprende la logica del precedente 4° *bis* comma dell'art. 8 che oggi recita: «Quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità, il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio». Peraltro il 4° comma del medesimo articolo prevede che, in caso di coinvolgimento di una pubblica amministrazione, il provvedimento adottato sia trasmesso dal giudice al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti e copia del provvedimento adottati nei confronti di uno dei soggetti vigilati all'autorità di vigilanza competente.

⁽¹⁰⁾ Quindi, a differenza della previsione codicistica, qui si esige la domanda di parte, non potendo il giudice pronunciarsi d'ufficio.

alla mediazione al pagamento in favore della controparte di una somma equitativamente determinata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione».

Infine, sempre sul piano della strutturazione dell'obbligo di tentare la via dell'accordo, la legge mantiene anche l'aspetto relativo all'obbligo di non rifiutare proposte ragionevoli, sanzionandone la violazione con conseguenze economiche pregiudizievoli in base a quanto dispone l'art.13.

È a fronte di tutte queste situazioni che, si ripete, il verbale di fallita mediazione assume una grande importanza e ne emerge la funzione, non tanto o non solo di perfezionamento di un atto di chiusura del percorso ⁽¹⁾, bensì di racconto e, quindi, di prova di ciò che è accaduto di fronte all'organismo di gestione, fatti che poi rileveranno, in ipotesi, di fronte al giudice chiamato, prima a sussumere l'accaduto sotto i concetti giuridici utilizzati dalla legge, per poi trarre le varie conseguenze sanzionatorie previste.

⁽¹⁾ Aspetto formale, questo, che però non è da trascurare, ad esempio ai fini della ripresa dei termini di prescrizione o decadenza, posto che la domanda di mediazione ha su entrambe gli effetti della domanda giudiziale. Però oggi si porrà un problema, visto che la previsione di cui al 2° comma dell'art. 8, nella quale si riproduce quanto prima era previsto nel 6° comma dell'art. 5, non ripete anche la disposizione per cui «se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza decorrente dal deposito del verbale» (aggiungiamo ovviamente negativo). Che senso ha questa omissione? Si dovrà dire che il termine di decadenza si azzera con la domanda di mediazione, ricominciando subito a decorrere di nuovo? Già prima si poneva il problema in ordine alla prescrizione, per il cui termine era sì previsto che la domanda di mediazione producesse anche l'effetto sospensivo, ma non era detto nulla in ordine al momento di ripresa di esso. Oggi la questione sarà più generale e più grave. Ma francamente mi pare che l'interprete debba sopperire alle lacune della legge ed offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata. Invero, se durante il tempo necessario per svolgere una mediazione obbligatoria il diritto sostanziale in gioco non deve correre rischi di essere pregiudicato, dovremo ritenere che con la domanda di mediazione si ha (anche) l'effetto di sospendere sia il termine di prescrizione sia il termine di decadenza, termini che torneranno a correre dopo il deposito del verbale negativo presso la segreteria dell'organismo.

Per fare qualche esempio, procedendo dal semplice al complesso, è chiaro che, se la mancata assistenza degli avvocati dal lato dell'istante non permette di ritenere assolta la condizione e, dal lato del chiamato, alla mediazione non lo assolve dalle conseguenze di cui all'art. 12 *bis*, dovrà provarsi se quella assistenza vi è stata o meno, non residuando, in caso di risposta negativa, alcun'altra valutazione giuridica da fare. Diverso è il discorso quando è in gioco l'obbligo delle parti di partecipare personalmente al percorso: provata la loro assenza, possono rilevare diverse valutazioni, quali certamente la presenza di giustificati motivi di questa loro scelta⁽¹²⁾ oppure la mancanza di una procura correttamente costruita. E ancora diversa, e certamente più difficile, è la qualificazione in termini di buona fede e lealtà di comportamenti tenuti dalle parti: si dovrà provare quali siano stati tali comportamenti affinché il giudice possa partire da una base chiara e certa per la sua valutazione giuridica, il cui esito condizionerà la conclusione in ordine al problema impediente del 'se' si sia avverata o meno la condizione di procedibilità⁽¹³⁾.

Ecco, allora, che possiamo dire essere meglio formulato il problema che si accennava prima e, quindi, essere più chiaramente delineata l'importanza della domanda di fondo, ossia: a che scopo sono previste le varie firme indicate? Qual è la conseguenza della loro mancanza?

Si ripete: il mediatore è certamente, in quanto gestore del percorso, il soggetto della narrazione dell'accaduto e della dichiarazione di fallimento. Con tale verbale da lui firmato, ed il suo deposito presso la segreteria dell'organismo, si conclude la mediazione e allo stesso tempo si imputa l'attività compiuta all'organismo nel cui contesto

⁽¹²⁾ Elemento che potrà anche essere già valutato in mediazione, ma senza che ciò precluda la valutazione del giudice.

⁽¹³⁾ Questo sarà l'aspetto più spinoso e si spera che presto la Corte di Cassazione dia principi applicativi e magari fornisca anche qualche fattispecie ripetibile con cui riempire il concetto giuridico indeterminato.

opera, con tutte le conseguenze giuridiche previste nella legge in parola ⁽¹⁴⁾.

Ma in tale verbale vi è molto di più: il mediatore non si limita a tale dichiarazione di fallimento, ma la arricchisce appunto col racconto dell'accaduto, pone in essere le dichiarazioni di scienza che danno contenuto a quella narrazione e, documentandole nel verbale che sottoscrive, ne assume la paternità. Insomma egli rende una dichiarazione testimoniale dei fatti di fronte a lui verificatisi, precisamente dei fatti che possono rilevare di fronte al giudice al fine delle valutazioni sopra ricordate ⁽¹⁵⁾, e quindi documenta tale dichiarazione nella cosa rappresentativa che è il processo verbale.

Esigere qui anche le firme di parti, avvocati ed altri partecipanti significa, allora, avere la garanzia che costoro approvano la narrazione del mediatore ed è evidente come la forza probatoria del documento possa variare a seconda della presenza di tutte queste firme ovvero della assenza di qualcuna di esse.

Se la condizione di procedibilità non si può ritenere assolta senza l'assistenza in mediazione degli avvocati, è ovvio che pochi dubbi vi possono essere ove il verbale sia firmato anche da essi. Se la condizione è assolta solo se c'è stata una trattativa ed essa sia stata condotta regolarmente dal mediatore e con spirito di leale collaborazione tra le parti, la base fattuale di quella che sarà la valutazione del giudice può ritenersi solida se il verbale è firmato da tutti e così la narrazione in esso contenuta è approvata da tutti.

Insomma, e in definitiva, il verbale di fallita mediazione è la documentazione ossia la rappresentazione di una presa d'atto: la chiusura del percorso senza successo. In più in esso si può aggiungere la narrazione di fatti accaduti e situazioni verificatesi nella procedura,

⁽¹⁴⁾ In altri termini, per rilevare un'ovvietà, è chiaro che un'attività di mediazione svolta al di fuori di un contesto accreditato non potrebbe assolvere alla condizione di procedibilità di cui abbiamo trattato finora né provocare altri effetti sanzionatori sopra accennati.

⁽¹⁵⁾ Fatti salvi, ovviamente, i fatti che sono coperti da un obbligo di riservatezza.

che possono rilevare giuridicamente nel ritorno al giudice. Come atto conclusivo della mediazione, esso spetta essenzialmente al mediatore. Ma, poiché, si ripete ancora, al mero atto conclusivo si possono aggiungere varie dichiarazioni di scienza, l'approvazione delle parti ⁽¹⁶⁾, degli avvocati e di altri partecipanti irrobustisce la prova di quanto narrato ⁽¹⁷⁾.

3. *Successo della mediazione.* – Se le parti si accordano, la mediazione si conclude con un successo e la lite sarà risolta con un atto di normazione concreta, autonoma e, in ogni caso, sostitutiva della norma concreta che, se già configurabile nella relazione tra le parti, era tuttavia divenuta litigiosa. Il verbale contenente l'accordo ha in sé due fenomeni giuridici: 1) l'accordo, appunto, che è l'atto di normazione concreta cui si accennava, consistente in un contratto di transazione, certamente imputabile alle parti, che esige la forma scritta normalmente *ad probationem* (art. 1967 c.c.) ed a volte *ad substantiam* (art. 1350 c.c.); 2) la documentazione dell'accordo, che, se vuole essere riconosciuto come fattispecie formatasi nell'ambito dell'attività di mediazione riferibile ad un organismo accreditato nel contesto del d.lgs. n. 28 del 2010, come modificato dal d.lgs. n. 149

⁽¹⁶⁾ A cui il legislatore dedica anche l'accortezza della certificazione della loro firma ad opera del mediatore, cosa non prevista per le altre firme. Ma, francamente, si potrebbe dubitare dell'applicabilità di questa previsione nel caso di verbale negativo, fondandosi l'assunto sulla lettera della legge, che non distingue tra verbale contenente l'accordo e verbale negativo, cosa che farebbe pensare ad una volontà di ribadire quanto era previsto nel previgente art. 11, 4° comma. Però è anche vero che in questa norma si prevedevano le firme delle sole parti e non anche di altri soggetti.

⁽¹⁷⁾ Resta inteso che il più delle volte il giudice avrà uno spazio di valutazione, sia sulla veridicità della rappresentazione documentale delle dichiarazioni di scienza, perché il mediatore non è certo un pubblico ufficiale (solo in caso di certificazione delle firme di parte egli rende certa la provenienza fino a querela di falso delle dichiarazioni), sia sulla veridicità dei fatti rappresentati in dette dichiarazioni di scienza. Qui siamo in presenza della prova (il verbale) di altre prove, le dichiarazioni di scienza, e queste avranno diversi valori a seconda del loro contenuto.

del 2022, è imputabile essenzialmente al mediatore che in quell'organismo opera.

Il primo aspetto attiene alla fattispecie sostanziale, quindi al negozio giuridico che produce gli effetti sostanziali riconducibili alla volontà delle parti, insomma alla posizione delle regole di condotta alle quali le parti, superando la lite, si (auto)assoggettano⁽¹⁸⁾. Il secondo aspetto, invece, attiene alla fattispecie processuale della formazione del titolo esecutivo, quindi della costituzione dell'azione esecutiva che resta a disposizione della parte interessata ove la sua controparte non dovesse adeguarsi spontaneamente ai comandi contenuti nell'accordo.

Tali fattispecie divergono nei loro elementi costitutivi e ben è possibile che si perfezioni l'una e non anche l'altra.

L'accordo, si ripete, è il contratto stipulato tra le parti ed è perfezionato validamente con le sole firme delle parti. Esso, peraltro, di solito è raggiunto sostanzialmente e siglato formalmente dai litiganti prima della verbalizzazione del mediatore. È possibile che ciò accada a causa della formale accettazione per iscritto che le parti fanno pervenire al mediatore a fronte di una proposta di questi, precisamente entro sette giorni dalla relativa comunicazione (art. 11, 1° e 2° comma). Oppure è possibile che il contratto sia raggiunto e siglato amichevolmente tra le parti, senza la proposta del mediatore.

In entrambe le descritte situazioni abbiamo un atto di normazione pienamente efficace e anche il rispetto della forma scritta, sia che questa serva *ad probationem* sia che serva *ad substantiam*.

Ma per perfezionare la seconda fattispecie, costitutiva dell'azione esecutiva, sono necessari altri due elementi: a) la documentazione dell'accordo secondo le formalità descritte dalla legge che disciplina

(18) Qui emerge la caratteristica funzionale e strutturale dell'atto autonomo di soluzione della lite, che non è espressione del potere di normazione di un terzo a cui i litiganti sono soggetti, per legge (giudice statale) o per scelta (giudice privato), né ha come suo contenuto uno *ius dicere*, quindi una vincolata operazione di susunzione giuridica. Insomma un atto, non di giustizia ossia di concretizzazione della legge astratta, bensì di convenienza ponendosi quale punto di incontro di una valutazione degli interessi, anche ma non solo economici, in gioco.

il verbale conclusivo della mediazione; b) la garanzia da parte degli avvocati, i quali attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico.

Così le parti non possono limitarsi a raggiungere l'accordo, ma devono necessariamente presentarsi al cospetto del mediatore, il quale documenta la fattispecie negoziale già perfezionatasi⁽¹⁹⁾, spendendo anche l'essenziale potere di certificazione dell'autografia delle firme delle parti. Sia che l'accordo sia allegato al verbale sia che esso venga in questo trasfuso, le parti sottoscrivono la documentazione del contratto, ossia la narrazione da parte del mediatore di un accaduto, che le parti confermano. Qui esse non dichiarano di volere, bensì dichiarano di aver voluto: non quindi dichiarazioni di volontà, ma dichiarazioni di scienza, sottoscritte con un'attività di certificazione del mediatore che, in tale contesto parificato ad un pubblico ufficiale, garantisce fino a querela di falso la provenienza delle dichiarazioni da parte di coloro che appaiono quali sottoscrittori.

Insomma, si forma una prova del credito, o meglio della sua fattispecie costitutiva, ritenuta sufficiente dal legislatore per formare un titolo esecutivo⁽²⁰⁾. È evidente, allora, come il titolo esecutivo non stia nell'accordo, bensì nella sua rappresentazione mediante verbalizzazione, senza la quale avremmo un contratto certamente efficace, ma non la costituzione dell'azione esecutiva.

A ciò il legislatore ha voluto aggiungere anche l'attestazione degli avvocati accennata sopra, per evidenti ragioni di garanzia, ancorché, ovviamente, non sia certo preclusa la possibilità per l'interessato di contestare ugualmente la violazione di norme imperative o dell'ordine pubblico nell'ambito di futuri processi dichiarativi, tra i quali si può citare il caso della proposizione di un'opposizione

⁽¹⁹⁾ Su queste tematiche in generale è utile una rilettura di F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181 ss.

⁽²⁰⁾ Ovviamente qui mettiamo in luce la ragione per cui il legislatore ha inserito questa fattispecie tra i titoli esecutivi, rilievo che, però, non può far pensare che essa valga come prova nel processo esecutivo, nel quale conta solo l'esistenza del titolo esecutivo. La rilevanza probatoria, allora, emergerà solo nell'ambito del contesto, eventuale, che si determina in caso di opposizione all'esecuzione.

ai sensi dell'art. 615 c.p.c., ove la controparte 'metta in esecuzione' ⁽²¹⁾ il titolo esecutivo ⁽²²⁾.

Ma direi che nulla di altro vi sia da aggiungere. Così, quando nella formulazione dell'art. 11, offerta oggi dal d.lgs. n. 149 del 2022, a differenza di quella precedente contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010, si prevede che il verbale sia firmato anche da non meglio precisati 'altri partecipanti alla procedura', si deve riconoscere di essere in presenza di una previsione inutile o quantomeno non attinente ad elementi essenziali delle due fattispecie sopra descritte: né quella sostanziale né quella processuale.

Le 'testimonianze' di costoro potranno anche essere raccolte ⁽²³⁾, ma, se esse possono irrobustire il valore probatorio del verbale di fallita mediazione, per tutte le vicende narrate dal mediatore e magari di possibile rilevanza di fronte al giudice della causa che, non risolta negozialmente, riprende il suo corso, nell'ambito di un verbale che contiene l'accordo, direi che hanno un valore assai scarso.

4. Mediazione in modalità telematica. – È possibile che la mediazione si svolga con modalità, rese possibili dai moderni mezzi dell'informatica, che prescindano dalla compresenza fisica delle parti nello stesso luogo e così che si concluda sempre con gli stessi mezzi.

Nel recente periodo caratterizzato dalla pandemia da Covid-19 il

⁽²¹⁾ Le virgolette sono dovute al fatto che nel testo si è voluto usare un'espressione forense di uso comune, ma tecnicamente è ovvio come oggetto dell'esecuzione sia il credito da realizzare e non il titolo esecutivo.

⁽²²⁾ Resta il fatto che la mancanza delle firme ed attestazioni degli avvocati è surrogabile col percorso di fronte al presidente del tribunale competente ai sensi dell'art. 12, 1° *bis* comma. Invero, se e nella misura in cui la legge impone la presenza degli avvocati, la loro assenza rileva certamente in caso di fallita mediazione, ma non inficia l'accordo raggiunto. Essa impedisce solo l'immediata formazione del titolo esecutivo, che però può aversi in un altro modo.

⁽²³⁾ Peraltro con firme che non sono da certificare come autografe da parte del mediatore, che svolge questa attività solo in riferimento alle firme delle parti.

legislatore aveva valorizzato tali modalità, cercando di facilitarne l'uso⁽²⁴⁾. Oggi il d.lgs. n. 149 del 2022 detta una norma specifica (all'art. 8 *bis*) per la mediazione in modalità telematica, della quale a noi qui interessa essenzialmente descrivere la disciplina dell'esito positivo del percorso, quindi del verbale contenente l'accordo.

A tal proposito, la normativa emergenziale era caratterizzata da tre elementi: 1) veniva attribuito agli avvocati il potere di certificare l'autografia delle firme apposte dai loro clienti alle diverse dichiarazioni ipotizzabili; 2) veniva esteso questo potere, oltre che in riferimento alle dichiarazioni di scienza contenute nel verbale, anche alle dichiarazioni di volontà costituenti l'accordo; 3) si prevedeva che il titolo esecutivo si perfezionasse con la firma del verbale rappresentativo dell'accordo da parte del mediatore e degli avvocati, senza necessariamente le firme delle parti.

Questo sistema offriva due possibilità operative.

Si potevano ritenere del tutto inutili le firme delle parti al verbale finale, bastando l'espressione del loro consenso al momento, antecedente, di perfezionamento dell'accordo, con firma digitale degli avvocati, i quali garantivano la provenienza delle dichiarazioni dai loro clienti, oltre ad attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Quindi, perfezionatasi la fattispecie sostanziale, quella processuale poteva compiersi col verbale finale sottoscritto solo dal mediatore e dagli avvocati.

Oppure si poteva ritenere che, ancorché l'accordo si perfezionasse in un momento antecedente, alla verbalizzazione finale partecipassero anche le parti. Formato un solo documento informatico, lo si poteva far 'firmare' a vario titolo dai diversi protagonisti: le parti, al fine di manifestare il consenso ad un certo regolamento negoziale, gli avvocati, al fine di garantire la provenienza delle dichiarazioni di volontà da parte dei loro clienti, oltre che al fine di attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine

⁽²⁴⁾ Vedi, se vuoi, M. BOVE, *Mediazioni e conciliazioni giudiziali 'a distanza'*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 632 ss., in cui si individuavano anche le fonti normative di quel periodo.

pubblico, ed il mediatore, soprattutto al fine di imputare la fattispecie all'organismo accreditato di riferimento, elemento essenziale per la formazione del titolo esecutivo.

In questo contesto poteva dirsi superata l'idea che la sottoscrizione sia l'unico modo per attribuire a qualcuno la paternità di una dichiarazione, potendosi ipotizzare la sua sostituzione con mezzi di comunicazione della dichiarazione, mezzi appunto imputabili al soggetto, restando garanti del sistema gli avvocati nel rapporto con i loro clienti ⁽²⁵⁾.

Questa vicenda oggi è disciplinata in maniera diversa. Scelta la necessità di formare un unico documento informatico ai diversi fini sopra descritti, l'art. 8 *bis* d.lgs. n. 149 del 2022 prevede che esso debba essere sottoscritto con firme digitali apposte dalle parti e, sempre con firma digitale, da parte del mediatore. Con la precisazione che tra quelle e questa, nell'eventualità che si tratti di una mediazione obbligatoria *ope legis* oppure *ope iudicis*, si appongano anche le firme degli avvocati.

È evidente come gli avvocati perdano un ruolo fondamentale. Resta importante la loro opera solo nella mediazione obbligatoria per la formazione del titolo esecutivo, dovendo essi attestare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico ⁽²⁶⁾. Ma è eliminato il loro potere di garantire la provenienza da parte dei loro clienti delle dichiarazioni di volontà costituenti la fattispecie contrattuale, eliminazione che fa il paio con la necessità che il verbale sia firmato da quei clienti con firma digitale.

Prendendo atto della volontà del legislatore, si deve solo ricordare quale sia il valore di tale firma digitale, alla luce della normativa CAD, per verificare se esso sia paragonabile a quello che ha la sot-

⁽²⁵⁾ M. BOVE, *op. ult. cit.*, 643 ss.

⁽²⁶⁾ Sono importanti due precisazioni. La prima: se gli avvocati devono partecipare alle mediazioni obbligatorie, non è escluso che essi possano partecipare anche alle altre. La seconda: riprendendo quanto già detto *supra* nt. 22, ove gli avvocati non vi siano, ai fini della formazione del titolo esecutivo sopperisce il percorso di fronte al presidente del tribunale (art. 12).

toscrizione delle parti su verbale cartaceo a seguito della certificazione del mediatore.

A proposito del documento informatico munito di firma digitale, l'art. 20 CAD richiama l'art. 2702 c.c. Se, come a me sembra, tale richiamo non può che essere integrale, evidentemente non possiamo ritenere di essere in presenza di un documento parificabile al verbale cartaceo, che, munito della detta certificazione del mediatore, è una scrittura che fa piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta.

Tra le opposte teorie in fondo sembra rispondente alla legge una lettura che potremmo definire intermedia nei fatti⁽²⁷⁾. Invero, la parte che si vede opporre il documento informatico può contestarlo, ancorché lo debba fare immediatamente nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione (art. 215 c.p.c.), caricando così la sua controparte dell'onere di fare istanza di verificaione ai sensi dell'art. 216 c.p.c. Ma le conseguenze in ordine alle posizioni processuali successive vanno valutate attentamente, anche in conseguenza del tipo di contestazione.

L'interessato può contestare che il documento abbia la sua firma, perché, egli dice: 1) il documento non è stato firmato con il dispositivo di firma a me associato, 2) il dispositivo di firma elettronica utilizzato è stato contraffatto, a causa della falsa associazione dell'algoritmo, della falsa associazione della persona o della duplicazione illecita del dispositivo medesimo⁽²⁸⁾. In tal caso, si ripete, se

⁽²⁷⁾ Secondo un'interpretazione la firma digitale avrebbe lo stesso valore di una sottoscrizione autenticata, per cui l'apparente sottoscrittore avrebbe l'onere di proporre querela di falso, col conseguente carico di onere probatorio. Seconda un'altra idea il documento informatico con firma digitale può essere disconosciuto dall'apparente sottoscrittore, avendo la controparte l'onere di sollecitare l'incidente di verificaione. Per una sintesi vedi P. BERTOLLINI, *Il documento informatico e il documento analogico*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, Milano, 2019, 37 ss., spec. 69 ss.

⁽²⁸⁾ Su questi aspetti si rinvia a M. GRADI, *Le prove*, in G. RUFFINI (a cura di), *Il processo telematico nel sistema del diritto processuale civile*, cit., 520 ss., il quale rileva come qui emerga un comportamento doloso del certificatore o di un terzo che abbia ingannato il certificatore, perché il certificatore assicura, mediante la pro-

colui che ha prodotto il documento ha certamente l'onere di fare istanza di verifica, tuttavia il suo onere probatorio è leggero, bastando a lui depositare il certificato di firma elettronica e l'attestazione di convalida. Sarà, poi, colui contro il quale il documento è stato prodotto, in quanto interessato a negarne l'autenticità, a doversi caricare dell'onere di provare la falsità della certificazione o dell'attestazione rilasciate dal certificatore, prova da darsi con ogni mezzo, come ad esempio può essere una consulenza tecnica d'ufficio ⁽²⁹⁾.

Così, è evidente come le distanze tra le opposte letture del richiamo che l'art. 20 CAD fa all'art. 2702 c.c. si accorcino, perché, se anche non si riconosce al documento informatico con firma digitale il valore di una scrittura privata che garantisca la provenienza delle dichiarazioni fino a querela di falso, è anche vero che la parte la quale subisce la contestazione e, quindi, deve attivarsi per l'incidente di verifica informatica, ha poi in questo un onere probatorio agevole da assolvere.

Altro è se, visto l'art. 20, 1° *ter* comma, CAD, la parte contro la quale si produce il documento informatico dica: 'è la mia firma, ma altri l'ha usata abusivamente'.

Qui, ancora una volta, colui che ha prodotto il documento deve attivarsi per la verifica. Ma in questo incidente starà alla controparte che ha sollevato la detta contestazione l'onere di provare che, pur essendo stata utilizzata la sua firma digitale, tuttavia ciò è accaduto per l'abuso di altri. L'onere probatorio primario non è caricato allora su colui che solleva l'incidente di verifica, bensì starà al titolare del dispositivo di firma provare di aver perduto incolpevolmente detto dispositivo ovvero che colui che lo ha utilizzato non aveva alcun mandato in tal senso o altro abuso.

cedura di validazione informatica, che la firma elettronica apposta ad un determinato documento provenga dal dispositivo di firma associato al titolare. Pertanto la contestazione in oggetto ha come oggetto la falsità di tali attestazioni e certificazioni provenienti dal terzo.

⁽²⁹⁾ Ancora M. GRADI, *op. cit.*, 522.

5. *Conclusioni.* – Se sono permesse, a fronte della nuova normativa in commento, alcune conclusioni in chiave critica, credo che ne debbano emergere due.

La disciplina dei verbali conclusivi cartacei mi sembra sostanzialmente rimasta come la precedente. Qui, a mio avviso, si è stati poco propositivi soprattutto in riferimento alla formazione del titolo trascrivibile, ove il verbale contenga l'accordo raggiunto, continuando a prevedersi nell'art. 11⁽³⁰⁾ che se «con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'articolo 2643 c.c., per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato».

Ora, se è risalente nel tempo e certamente riconosciuta ed apprezzata la professionalità soprattutto dei notai rispetto alle pratiche di trascrizione, non si comprende qui a quale fine la loro collaborazione debba essere richiesta ancora per la formazione del titolo trascrivibile. I verbali di mediazione contenenti gli accordi sono già sottoscritti dalle parti con firme rese certe dal mediatore: questi non è certamente un pubblico ufficiale, per cui non ha un generale potere di certificazione, ma nel caso specifico con il ruolo che gli è dato specificamente (e limitatamente) dalla legge egli costruisce una scrittura privata che fa già piena prova fino a querela di falso della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta⁽³¹⁾. Ed allora a quale fine giuridico questo 'raddoppio' del notaio?

Si ripete: resterà il più delle volte imprescindibile la sua opera nel rapporto col conservatore dei registri immobiliari, ma non si capisce proprio quale sia la ragione giuridica che esige qui ancora la sua opera nella costruzione del titolo trascrivibile.

La seconda riflessione critica riguarda l'evidente arretramento nella disciplina della mediazione in modalità telematica, che rende

⁽³⁰⁾ Sarà nel 7° comma e non più nel previgente 3° comma.

⁽³¹⁾ E, se si guarda alla garanzia della validità dell'atto al fine della formazione del titolo esecutivo, gli avvocati attestano e certificano che l'accordo è conforme alle norme imperative e all'ordine pubblico.

più difficoltosa la formalizzazione degli accordi imponendo agli utenti di dotarsi di firma digitale.

Invero, qui non si capisce quale sia stata la vera paura del legislatore, se quella di eccedere nella fiducia che la normativa emergenziale aveva dato agli avvocati o di correre il rischio di andare verso un futuro in cui si costituiscano organismi operanti solo sul *web*. Il primo timore direi che sarebbe certamente fuori luogo. Ma anche il secondo ⁽³²⁾ è fuori luogo, perché, per un verso, il rischio può essere parato semplicemente imponendo in sede di accreditamento che gli organismi offrano tutte le modalità possibili e, in secondo luogo, direi che quello in parola non dovrebbe neanche essere visto come un pericolo. Invero, impedimenti del genere non dovrebbero essere costruiti in un libero mercato, la cui regolamentazione deve mirare ad avere professionalità, onestà e trasparenza, non altro.

Per cui, se un organismo volesse offrire solo una modalità telematica, non si capisce perché dovrebbe essere lo Stato ad impedirglielo: starà agli utenti la libertà di promuovere o bocciare i servizi che sono offerti loro.

Abstract

L'a. analizza la disciplina dei verbali che concludono la mediazione contenuta nell'attuale d.lgs. n. 149 del 2022, facendo emergere una sostanziale conferma delle previsioni già prima contenute nel d.lgs. n. 28 del 2010. Così si descrivono la struttura e lo scopo delle formalità da seguire sia nel caso di fallimento della mediazione sia nel caso di suo successo, ipotesi in cui il verbale conclusivo del percorso contiene l'accordo delle parti. Quindi, si analizza l'attuale regolamentazione dei verbali nell'eventualità che sia seguita la modalità telematica, facendo emergere l'importante cambiamento che la normativa recente apporta esigendo la firma digitale delle parti.

⁽³²⁾ Su cui vedi D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 125.

The paper analyses the discipline of mediation reports under Legislative Decree no. 149 of 2022, highlighting its conformity to the provisions of Legislative Decree no. 28 of 2010. The author outlines the features and scope of the procedures applicable to instances where a mediated settlement is not achieved and instances where mediation results in a settlement agreement to be included in the mediation report. In particular, the author examines the innovative regulation of mediation reports, which requires the use of digital signatures where mediation takes place online.

LA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE NEL QUADRO DELLA RIFORMA OVVERO: OMEOPATIA DEL PROCESSO

Alberto M. Tedoldi (*)

SOMMARIO: 1. Il processo civile è morto: vivano le ADR. – 2. Le novità in materia di mediazione civile e commerciale. – 3. Procedure di reclamo e conciliazione. – 4. La domanda di mediazione e la competenza territoriale derogabile. – 5. La mediazione obbligatoria, il suo oggetto e il regime dell'improcedibilità. – 6. La mediazione in materia condominiale. – 7. La mediazione demandata e la formazione del giudice: per un rinnovato 'umanesimo forense'. – 8. Mediazione contrattuale e libertà creatrice: *Med-Arb*, *Arb-Med* e clausole *multi-step*. – 9. Durata della mediazione. – 10. La domanda di mediazione e i suoi effetti. – 11. Il procedimento di mediazione, il primo incontro effettivo e la 'delega sostanziale'. – 12. La consulenza tecnica in mediazione (CTM). – 13. La mediazione con modalità telematiche. – 14. Le conseguenze della mancata partecipazione alla mediazione. – 14.1. Argomenti di prova. – 14.2. Raddoppio del contributo unificato e informativa alla Corte dei Conti e alle autorità di vigilanza. – 14.3. Raddoppio delle spese di lite a carico della parte soccombente in giudizio che non abbia partecipato alla mediazione. – 15. La conclusione del procedimento e la conciliazione. – 15.1. L'accordo conciliativo sottoscritto dalle pubbliche amministrazioni. – 15.2. La proposta di conciliazione formulata dal mediatore e le sue conseguenze in caso di rifiuto. – 16. Efficacia esecutiva ed esecuzione dell'accordo conciliativo. – 17. Il gratuito patrocinio in mediazione. – 18. Accantonamento del TUSC (Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione). – 19. Incentivi fiscali: aumento della

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 477-532. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università di Verona.

soglia di esenzione dall'imposta di registro e crediti d'imposta. – 20. Indennità di avvio e spese di mediazione. – 21. Requisiti degli organismi di mediazione e degli enti di formazione.

1. *Il processo civile è morto: vivano le ADR.* – Ubiquità, non luoghi, 'distanziamento sociale' e burocratizzazione nella giurisdizione civile sono realtà da tempo endemiche e lo sono diventate viepiù con la pandemia e con la legislazione d'emergenza. Del che abbiamo scritto altrove, in un *pamphlet* dedicato a *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, formulando l'auspicio che si torni a quella *phrònesis* dialogica *in corporibus vivis*, che è il lievito di ogni metodo di soluzione della controversia, giudiziale o stragiudiziale che sia ⁽¹⁾.

Parafrasando un celeberrimo passo di Giuseppe Chiovenda, ben può dirsi che il libero convincimento del giudice e, ancor più, il metodo negoziale, euristico e maieutico della mediazione e delle ADR in genere, esigano la luce e l'aria del giorno, del dialogo e dell'incontro tra persone in carne e ossa; nel labirinto della scrittura e dei formalismi essi appassiscono e muoiono.

Il d.lgs. n. 149 del 2022, emesso per attuare la delega di cui alla l. n. 206 del 2021 e che ampiamente modifica il tessuto del c.p.c., non promette alcunché di buono per il processo civile, ridotto – per vero ormai da decenni – a puro procedimento, burocratico e antiumano, nel quale strettoie, preclusioni e formalismi riescono sempre più intollerabilmente rigidi, anziché attuare quel *case management in praesentia*, che adatti le forme procedurali alla variabile complessità delle singole controversie ed anche alla mutevolezza dell'animo umano ⁽²⁾. Il processo civile, ridotto a puro e meccanicistico procedimento scritto e 'distanziato', ha cessato di fungere allo scopo

⁽¹⁾ A. TEDOLDI, *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa, 2021.

⁽²⁾ *Si vis*, A. TEDOLDI, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 375 ss.

suo proprio, che dovrebbe esser quello di render giustizia nel miglior modo e con la maggiore adesione possibile ai bisogni delle parti e alla verità relazionale del rapporto giuridico controverso: tutto è maschera e finzione, in un *theatrum* che di *veritas et iustitia* non reca più la benché minima traccia e neppure si duole di ciò, fondato com'è su assillanti statistiche econometriche e, *horresco scribens*, giurimetriche, alle quali soggiacciono inermi gli operatori della giustizia che, pur individualmente dotati delle migliori capacità e intenzioni, vengono fatalmente stritolati, dispersi e annientati dagli ingrannaggi di elefantiaca *machina machinarum*.

Occorre evitare il processo come il peggiore dei mali, un male che è pur necessario a petto di reprobri, disonesti e recalcitranti, che si valgono di inefficienze, rigidità e lungaggini unicamente per farla franca, trarre ingiusti profitti e sottrarsi *sine die* al *redde rationem*. Si fa, dunque, di necessità virtù, a guisa di cura omeopatica (*similia similibus curantur*) o – se vuolsi e *à la page* con il tempo nostro – di un vaccino, sì da proteggere dalla malattia e risanare la piaga inferta al corpo sociale con un farmaco, *recte* un veleno (unico essendone l'etimo), prospettato onde indurre a condotte più savie e collaborative, come insegnava antica, confuciana saggezza ⁽³⁾: «Le controversie giudiziarie tenderebbero a moltiplicarsi smisuratamente, se il popolo non avesse timore dei tribunali e confidasse di trovare in essi una rapida e perfetta giustizia. L'uomo sarebbe indotto a farsi delle illusioni su ciò che è bene per lui e in questo modo le contestazioni non avrebbero fine, al punto che la metà degli uomini del nostro impero non basterebbe a risolvere i litigi dell'altra metà. Pertanto, io desidero che quanti si rivolgono ai tribunali siano trattati senza pietà e in modo da sentire avversione verso la legge e tremino al pensiero di comparire davanti a un giudice. Così il male sarà tagliato alle radici. I buoni cittadini che abbiano controversie tra loro

⁽³⁾ Cfr. MILNE, *The Sacred Edict, containing sixteen maxims of the Emperor Kang-he, amplified by his son, the Emperor Yoong-ching; together with a paraphrase on the whole by a mandarin. Translated from the Chinese original, and illustrated with notes*, London, 1817, 284 ss.

le comporranno come fratelli, ricorrendo all'arbitrato di un uomo anziano o del capo del villaggio. Per quanto riguarda i turbolenti, gli ostinati e i litigiosi, lasciate che si rovinino nei tribunali: questa è la giustizia che si meritano».

Va, dunque, salutata con 'omeopatico' favore la parte del d.lgs. n. 149 del 2022, segnatamente i suoi artt. 7-9, con cui si potenziano le ADR e, in particolare, mediazione, negoziazione assistita e arbitrato, ispirandosi alfine al paradigma del «*multidoor courthouse*», forgiato da Frank Sander nell'ormai risalente *Pound Conference* del 1976. Se tutto ciò verrà poco a poco a realizzarsi, proseguendo con pazienza e tenacia nell'alacre opera seguita all'ingresso della mediazione in Italia con il d.lgs. n. 28 del 2010, pur dopo la forzosa pausa imposta dalla Consulta tra l'autunno del 2012 e quello del 2013, sarà un'autentica svolta culturale per il servizio giustizia, usualmente ingessato nel 'tran tran' di solipsistiche attività scritturali, cartacee ed or telematiche, così distanti dai bisogni delle persone che bussano alle porte del tribunale e attendono invano senza ricever risposta – come il contadino tenuto sempre sulla soglia delle porte della Legge, nel celebre apologo di Kafka «*Vor dem Gesetz*» – o che, dopo aver affrontato infinite *chicanes* processuali e atteso per anni una pronuncia sul merito, subiscono dinieghi formalistici o provvedimenti *ex auctoritate*, che nulla hanno da spartire con l'accurata ricostruzione della fattispecie e con la sua sussunzione nell'appropriata *regula iuris*, canoni fondamentali del c.d. giusto processo che si connota oggidì quale servizio reso alla comunità, non già e non più, per fortuna, quale *pars summi imperii*, secondo vetuste concezioni dello Stato e dell'ordinamento, che dovremmo alfine abbandonare una volta per tutte, ma che tornano immancabilmente a render visita, in rinnovate e mutate vesti tecno-finanziarie-sanitarie-energetiche, levando armi e scudi che c'illudevamo di avere ormai bandito da lunga pezza.

Nella postmodernità liquida, traversando mari in perenne tempesta, si è approdati su lidi diametralmente opposti a quelli che informavano l'utopia illuministica prima e giuspositivistica poi. Il di-

ritto e le sue fonti sono in frantumi; le leggi sono frenetiche e alluvionali, colme di frasi prolisse, parole inesatte e imprecise, clausole generali e concetti giuridici indeterminati o tecnicismi esoterici, ignoti ai più. Il metodo stesso del positivismo giuridico, incentrato sull'analisi degli elementi della fattispecie astratta, è in mille pezzi, di fronte all'incapacità di costruire e di esprimere con parole semplici e comprensibili idee e precetti cartesianamente chiari e distinti. Prevalgono l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni normative in base a principi e valori, che si prestano, nella loro naturale generalità e per insolubile indeterminatezza, a esser tratti alla bisogna del singolo interprete, ponendoli sul proverbiale letto di Procuste e prendendo così il sopravvento la soggettiva incertezza del *judge made law* ⁽⁴⁾.

Per altri versi, ci troviamo immersi in un sistema di totale squilibrio tra poteri, che incide sui meccanismi di *checks and balances* propri dello Stato di diritto e del *due process of law*, superati e resi vani dall'imperversare dello stato di eccezione e di emergenza, imposto da ricorrenti e ormai endemiche crisi, da molti anni a questa parte assurte a permanenti dispositivi di governo della *res publica*: del che abbiamo scritto in altro *pamphlet*, al quale ci permettiamo di rinviare il paziente lettore ⁽⁵⁾.

Le continue, insistenti e moleste riforme dei riti processuali alle quali inermi assistiamo da più di trent'anni a questa parte, quasi tutte soltanto in nome della durata ragionevole del «giusto processo» (in)civile, perseguendo l'efficienza economica con metodi aziendalistici, hanno trasformato e continuano a ridurre il processo in terra incognita e pernicioso, segnato da mille insidie e pericoli. Complicate sequenze procedurali, trappole e trabocchetti a ogni angolo, specialmente nei gradi di impugnazione, formalità scritte molteplici e

⁽⁴⁾ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; N. LIPARI, *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007, 155 ss.

⁽⁵⁾ A. TEDOLDI, «Come anche noi li rimettiamo ai nostri debitori». Il 'Pater noster' secondo Francesco Carnelutti e la responsabilità del debitore, Bologna, 2021.

inutili, assenza e incapacità di dialogo tra giudici e avvocati consegnano le parti alla completa mercé di un apparato fatto di meccanismi goffamente consequenziali, incomprensibili e funesti per i singoli e per la comunità intera ⁽⁶⁾.

I metodi aziendalistici LIFO e FIFO, *last in first out, first in first out*, vengono continuamente evocati ⁽⁷⁾, anche nel PNRR, secondo un'ottica che lascia oltremodo perplessi, per non dire attoniti, con un approccio esclusivamente econometrico ai problemi della giustizia civile, come se la tutela dei diritti soggettivi, spesso indisponibili, possa venire ridotta alla «*performance*» degli uffici giudiziari e alla durata dei processi in termini puramente statistici e quantitativi, senza badare alla qualità e al contenuto dei provvedimenti, alle ricostruzioni dei fatti in essi operate e alle soluzioni giuridiche che ai singoli casi, attentamente chiariti e vagliati, meglio si attagliano, rivelando come si insista nel fare del giudice un'asettica macchina burocratica e degli uffici giudiziari inumani «sentenzifici», nei quali la lite tra persone che il giudice è chiamato a risolvere ha una portata puramente cartacea o telematica e freddamente statistica. Uno scenario incubico degno di *Metropolis* di Fritz Lang o, più lievemente, del poetico *Modern Times* di Charlie Chaplin, da rivedere oggi aggiornandoli alla temperie socio-economica postmoderna da terziario avanzato, interamente imperniata su logiche performative, che coinvolgono l'intero essere umano, nel corpo, nella mente e nell'anima. Tutto, a cominciare dal nuovo verbo propalato attraver-

⁽⁶⁾ G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 505 ss.; ID., *Considerazioni inattuali su giudicato e poteri del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 13 ss.

⁽⁷⁾ LIFO e FIFO compaiono in un documento apparso l'11 maggio 2015 sul sito del Ministero della giustizia, intitolato «Misurare la *performance* dei tribunali», nell'ambito dei lavori dell'«Osservatorio per il monitoraggio degli effetti sull'economia delle riforme della giustizia», presieduto dall'ex Ministro della giustizia Professoressa Avvocato Paola Severino (<https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Performance_tribunali_italiani_settore_civile.pdf>).

so le classifiche *Doing Business* ⁽⁸⁾ – truccate alla bisogna, come apprendiamo da recenti inchieste giornalistiche, e cautelativamente sospese – cospira a far sì che il fascicolo della causa civile venga letteralmente ‘smaltito’ al più presto, per rispettare i fatidici tempi dettati per legge.

Il processo civile non è e non può essere il luogo in cui si pensa soltanto a liberarsi al più presto del fascicolo per passare ad altro. La controversia è un *vulnus* che colpisce non soltanto i singoli, ma l'intera comunità nella sua più intima essenza, in quanto garante della pace sociale attraverso gli organi deputati ad assicurarla «in nome del popolo» (art. 101 Cost.): una pace destinata a esser gravemente compromessa senza la costante ricerca di una giusta ed equa composizione dei conflitti, per lasciar posto, in mancanza, al ritorno alla barbarie dell'autotutela incentrata sui rapporti di forza, con il completo venir meno delle basi fiduciarie sulle quali si regge il patto tra *conciues*, come tragicamente mostrano i conflitti internazionali e geopolitici in atto, anche nel cuore della vecchia Europa.

L'auspicio è, dunque, quello che non si faccia dei dati statistici, degli effetti economici delle riforme e delle più o meno virtuose prassi processuali un feticcio, come si legge in plurimi passi del PNRR e nelle relazioni alla legge delega n. 206 del 2021 e al susseguente d.lgs. n. 149 del 2022, che ‘maramaldeggia’ sul processo civile: sono soltanto strumenti di analisi e di intervento, più o meno utili in base al metodo e al modo in cui vengono adoperati. La durata ragionevole del processo, prestabilita *ex lege* in termini astrattamente matematici, non è che uno dei valori del «giusto processo», neppure il più importante. Il processo civile, storicamente, ne persegue ben altri, di gran lunga preponderanti, che s'assidono sulla giustizia del caso singolo, ricercata e sperabilmente ottenuta attraverso l'attenta analisi dei fatti e l'accurata individuazione, interpretazione e applicazione delle norme e dei

⁽⁸⁾ Sulle quali v., criticamente, R. CAPONI, *Doing Business come scopo del processo civile?*, in *Foro it.*, 2015, V, 10 ss.

principii giuridici che a quei fatti meglio si adattino, mediante il metodo dialettico tra difensori innanzi a giudice terzo e imparziale. A questo serve il processo e a questo si spera che continui a servire, perché possa chiamarsi «giusto», come prescrive l'art. 111 Cost. ⁽⁹⁾.

Processo e procedura, frutto del razionalismo moderno, della logica e del metodo del positivismo giuridico, sono tramontati con la crisi della legge, dello Stato e del rapporto tra i poteri di questo. Non è più il tempo della legislazione, non è più il tempo del processo, non è più il tempo del giudizio. È giunto un tempo nuovo, da affrontare e vivere con spirito nuovo, che faccia nuove tutte le cose: *l'esprit de la médiation* ⁽¹⁰⁾.

2. *Le novità in materia di mediazione civile e commerciale.* – L'art. 7 d.lgs. n. 149 del 2022 reca ampie novelle al d.lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Consonanti considerazioni in L. BREGGIA, *L'efficienza (in)significante*, in *Questione giustizia*, 2012, 153 s.; EAD., *I tempi della giustizia e il tempo dei diritti*, in *Questione giustizia*, 2013, 22 ss.; EAD., *I tribunali al tempo della crisi – Realtà e prospettive di rilancio*, in *Questione giustizia*, 2010, 75 ss.

⁽¹⁰⁾ J. MORINEAU, *L'esprit de la médiation*, Paris, 1998, trad. it. *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2016.

⁽¹¹⁾ Sul puzzle della disciplina transitoria in materia di mediazione, bipartita tra il 1° marzo e il 30 giugno 2023, v. l'art. 41 d.lgs. n. 149 del 2022, come modificato dall'art. 1, 380° comma, lett. c), l. n. 197 del 2022.

Il criterio di massima cui, *prima facie*, s'informa la dedalica norma transitoria è quello di far decorrere dal 30 giugno 2023 le modifiche dotate di impatto economico-finanziario per lo Stato e per le parti quali, ad es., l'ampliamento delle materie soggette a mediazione obbligatoria, i rapporti tra mediazione e processo, la maggior soglia di esenzione dall'imposta di registro, i crediti di imposta, le regole sul patrocinio a spese dello Stato, ecc.

Le modifiche (apparentemente) innocue sul piano economico-finanziario per lo Stato e per le parti vigono dal 1° marzo 2023, secondo la regola transitoria generale dettata nell'art. 35, 1° comma, d.lgs. n. 149 del 2022, come modificato dall'art. 1, 380° comma, lett. a), l. n. 197 del 2022: salvo che non sia diversamente disposto, le modifiche hanno effetto a decorrere dal 28 febbraio 2023 e si applicano ai proce-

Esaminiamo le principali, seguendo il *fil rouge* degli interventi e gettando uno sguardo anche ai principii e ai criteri direttivi contenuti nella legge delega n. 206 del 2021 e alle relazioni illustrative.

Lo stesso *conditor legum* sottolinea come, nell'ambito degli interventi volti a garantire effettività all'accesso alla giustizia, si riveli «decisiva una riforma degli strumenti stragiudiziali di risoluzione delle controversie che si ponga nel solco della riconosciuta coesistenza e complementarietà delle due vie, giudiziale e stragiudiziale, quale strumento di ampliamento della risposta di giustizia a beneficio dei singoli interessati e della collettività», assegnando un ruolo rilevante agli strumenti di gestione negoziale delle liti, «per la loro idoneità a contribuire al perseguimento degli obiettivi di efficienza del sistema e di risposta adeguata e tempestiva delle richieste di risoluzione dei conflitti tra privati». Si valorizza, in tal modo, l'esercizio dell'autonomia privata anche a scopi conciliativi e si persegue anche «l'obiettivo di indurre un mutamento culturale di approccio alla risoluzione stragiudiziale dei conflitti, incentivando i privati, le imprese e i professionisti a utilizzare tali strumenti avvalendosi dell'assistenza da parte di professionisti dotati di specifiche competenze e adeguatamente formati».

3. *Procedure di reclamo e conciliazione.* – L'art. 2, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 contiene l'aggiunta delle parole «e di conciliazione», al fine di chiarire che la mediazione, anche obbligatoria, non preclude le procedure di reclamo e di conciliazione, previste per legge nelle carte dei servizi, elaborate e pubblicizzate dai soggetti pubblici o privati che erogano servizi pubblici, in modo da ampliare gli strumenti di tutela per gli utenti in caso di violazione degli *standard* di qualità garantiti, in ossequio al principio di delega di cui all'art.1, 4° comma, lett. c), legge delega n. 206 del 2021, che imponeva

dimenti instaurati successivamente a tale data; ai procedimenti pendenti alla data del 28 febbraio 2023 si applicano le disposizioni anteriormente vigenti.

l'ampliamento dei casi di ricorso obbligatorio, in via preventiva, alla procedura di mediazione, chiarendo che le disposizioni del d.lgs. n. 28 del 2010 non precludono alle parti di avvalersi delle suddette procedure.

4. La domanda di mediazione e la competenza territoriale derogabile. – L'art. 4, 1° e 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 è stato novellato solo lievemente nel testo, ben più nell'*esprit*: discorrere sistematicamente di «domanda di mediazione» significa mostrarne la valenza di ADR, alternativa alla domanda giudiziale e produttiva di molti degli effetti di questa, tra i quali l'interruzione-sospensione della prescrizione e l'impedimento delle decadenze. Inoltre, il pur ribadito criterio di competenza territoriale dell'organismo, con annesso e collaudato metodo della prevenzione in caso di 'litispendenza' dinanzi a diversi organismi, sul modello di quanto prevede l'art. 39, ult. comma, c.p.c., ad evitare *forum shopping* (*recte, mediation shopping*) da un canto, e conflitti tra procedure di mediazione dall'altro, non fa che ricondurre tale strumento entro il circolo virtuoso dei metodi di soluzione delle controversie, in un rapporto di autentica complementarietà e migliore adeguatezza, non sminuito, in nulla e per nulla, dalla scelta del *conditor* delegato di non esercitare la delega intesa a formare un testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione, TUSC in acronimo, quale originariamente divisata nell'art. 1, 4° comma, lett. b), legge delega n. 206 del 2021.

Oltre a ciò, il penultimo periodo dell'art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 ha cura di chiarire, contro ogni inopinato dubbio, la piena e perfetta derogabilità della competenza territoriale dell'organismo, vertendo le controversie, per definizione, su diritti disponibili ed anche quando ne siano parti soggetti qualificabili come consumatori, che ben possono consapevolmente e *a posteriori* rinunciare a valersi del foro di protezione del loro domicilio.

5. *La mediazione obbligatoria, il suo oggetto e il regime dell'improcedibilità.* – L'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 è stato interamente riscritto, cancellando il comma 1° *bis*, riportando nel 1° comma le ipotesi, ampliate, di mediazione obbligatoria, e spostando in altri articoli la disciplina relativa alla mediazione demandata e alla mediazione contrattuale.

Il 1° comma individua le controversie in relazione alle quali la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale ⁽¹²⁾.

Alle categorie già previste – condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari – si aggiungono le controversie in materia di contratti di:

- associazione in partecipazione (artt. 2549 ss. c.c.),
- consorzio (artt. 2602 ss. c.c.),
- *franchising* (l. n. 129 del 2004),
- opera (artt. 2222 ss. c.c.), ivi incluse l'opera intellettuale (artt. 2229 ss. c.c.) e dunque anche le controversie tra liberi professionisti e clienti, non invece (purtroppo) l'appalto privato d'opera,
 - rete, che è il contratto con cui due o più imprese si obbligano a esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali, allo scopo di accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato (art. 3, 4° *ter* comma, d.l. n. 5 del 2009, conv. nella l. n. 33 del 2009),
 - somministrazione (artt. 1559 ss. c.c.),
 - società di persone, *id est* società semplice (s.s.) per attività non commerciali, società in nome collettivo (s.n.c.) e società in acco-

⁽¹²⁾ Ai sensi dell'art. 42 d.lgs. n. 149 del 2022, rubricato «Monitoraggio dei casi di tentativo obbligatorio di mediazione ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010», decorsi cinque anni dal 30 giugno 2023, il Ministero della giustizia, alla luce delle risultanze statistiche, verifica l'opportunità della permanenza della procedura di mediazione come condizione di procedibilità.

mandita semplice (s.a.s.), non invece le s.r.l., neppure semplificate (s.r.l.s.), sebbene presentino spesso strutture societarie ridotte o assai ristrette compagini familiari,

- subfornitura (l. n. 192 del 1998), ivi incluso l'abuso di dipendenza economica di cui all'art. 9 l. n. 192 del 1998, che pure è fattispecie 'transtipica' e non *stricto sensu* contrattuale.

La connotazione comune alle pur variegate materie aggiunte al novero di quelle soggette a mediazione obbligatoria pare essere la natura continuativa e di durata dei rapporti *de quibus*. Ed è appena il caso di avvertire che, per le nuove come per le vecchie materie, la determinazione dell'oggetto devoluto in mediazione obbligatoria, onde verificare che la condizione di procedibilità sia soddisfatta, non è imperniato sui criteri, formali, del *petitum* e della *causa petendi* nella domanda giudiziale: la mediazione verte, opera e agisce sul rapporto giuridico, patrimoniale e personale, allo scopo di favorire la bonaria e completa composizione della lite sotto ogni possibile profilo di divergenza *inter partes*, senza far troppo questione, se non nella misura strettamente necessaria, su raffinati problemi dello *Streitgegenstand*, cioè dell'oggetto della domanda e del processo con riguardo al tema dei limiti oggettivi del giudicato. Nella mediazione e nei rapporti di questa con il processo ogni eccesso di formalismo è bandito; il che non significa certo che il diritto civile e processuale scompaia: essi impregnano di sé la mediazione, come ogni rapporto umano col prossimo è intimamente connotato da giuridicità, tanto più quando nasca un conflitto che la giustizia, consensuale o processuale che sia, si propone di ricomporre e far cessare, riportando la pace. La *res in mediationem deducta* (potremmo dire, il *Mediationsgegenstand*) è, invero, tendenzialmente diversa e più ampia della *res in iudicium deducta* (lo *Streitgegenstand*), involgendo il rapporto giuridico nella sua interezza e in tutti i suoi risvolti, senza particolari limitazioni *quoad petita*, salvo che le parti, nel libero esercizio dei loro diritti, non abbiano inteso circoscrivere la mediazione soltanto ad alcuni *themata disputandi* e ad

alcuni degli effetti prodotti dalla fattispecie costitutiva del loro rapporto. La mediazione volge lo sguardo al futuro, valendosi del passato per costruirlo in forme nuove e diverse, di pacificazione e di ricostruzione dei rapporti impersonali.

Tutto ciò inevitabilmente si riflette sulla verifica da parte del giudice circa l'avvenuto esperimento della procedura di mediazione: una verifica *a posteriori* che non può né deve esigere che la domanda di mediazione coincida, in tutto e per tutto, con la domanda giudiziale, principale o riconvenzionale, considerati i diversi modi di determinare l'oggetto della mediazione rispetto a quello della domanda giudiziale, l'uno più ampio perché inerente all'intero rapporto giuridico controverso, l'altro circoscritto al *petitum* e, nei diritti eteroindividuati, alla *causa petendi*, secondo i tradizionali elementi oggettivi della *res in iudicium deducta*. Al bando dunque in mediazione ogni formalismo dogmatico, ferma la più schietta giuridicità dello strumento e della materia del contendere ch'essa è chiamata a comporre.

La restante disciplina contenuta nel precedente comma 1° *bis* dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010 è stata traslata in parte, *quoad materias*, nel 1° comma e in altra parte, *quoad processum*, nei successivi commi.

Al 2° comma trova autonoma collocazione quanto precedentemente previsto nel secondo e quarto periodo del 1° *bis* comma, in ordine ai rapporti tra mediazione obbligatoria e processo. Il 2° comma ribadisce che il previo esperimento della mediazione nelle materie di cui al 1° comma è condizione di procedibilità della domanda giudiziale e che quando tale condizione non è rispettata e viene proposta domanda giudiziale, la relativa eccezione deve essere sollevata o rilevata *ex officio*, a pena di decadenza, non oltre la prima udienza. Quando la mediazione non risulti esperita, oppure risulti esperita ma non conclusa, il giudice dovrà fissare una successiva udienza dopo la scadenza del termine massimo di durata della mediazione, fissato in tre mesi dall'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010, prorogabili per ulteriori tre mesi.

È stata giustamente eliminata l'assegnazione del termine, peraltro non perentorio, di quindici giorni per depositare la domanda di mediazione presso un organismo: prima dell'udienza di rinvio oc-

corre che le parti dimostrino di aver dato concreto ed efficace impulso alla mediazione ⁽¹³⁾.

Se invece il giudice, all'udienza successiva alla scadenza del termine di tre mesi, constata che la condizione di procedibilità non è stata soddisfatta, dichiara con sentenza l'improcedibilità della domanda, chiudendo in rito il processo e condannando alle spese la parte onerata a esperire la mediazione, cioè quella attrice in senso sostanziale e così, nell'opposizione a decreto ingiuntivo, il creditore opposto, come espressamente sancito ora dall'art. 5 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, in linea con l'intervento nomofilattico già reso dalle Sezioni Unite ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ V., sia pure sulla mediazione demandata, Cass., 14 dicembre 2021, n. 40035 secondo cui, ai fini della sussistenza della condizione di procedibilità, ciò che rileva nei casi di mediazione obbligatoria *ope iudicis* è l'utile esperimento, entro l'udienza di rinvio fissata dal giudice, della procedura di mediazione, da intendersi quale primo incontro delle parti innanzi al mediatore, e non già l'avvio di essa nel termine di quindici giorni indicato dal medesimo giudice delegante con l'ordinanza che dispone la mediazione.

⁽¹⁴⁾ Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19596, secondo cui nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria, i cui giudizi vengano introdotti con un decreto ingiuntivo, una volta instaurato il relativo giudizio di opposizione e decise le istanze di concessione o sospensione della provvisoria esecuzione del decreto, l'onere di promuovere la procedura di mediazione è a carico della parte opposta; ne consegue che, ove essa non si attivi, alla pronuncia di improcedibilità di cui al citato 1° *bis* comma conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo.

Il testo dell'art. 5 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, rubricato «Procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo», così recita: «Quando l'azione di cui all'articolo 5, comma 1, è stata introdotta con ricorso per decreto ingiuntivo, nel procedimento di opposizione l'onere di presentare la domanda di mediazione grava sulla parte che ha proposto ricorso per decreto ingiuntivo. Il giudice alla prima udienza provvede sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione se formulate e, accertato il mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. A tale udienza, se la mediazione non è stata esperita, dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale proposta con il ricorso per decreto ingiuntivo, revoca il decreto opposto e provvede sulle spese».

Il 3° comma riprende quanto previsto nel primo periodo dell'ante vigente comma 1° *bis* e prevede che le parti possano assolvere alla condizione di procedibilità sperando, in alternativa alla mediazione, le ADR eteronome (ben diverse dalla mediazione) ivi specificamente elencate, proponendo entro i limiti previsti per ciascuno strumento:

a) ricorso all'ABF (Arbitro Bancario Finanziario), istituito dalla Banca d'Italia per le controversie in materia bancaria (art. 128 *bis* TUB, d.lgs. n. 385 del 1993);

b) ricorso all'ACF (Arbitro dei Contratti Finanziari), istituito dalla CONSOB per le controversie in materia finanziaria (art. 32 *ter* TUF, d.lgs. n. 58 del 1998);

c) ricorso all'AAS (Arbitro ASsicurativo), istituendo a cura di IVASS, ai sensi dell'art. 187.1 cod. ass. priv. (d.lgs. n. 209 del 2005);

d) le procedure di conciliazione o di arbitrato presso le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità per controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio, ai sensi dell'art. 2, 24° comma, lett. b), l. n. 481 del 1995.

Il 4° comma prevede che quando l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale, tale condizione si consideri avverata se il primo incontro dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione. Primo incontro che (vivaddio!) non ha più carattere meramente informativo e prodromico all'ingresso effettivo in mediazione, non essendo più necessario il previo interpello alle parti sulla volontà o meno di dare seguito alla mediazione e corso alla negoziazione.

Il 5° comma sancisce e ribadisce che la pendenza della condizione di procedibilità non preclude il ricorso al giudice per chiedere l'adozione di provvedimenti cautelari e urgenti né la trascrizione della domanda giudiziale, la quale ora può compiersi, *incredibile dictu*, senza che la parte neppure lo sappia, ricevendo la notifica dell'atto introduttivo del giudizio, come consente di fare il nuovo art. 2658, 2° comma (ultima frase), c.c. per i processi che iniziano

con ricorso, *exempli gratia* applicando il nuovo rito semplificato di cui agli artt. 281 *decies* ss. c.p.c. ⁽¹⁵⁾.

Il 6° comma indica i casi in cui non opera (od opera successivamente) la condizione di procedibilità nelle materie soggette a mediazione obbligatoria e così:

a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione *ex art.* 648 c.p.c. o di sospensione *ex art.* 649 c.p.c. della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, secondo quanto previsto dal nuovo art. 5 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010 sopra riportato in nota;

b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 c.p.c., dopo l'eventuale emanazione dell'ordinanza provvisoria di rilascio di cui all'art. 665 c.p.c.;

c) nei procedimenti di consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite, di cui all'art. 696 *bis* c.p.c.;

d) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti sommari di cui all'art. 703, 3° comma, c.p.c. ancorché, per vero, la materia del possesso non rientri *stricto sensu* tra i diritti reali, soggetti a mediazione obbligatoria, essendo il possesso il potere sulla cosa che si manifesta in un'attività corrispondente all'esercizio della proprietà o di altro diritto reale, giusta la definizione contenuta nell'art. 1140 c.c.: pare, peraltro, preferibile estendere anche alle azioni possessorie di spoglio e di manutenzione (artt. 1168 ss. c.c.) la mediazione obbligatoria, da esperire una volta definita la fase interdittiva, quando una delle parti abbia manifestato nel termine la volontà di coltivare il c.d. merito possessorio, ai sensi dell'art. 703, ultimo comma, c.p.c.;

e) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;

⁽¹⁵⁾ Art. 2658, 2° comma, ultima frase, c.c.: «Quando la domanda giudiziale si propone con ricorso, la parte che chiede la trascrizione presenta copia conforme dell'atto che la contiene munita di attestazione della data del suo deposito presso l'ufficio giudiziario».

- f) nei procedimenti in camera di consiglio;
- g) nell'azione civile esercitata nel processo penale;
- h) nell'azione inibitoria delle clausole vessatorie in danno dei consumatori, di cui all'art. 37 cod. cons. (d.lgs. n. 206 del 2005).

6. *La mediazione in materia condominiale.* – A norma dell'art. 71 *quater* disp. att. c.c., per controversie in materia di condominio, soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, s'intendono quelle derivanti dalla violazione o dall'errata applicazione degli artt. da 1117 a 1139 c.c. e degli artt. da 61 a 72 disp. att. c.p.c., contenenti la disciplina del condominio negli edifici.

Dal corpo dell'art. 71 *quater* disp. att. c.p.c. è stata eliminata quella farraginoso procedura, che imponeva una previa delibera assembleare per autorizzare l'amministratore ad attivare un procedimento di mediazione o ad aderirvi e parteciparvi, tornando poi in assemblea a riferire circa gli esiti della mediazione, per deliberare nuovamente sull'eventuale proposta conciliativa sortita dalla negoziazione.

Il nuovo art. 5 *ter* d.lgs. n. 28 del 2020 legittima ora l'amministratore del condominio ad attivare *motu proprio* un procedimento di mediazione, ad aderirvi e a parteciparvi. Il verbale di accordo conciliativo o la proposta conciliativa del mediatore sono sottoposti all'approvazione dell'assemblea condominiale, la quale delibera entro il termine fissato nell'accordo o nella proposta con le maggioranze previste dall'art. 1136 c.c. in base alla materia del contendere: quando si tratti di liti attive o passive relative a materie che esorbitano dalle attribuzioni dell'amministratore, le deliberazioni sono approvate con un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti e almeno la metà del valore dell'edificio. In caso di mancata approvazione entro il termine previsto nel verbale di accordo o nella proposta del mediatore, la conciliazione s'intende non conclusa.

7. *La mediazione demandata e la formazione del giudice in materia di mediazione: per un rinnovato 'umanesimo forense'*. – La mediazione demandata dal giudice trova migliore e più appropriata collocazione nel nuovo art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010, in luogo del precedente 2° comma dell'art. 5.

Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di tre mesi, prorogabile per ulteriori tre, ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010.

La mediazione demandata dal giudice diviene, in tal modo, condizione di procedibilità della domanda giudiziale: quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale, analogamente a quanto avviene per il mancato inizio della mediazione obbligatoria prima dell'udienza di rinvio appositamente fissata per verificare l'ottemperanza a quanto disposto dal giudice.

Nell'ordinanza che la dispone è d'uopo dar conto delle ragioni per cui il giudice ritiene opportuno che le parti esperiscano il procedimento di mediazione, semmai evidenziando i profili e le coordinate essenziali della controversia, qual costruita e forgiatasi lungo l'*iter* processuale sin lì percorso, senza però – *ça va sans dire* – anticipare il giudizio e senza astringere a criteri o canoni rigidamente predeterminati né formulare proposte conciliative o transattive *ex art. 185 bis c.p.c.*, pena il rischio di suscitare o deludere attese, ipotecando la negoziazione che, coperta da riservatezza e improntata alla massima libertà, verrà a svolgersi in seno alla procedura di mediazione, secondo le tecniche proprie di questa, mercé le attitudini maieutiche di un mediatore formato ed esperto, intese a facilitare la conciliazione tra le parti mediante il dialogo e l'ascolto delle parti, anche in sessioni separate, senza le rigidità del processo ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr., *si vis*, A. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricusazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*,

Si attua in tal modo un'osmosi tra giurisdizione e mediazione, una felice, coordinata e integrata complementarietà, onde prestare «assistenza a tutti quei cittadini e a quelle imprese che hanno bisogno di trovare una soluzione celere per la gestione dei loro conflitti che, se già pendenti presso i giudici del Paese vedranno rinviarne necessariamente l'esito, se ancora non azionati rimarranno senza risposta per lungo tempo»⁽¹⁷⁾. Infatti, «... legare l'economia della giustizia all'economia dello sviluppo è operazione al tempo stesso semplicistica e riduttiva: il ritardo nell'amministrazione della giustizia, le esitazioni in tema di certezza del diritto, le difficoltà nel recupero dei crediti sono certamente fattori da deprecare e disagi da superare; ma non si può concentrare l'attenzione della giustizia solo su questi aspetti, sì che anche le ADR, pur funzionali all'approccio efficientistico, devono compiutamente soddisfare l'esigenza di una giustizia rapida, poco costosa ma anche satisfattiva, incidendo sui diritti dei cittadini e quindi sul ruolo sociale della persona, in ambito familiare, associativo, lavorativo e così via»⁽¹⁸⁾.

A differenza della mediazione obbligatoria, imposta prima del giudizio in base a una valutazione *a priori* del legislatore, con la

2015, 983 ss.; ID., «Iudicium vitandum est». *La soluzione delle controversie senza processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 583 ss.

⁽¹⁷⁾ Così il *Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione* del 28 marzo 2020, promosso dal Tavolo tecnico istituito presso il Ministero della giustizia con d.m. 23 dicembre 2019. Sulla mediazione demandata v. la vivida testimonianza di M. MORICONI, *Non solo sentenze*, Roma, 2020. Sulla mediazione in Italia la letteratura è ormai imponente: v., *ex plurimis*, C. BESSO (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2010; M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011; L. BREGGIA, *Mediazione e alternative dispute resolution*, in *Libro dell'anno del diritto – Enc. giur. Treccani*, Roma, 2017; M. CARADONNA, C. MEZZABOTTA e P. RIVA (a cura di), *La mediazione civile*, Milano, 2011; F. CUOMO ULLOA, *La nuova mediazione. Profili applicativi*, Bologna, 2013; S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020; F. DANOVÌ e F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; C. SILVESTRI (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie e strumenti di giustizia riparativa*, Torino, 2020.

⁽¹⁸⁾ AA.VV., *Un progetto di riforma delle ADR*, Napoli, 2017, 17 s.

mediazione demandata il giudice può compiere una valutazione di 'mediabilità', *ex post* e in concreto, del conflitto. «Se oggi la domanda di giustizia è ancora incanalata in modo preponderante nel processo, è proprio dal processo che può nascere la spinta per una riflessione sull'adeguatezza dello strumento giudiziario e sulla maggiore adeguatezza di modi diversi di risolvere i conflitti per soddisfare gli interessi delle parti in lite. Affinché tale spinta sia autentica e non nasca solo da esigenze non meditate di deflazione, occorre tuttavia che la mediazione demandata sia esperita quando ne ricorrano davvero i presupposti. Per questo la Commissione ha ritenuto di introdurre l'obbligo di motivazione per il giudice che disponga l'invio in mediazione. La previsione mira a garantire la serietà e la proficuità dell'invio e quindi l'aumento delle *chances* di accordo. Nella motivazione, di natura succinta (art. 134 c.p.c.), il giudice potrà infatti dar atto degli indici di mediabilità della controversia che ha preso in considerazione ai fini di un invio selettivo e calibrato sul caso concreto e fornire altresì alle parti e al mediatore elementi utili da valutare per lo svolgimento della mediazione»⁽¹⁹⁾.

Un tale invio in mediazione unito alle previsioni di partecipazione personale delle parti ed effettività del primo incontro, dovrebbe portare ad un aumento dei casi in cui le mediazioni vengono davvero svolte con la partecipazione di tutte le parti (anche vista la sanzione rafforzata per la mancata partecipazione), casi che registrano il raggiungimento di un numero maggiore di accordi, come emerso in occasione di progetti locali già svolti sperimentalmente in base a tali presupposti. «La Commissione ritiene comunque che il buon uso della mediazione demandata risieda anche in percorsi di formazione della classe forense e della magistratura, richiedendo un mutamento culturale di tutte le categorie coinvolte».

Inoltre, l'analisi e la trattazione della causa svolta anche ai fini della conciliazione della stessa o dell'invio delle parti in mediazione è frutto di uno studio della causa e degli indici di mediabilità, non-

⁽¹⁹⁾ *Ivi*, 26 s.

ché di un'attività di trattazione che andrebbero valorizzati, inserendo tra i criteri di valutazione della professionalità dei magistrati anche il corretto impiego dei provvedimenti di invio in mediazione e della proposta conciliativa *ex art. 185 bis c.p.c.*

Gli auspici del *Manifesto della Giustizia complementare alla giurisdizione* s'inverano non solo con il nuovo art. 5 *quater* sulla mediazione demandata dal giudice, ma anche con l'art. 5 *quinquies* d.lgs. n. 28 del 2010, che attua il criterio della legge delega n. 206 del 2021, nel quale è indicata la necessità di «prevedere l'istituzione di percorsi di formazione in mediazione per i magistrati e la valorizzazione di detta formazione e dei contenziosi definiti a seguito di mediazione o comunque mediante accordi conciliativi, ai fini della valutazione della carriera dei magistrati stessi», così come ha invitato a fare anche la Commissione europea per l'efficienza della giustizia (CEPEJ) in un documento del 9 dicembre 2019, denominato «*Mediation Awareness Programme for Judges ensuring the efficiency of the Judicial Referral to mediation*», nel quadro del «*Mediation Development Toolkit Ensuring implementation of the CEPEJ Guidelines on mediation*», agevolmente reperibile sul *web*.

Ai sensi del nuovo art. 5 *quinquies* d.lgs. n. 28 del 2010, rubricato «Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione», il magistrato cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione con la frequentazione di seminari e corsi, organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, anche attraverso le strutture didattiche di formazione decentrata. Ai fini della valutazione di professionalità, alla quale sono sottoposti i magistrati ogni quadriennio fino al superamento della settima (art. 11 d.lgs. n. 160 del 2006), la frequentazione di seminari e corsi in materia di mediazione, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato. Le ordinanze con cui il magistrato demanda le parti in mediazione e le controversie definite a seguito della loro adozione sono oggetto

di specifica rilevazione statistica. Il capo dell'ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione.

È così che, temperando infine *et pour cause* lo stacanovistico e disumano produttivismo giudiziario cui si è costretti ad assistere in questo turno di tempo – secondo un'ottica puramente quantitativa e aziendalistica e nel segno di una ragionevole durata del processo del tutto fraintesa e persino mistificata – il nuovo art. 5 *quinquies* d.lgs. n. 28 del 2010 compie un passo nella direzione della rinascita di quello che piace denominare rinnovato 'umanesimo forense'⁽²⁰⁾, che veda tutti gli operatori impegnati in un alacre sforzo, comune e dialogico, inteso a rendere il servizio giustizia migliore, partecipe e vicino ai bisogni delle persone, anziché una macchina burocratica, fredda e distante, che tutto divora e distrugge.

Si scorgono un mondo nuovo e uno spirito nuovo, che tornino a far respirare alla giustizia un'aria salubre d'alta montagna e a far rivedere la luce del giorno.

8. Mediazione contrattuale e libertà creatrice: Med-Arb, Arb-Med e clause multi-step. – La mediazione è luogo di libertà, svincolato da rigidità e formalismi, preclusioni e barriere, strutture definite e schematismi precostituiti. È il luogo della fantasia creatrice e maieutica, verte su diritti disponibili, che le parti e i difensori, con l'ausilio del mediatore, possono plasmare demiurgicamente, modificando e trasformando non soltanto la materia del contendere, bensì

⁽²⁰⁾ V. anche, *scilicet*, A. TEDOLDI, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 375 ss.

prima e più ancora le visioni rispettive e reciproche e i rapporti interpersonali.

La diffusione di questa cultura e di queste pratiche – collaborative e costruttive, anziché spietatamente e freddamente distruttive – passa anzitutto attraverso la contrattazione nella fisiologia dei rapporti, qual metodo preordinato alla risoluzione pacifica e condivisa delle controversie, mediante tecniche che favoriscano il dialogo e l’ascolto reciproci. Dovendo ogni azione essere orientata alla cura del ‘ben essere’ personale e comunitario attraverso la gestione equa ed efficiente delle risorse individuali e collettive, occorre insistere diuturnamente e lavorare intensamente per favorire atteggiamenti di reciprocità, di solidarietà, di cooperazione. Nella postmoderna società della conoscenza, pervasa e intrisa di comunicatività digitale, è strategico innescare lo scambio interdisciplinare delle competenze e delle *Weltanschauungen*, al fine di generare nuovi paradigmi culturali e rinnovati rapporti sociali e interpersonali.

In tal modo, la prevenzione e la gestione del conflitto divengono strumenti e metodi di ‘ben essere’ personale e collettivo nelle relazioni con il prossimo. Mutano radicalmente il ruolo e la funzione dell’avvocato, chiamato a essere non più solo *dicendi et scribendi*, ma anzitutto *negotiandi peritus*, che pone al centro e adopera il dialogo e il confronto quali strumenti prioritari intesi a far comprendere alle parti la necessità di superare l’ottica di delegare a un terzo, un giudice o un arbitro, la risoluzione della controversia con metodo aggiudicativo, protagoniste e creatrici di rapporti (rin)novati tra loro e di fronte ai terzi. Quanto maggiore sarà il numero di operatori formati nel campo della mediazione e delle ADR, tanto più si diffonderanno le pratiche collaborative e costruttive e tanto più la giustizia consensuale, ispirata all’autonomia delle parti, prenderà il posto del metodo aggiudicativo, processuale ed eteronomo.

«Il linguaggio è la casa dell’essere. Nella sua dimora abita l’uomo. I pensatori e i poeti sono i custodi di questa dimora. Il loro vegliare è il portare a compimento la manifestazione dell’essere; essi, infatti, mediante il loro dire, la conducono al linguaggio e nel

linguaggio la custodiscono»⁽²¹⁾. Sul linguaggio s'impenna l'arte del diritto⁽²²⁾, strumento di disarmo e di apertura, di unione di ciò che è diviso, di trasformazione del *duorum bellum* e della vendetta in *pax et iustitia*: un linguaggio accessibile che permetta di comprendere e di comprendersi, un linguaggio che prevenga, disinnesci e ricomponga il conflitto, giuridico e tecnico, ma anche affettivo ed empatico, pronto alla comprensione, all'intelligenza e all'ascolto, per non disperdere il valore delle emozioni né trascurare moti dell'animo.

Di qui l'importanza anche della «Mediazione su clausola contrattuale o statutaria», come recita la rubrica del nuovo art. 5 *sexies* d.lgs. n. 28 del 2010, introdotto per dare adeguata e più razionale collocazione al soppresso 5° comma dell'art. 5 e che disciplina l'ipotesi in cui le parti, con apposita clausola contrattuale o statutaria, si impegnino a esperire, prima di adire il giudice, la procedura di mediazione. Quando il contratto, lo statuto o l'atto costitutivo di un ente pubblico o privato prevedono una clausola di mediazione, l'esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Se la mediazione non risulta esperita, il giudice (o l'arbitro), su eccezione di parte proposta entro la prima udienza, provvede a fissare nuova udienza a distanza di almeno tre mesi, prorogabili per ulteriori tre mesi. Quando a tale udienza risulti che la mediazione non ha neppure avuto inizio, il giudice (o l'arbitro) dichiara l'improcedibilità della domanda con sentenza (o con lodo), provvedendo anche sulle spese.

La diffusione di clausole contrattuali di mediazione è tanto più utile e importante in quanto – a differenza delle clausole, che implicano la rinuncia alla tutela dinanzi all'autorità giudiziaria – non sono qualificabili come vessatorie, né ai fini della specifica approvazione per iscritto nelle condizioni generali predisposte da uno dei contraenti, ai sensi

⁽²¹⁾ M. HEIDEGGER, *Lettera sull'«umanismo»*, in ID., *Segnavia*, trad. it., a cura di F. VOLPI, Milano, 1994, 267 s.

⁽²²⁾ F. CARNELUTTI, *L'arte del diritto*, Padova, 1949, nuova ed. Torino, 2017, con prefazione di C. CONSOLO.

degli artt. 1341 e 1342 c.c. nei rapporti tra professionisti (c.d. contratti *B2B*, *business to business*), né ai fini della nullità di protezione comminata dall'art. 36 cod. cons. (d.lgs. n. 206 del 2005) nei contratti con i consumatori (c.d. contratti *B2C*, *business to consumer*), sol che si rispetti il foro esclusivo del consumatore nell'eleggere l'organismo di mediazione, già nella clausola, o successivamente nel proporre la domanda di mediazione, ai sensi dell'art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, che rinvia ai criteri vigenti per la competenza territoriale del giudice (v. anche lo stesso art. 5 *sexies*, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, in forza del quale la domanda di mediazione è presentata all'organismo indicato dalla clausola se iscritto nel registro ovvero, in mancanza, all'organismo individuato ai sensi dell'art. 4, 1° comma, cit.).

La mediazione – obbligatoria, demandata, contrattuale o volontaria che sia – offre occasione di adoprare e passare anche ad altri strumenti, come l'arbitrato, rituale (artt. 806 ss. c.p.c.) o irrituale (art. 808 *ter* c.p.c.) od anche l'arbitraggio (art. 1349 c.c.), in caso di mancato accordo conciliativo, attraverso quegli istituti misti, ibridi ed elastici in quanto schiettamente funzionali allo scopo di risolvere la controversia evitando le lungaggini e le rigidità del processo, come la *Med-Arb*, *Mediation-Arbitration*.

Ed è anche possibile il percorso inverso dell'*Arb-Med*, *Arbitration-Mediation*, quando le parti siano d'accordo, preferibilmente in seno a camere arbitrali, scegliendo o facendo nominare un arbitro diverso dal mediatore e viceversa nell'*Arb-Med*, od anche liberamente e consapevolmente optando per designare il mediatore stesso quale arbitro unico o presidente del collegio arbitrale, o viceversa quando la mediazione s'innesti sul corpo di un arbitrato pendente, nonostante la diversità dei due metodi e la possibile acquisizione di una 'precognizione' da parte del mediatore nelle sessioni congiunte e separate avute con le parti, pur coperte da riservatezza. Siamo nel campo della disponibilità dei diritti, cui corrisponde la libera *electio* dello strumento più adeguato, acconcio ai bisogni delle parti, onde por termine al conflitto tra loro, sol che le parti liberamente e consapevolmente lo vogliano.

Discende da ciò l'opportunità che si diffondano anche clausole contrattuali *multi-step*, quantomeno nei contratti tra professionisti (in quelli con i consumatori sarebbero parzialmente nulle, dacché vessatorie), che prevedano l'arbitrato, rituale o irrituale, o l'arbitraggio quando la mediazione, da esperire preliminarmente, non abbia condotto a un accordo conciliativo.

9. *Durata della mediazione.* – Ai sensi dell'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010, il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a tre mesi, prorogabili di ulteriori tre mesi dopo la sua instaurazione e prima della scadenza con accordo scritto delle parti, comunicandolo al giudice quando penda il giudizio. Il termine decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione presso l'organismo e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ad altra udienza per verificare l'inizio della mediazione o perché questa prosegua il suo corso, non è soggetto a sospensione feriale.

Costituisce invece un apparente refuso l'aver mantenuto qual *dies a quo* di durata della mediazione la scadenza del termine fissato dal giudice per il deposito della domanda di mediazione, posto che la fissazione di un termine da parte del giudice non è più prescritta dall'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010.

Anche l'espressa previsione di una prorogabilità del termine di durata della mediazione per ulteriori tre mesi, se si spiega quando già penda la causa, alla stregua del termine massimo di tre mesi dettato dall'art. 296 c.p.c. per la sospensione del processo su istanza delle parti, contraddice la natura libera e disponibile della mediazione e dei diritti che ne formano oggetto, dove le parti, assistite dai difensori, sono protagoniste e creatrici anche *quoad tempus*, senza limitazioni di sorta. Della previsione contenuta nell'art. 6 d.lgs. n. 28 del 2010 dovrà dunque esser data una lettura di qualche respiro, all'insegna di quell'*esprit nouveau* al quale s'informa l'istituto della mediazione, non più semplice e mera ADR nel senso di *alternative dispute resolution*, bensì '*appropriate*' *dispute resolution*, che si ade-

gua elasticamente ai bisogni e agli interessi delle parti, senza rigidità alcuna, per rispondere nel modo più adatto, come un abito sartoriale mirabilmente ritagliato e cucito, al *Rechtsschutzbedürfnis*, al bisogno di tutela giuridica che ciascuna delle parti reca seco in mediazione, giungendo a una *regula iuris* consensuale e concordata, frutto dell'autonomia delle parti, anziché imposta *ab extra* in via eteronoma, *ex auctoritate et imperio*.

10. *Proposizione ed effetti della domanda di mediazione.* – Poco o nulla muta quanto al procedimento di mediazione, nell'essenza e negli effetti di questa. La libertà e l'anti-formalismo che connotano la mediazione rimangono intatti, siccome cifra essenziale dell'istituto: il mediatore è 'maieuta' e demiurgo, che deve poter godere della massima libertà, oltre che di indipendenza, terzietà e imparzialità (v. l'art. 14 d.lgs. n. 28 del 2010, qual novellato con opportuna acribia), vincendo ogni pregiudizio e ogni precomprensione interiori e guidando parti e difensori a superarle a lor volta mercé 'dialogo' e 'intelligenza' reciproci, cioè (anche per etimo) con pensieri e parole che si scambiano coloro che partecipano alla mediazione, senza rigidi vincoli, con il riparo del generale dovere di riservatezza (art. 9 d.lgs. n. 28 del 2010) e con la capacità di leggere dentro (*intus*) parole proferite, atteggiamenti del volto e sottostanti moti dell'animo.

Lo *ius dicere* e la fissazione della *regula* non si risolvono più nell'esercizio dell'*imperium* mediante imposizione del *dictum* giudiziale, costi quel che costi, indifferente ai bisogni delle parti: è servizio da rendere mediante l'ascolto e l'intelligenza delle cose del mondo, capacità di leggere dentro (*intus-legere*) le situazioni umane in conflitto; è comprensione (*cum-prehendere*), cioè accogliere e abbracciare con lo sguardo e con l'intelletto le parole, le aspettative, le speranze, le delusioni, gli interessi che si dibattono nella disputa portata alle cure di chi spenda generosamente sé stesso per favorirne la composizione pacifica, attraverso l'autonomia delle parti medesime, anziché quale effetto del comando eteronomo imposto dal

giudice, in un'*adaequatio rei et intellectus* che viene da paragonare al mantello della *Madonna della Misericordia* di Piero della Francesca, la quale copre e dà rifugio a chi la invochi e si affidi alle sue cure.

In ossequio alla natura e alla funzione dell'istituto, il novellato art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010 prevede che, all'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designi un mediatore e fissi il primo incontro tra le parti, che deve tenersi non prima di venti e non oltre quaranta giorni dal deposito della domanda, salvo diversa concorde indicazione delle parti. La domanda di mediazione, la designazione del mediatore, la sede e l'orario dell'incontro, le modalità di svolgimento della procedura, la data del primo incontro e ogni altra informazione utile sono comunicate alle parti, a cura dell'organismo, con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione. Nelle controversie che richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.

Dal momento in cui la comunicazione che apre la procedura di mediazione perviene a conoscenza delle parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale e impedisce la decadenza per una sola volta. La parte può a tal fine comunicare all'altra parte la domanda di mediazione già presentata all'organismo di mediazione, fermo l'obbligo dell'organismo di procedere alla sollecita designazione del mediatore, alla fissazione del primo incontro e all'invio delle convocazioni (art. 8, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010).

Il testo della disposizione è delicato e viene soventi volte frainteso: non solo l'effetto interruttivo-sospensivo della prescrizione, ma anche quello impeditivo della decadenza dipendono da un atto reattivo, che consiste nell'invio alle parti chiamate in mediazione e nella regolare ricezione della domanda e della convocazione per il primo incontro, salva la consueta regola di anticipazione degli effetti a favore del notificante, sempre che la comunicazione giunga regolarmente a destino (cfr. l'art. 149, nonché il novellato art. 147, ult.

comma, c.p.c.). La parte che propone domanda di mediazione ha non soltanto l'onere di verificare e di indicare con precisione gli indirizzi delle parti chiamate in mediazione, ma di assumere *motu proprio* l'iniziativa di spedire ai recapiti dei destinatari la domanda di mediazione, se necessario anche prima che l'organismo provveda a fissare l'incontro, onde interrompere prescrizione e impedire decadenze ⁽²³⁾.

Non basta dunque depositare presso l'organismo la domanda di mediazione per produrre gli effetti dianzi descritti e così, ad es., per impedire la decadenza dall'azione di annullamento di una delibera condominiale per decorso del breve termine di trenta giorni di cui all'art. 1137 c.c.: occorre la comunicazione alla controparte e, nell'esempio fatto, la specificazione dei motivi di impugnazione della delibera condominiale. Solo in tal modo la decadenza verrà impedita e, conclusa negativamente la mediazione, la parte potrà disporre interamente ed *ex novo* del termine per esercitare il diritto potestativo di impugnazione, proponendo domanda in giudizio; ed egualmente avverrà per la prescrizione, una volta terminato l'effetto interruttivo-sospensivo della stessa, essendosi la mediazione conclusa negativamente ⁽²⁴⁾.

11. Il procedimento di mediazione, il primo incontro effettivo e la

⁽²³⁾ Cass., 28 gennaio 2019, n. 2273; Trib. Napoli, 4 dicembre 2019. *Contra* Trib. Brindisi, 23 febbraio 2022, n. 260, secondo cui l'attività con cui cessa l'inerzia dell'attrice che avrebbe determinato l'effetto della decadenza è costituita dal deposito dell'istanza dinanzi all'organo di mediazione; le successive attività, che si completano con le comunicazioni alle controparti, non sono nella disponibilità del ricorrente e dunque restano estranee rispetto all'unico atto con cui il legittimato ad agire può manifestare concretamente la cessazione della propria inerzia, ossia il deposito dell'istanza di mediazione.

⁽²⁴⁾ Trib. Milano, 29 dicembre 2020, n. 8850; conf. Trib. Milano, 2 dicembre 2016; *contra* Trib. Palermo, 19 settembre 2015, n. 4951, secondo cui dalla data del deposito del verbale negativo di mediazione riprende a decorrere il termine dei trenta giorni previsto *ex lege* per l'impugnazione della delibera, limitatamente ai giorni residui, anziché per intero.

‘*delega sostanziale*’. – Il procedimento si svolge senza formalità (cfr. anche l’art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010), presso la sede dell’organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell’organismo, quand’anche diverso dalla sede dell’organismo e quale eventualmente indicato dalle stesse parti (art. 8, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010). Il mediatore ben può essere *clericus vagans*, in base alle esigenze manifestate dalle parti: anche in questo si mostra e condensa il dinamismo della mediazione rispetto alla staticità dei processi, che ancor oggi rimangono metaforicamente assisi su vetusti scranni di «fori cadenti», pur praticando, assai più largamente e diffusamente di quanto risulti opportuno, udienze mediante connessioni da remoto o note scritte sostitutive d’udienza, in un’ubiquità virtuale e telematica che della giustizia reca soltanto incubica ombra, quasi fosse il fantasma del padre di Amleto o quello di Banquo, che appare a Macbeth durante il banchetto per la sua ascesa al trono di Scozia (v. i nuovi artt. 127 *bis* e 127 *ter* c.p.c., con gli *adminicula* informatici di cui agli artt. 196 *quater* ss. disp. att. c.p.c. sulla c.d. giustizia digitale) ⁽²⁵⁾.

Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell’organismo scelto dalle parti, nel rispetto di quanto previsto dall’art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010. Il regolamento dell’organismo deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento, ai sensi dell’art. 9 d.lgs. n. 28 del 2010, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurino l’imparzialità, l’indipendenza e l’idoneità al corretto e sollecito espletamento dell’incarico (art. 3, 1° e 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010).

Le parti partecipano personalmente alla procedura di mediazione. In presenza di giustificati motivi, possono delegare un rappresentante a conoscenza dei fatti e munito dei poteri necessari per la composizione della controversia. I soggetti diversi dalle persone fisiche partecipano alla procedura di mediazione avvalendosi di rap-

⁽²⁵⁾ Sia consentito rinviare ad A. TEDOLDI, *Il processo civile telematico tra logos e technè*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 843 ss.; ID., *Il giusto processo (in)civile in tempo di pandemia*, Pisa, 2021.

presentanti o delegati a conoscenza dei fatti e muniti dei poteri necessari per la composizione della controversia. Ove necessario, il mediatore chiede alle parti di dichiarare i poteri di rappresentanza e ne dà atto a verbale (art. 8, 4° comma 4 d.lgs. n. 28 del 2010).

Secondo principî confermati anche dalla Suprema Corte ⁽²⁶⁾, le parti debbono partecipare personalmente alla mediazione, assistite dai rispettivi difensori, ma possono farsi sostituire da un rappresentante sostanziale, dotato di apposita procura, eventualmente rilasciata agli stessi difensori. Sebbene sia stata persa l'occasione per chiarirlo una volta per tutte *apertis verbis*, codesta 'procura sostanziale', cioè *ad negotia* e non *ad mediationem tantum*, non dovrà essere autenticata da notaio (eccezion fatta quando la mediazione verta su beni immobili, dovendosi trascrivere nei registri immobiliari l'eventuale accordo conciliativo munito di autentica notarile, in ossequio alle norme vigenti in materia di trascrizioni), ma potrà essere rilasciata anche nelle forme di cui all'art. 185 c.p.c., con firma autenticata dal difensore, eventualmente nominando sé stesso quale rappresentante abilitato a transigere e conciliare la controversia, purché messo compiutamente a parte e a conoscenza dei fatti di cui si discute, non potendosi certo rendere le forme da adottare nel contesto della mediazione più gravose di quelle che s'adoprano nel processo, nonostante l'insana passione di proceduristi e 'tuzioristi' d'ogni genere e sorta nell'imporre stringenti regole formalistiche, forgiando cavilli procedurali degni della proverbiale lana na ⁽²⁷⁾. Certo, la partecipazione personale delle parti è desiderabile e

⁽²⁶⁾ Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, in *Foro it.*, 2019, I, 3250, con nota di D. DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, e di A. ZANELLO, *Cass. 8473/19: conciliazione delle controversie e mediazione in cerca di identità*. V. anche Cass., 5 luglio 2019, n. 18068, in *Corr. giur.*, 2019, 1533, con nota di M. RUVOLO.

⁽²⁷⁾ V. Trib. Genova, 15 febbraio 2022, n. 393, secondo cui è insufficiente una procura speciale sostanziale da parte del cliente in favore del proprio avvocato, che non sia stata autenticata da notaio; conf. Trib. Parma, 10 ottobre 2022, n. 1139; Trib. Milano, 4 ottobre 2021 n. 7980: le quali tutte paiono fraintendere alcuni passaggi, poco perspicui, della motivazione di Cass. n. 8473 del 2019 cit.

va favorita al massimo grado, ma non deve assurgere a un *totem*, specialmente quando siano coinvolti enti pubblici o privati che, in organizzazioni complesse, operano usualmente tramite *manager*, dirigenti, funzionari, procuratori e avvocati delegati.

Nei casi di mediazione obbligatoria e quando la mediazione è demandata dal giudice, le parti sono assistite dai rispettivi avvocati (art. 8, 5° comma, d.lgs. n. 28 del 2010). Ed è appena il caso di ricordare che il verbale di conciliazione, quando sia sottoscritto da tutte le parti e dai rispettivi avvocati, costituisce titolo esecutivo, senza necessità di *exequatur*, ai sensi dell'art. 12, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010.

Scompare infine – ed è un'ottima notizia – la 'scatola vuota' del primo incontro meramente informativo, ponendo fine alla possibilità che si risolva in un puro adempimento burocratico-formale, da soddisfare al solo fine di rendere procedibile la causa in sede giudiziale, con grave nocumento non solo per lo strumento conciliativo in sé, che aspira a essere complementare alla giurisdizione, ma per la cultura della mediazione e per l'ordinamento nella sua interezza. In tal modo l'opera del mediatore può prendere abbrivio *illico et immediate*, nella pienezza delle attività negoziali, senza patemi né preoccupazioni di sorta.

In base al nuovo 6° comma dell'art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010, al primo incontro il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse. Del primo incontro è redatto, a cura del mediatore, verbale sottoscritto da tutti i partecipanti. Si entra insomma subito nel vivo, come peraltro già avviene ora nelle migliori prassi e come è inevitabile, data la funzione dell'istituto.

12. La consulenza tecnica in mediazione (CTM). – Ai sensi del 7°

comma del d.lgs. n. 28 del 2010, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti. Al momento della nomina dell'esperto, le parti possono convenire la producibilità in giudizio della relazione di CTM (Consulenza Tecnica in Mediazione), in deroga al dovere di riservatezza di cui all'art. 9 d.lgs. n. 28 del 2010⁽²⁸⁾. In tal caso, la relazione è valutata dal giudice alla medesima stregua di un accertamento tecnico preventivo (ATP) o di una consulenza tecnica d'ufficio (CTU) preventiva *ex artt.* 696 e 696 *bis* c.p.c., secondo il suo prudente apprezzamento *ex art.* 116, 1° comma, c.p.c., con il potere di disporre comunque CTU, anche nominando il medesimo esperto per rinnovare o integrare le indagini, per chiedergli i chiarimenti del caso. Si pone in tal modo un limite a quella giurisprudenza di merito che, in nome del principio di durata ragionevole e di non dispersione della prova, era incline a consentire liberamente la produzione della CTM, senza troppo curarsi dei vantaggi che la riservatezza della mediazione trae seco nel

⁽²⁸⁾ La disposizione pone fine a un dibattito giurisprudenziale, in cui molti erano i tribunali che ammettevano la produzione della relazione di CTM, nonostante il generale dovere di riservatezza delle attività svolte in seno alla procedura di mediazione, imposto dall'art. 9 d.lgs. n. 28 del 2010: v., ad es., Trib. Roma, 17 marzo 2014, secondo cui la relazione redatta dal consulente tecnico nel corso di un procedimento di mediazione, che si concluda senza accordo può essere prodotta nel successivo giudizio ad opera di una delle parti senza violare le regole sulla riservatezza, in virtù di un equilibrato temperamento fra la citata esigenza di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso ed all'interno di tale procedimento. Ne consegue che il giudice potrà utilizzare tale relazione come prova atipica valutabile secondo scienza e coscienza, con prudenza, secondo le circostanze e le prospettazioni, istanze e rilievi delle parti, più che per fondare la sentenza per trarne argomenti ed elementi utili di formazione del suo giudizio, in un'ottica di equilibrato temperamento fra l'esigenza, nei limiti in cui è normata, di riservatezza che ispira il procedimento di mediazione e quella di economicità e utilità delle attività che si compiono nel corso e all'interno del procedimento, limitatamente, ove occorra rilevarlo, agli aspetti ed ai contenuti che siano strettamente corrispondenti al compito accertativo che gli sia stato affidato.

contesto delle negoziazioni intese a conciliare la controversia, con il rischio di frenare il buon esito delle trattative e delle attività istruttorie svolte in sede di per favorire l'accordo conciliativo.

13. La mediazione con modalità telematiche. – Quanto infine alle modalità telematiche di svolgimento della mediazione, non solo l'emergenza pandemica e il 'distanziamento sociale', ma anche ragioni di comodità indotte dal vorticoso e incessante progresso tecnologico-digitale hanno già spinto a consentire che le procedure di mediazione e di negoziazione assistita possano essere svolte, su accordo delle parti, con modalità telematiche e che gli incontri avvengano mediante collegamenti da remoto.

Siamo nel campo degli strumenti di soluzione delle controversie tra privati su diritti disponibili, in cui tutto dipende *naturaliter* dalla volontà degli stessi, in ossequio al *principium libertatis* che dovrebbe informare *generaliter* lo Stato di diritto e le democrazie liberali. Anche per il processo civile *coram iudice* sarebbe bene che legislatore e operatori del diritto custodissero questo valore, senza assilli efficientisti né impulsi autoritari: la giustizia civile è servizio pubblico reso nell'interesse dei singoli e della collettività da *civil servants*, privata o pubblica che sia la scaturigine del *munus* demandato loro.

L'art. 8 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, con eccessivo formalismo, stabilisce che, quando la mediazione si svolge in modalità telematica, ciascun atto del procedimento è formato e sottoscritto nel rispetto delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale (CAD, d.lgs. n. 82 del 2005) e può essere trasmesso a mezzo PEC o con altro servizio di recapito certificato qualificato. Gli incontri si possono svolgere con collegamento audiovisivo da remoto. I sistemi di collegamento audiovisivo utilizzati per gli incontri del procedimento di mediazione assicurano la contestuale, effettiva e reciproca udibilità e visibilità delle persone collegate. Ciascuna parte può chiedere al responsabile dell'organismo di mediazione di partecipare da remoto o in presenza.

A conclusione della mediazione il mediatore forma un unico documento informatico, in formato nativo digitale, contenente il verbale e l'eventuale accordo e lo invia alle parti per la sottoscrizione mediante firma digitale o altro tipo di firma elettronica qualificata. Nei casi di mediazione obbligatoria e quando la mediazione è demandata dal giudice, il documento elettronico è inviato anche agli avvocati che lo sottoscrivono con le stesse modalità. Il documento informatico, sottoscritto ai sensi del 3° comma dell'art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010, è inviato al mediatore, che lo firma digitalmente e lo trasmette alle parti, agli avvocati, ove nominati, e alla segreteria dell'organismo. La conservazione e l'esibizione dei documenti del procedimento di mediazione svolto con modalità telematiche avvengono, a cura dell'organismo di mediazione, in conformità all'art. 43 CAD (d.lgs. n. 82 del 2005).

14. Le conseguenze della mancata partecipazione alla mediazione. – L'art. 12 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010 accorpa previsioni *ante* vigenti, dettando una disciplina più organica circa le conseguenze derivanti dalla mancata partecipazione alla procedura di mediazione senza giustificato motivo.

14.1. Argomenti di prova. – Anzitutto, dalla mancata partecipazione al primo incontro in qualsiasi sorta di mediazione (obbligatoria, demandata, contrattuale o volontaria) il giudice può desumere argomenti di prova, ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., per i quali vale parafrasare il motto del Metastasio sull'Araba Fenice – «che vi sia, ciascun lo dice, dove sia, nessun lo sa» – ripreso *verbatim* da Lorenzo Da Ponte nel mozartiano *Così fan tutte*. Il giudice potrà trarre dalla mancata partecipazione alla mediazione quel che vorrà, al limitato fine di rafforzare un convincimento già *aliunde* raggiunto: gli argomenti di prova hanno una funzione esornativa e di abbellimento dell'*intime conviction* giudiciale di cui al 1° com-

ma dell'art. 116 c.p.c., ben più che un'effettiva rilevanza giuridica e processuale.

14.2. Raddoppio del contributo unificato e informativa alla Corte dei Conti e alle autorità di vigilanza. – Quando la mediazione costituisce condizione di procedibilità (*ex lege, ex contractu* od *ope iudicis*), il giudice condanna la parte costituita che non ha partecipato al primo incontro senza giustificato motivo al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al doppio del contributo unificato dovuto per il giudizio, a prescindere dalla soccombenza e dalla pronuncia sulle spese di lite ⁽²⁹⁾.

Il provvedimento sanzionatorio è usualmente contenuto nella sentenza che definisce il giudizio. Peraltro, pur nel silenzio del d.lgs. n. 28 del 2010 e nonostante il contrario avviso espresso dalla Suprema Corte ⁽³⁰⁾, si potrebbe applicare l'art. 179 c.p.c., in forza

⁽²⁹⁾ V., *ex plurimis*, Trib. Torino, 23 marzo 2021, secondo cui si tratta di una prescrizione (versamento dell'importo a favore dello Stato) che prescinde dall'esito del giudizio e la cui *ratio* risiede nella violazione di quello che è ormai un principio immanente dell'ordinamento giuridico, e cioè che la partecipazione alla mediazione è un valore in sé, a prescindere dal merito e quindi dal convincimento di non dover incorrere nella soccombenza.

⁽³⁰⁾ Cass., 26 gennaio 2018, n. 2030, che ha ritenuto non impugnabile mediante ricorso straordinario per cassazione, ai sensi dell'art. 111, 7° comma, Cost., bensì mediante appello della sentenza, di cui costituisce un capo accessorio, la statuizione obbligatoria con la quale il giudice condanna la parte costituita, che non ha partecipato al procedimento obbligatorio di mediazione senza giustificato motivo, al pagamento di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio, ai sensi dell'art. 8, 4° *bis* comma, d.lgs. n. 28 del 2010 (traslato nell'art. 12 *bis*, 2° comma, d.lgs. cit.), il quale disciplina un provvedimento sanzionatorio che non è assimilabile alle condanne a pene pecuniarie di cui all'art. 179, 2° comma, c.p.c., da ritenersi applicabile alle sole sanzioni previste dal codice di rito, in attuazione di un potere disciplinare in senso lato; né incide, sul regime di impugnazione della condanna per omessa partecipazione al procedimento di mediazione senza giustificato motivo, la pronuncia con ordinanza emessa in corso di causa, e non con la sentenza che definisce il giudizio, perché il mancato rispetto dei tempi e delle forme del processo non

del quale, se la legge non dispone altrimenti, le condanne a pene pecuniarie sono pronunciate con ordinanza del giudice istruttore. L'ordinanza pronunciata in udienza in presenza dell'interessato e previa contestazione dell'addebito non è impugnabile; altrimenti il cancelliere la notifica alla parte condannata la quale, nel termine perentorio di tre giorni, può proporre reclamo con ricorso allo stesso giudice che l'ha pronunciata. Questi, valutate le giustificazioni addotte, pronuncia sul reclamo con ordinanza non impugnabile. L'ordinanza di condanna costituisce titolo esecutivo e, nel caso della mancata partecipazione al primo incontro di mediazione, titolo per la riscossione del doppio del contributo unificato da parte dell'Agenzia delle entrate.

Quando parte del giudizio è una pubblica amministrazione (come definita nell'art. 1, 2° comma, d.lgs. n. 165 del 2001), oltre ad applicare il doppio del contributo unificato, il giudice trasmette copia del provvedimento adottato nei confronti della stessa, al pubblico ministero presso la sezione giurisdizionale della Corte dei Conti per l'eventuale esercizio dell'azione per responsabilità erariale.

Quando la sanzione del doppio del contributo unificato è applicata nei confronti di un soggetto sottoposto a vigilanza da parte di *Authorities* (banche, società quotate, assicurazioni, ecc.), copia del provvedimento è trasmessa all'autorità di vigilanza competente (Banca d'Italia, Consob, IVASS, ecc.).

14.3. Raddoppio delle spese di lite a carico della parte soccombente in giudizio che non abbia partecipato alla mediazione. – Sempre nei casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale, con il provvedimento che definisce il giudizio il giudice, se richiesto, può altresì condannare la parte soccombente che non ha partecipato alla mediazione al pagamento in favore della controparte vittoriosa di una somma equitativamente de-

costituisce argomento per affermare che la pronuncia sia inappellabile, giacché il contenuto del provvedimento è, nelle due ipotesi, il medesimo.

terminata in misura non superiore nel massimo alle spese del giudizio maturate dopo la conclusione del procedimento di mediazione (art. 12 *bis*, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010).

Si tratta di una sanzione pecuniaria, liquidata a favore della parte vittoriosa in giudizio, forgiata sul modello di cui all'art. 96, 3° comma, c.p.c. e intesa a punire condotte ostruzionistiche e non collaborative della parte chiamata in mediazione, che risulti poi soccombente all'esito della lite.

La novità è oltremodo rilevante, poiché mostra come la mediazione entri a pieno titolo nel quadro degli strumenti complementari alla giurisdizione, in osmosi con questa: la parte che, pur soccombendo in giudizio, non abbia partecipato alla mediazione (obbligatoria, contrattuale o demandata dal giudice), è sanzionata con il doppio delle spese di lite, in applicazione del principio di causalità, al quale s'ispira la regola di soccombenza di cui all'art. 91 c.p.c., esteso a tutte le ipotesi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda, quali fasi precontenziose (o endocontenziose) che formano parte strutturale integrante del sistema apprestato dal legislatore per la soluzione delle controversie e per il servizio giustizia.

15. La conclusione del procedimento e la conciliazione. – Di ogni incontro il mediatore redige un sintetico verbale (cfr. l'art. 8, 6° comma, ultima frase, d.lgs. n. 28 del 2010, sia pure riferito al solo primo incontro).

Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore ne dà atto nel verbale e tanto basta a soddisfare la condizione di procedibilità della domanda giudiziale, ai sensi dell'art. 5, 4° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, che la considera avverata se il primo incontro (o gli incontri successivi) dinanzi al mediatore si conclude senza l'accordo di conciliazione.

Quando, invece, è raggiunta la conciliazione – che l'art. 2 lett. c) definisce quale «composizione di una controversia a seguito dello

svolgimento della mediazione» – il mediatore forma processo verbale, al quale è allegato il testo dell'accordo, che contiene l'indicazione del relativo valore (art. 11, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010).

Il verbale conclusivo della mediazione e l'eventuale accordo sono sottoscritti dalle parti, dai loro avvocati e dagli altri partecipanti alla procedura nonché dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere e, senza indugio, ne cura il deposito presso la segreteria dell'organismo. Nel verbale il mediatore dà atto della presenza di coloro che hanno partecipato agli incontri e delle parti che, pur regolarmente invitate, sono rimaste assenti.

Il verbale contenente l'eventuale accordo di conciliazione è redatto in formato digitale o, se in formato analogico, in tanti originali quante sono le parti che partecipano alla mediazione, oltre a un originale per il deposito presso l'organismo.

Del verbale contenente l'accordo depositato presso la segreteria dell'organismo è rilasciata copia alle parti che lo richiedono. È fatto obbligo all'organismo di conservare copia degli atti dei procedimenti trattati per almeno un triennio dalla data della loro conclusione.

Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., per procedere alla trascrizione nei registri immobiliari la sottoscrizione dell'accordo di conciliazione deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta del mediatore, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento, alla stregua di misure coercitive *ex art. 614 bis c.p.c.* e del saggio aggravato degli interessi di mora sui crediti pecuniari di cui all'art. 1284, 4° comma, c.c., che rinvia a quello dettato dal d.lgs. n. 231 del 2002 per i ritardi nei pagamenti. Peraltro, anche nel verbale di conciliazione non siano previste penali di sorta, le misure coercitive per prestazioni diverse dal pagamento di

somme di denaro potranno essere richieste al giudice dell'esecuzione con ricorso *ex art. 612 c.p.c.* (v. nuovo art. 614 *bis*, 2° comma, c.p.c.).

15.1. L'accordo conciliativo sottoscritto dalle pubbliche amministrazioni. – Oltremodo utile, per non dir necessaria, è la disposizione introdotta nell'art. 11 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, che applica ai rappresentanti delle amministrazioni pubbliche (come definite nell'art. 1, 2° comma, d.lgs. n. 165 del 2001) l'esenzione da responsabilità erariale per la conciliazione conclusa in sede di mediazione, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti (v. il nuovo art. 1, comma 1.1, l. n. 20 del 1994 in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti ⁽³¹⁾).

L'esenzione da responsabilità erariale è assolutamente indispensabile, specie per le strutture sanitarie pubbliche, ad evitare che il timor panico di inchieste della Procura presso la Corte dei Conti freni la stipula di conciliazioni da parte dei funzionari della pubblica amministrazione, favorendo l'incardinarsi e la prosecuzione di assai più onerosi giudizi *apud iudicem*. Tale disposizione funge da incentivo alla mediazione e da simmetrico *pendant* con quella, già esaminata, che fa obbligo di segnalare alla sezione giurisdizionale della Corte dei Conti l'applicazione della sanzione del doppio del contributo unificato per mancata adesione della pubblica amministrazione alla procedura di mediazione, per le conseguenti azioni a carico del funzionario per danno erariale.

Opportunamente il legislatore limita la colpa grave per la conciliazione della lite alla «negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti», in analogia con

⁽³¹⁾ Ai sensi dell'art. 41, comma 3° *bis*, d.lgs. n. 149 del 2022 – come introdotto dall'art. 1, 380° comma, lett. c), n. 2, l. n. 197 del 2022 – l'esenzione da responsabilità erariale si applica anche agli accordi di conciliazione conclusi nei procedimenti di mediazione già pendenti alla data del 28 febbraio 2023.

quanto prevede l'art. 2, 3° comma, l. n. 117 del 1988 in materia di responsabilità civile dei magistrati, novellata nel 2015, la quale crea una protezione assai efficace e, diremmo, pressoché invalicabile, a fronte di un'attività che esige il costante esercizio di una sorvegliata ed equilibrata discrezionalità valutativa ⁽³²⁾.

Tale limitazione opera, in conformità alla legge delega, a condizione che il funzionario abbia agito nel rispetto dei criteri di adeguatezza e di proporzionalità, nonché di logicità e razionalità che devono sempre caratterizzare l'agire della pubblica amministrazione. Analoga limitazione di responsabilità si applica al funzionario che concilia la controversia pendente innanzi all'autorità giudiziaria, sia mediante conciliazione giudiziale *ex art. 185 c.p.c.*, sia eventualmente aderendo alla proposta formulata dal giudice, ai sensi dell'art. 185 *bis c.p.c.*

È dunque tendenzialmente precluso al giudice contabile di valutare le scelte discrezionali del funzionario pubblico, in generale sottratte al sindacato giurisdizionale, purché non irragionevoli né irrazionali, che lo abbiano indotto a conciliare la controversia attraverso una transazione o una conciliazione, ovviamente nel rispetto dell'*iter* amministrativo previsto e degli obblighi di motivazione del provvedimento che autorizza l'accordo.

La giurisprudenza contabile ha già avuto modo di valutare favorevolmente le delibere dell'amministrazione che autorizzino gli accordi transattivi e conciliativi in materia di diritti disponibili, una volta accertata la ragionevole proporzionalità tra costi e benefici, sì da evitare o definire la controversia in sede giudiziale ⁽³³⁾.

⁽³²⁾ Cfr., *si vis*, A. TEDOLDI, *Profili processuali della responsabilità civile del giudice: I – Il damnum re iudicata datum nella storia e nel diritto comparato*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 645 ss.; ID., *Profili processuali della responsabilità civile del giudice: II – La legge 117/1988: praticamente disapplicata, farisaicamente novellata*, *ivi*, 983 ss.

⁽³³⁾ Cfr., *ex plurimis*, C. conti, sez. giur. Umbria, 24 febbraio 2022, n. 9.

15.2. *La proposta di conciliazione formulata dal mediatore e le sue conseguenze in caso di rifiuto.* – Sebbene sia buona regola astenersi dal farlo – mantenendosi nel solco della c.d. mediazione ‘facilitativa’, senza passare alla mediazione valutativa – il mediatore può formulare una proposta di conciliazione da allegare al verbale, palesando in tal modo ed esprimendo inevitabilmente il proprio giudizio, sia pure senza vincoli per le parti e al solo fine di definire la controversia alle condizioni che il mediatore reputi eque, a valle delle discussioni e dei confronti svoltisi nel corso del procedimento.

In ogni caso, il mediatore è tenuto a formulare una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima di formularla, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all’art. 13 d.lgs. n. 28 del 2010 a carico della parte che non vi abbia aderito.

La proposta di conciliazione viene comunicata alle parti per iscritto: si tratta di un requisito richiesto *ad substantiam*, a pena di nullità, laddove per la transazione stragiudiziale *inter partes* la forma scritta è richiesta *ad probationem tantum* (art. 1967 c.c.). Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni dalla comunicazione o nel maggior termine indicato dal mediatore, l’accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata (c.d. silenzio-rifiuto). Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

Replicando il meccanismo di cui all’art. 91, 1° comma, seconda frase, c.p.c. («Se accoglie la domanda in misura non superiore all’eventuale proposta conciliativa, condanna la parte che ha rifiutato senza giustificato motivo la proposta al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dal secondo comma dell’articolo 92»), l’art. 13 d.lgs. n. 28 del 2010 prevede che, quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore, il giudice escluda la ripetizione delle

spese sostenute dalla parte vincitrice che l'abbia rifiutata, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanni al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo e delle spese inerenti alla procedura di mediazione da questa anticipate, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto, fatte salve la possibile compensazione, in tutto o in parte, delle spese di lite ai sensi dell'art. 92 c.p.c. e le sanzioni di cui all'art. 96 c.p.c. a carico del soccombente per lite temeraria, in quanto connotata da dolo o colpa grave, la quale ben può consistere, a questa stregua, nell'irragionevole rifiuto della proposta conciliativa formulata dal mediatore.

Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta formulata dal mediatore, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto in mediazione di cui all'art. 8, 4° comma, d.lgs. n. 28 del 2010. In tal caso il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese, analogamente a quanto prescrive l'art. 92 c.p.c. per la compensazione delle spese di lite.

Si tratta di un meccanismo vagamente ispirato alla *Part 36 Offers to Settle* di cui alle *Civil Procedure Rules* anglosassoni⁽³⁴⁾, la quale tuttavia impedisce al giudice di conoscere il contenuto della proposta e la posizione delle parti rispetto a questa, se non dopo aver pronunciato la sentenza e ai soli fini della liquidazione delle spese, onde evitare che sia psicologicamente indotto ad atteggiamenti ostili verso la parte che abbia reso necessarie la fatica e la responsabilità del decidere.

Salvo diverso accordo, tali sanzioni per mancata adesione alla proposta conciliativa del mediatore non si applicano nei procedi-

⁽³⁴⁾ <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part36>>.

menti davanti agli arbitri: ciò a ulteriore riprova di come si tratti di un apparato sanzionatorio volto precipuamente ad alleviare il carico dell'apparato giurisdizionale, spingendo le parti a collaborare in sede di mediazione quando l'alternativa sia quello dell'accesso al palazzo di giustizia, lasciandole invece del tutto libere e svincolate quando abbiano pattuito di rivolgersi ad arbitri privati.

Il che ulteriormente mostra la preferibilità della via delle ADR, anche eteronome come l'arbitrato, attraverso clausole di mediazione o arbitrato, eventualmente miste e *multi-step*, o compromessi successivamente stipulati in caso di esito negativo della mediazione⁽³⁵⁾, rispetto alla via statutale di amministrazione della giustizia, ormai ridotta a *extrema ratio* e *ultima spes*, che dovrà pur intervenire per sanzionare efficacemente e severamente parti riottose e recalcitranti, le quali profitino indebitamente dei tempi non brevi e dei costi non lievi di attivazione e svolgimento delle tutele in sede giurisdizionale.

16. Efficacia esecutiva ed esecuzione dell'accordo conciliativo. – Ai sensi dell'art. 12 d.lgs. n. 28 del 2010, ove tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati, l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati, anche con le modalità telematiche di cui all'art. 8 *bis* d.lgs. cit., costituisce titolo esecutivo stragiudiziale per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Gli avvocati attestano e certificano la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico. Trattandosi di titolo esecutivo stragiudiziale, l'accordo deve essere integralmente trascritto nel precetto e certificato conforme all'originale dall'ufficiale giudiziario incaricato della notifica, ai sensi dell'art. 480, 2° comma, c.p.c.

In tutti gli altri casi in cui qualcuna delle parti non sia assistita da

⁽³⁵⁾ V. *supra* nel par. 8.

un difensore (assistenza necessaria nelle ipotesi di mediazione obbligatoria e di mediazione demandata dal giudice: cfr. l'art. 8, 5° comma, d.lgs. n. 28 del 2010), l'accordo di conciliazione allegato al verbale è omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 direttiva 2008/52/CE, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. L'accordo omologato costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. In caso di *exequatur*, con il precetto andrà notificata copia conforme dell'accordo munito del decreto di omologa, non occorrendo più la formula esecutiva, stante l'abrogazione dell'art. 475 c.p.c.

In ambedue le ipotesi (conciliazione sottoscritta da parti assistite da avvocati; omologa con decreto presidenziale) si tratta di titoli esecutivi che coprono, come le sentenze passate in giudicato, il dedotto e il deducibile. Pertanto, quando l'esecuzione forzata si fondi su un verbale di conciliazione, con l'opposizione (di merito) all'esecuzione *ex art. 615 c.p.c.* si possono far valere unicamente vizi genetici di nullità o di annullabilità del contratto in esso contenuti, con i medesimi limiti che valgono per la transazione (artt. 1969 ss. c.c.), ovvero fatti modificativi o estintivi posteriori alla stipula della conciliazione o divenuti conoscibili soltanto dopo di questa, sebbene preesistenti ⁽³⁶⁾.

17. *Il gratuito patrocinio in mediazione.* – Il principio di cui all'art. 1, 4° comma, lett. a), legge delega n. 206 del 2021 in relazione alle procedure alternative di risoluzione delle controversie, prevede due ambiti di intervento: l'estensione del patrocinio a spese dello Stato alle procedure di mediazione e negoziazione assistita e il riordino,

⁽³⁶⁾ V., *si vis*, A. TEDOLDI, *Esecuzione forzata*, Pisa, 2020, 54 s. e 398 s.

la semplificazione, l'ampliamento e l'aumento degli incentivi fiscali, estendendo le categorie di beneficiari. Si tratta di misure finalizzate a favorire il ricorso e la diffusione delle forme complementari di risoluzione delle controversie, contribuendo alla deflazione del contenzioso giudiziario.

L'attuazione di tali assai ampî e complessi criterî di delega è avvenuta mediante l'inserimento di un nuovo Capo II *bis* nel d.lgs. n. 28 del 2010, artt. da 15 *bis* a 15 *undecies*, quanto al gratuito patrocinio e mediante interventi di modifica degli artt. 17 e 20 quanto agli incentivi fiscali ⁽³⁷⁾.

Per quel che riguarda il patrocinio a spese dello Stato, il principio di delega è stato attuato, conformemente alle previsioni di spesa e di copertura finanziaria della legge delega n. 206 del 2021, nel senso di prevederne l'estensione alle procedure di mediazione e di negoziazione assistita, nei casi nei quali il loro esperimento è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge delega n. 206 del 2021, la Corte costituzionale, con sentenza n. 10 del 2022, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 74, 2° comma, e 75, 1° comma, d.lgs. n. 115 del 2002, recante «Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia» (TUSG), nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia applicabile anche all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione obbligatoria, quando nel corso degli stessi è stato raggiunto un accordo, nonché dell'art.

⁽³⁷⁾ È previsto il monitoraggio annuale del rispetto dei limiti di spesa stanziati e, in caso di scostamenti, si provvederà a compensarli con un corrispondente aumento dei contributi unificati per i processi civili (art. 43 d.lgs. n. 149 del 2022): con il bel risultato di trasformare il processo in «un lusso che non ci possiamo permettere», riservato ai *pauciores* anziché a «tutti» (giusta quel che prevede l'art. 24 Cost.), come scrisse sulla prima pagina del più importante quotidiano nazionale l'allora vicepresidente del Csm a proposito delle impugnazioni civili nella riforma del 2012; o si ha diritto al patrocinio a spese dello Stato o si paga profumatamente il (dis)servizio della giustizia... oppure resta anche la 'scelta' di rinunciare *tout court* ad agire in giudizio e a impugnare le sentenze ingiuste...

83, 2° comma, TUSG, nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia.

L'intervento di cui ai nuovi artt. 15 *bis* ss. d.lgs. n. 28 del 2010 è, dunque, volto a colmare tale lacuna, introducendo un meccanismo che consenta l'accesso al patrocinio a spese dello Stato nei casi in cui la mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale e sia raggiunto l'accordo conciliativo prima di adire l'autorità giudiziaria.

Il legislatore delegato ha ritenuto di non collocare tale intervento all'interno del TUSG, bensì direttamente nel d.lgs. n. 28 del 2010. Infatti, nel sistema del TUSG l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato si struttura in due fasi: in una prima fase, viene deliberata l'ammissione in via anticipata e provvisoria della parte non abbiente al beneficio ad opera del consiglio dell'ordine degli avvocati; in una seconda fase, l'autorità giudiziaria che procede, all'esito della lite, conferma l'ammissione provvisoria e provvede alla liquidazione del compenso, considerando quantità e qualità dell'attività processuale svolta dal difensore, applicando i pertinenti parametri legati al valore della controversia, con falcidia della metà e con obbligo di rispettare i valori medi. Una volta effettuata la liquidazione e adottato il decreto di pagamento, il sistema prevede che appositi uffici procedano all'erogazione delle somme e stabilisce che lo Stato proceda all'azione di recupero di tali somme nei confronti della parte processuale rimasta totalmente o parzialmente soccombente rispetto alla parte ammessa al beneficio.

Tale complessivo sistema è parso difficilmente adattabile alle ipotesi nelle quali la parte non abbiente sia tenuta ad avviare una procedura di risoluzione alternativa delle controversie (mediazione o negoziazione assistita), che si concluda con l'accordo prima dell'avvio di un'azione giudiziale. In tale ipotesi, infatti, la controversia è risolta senza necessità di proporre domanda giudiziale e, alla conclusione del procedimento, non risulterà possibile individuare una parte 'soccombente' in senso processuale, nei confronti della quale

avviare un'azione di recupero delle spese di lite corrisposte in forza del patrocinio a spese dello Stato.

Si deve poi considerare che l'eventuale previsione di un apposito procedimento, che imponga alla parte non abbiente e al suo difensore, a conclusione della procedura di mediazione, di adire l'autorità giurisdizionale al solo scopo di ottenere la liquidazione del compenso, si pone in contrasto con i generali obiettivi di semplificazione e celerità che la legge delega n. 206 del 2021 si prefigge di raggiungere anche nel settore degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Per queste ragioni, il principio di delega è stato attuato non già mediante novella del TUSG, bensì inserendo nel corpo del d.lgs. n. 28 del 2010 il nuovo Capo II *bis*, i cui articoli da 15 *bis* a 15 *undecies* contengono la speciale disciplina del patrocinio a spese dello Stato per le controversie per le quali l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità *ex lege*, ai sensi dell'art. 5, 1° comma, l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria e la procedura si conclude con la conciliazione senza ricorso al giudice.

La disciplina speciale adottata in attuazione della delega è destinata ad essere applicata nei casi nei quali, a causa delle circostanze del caso concreto, la procedura di mediazione non ha comportato, durante il suo intero svolgimento, di svolgere una parte della lite in sede giurisdizionale e riproduce di massima le disposizioni del TUSG, che costituiscono espressione dei principi generali del patrocinio a spese dello Stato in materia civile e che sono compatibili con la specificità della fattispecie regolata in attuazione della delega legislativa.

In particolare, sono state riproposte le stesse condizioni di accesso al beneficio della parte non abbiente, non essendovi ragioni per adottare una disciplina differenziata per il caso in cui la richiesta del patrocinio a spese dello Stato è necessaria per accedere alla tutela giurisdizionale o a una procedura alternativa, che deve essere obbligatoriamente instaurata prima di adire il giudice.

Non è qui possibile, per evidenti ragioni di spazio, esaminare in dettaglio la disciplina di cui ai nuovi artt. 15 *bis* ss. d.lgs. n. 28 del

2010 sul patrocinio a spese dello Stato in materia di mediazione civile e commerciale, dovendosi rinviare alla lettura delle disposizioni ivi contenute.

18. Accantonamento del TUSC (Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione). – La legge delega n. 206 del 2021 prospettava la necessità di raccogliere la disciplina sulle ADR in un «Testo unico degli strumenti complementari alla giurisdizione» (TUSC), sì da riordinare le norme *in subiecta materia* (escluso l'arbitrato), sparse in varie leggi speciali accumulate con l'andare degli anni. Già la scelta del titolo del testo unico, dedicato agli «strumenti complementari alla giurisdizione», disvelava il mutamento di prospettiva e l'ampia valorizzazione delle ADR in osmosi con il processo civile.

Il legislatore delegato, per evidente mancanza di tempo, ha rinunciato a esercitare la delega per la redazione del TUSC. Il che non significa certo che la riforma ometta di produrre *ad consequentias* i principî e criterî direttivi della legge delega, riconoscendo alfine e *quoad effectum* l'importanza della mediazione e la professionalità dei mediatori nella ricerca della soluzione condivisa e più adeguata della controversia, pienamente partecipe e compiutamente rispettosa dell'autonomia delle parti. La mediazione costituisce, ormai e finalmente anche nel nostro Paese, un modello e un archetipo di ADR, al quale fare sistematicamente ricorso prima di adire le vie giudiziarie, anche al di fuori delle ipotesi obbligatorie, quando le negoziazioni (dirette tra le parti o assistite da avvocati) non bastino e non valgano a conseguire il risultato conciliativo.

19. Incentivi fiscali: aumento della soglia di esenzione dall'imposta di registro e crediti d'imposta. – Con la lett. a) dell'art. 1, 4° comma, legge delega n. 206 del 2021 si demandava al legislatore delegato il compito di incrementare e di semplificare il regime degli incentivi

fiscali di cui agli artt. 17 e 20 d.lgs. n. 28 del 2010 per le parti che partecipano alle procedure di mediazione.

Con il riscritto art. 17 d.lgs. n. 28 del 2010 – dopo aver ribadito l'esenzione dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura, di tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione (ivi incluso, è da ritenere, l'eventuale decreto presidenziale di *exequatur*, quando alla mediazione abbiano partecipato soggetti non assistiti da difensori) – si prevede quanto segue:

- viene elevata da euro cinquantamila a euro centomila la soglia di esenzione della conciliazione dall'imposta di registro;
- viene riconosciuto a ciascuna parte un credito di imposta fino a euro seicento per le indennità versate all'organismo di mediazione, quando sia raggiunto l'accordo conciliativo;
- nelle ipotesi di mediazione obbligatoria o demandata dal giudice, in caso di raggiungimento della conciliazione, è riconosciuto a ciascuna parte anche un credito di imposta fino a euro seicento per il compenso versato al difensore per l'assistenza nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri forensi;
- in caso di insuccesso della mediazione, i crediti d'imposta sono dimezzati a euro trecento;
- il limite di seicento euro si riferisce e a ciascuna procedura, con un limite annuale di euro duemilaquattrocento per le persone fisiche e di euro ventiquattromila per le persone giuridiche;
- è riconosciuto alle parti un ulteriore credito d'imposta, commisurato al contributo unificato versato dalla parte del giudizio estinto a seguito della conclusione di un accordo di conciliazione, nel limite dell'importo versato e fino a concorrenza di euro cinquecentodiciotto;
- agli organismi di mediazione è riconosciuto un credito d'imposta, commisurato all'indennità non esigibile dalla parte ammesa al patrocinio a spese dello Stato, fino a un importo massimo annuale di euro ventiquattromila.

La nuova soglia di esenzione dall'imposta di registro entrerà in vigore il 30 giugno 2023.

Per i crediti d'imposta occorrerà invece attendere l'emanazione del decreto del Ministro della giustizia, che stabilisca modalità e documenti per fruirne (art. 20, 5° comma, d.lgs. n. 28 del 2010), decreto ministeriale da emettere entro i sei mesi successivi al 30 giugno 2023.

20. *Indennità di avvio e spese di mediazione.* – I commi 3 ss. dell'art. 17 d.lgs. n. 28 del 2010 disciplinano *ex novo* i criteri di determinazione e di corresponsione delle indennità agli organismi di mediazione.

In particolare, viene stabilito che ciascuna parte sia tenuta a versare, al momento della presentazione della domanda di mediazione o dell'adesione, le spese di avvio della procedura di mediazione e le spese di mediazione per il primo incontro, precisando che quando la mediazione si conclude senza l'accordo al primo incontro, le parti non siano tenute a corrispondere importi ulteriori. Viene quindi meno, con il carattere meramente informativo del primo incontro di mediazione, il principio della sostanziale gratuità dello stesso, così rafforzandone l'effettività e contribuendo alla professionalità dei mediatori.

Vanno previsti importi specifici e differenziati nel caso in cui il primo incontro si concluda con un accordo e nel diverso caso in cui la procedura di mediazione richieda lo svolgimento di più incontri: gli organismi di mediazione, al fine di garantire la piena trasparenza, hanno l'onere di rendere noti nel proprio regolamento gli importi delle indennità richieste.

Vengono ribaditi e un poco ampliati i contenuti del regolamento attuativo da emanare con decreto ministeriale, riportando quanto già previsto dal previgente 4° comma dell'art. 17 d.lgs. n. 28 del 2010 e aggiungendo, alla lett. c), che il decreto ministeriale dovrà anche fissare e disciplinare le indennità per le spese di avvio e per le spese di mediazione previste per il primo incontro che, a seguito della riforma, dovranno essere sempre corrisposte e, alla lett. f), che il medesimo decreto deve anche fissare i criteri per la determinazio-

ne del valore dell'accordo di conciliazione, elemento necessario per la semplificazione della determinazione non solo dell'indennità, ma anche del compenso spettante all'avvocato che assiste la parte ammessa al patrocinio a spese dello Stato, la quale non è tenuta a versare né spese di avvio, né spese di mediazione (per il primo incontro e per gli incontri ulteriori); il relativo importo potrà essere recuperato dall'organismo di mediazione mediante richiesta di riconoscimento di un corrispondente credito di imposta. Il Ministero della giustizia ha il compito di monitorare le mediazioni concernenti i soggetti esonerati dal pagamento dell'indennità di mediazione, già contenuta nel previgente 6° comma, mentre è stata soppressa la parte relativa alla determinazione delle indennità spettanti agli organismi di mediazione, divenuta incompatibile con la nuova disciplina in materia di patrocinio a spese dello Stato nel procedimento di mediazione. Le indennità potranno essere rideterminate con cadenza triennale in base alle variazioni del costo della vita registrate dall'ISTAT.

21. Requisiti degli organismi di mediazione e degli enti di formazione. – In attuazione del lodevole scopo di migliorare la preparazione professionale dei mediatori, la qualità, la trasparenza e l'efficienza del relativo servizio, la legge delega n. 206 del 2021 prevedeva di:

- procedere alla revisione della disciplina sulla formazione base e di 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;

- potenziare i requisiti di qualità e trasparenza del procedimento di mediazione, anche riformando i criteri indicatori dei requisiti di serietà ed efficienza degli enti pubblici o privati per l'abilitazione a costituire gli organismi di mediazione di cui all'art. 16 d.lgs. n. 28

del 2010 e le modalità della loro documentazione per l'iscrizione nel registro previsto dalla medesima norma;

- riformare e razionalizzare i criteri di valutazione della idoneità del responsabile dell'organismo di mediazione, nonché degli obblighi del responsabile dell'organismo di mediazione e del responsabile scientifico dell'ente di formazione.

In attuazione di tali principi e criteri direttivi, l'art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010 è stato integrato ed è stato aggiunto l'art. 16 *bis*, dedicato agli enti di formazione, modificando al contempo la rubrica del Capo III d.lgs. n. 28 del 2010.

In particolare, l'art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010 è stato integrato con l'aggiunta del comma 1° *bis*, che opera una revisione e inserisce nella norma primaria i requisiti necessari perché gli organismi di mediazione siano abilitati a gestire i relativi procedimenti ed essere quindi iscritti nel registro previsto dall'art. 2 d.lgs. n. 28 del 2010, indicando specificamente i requisiti comprovanti la serietà, costituiti dalla onorabilità dei soci, amministratori, responsabili e mediatori degli organismi, dalla previsione, nell'oggetto sociale o nello scopo associativo, dello svolgimento, da parte dell'organismo, in via esclusiva, di attività consistente nell'erogazione di servizi di mediazione, conciliazione o risoluzione alternativa delle controversie e di formazione nei medesimi ambiti, oltre a una dichiarazione di impegno a non prestare servizi di mediazione conciliazione e risoluzione di controversie in tutti i casi nei quali l'organismo stesso ha un interesse nella lite.

Il nuovo comma 1° *ter* contiene l'individuazione dei requisiti comprovanti l'efficienza, consistenti nella adeguatezza e trasparenza dell'organizzazione, anche per quanto concerne gli aspetti amministrativi e contabili, nella capacità finanziaria, nella qualità dei servizi erogati, della qualificazione professionale del responsabile dell'organismo e degli stessi mediatori.

L'articolo 16 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, in attuazione delle lett. l) e n), del 4° comma dell'unico articolo della legge delega n. 206 del 2021, individua i requisiti necessari per l'iscrizione degli enti di formazione nell'elenco istituito e tenuto presso il Ministero della giustizia.

Sono stati adottati, quanto ai requisiti di serietà ed efficienza, gli stessi criteri previsti per gli organismi di mediazione. Pertanto, l'iscrizione all'elenco degli enti di formazione è condizionata alla dimostrazione dei requisiti di serietà ed efficienza, come definiti dall'art. 16, commi 1° *bis* e *ter*, d.lgs. n. 28 del 2010, introdotti *ex novo* dalla riforma.

È stato previsto uno specifico e ulteriore requisito quale condizione per l'iscrizione, o per il suo mantenimento, costituito dall'obbligo di nominare un responsabile scientifico di chiara fama ed esperienza nel settore, chiamato ad assicurare la qualità della formazione erogata dall'ente, la sua completezza, oltre che l'adeguatezza e l'aggiornamento del percorso formativo offerto, non disgiunto dalla competenza dei formatori, valorizzando anche le competenze maturate all'estero. Inoltre, il responsabile della formazione ha lo specifico onere di comunicare costantemente al Ministero della giustizia, i programmi formativi via via predisposti, completi dei nominativi dei formatori scelti per il loro svolgimento.

Il 3° comma prevede inoltre che con decreto ministeriale siano individuati più specifici requisiti di qualificazione richiesti ai mediatori e ai formatori per iscriversi negli elenchi tenuti presso il Ministero della giustizia o per mantenere tale iscrizione dopo l'entrata in vigore delle modifiche apportate al d.lgs. n. 28 del 2010 e al regolamento di esecuzione di cui al d.m. n. 180 del 2010.

La completa attuazione delle novelle si avrà quando verranno apportate le pertinenti modifiche al d.m. n. 180 del 2010, al fine di prevedere, tra l'altro, che:

- per l'iscrizione nel registro occorre partecipare ad un corso di formazione iniziale per mediatori e ad un numero minimo di procedure di mediazione presso un organismo di mediazione;
- coloro che non hanno conseguito una laurea in discipline giuridiche attestano adeguata preparazione attraverso la partecipazione a specifici corsi formativi nelle discipline giuridiche;

- dopo l'iscrizione nel registro, i mediatori sono tenuti all'aggiornamento permanente mediante la partecipazione a corsi di formazione;

- per mantenere l'iscrizione nel registro, gli avvocati iscritti all'albo sono tenuti ad adempiere a specifici obblighi minimi di formazione;

- dopo l'iscrizione nell'elenco, i formatori sono tenuti all'aggiornamento permanente mediante la partecipazione a corsi di formazione;

- le attività di formazione possono svolgersi in presenza o mediante collegamento audiovisivo da remoto;

- il responsabile scientifico degli enti di formazione, nell'adempimento dei compiti di cui all'art. 16 *bis*, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, possa svolgere appositi compiti quali:

- approvare i programmi erogati dall'ente unitamente ai nomi dei formatori incaricati e ai calendari di svolgimento dei corsi di formazione,

- certificare l'equivalenza della formazione di aggiornamento eventualmente svolta dai formatori presso enti e istituzioni con sede all'estero,

- certificare per singole attività formative l'idoneità di formatori anche stranieri non accreditati dal Ministero della giustizia.

È appena il caso di ricordare che, ai sensi dell'art. 41, 2° e 3° comma, d.lgs. n. 149 del 2022, gli organismi di mediazione iscritti al registro e gli enti di formazione iscritti all'elenco, se intendono mantenere l'iscrizione, sono tenuti, entro il 30 aprile 2023, a presentare la relativa istanza al Dipartimento per gli affari di giustizia del Ministero della giustizia, corredata dalla documentazione attestante l'adeguamento ai requisiti previsti, rispettivamente, dagli artt. 16 e 16 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010, come novellati. Fino al 30 giugno 2023 gli organismi di mediazione e gli enti di formazione iscritti non possono essere sospesi o cancellati, rispettivamente, dal registro o dall'elenco per mancanza di tali requisiti. Il mancato adeguamento entro il 30 giugno 2023 comporta la sospensione dell'iscrizione.

Abstract

Il contributo si sofferma sulla mediazione civile e commerciale di cui al d.lgs. n. 28 del 2010, come riformata con d.lgs. n. 149 del 2022, al fine di ampliarne la diffusione. Le nuove norme paiono destinate a dare alla mediazione un impulso ulteriore e, auspicabilmente, decisivo nella direzione di estenderla e favorirla al massimo grado, quale strumento di risoluzione delle controversie non soltanto complementare alla giurisdizione, ma più adeguato e onnicomprensivo, che guarda al rapporto giuridico nella sua interezza, anziché ai singoli elementi in cui si frammenta la *res in iudicium deducta*, allo scopo di pervenire a una conciliazione complessiva, globale e stabile. «*The civil process is dead, long live the mediation!*».

The essay focuses on and looks to expand the knowledge of civil and commercial mediation as regulated by Legislative Decree no. 28 of 2010 amended by Legislative Decree no. 149 of 2022. The legislative provisions appear to foster the use and development of mediation as a full-fledged dispute resolution process, beyond its function as a tool complementary to litigation. In this, mediation provides an appropriate and comprehensive dispute resolution instrument which addresses the legal relationship in its entirety, rather than the single components of res in iudicium deducta, and allows achieving an all-round, durable settlement. ‘The civil process is dead, long live the mediation!’.

THE RESOLUTION
OF CONTENT MODERATION DISPUTES
UNDER THE DIGITAL SERVICES ACT (*)

*Pietro Ortolani (**)*

TABLE OF CONTENT: 1. Introduction. – 2. Content Moderation under The Digital Services Act: A Primer. – 3. Dispute Resolution within Platforms. – 3.1. Notice and Action Mechanisms. – 3.2. Statement of Reasons. – 3.3. Internal Complaint Handling. – 4. Dispute Resolution Outside of Platforms. – 4.1. Out-of-court Dispute Settlement. – 4.2. Beyond the DSA: Court Litigation. – 5. Conclusion.

1. Introduction. – Over the past two decades, digital technologies have enabled human interaction on an unprecedented, global scale. With its meteoric rise, digitalization has also proved to be a breeding ground for conflicts: ⁽¹⁾ in a wide range of settings, from domain names ⁽²⁾ to e-commerce, ⁽³⁾ from personal data pro-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022 533-573. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) This article builds on ideas that the author first presented in *If you build it, they will come: The DSA ‘procedure before substance’ approach*, in *Verfassungblog*, 7 November 2022 <<https://verfassungsblog.de/dsa-build-it/>> (last visited 31 December 2022).

(**) Full Professor at Radboud University, the Netherlands.

⁽¹⁾ P. VIRILIO, *La bombe informatique*, Paris, 1998.

⁽²⁾ L. HELFER, G. DINWOODIE, *Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*, in *43 Wm. & Mary L. Rev.* 141-274, (2001).

⁽³⁾ P. CORTES, *The Law of Consumer Redress in an Evolving Digital Market*, Cambridge, 2017.

cessing⁽⁴⁾ to crypto-assets,⁽⁵⁾ whenever high-frequency digital interaction takes place, disputes unavoidably arise. Thus, digitalization acts as a catalyst for (often cross-border) conflicts, triggering a demand for dispute management and resolution. At the same time, technology also opens up new avenues to meet such an intense demand for dispute resolution: in many of the aforementioned settings, Online Dispute Resolution (ODR) has meaningfully contributed to access to justice, offering digital alternatives to court litigation and other ‘analogue’ dispute resolution procedures (e.g. arbitration).⁽⁶⁾

Social media networks constitute one of the most significant recent developments enabled by digital technologies: platforms such as Facebook, Twitter, TikTok and Instagram have profiled themselves as digital marketplaces of ideas⁽⁷⁾ where billions of users share a wide range of online content, receive information, and engage in different communicative practices.⁽⁸⁾ Much like previous Internet-related developments (e.g. e-commerce),⁽⁹⁾ social media also trigger the emergence of conflicts, and breed a new demand for

⁽⁴⁾ I. REVOLIDIS, *Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations and the GDPR: A Case of Privacy Tourism*, in 11 *Masaryk University Journal of Law and Technology* 7-37 (2017).

⁽⁵⁾ P. ORTOLANI, *The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads*, in 24(2) *Uniform L.R.* 430-448 (2019).

⁽⁶⁾ C. RULE, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, in 16 *Annual Review of Law and Social Science* 277-292 (2020); A. SCHMITZ, C. RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, ABA, 2018; E. KATSH, O. RABINOVICH-EINY, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, Oxford, 2017.

⁽⁷⁾ For a critical discussion of the notion of ‘marketplace of ideas’ see S. FISH, *There’s no such thing as free speech...and it’s a good thing too*, Oxford, 1994.

⁽⁸⁾ T. GILLESPIE, *Custodians of the Internet: Platforms, Content Moderation, and the Hidden Decisions That Shape Social Media*, Yale, 2018.

⁽⁹⁾ E. KATSH, J. RIFKIN, A. GAITENBY, *E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of eBay Law*, in 15(3) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 705-734 (2000).

dispute resolution. Many of these conflicts revolve around the moderation role that platforms undertake. Facebook, for instance, is estimated to make over 300.000 moderation decisions a day,⁽¹⁰⁾ employing over 15.000 moderators⁽¹¹⁾ that decide whether to suspend or terminate users' accounts, delete posts, or take other moderation measures (e.g. demonetization). Those decisions evince a wide variety of conflicts: in its most basic form, content moderation is the epiphenomenon of a bilateral conflict between the platform and a user, as to whether the latter violated the former's terms and conditions, and/or posted illegal content. However, not all moderation-related cases can be understood as a merely bilateral dispute between the platform and a single user: in many scenarios, a third party (not necessarily a user) will have an interest in the removal of content, in the deactivation of a user's account, or in other moderation measures. Just to mention some examples, a consumer (or a consumer organization) may seek the removal of a post published by a business, arguing that the post amounts to an unfair commercial practice.⁽¹²⁾ A trademark holder may request the removal of a social media posts containing an alleged trademark violation.⁽¹³⁾ A person, targeted by defamatory or harassing social media content, may seek the removal of that content, as well as the termination of

⁽¹⁰⁾ J. KOETSIER, *Report: Facebook Makes 300,000 Content Moderation Mistakes Every Day*, in *Forbes*, 9 June 2020, <<https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2020/06/09/300000-facebook-content-moderation-mistakes-daily-report-says/>> (last visited 31 December 2022).

⁽¹¹⁾ P. BARRETT, *Who Moderates the Social Media Giants? A Call to End Outsourcing*, NYU Stern Center for Business and Human Rights <<https://bhr.stern.nyu.edu/tech-content-moderation-june-2020>> (last visited 31 December 2022).

⁽¹²⁾ J. MORAIS CARVALHO, F. ARGÁ, E. LIMA, M. FARINHA, *Introduction to the Digital Services Act, Content Moderation and Consumer Protection*, in 3(1) *Revista de Direito e Tecnologia* 71-104 (2021).

⁽¹³⁾ The CJEU has already clarified the duties and liability of online intermediaries in this respect, with reference to the E-Commerce Directive: case C-324/09, *L'Oréal SA and Others v eBay International AG and Others*, CLI:EU:C:2011:47.

the author's account. In sum, in a world where most social interactions can take place via social media, a wide range of disputes (from consumer to trademark cases, from unfair competition to defamation) become content-related. This article will focus on content moderation on social media platforms as a form of dispute resolution, with specific reference to the dispute resolution avenues under the new Digital Services Act. ⁽¹⁴⁾

Content moderation on social media platforms is not only an Internet governance problem; it is also, unavoidably, a form of *de facto* adjudication. Online platforms make determinations that affect individual rights, whenever they decide whether to remove content, suspend/terminate accounts, or impose other restrictions. This is true not only for the user posting the content, but also for the aforementioned third parties that have an interest in a given content moderation measure (e.g. the removal of a post, or the deactivation of an account). As a result, platforms routinely balance legal entitlements against each other. Such a state of affairs is bound to attract mixed reactions. On the one hand, the balancing of rights is traditionally considered as part and parcel (although not a monopoly) of the judicial function, ⁽¹⁵⁾ and the growing power of platforms in this realm can be seen as a symptom of the creeping privatization of public adjudicative function, ⁽¹⁶⁾ and of a delicate shift in the public/private divide. ⁽¹⁷⁾ On the other hand, no judicial au-

⁽¹⁴⁾ Regulation (EU) 2022/2065 of the European Parliament and of the Council of 19 October 2022 on a Single Market For Digital Services and amending Directive 2000/31/EC (Digital Services Act).

⁽¹⁵⁾ K. MÖLLER, *Balancing and the structure of constitutional rights*, in 5(3) *International Journal of Constitutional Law* 453-468 (2007).

⁽¹⁶⁾ R. VAN LOO, *Federal Rules of Platform Procedure*, in 88 *University of Chicago L.R.* 829-895 (2021); R. VAN LOO, *The Corporation as Courthouse*, in 33 *Yale J. Reg.* 548-02 (2016).

⁽¹⁷⁾ J. VAN DIJCK, *Seeing the forest for the trees: Visualizing platformization and its governance*, in 23(9) *New Media and Society* 2801-19 (2021); J. VAN DIJCK, T. POELL, M. DE WAAL, *The Platform Society: Public Values in a Connective*

thority could be realistically expected to sustain the decision-making frequency that social media platforms manage through their content moderation procedures: to put it bluntly, no court in the world could (or should) be required to review the hundreds of thousands of content moderation decisions that Meta makes every day with respect to Facebook and Instagram. To be sure, the platforms' decisions do not limit the users' ability to seek redress in court: content moderation, after all, is not a form of arbitration.⁽¹⁸⁾ Nevertheless, since platforms control the infrastructure enabling the self-enforcement⁽¹⁹⁾ of their own decisions, content moderation procedures end up being the main avenue through which a wide range of parties seek redress. In most cases, the outcome of those procedures will not be reviewed by any State court.

Over the years, some platforms have expressly acknowledged the para-judicial nature of content moderation decision-making: the most prominent example is the one of Meta, which set up the Oversight Board⁽²⁰⁾ precisely for the purpose of developing a body of

World, Oxford, 2018; J.E. COHEN, *Between Truth and Power: The Legal Constructions of Informational Capitalism*, Oxford, 2019.

⁽¹⁸⁾ From this point of view, content moderation is akin to domain name dispute resolution, which also does not generate any estoppel effects: T. SCHULTZ, *Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists*, in *10 Yale Journal of Law & Technology* 151-93 (2007).

⁽¹⁹⁾ P. ORTOLANI, *The Three Challenges of Stateless Justice*, in *7(3) Journal of International Dispute Settlement* 596-27 (2016); T. SCHULTZ, *Transnational Legality: Stateless Law and International Arbitration*, Oxford, 2014.

⁽²⁰⁾ *Oversight Board* <<https://www.oversightboard.com/>> (last visited 31 December 2022); D. WONG, L. FLORIDI, *Meta's Oversight Board: A Review and Critical Assessment*, in *Minds and Machines*, advance access, 2022; E. DOUEK, *What Kind of Oversight Board Have You Given Us?*, in *1 University of Chicago Law Review Online* 1 (2020); E. DOUEK, *Facebook's Oversight Board: Move Fast with Stable Infrastructure and Humility*, in *21(1) North Carolina Journal of Law & Technology* 1-78 (2019). For an overview of the process leading to the creation of the Board see K. KLONICK, *The Facebook Oversight Board: Creating an Independent Institution to Adjudicate Online Free Expression*, in *129 Yale Law Journal* 2418-99 (2020); for a commentary on the Oversight Board Charter see L.

precedent and guidance (not unlike a sovereign willingly subjecting itself to judicial scrutiny).⁽²¹⁾ So far, however, the choice whether to embrace the adjudicative nature of content moderation has been largely left to the platforms themselves. As a result, even though content moderation has progressively mutated into a form of private adjudication, access to these *de facto* private adjudication fora has been scattershot at best, with platforms prioritizing certain categories of complaints over others (e.g. disregarding certain unfair commercial practices),⁽²²⁾ failing to afford certain remedies, and providing insufficient transparency over their decision-making procedures and substantive standards.⁽²³⁾ These inconsistencies are, at least partially, a consequence of the very nature of platforms: ultimately, platforms are for-profit businesses, rather than public squares or law enforcers, and often fail to pursue public interests or afford guarantees that could be expected of public authorities.⁽²⁴⁾

The freedom of platforms to decide whether and how to structure their content-related dispute resolution procedures will be

GRADONI, P. ORTOLANI, *Oversight Board Charter*, 17th September 2019, in *Oxford International Organizations*, OXIO 0640.

⁽²¹⁾ L. GRADONI, *Chasing Global Legal Particles: Some Guesswork about the Nature of Meta's Oversight Board*, in *EJIL: Talk!*, 30 December 2021 <<https://www.ejiltalk.org/chasing-global-legal-particles-some-guesswork-about-the-nature-of-metas-oversight-board/>> (last visited 31 December 2022).

⁽²²⁾ C. GOANTA, P. ORTOLANI, *Unpacking Content Moderation: The Rise of Social Media Platforms as Online Civil Courts*, in X. KRAMER, J. HOEVENAARS, B. KAS and E. THERMELI (eds), *Frontiers in Civil Justice: Privatisation, Monetisation and Digitisation*, Cheltenham, 2022, 192 ss.

⁽²³⁾ N. APPELMAN, J. VAN DUIN, R. FAHY, J. VAN HOBOKEN, N. HELBERGER, B. ZAROUALI, *Access to Digital Justice: In Search of an Effective Remedy for Removing Unlawful Online Content*, in KRAMER *et al.* (n. 22) 217-236.

⁽²⁴⁾ S. BECKER CASTELLARO, J. PENFRAT, *The DSA fails to reign in the most harmful digital platform businesses – but it is still useful*, in *Verfassungsblog*, 8 November 2022 <<https://verfassungsblog.de/dsa-fails/>> (last visited 31 December 2022); T. GILLESPIE, *The politics of 'platforms'*, in *12(2) New Media & Society* 347-64 (2010).

partially limited by the DSA.⁽²⁵⁾ The DSA has been described as marking a ‘procedural turn’⁽²⁶⁾ in European lawmaking: rather than setting forth any bright-line substantive rule on the limits of online freedom of expression, the new Regulation creates a series of procedural obligations and redress avenues. The DSA’s ‘procedure before substance’ approach is reminiscent of international investment law, where dispute resolution procedures were devised at a time when no consensus existed as to the substantive standards of investor protection.⁽²⁷⁾ Hence, it makes sense to observe this new instrument through the lens of access to justice,⁽²⁸⁾ to evaluate whether the DSA effectively enhances the possibility for aggrieved parties to obtain redress within platforms, as well as outside of them. However, the thorny issue of access to justice is not only interesting for those affected by harmful content. Already in 1986, Mirjan Damaška urged us to study systems of justice as a way to understand how a State conceives of its own authority and officialdom.⁽²⁹⁾ Today, conducting a similar exercise on content moderation and the DSA can show us how the EU lawmakers conceive of the public/private divide in the European digital space. Looking at the DSA from a procedural law perspective can help us understand what dispute resolution tasks platforms are expected to carry out, and how the platforms’ private decision-making interacts with the authority of public adjudicative bodies. As the following sections will illustrate, the new Regulation brings about an interesting divi-

⁽²⁵⁾ M. HUSOVEC, I. ROCHE LAGUNA, *Digital Services Act: A Short Primer*, in *Principles of the Digital Services Act*, Oxford, Forthcoming 2023.

⁽²⁶⁾ C. BUSCH, V. MAK, *Putting the Digital Services Act into Context: Bridging the Gap between EU Consumer Law and Platform Regulation*, in *10 Journal of European Consumer and Market Law* 109-114 (2021).

⁽²⁷⁾ T. ST JOHN, *The Rise of Investor-State Arbitration: Politics, Law, and Unintended Consequences*, Oxford, 2018.

⁽²⁸⁾ B. GARTH, M. CAPPELLETTI, *Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *27 Buffalo L. Rev.* 181 (1978).

⁽²⁹⁾ M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process*, Yale, 1986.

sion of labour between private and public authorities, with reference to the management and resolution of content-related disputes.

The remainder of this article proceeds as follows. Section 2 provides a general overview of the Digital Services Act, which serves as a background for the rest of the analysis. Sections 3 and 4, in turn, zoom in on the dispute resolution avenues regulated in the DSA, respectively within and outside of social media platforms. Finally, Section 5 present some general conclusions.

2. Content Moderation under The Digital Services Act: A Primer.

– Starting from 17 February 2024, the Digital Services Act will replace the E-Commerce Directive,⁽³⁰⁾ overhauling the EU legal framework applicable to different types of Internet intermediaries (including social media platforms). It is impossible to provide a comprehensive analysis of the new Regulation within the confines of a single article. However, in order to understand the dispute resolution dimension of the DSA, it is useful to briefly highlight some DSA provisions concerning content moderation.

The DSA does not alter the basic policy architecture of the E-Commerce Directive: under both instruments, hosting service providers (which store information provided by service recipients) are immune from liability for the information they store, as long as they do not have actual knowledge of illegal activities or illegal content or, upon obtaining such knowledge or awareness, they act expeditiously to remove or disable access to the illegal content.⁽³¹⁾ In the case of social media, thus, platforms⁽³²⁾ have an obligation to

⁽³⁰⁾ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce').

⁽³¹⁾ DSA, Article 6; E-Commerce Directive, Article 14.

⁽³²⁾ For the purposes of the DSA, social media platforms are typically equated to hosting service providers. However, very large online platforms (defined in Article 33(1) DSA) also have additional obligations, which do not apply to other

promptly remove illegal content whenever they are notified of its existence, but they do not have general monitoring or fact-finding obligations, ⁽³³⁾ nor do they lose the immunity from liability for the mere fact of having carried out voluntary own-initiative investigations. ⁽³⁴⁾ In practice, social media platforms routinely engage in own-initiative investigations, and the detection of certain types of illegal content (e.g. copyright infringements) is often automated. ⁽³⁵⁾

Next to the category of illegal content, social media platforms typically limit the users' possibility to post content that, while lawful, is considered harmful or otherwise undesirable by the service provider. The legal basis for such a restriction is contractual: the platform's terms of service, which all users agree to, impose certain limitations on the type of content that the platform allows. ⁽³⁶⁾ Up

hosting service providers. The following sections will discuss some of these obligations in detail, inasmuch as they are relevant to the issue of moderation-related dispute resolution.

⁽³³⁾ Article 8 DSA.

⁽³⁴⁾ Article 7 DSA.

⁽³⁵⁾ M.K. SHERWOOD, *Protecting Fair Use from Algorithms, Internet Platforms, and the Copyright Office: A Critique of the Section 512 Study*, in 95 *St John's L. Rev.* 92 (2021); L. SOLOMON, *Fair Users or Content Abusers: The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on Youtube*, in 44 *Hofstra L. Rev.* 23 (2015).

⁽³⁶⁾ Social media platform enjoy such a margin of freedom in imposing contractual limitations because, under most national laws, they do not qualify as providers of essential services. In the United States, however, some States are currently considering legislative initiatives which could alter that qualification, potentially curtailing the platforms' ability to moderate lawful content: see e.g., in Texas, Bill HB 20, Council Document 87S2 454 SCL/JES-D. For a comment on the potential effects of this legislative proposal see A. ROBERTSON, *A court just blew up internet law because it thinks YouTube isn't a website*, in *The Verge*, 13 May 2022 <<https://www.theverge.com/2022/5/13/23068423/fifth-circuit-texas-social-media-law-ruling-first-amendment-section-230>> (last visited 31 December 2022); R. KERN, *5th Circuit blocks Texas social media law as parties turn to SCOTUS*, in *Politico*, 12 October 2022 <<https://www.politico.com/news/2022/10/12/5th-circuit-temporarily-blocks-texas-social-media-law-00061555>> (last visited 31 December 2022).

until now, platforms have been largely free to determine the scope of such limitations, as long as the terms of service do not violate provisions of the applicable law that the parties are not allowed to contract out of.⁽³⁷⁾ The contractual nature of such limitations is consistent with the basic notion that platforms, as private service providers, are not bound by the same human rights obligations to guarantee free speech as those applicable to States, e.g. under Article 10 of the European Convention on Human Rights or Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights. Nonetheless, given the enormous importance of the societal role that platforms currently play, it is impossible to ignore the effects that contractual limitations end up having on the users' possibility to express themselves and communicate. An acknowledgment of these effects is likely to have prompted Meta to institute the Oversight Board, which routinely tests the platforms' terms of service against human rights standards,⁽³⁸⁾ despite the fact that those standards were largely developed having in mind sovereign States and not private companies.

The DSA, much like its predecessor, allows platforms to contractually impose restrictions that go beyond the bare minimum of illegal content. After the entry into force of the DSA, thus, platforms will continue to have the possibility to moderate lawful content which is incompatible with their terms of service. Nonetheless, the DSA does set forth a number of guarantees and obligations, given the far-reaching regulatory function that the terms of service discharge in practice⁽³⁹⁾. Article 14 requires platforms to be trans-

⁽³⁷⁾ See, in cases where the user qualifies as a consumer, Article 6 of the Rome I Regulation (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations).

⁽³⁸⁾ GRADONI (n 21).

⁽³⁹⁾ A. KUCZERAWY, *Remedying Overremoval: The Three-Tiered Approach of the DSA*, in *Verfassungsblog*, 3 November 2022 <<https://verfassungsblog.de/remedying-overremoval/>> (last visited 31 December 2022).

parent about the content of their terms of service, and to present the latter in a way that is understandable by the platforms' intended users (including minors, if applicable). Furthermore, platforms have an obligation to 'act in a diligent, objective and proportionate manner in applying and enforcing the restrictions' set forth in the terms of service. ⁽⁴⁰⁾

In addition, platforms have an obligation to carry out a yearly risk assessment concerning (among other elements) the effect of the platforms' content moderation systems and terms of service on the exercise of fundamental rights, as well as the dissemination of illegal content. ⁽⁴¹⁾ The DSA also requires platforms to put in place a risk mitigation strategy (Article 35), which may include adaptations to the platforms' terms of service, as well as content moderation processes. Compliance with the platforms' obligations must be assessed through a yearly independent audit (Article 37), and DSA violations are punished with penalties (Article 52) as well as the possibility for aggrieved service recipients to claim compensation (Article 54).

Despite the ambition of the DSA, which creates an entirely new supervision and enforcement infrastructure with Digital Services Coordinators in every Member State (Article 49), the Regulation does not answer all of the questions that arise in connection with content moderation. Namely, the DSA does not provide any conclusive clarification as to what constitutes 'illegal content', besides referring in very broad terms to 'any information that, in itself or in relation to an activity, including the sale of products or the provision of services, is not in compliance with Union law or the law of any Member State which is in compliance with Union law, irrespective of the precise subject matter or nature of that law'. ⁽⁴²⁾ Platforms, thus, are expected to assess the legality of content in a

⁽⁴⁰⁾ Article 14(4) DSA.

⁽⁴¹⁾ Article 34 DSA.

⁽⁴²⁾ Article 3(h) DSA.

wide range of sectors (spanning from criminally relevant materials to consumer law violations), and under a plurality of applicable laws. Even more strikingly, platforms are expected to consider the human rights implications of their terms of service, and the way the latter balance freedom of expression against other fundamental rights; however, the DSA does not provide any detailed guidance as to what balance should be struck in practice, and how. Thus, despite the wealth of new rules that the DSA brings about, significant legal uncertainty remains as to the substantive law that will govern content moderation in the European digital space in the coming years. Rather than filling these substantive law gaps (which would have required an extensive lawmaking effort on a wide variety of topics), the DSA tries to enhance the reliability and predictability of content moderation by creating a number of procedural guarantees and dispute resolution avenues. For this reason, as mentioned in the introduction, the DSA can at least partially be understood as the expression of a ‘procedure before substance’ approach, where a number of channels of dispute resolution are created before legal certainty exists concerning the substantive standards that will be applicable within those channels. Hence, it is important to zero in on those procedural guarantees and mechanisms, starting from the ones that exist within the platforms themselves.

3. Dispute Resolution within Platforms. – This section will scrutinize different dispute resolution avenues within social media platforms, contextually discussing the relevant provisions of the DSA. The analysis will start from notice and action mechanisms, whereby users can file complaints against content that is allegedly unlawful or possibly incompatible with the relevant platform’s terms of service. Subsequently, the platforms’ obligation to provide reasons for their content moderation measures will be discussed. Finally, the focus will shift on the platforms’ internal complaint handling procedures.

3.1. Notice and Action Mechanisms. – Social media platforms typically give users the possibility to ‘report’ or ‘flag’ content, asking the platform to take action against it and/or the user that posted it. ⁽⁴³⁾ Complaints may concern either illegal content or content that is lawful but, according to the complainant, incompatible with the platform’s terms of service. Up until now, platforms have been free to decide how to structure these notice and action mechanisms. Empirical evidence ⁽⁴⁴⁾ shows that many of the largest platforms require the complainant to choose from a set of options, covering different categories of violations of either the law or the platform’s terms of service. These lists, however, often fail to include certain categories of illegal content (e.g. unfair commercial practices) that platforms may not have economic incentives to discourage. ⁽⁴⁵⁾ In other words, platforms enable users to report certain types of violations (which the platform wishes to discourage), while leaving other violations unaddressed.

Looking at this state of affairs through the lens of procedural law, notice and action mechanisms resemble Roman law, where a party’s ability to seek the protection of her/his rights (and, more generally, the enforcement of substantive law) hinged on the existence of an *actio* (a procedural avenue for redress). Conversely, if no possibility of complaint was given, the party was left without redress: *nullum jus sine actione*. To be sure, the parallel with Roman law is only useful within certain limits: social media users do have the possibility to seek redress *outside* of platforms, e.g. commencing court litigation. In practice, however, this rarely happens; failing any appropriate category of complaint in a platform’s notice and action mechanism, many users will take no further initia-

⁽⁴³⁾ Albeit important, the role of trusted flaggers under Article 22 of the DSA will not be discussed in this article, as it would call for a separate analysis.

⁽⁴⁴⁾ GOANTA and ORTOLANI (n 22) 193 et seq.

⁽⁴⁵⁾ Ibid.

tive.⁽⁴⁶⁾ The problem of these possible ‘adjudicability gaps’ is compounded by the fact that, if the complainant selects an unsuitable category when filing the notice, the platform will normally refuse to look into the merits of the complaint.⁽⁴⁷⁾

An additional element of unevenness in notice and action mechanisms concerns the interface of the mechanisms themselves. Observing content moderation through an access to justice perspectives, notice and action mechanisms are the gateway through which users submit a very wide range of complaints. Therefore, the way in which the mechanisms are structured (e.g. the interface and user experience) plays an important role in encouraging or discouraging the filing of those complaints: users, for instance, can be ‘nudged’⁽⁴⁸⁾ to report or ignore certain violations, depending *inter alia* on the accessibility and ease of use of the mechanisms. From this point of view, the lively debate concerning whether ‘code is law’⁽⁴⁹⁾ should be recast, asking whether code is, in fact, procedure. Inasmuch as notice and action mechanisms are a *de facto* form of adjudication, the code underlying and enabling those mechanisms can guarantee ‘access to justice by design’ (if code makes the mechanisms accessible and easy to use) or lead to adjudicability gaps (if

⁽⁴⁶⁾ J. VAN HOBOKEN, N. APPELMAN, A. VAN DUIN, T. BLOM, B. ZAROUALI, R. Ó FATHAIGH, M. SEEL, E. STRINGHI, N. HELBERGER, *WODC-onderzoek: Voorziening voor verzoeken tot snelle verwijdering van onrechtmatige online content*, Eindrapportage, 55 <<https://repository.wodc.nl/handle/20.500.12832/2489>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁴⁷⁾ GOANTA, ORTOLANI (n 22) 193 et seq. Interestingly, in the case of court litigation, the European Court of Human Rights has concluded that a State violates the European Convention on Human Rights, if it requires plaintiffs to file claims through an online platform whose dropdown menu with fixed subject-matter options, but none of those options accurately reflect the subject-matter of the claim that a particular plaintiff wishes to file: European Court of Human Rights (Fifth Section), *Xavier Lucas v. France*, application no. 15567/20.

⁽⁴⁸⁾ A. SELA, *E-Nudging Justice: The Role of Digital Choice Architecture in Online Courts*, in 2 *Journal of Dispute Resolution* 127-164 (2019).

⁽⁴⁹⁾ L. LESSIG, *Code 2.0*, Basic Books, 2006.

code makes complaints outright impossible, or unnecessarily difficult to qualify and submit).

The DSA introduces some important innovations in this field. Article 16 requires hosting service providers (including platforms) to put in place a notice and action mechanism enabling ‘any individual and entity’ to point out the presence of allegedly illegal content. Thus, the mechanism must be accessible not only for users, but also for complainants that do not have an account with the social media platform where the allegedly illegal content has been published. Conversely, the same obligations do not exist with reference to content that is not illegal, but incompatible with the terms of service. To be sure, platforms are free to expand their notice and action mechanisms, so as to also enable complaints concerning lawful content. The DSA, however, contains no mandatory requirement in this respect.

The focus of Article 16 on illegal content is understandable: the terms of service, after all, are a contract between a platform and each user, and it is up to the platform to decide whether and how to detect and react to possible violations of that contract. Illegal content, on the other hand, is closely linked to the problem of platform liability. Whenever a user files a sufficiently detailed notice concerning the presence of allegedly illegal content on a platform, that notice prevents the platform from claiming ignorance about the presence of the illegal content (as long as the notice enables a diligent service provider to identify the illegality without a detailed legal examination).⁽⁵⁰⁾ This, in turn, excludes the platform’s immunity from liability under Article 6 of the DSA, thus opening the door for possible liability claims by affected parties, if the illegal content is not removed expeditiously.

While understandable within the framework of the DSA, the focus of Article 16 on illegal content does have a tangible effect on

⁽⁵⁰⁾ Article 16(3) DSA.

access to justice. Practice ⁽⁵¹⁾ shows that certain categories of harmful content may be not outright illegal, but nevertheless incompatible with a platform's terms and conditions. For these types of harmful content, the availability of a notice mechanism depends on the platforms, which remain free to determine the purview of user affordances.

Pursuant to Article 16(1), notice and action mechanisms must be 'easy to access and user-friendly'. At first sight, these requirements seem too vague to have any tangible impact on platform affordances. However, the provision at hand should be read in connection with Article 44, which promotes the standardization of the electronic submission of Article 16 notices. Such a standardization could enhance the practical usefulness of notice-and-action mechanisms as a tool for access to justice: as mentioned above, interfaces and user experience can have an important effect on the users' propensity to file complaints. More specifically, standardization of notice affordances may help avoid dark patterns ⁽⁵²⁾ and ensure that affected parties have equal access to the mechanism, irrespective of the type of illegality they are reporting. This may help overcome the current status quo, in which platforms facilitate the reporting of certain categories of illegal content while failing to do the same for others (e.g. 'advertorials' and other unfair commercial practices). ⁽⁵³⁾ More generally, standardization can meaningfully increase the usage rate of notice and action mechanisms: practical experience

⁽⁵¹⁾ Oversight Board, Case 2021-002-FB-UA (Depiction of *Zwarte Piet*) <<https://www.oversightboard.com/decision/FB-S6NRTDAJ>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁵²⁾ J. LUGURI, L.J. STRAHILEVITZ, *Shining a Light on Dark Patterns*, in 13(1) *Journal of Legal Analysis* 43-109 (2021); M. NOUWENS, I. LICCARDI, M. VEALE, D. KARGER, L. KAGAL, *Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence*, in *CHI '20: Proceedings of the 2020 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems* 1-13 (April 2020) <<https://doi.org/10.1145/3313831.3376321>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁵³⁾ GOANTA, ORTOLANI (n 22) 193.

confirms that alternative dispute resolution mechanisms (such as international arbitration) can only become widely used, once they develop a foreseeable and relatively consistent set of transnational practices across different institutional settings. ⁽⁵⁴⁾

Finally, Article 16 contains a number of information and transparency duties for platforms. If the complainant provides his/her contact information, the platform must send a confirmation of receipt of the notice, ⁽⁵⁵⁾ as well as a notification of the platform's decision concerning the notice, and the possibilities for redress against that decision. ⁽⁵⁶⁾ To reach that decision, the platform can make use of automated processing and/or decision-making means, as long as the decision is made in a 'timely, diligent, non-arbitrary and objective manner'. ⁽⁵⁷⁾ When using automated means, the platform must disclose such use in the communication of the decision to the complainant. ⁽⁵⁸⁾

3.2. Statement of Reasons. – Social media platforms are often criticized for their lack of transparency with respect to content moderation. ⁽⁵⁹⁾ This opacity can affect not only the grounds on the basis of which a platform makes a certain decision, but also the basic question of whether a measure has been taken at all. Research shows that several platforms target certain users with so-called

⁽⁵⁴⁾ A. STONE SWEET, F. GRISEL, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance and Legitimacy*, Oxford, 2017; J. KARTON, *The Culture of International Arbitration and The Evolution of Contract Law*, Oxford, 2013.

⁽⁵⁵⁾ Article 16(4) DSA.

⁽⁵⁶⁾ Article 16(5) DSA.

⁽⁵⁷⁾ Article 16(6) DSA.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*

⁽⁵⁹⁾ D. KELLER, P. LEERSSEN, *Facts and Where to Find Them: Empirical Research on Internet Platforms and Content Moderation*, in N. PERSILY, J. TUCKER (eds), *Social Media and Democracy: The State of the Field and Prospects for Reform*, Cambridge, 2020, 220-251.

‘shadow bans’, i.e. measures limiting the visibility of certain accounts and/or posts, without disclosing the measure to the affected party. ⁽⁶⁰⁾ Article 17 of the DSA aims at changing this state of affairs, creating new transparency obligations for platforms.

Under Article 17, when platforms impose restrictions, they are obliged to provide a statement of reasons to the affected users. Unlike Article 16, which only requires notice and action mechanisms in relation to illegal content, Article 17 introduces an obligation to state reasons irrespective of whether the legal basis for the restriction is the allegedly illegal nature of the content, or its incompatibility with the terms of service.

The notion of ‘restriction’ for the purposes of Article 17 is broad, encompassing not only take-downs of posts or account suspensions/terminations, but also other types of sanctions, such as deprioritizations (whereby the platform decreases the visibility of certain posts and/or accounts) or demonetizations (whereby the platform prevents a user from receiving economic revenue for his/her content). ⁽⁶¹⁾ As a result, under the DSA, platforms are no longer allowed to adopt measures such as shadow bans, without disclosing them to the affected user. ⁽⁶²⁾

As the rubric of Article 17 suggests, not only does the provision at hand oblige platforms to disclose the fact that a restriction has been adopted; in addition, Article 17 requires the disclosure of additional information, aimed at understanding the content of the measure and the reason why it was adopted. Article 17(3)(a) obliges platforms to specify the territorial scope of the restriction, and its duration. These aspects are important with respect to both illegal

⁽⁶⁰⁾ P. LEERSSEN, *An End to Shadow Banning? Transparency Rights in the Digital Services Act Between Content Moderation and Curation*, in *OSF Preprints* <doi:10.31219/osf.io/7jg45> (last visited 31 December 2022).

⁽⁶¹⁾ S. RANCHORDAS, G. DE GREGORIO, C. GOANTA, *Big Tech War Activism*, in *Verfassungsblog*, 10 March 2022 <<https://verfassungsblog.de/big-tech-war-activism/>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁶²⁾ LEERSSEN (n 60).

content, and content that is incompatible with the terms of service. In the former scenario, a certain piece of content may be qualified as unlawful in a certain legal system, but not in others, and the platform may decide to adopt the restriction only with reference to a specific territory, especially in the case where that content is not also incompatible with the terms of service. In the latter scenario, instead, platforms have an obligation to enforce their terms of service in a diligent, objective and proportionate manner, having due regard to the rights and interests of all parties involved, including the fundamental rights of the service recipients.⁽⁶³⁾ These obligations, in turn, may prevent a platform from imposing a given restriction for an unlimited period of time, without periodically reconsidering it.⁽⁶⁴⁾ In addition, the statement of reasons must include:

- ‘the facts and circumstances relied on in taking the decision, including, where relevant, information on whether the decision was taken pursuant to a notice submitted in accordance with Article 16 or based on voluntary own-initiative investigations and, where strictly necessary, the identity of the notifier;
- where applicable, information on the use made of automated means in taking the decision, including information on whether the decision was taken in respect of content detected or identified using automated means;
- where the decision concerns allegedly illegal content, a reference to the legal ground relied on and explanations as to why the information is considered to be illegal content on that ground;
- where the decision is based on the alleged incompatibility of the

⁽⁶³⁾ Article 14(4) DSA.

⁽⁶⁴⁾ Interestingly, the Oversight Board has found that Meta has a similar obligation to periodically reconsider certain restrictions not under the DSA, but under Meta’s own terms of service, interpreted in light of international human rights law: Oversight Board, 2021-001-FB-FBR, *Former President Trump’s suspension* <<https://www.oversightboard.com/decision/FB-691QAMHJ/>> (last visited 31 December 2022).

information with the terms and conditions of the provider of hosting services, a reference to the contractual ground relied on and explanations as to why the information is considered to be incompatible with that ground;

- clear and user-friendly information on the possibilities for redress available to the recipient of the service in respect of the decision, in particular, where applicable through internal complaint-handling mechanisms, out-of-court dispute settlement and judicial redress.’

By contrast, the DSA does not require such a statement of reasons, in cases where a platform refuses to take moderation measures following an Article 16 notice. On the one hand, the focus on cases where restrictions have been adopted is justifiable. After all, restrictions have a significant impact on the affected users, and it is crucial to have transparency whenever such measures are taken. By contrast, when no measure is adopted, the user does not suffer any restriction of his/her ability to use the platform. Furthermore, platforms would have incurred very high compliance costs, if they would have been obliged to provide a detailed statement of reasons whenever an Article 16 notice has been filed, irrespective of the outcome. On the other hand, as previously illustrated, notice and action mechanisms have progressively emerged as a *de facto* forum where complainants seek the protection of their rights, and the DSA aims at further reinforcing the law enforcement role of these mechanisms. This is not entirely consistent with Article 17’s exclusive focus on situations where a restriction has been imposed: prospective complainants may be discouraged from filing a notice, knowing that platforms have no obligation to provide reasons when they reject the complaint. Considering that the decision to impose no restriction may be taken through entirely automated means, ⁽⁶⁵⁾ the resulting legal framework may have a negative effect

⁽⁶⁵⁾ Article 16(6) DSA.

on the perceived legitimacy and usefulness of notice and action mechanisms.

Turning to the legal basis for restrictions, the DSA draws a sharp distinction between moderation of illegal content, and moderation on the basis of the platform's own contractual terms and conditions. Interestingly, this dichotomy is not entirely consistent with the approach taken by the Oversight Board, which frequently interprets Meta's community standards in light of international human rights law,⁽⁶⁶⁾ rather than simply on the basis of the applicable contract law. In other words, the DSA requires platforms to interpret and apply the terms of service as a contract governed by a given national law, that may vary depending on the place of habitual residence of each user.⁽⁶⁷⁾ Platforms, by contrast, often conceive of their terms of service as a global regulatory instrument, to be interpreted and applied consistently throughout the entire user-base, irrespective of the geographical location of the users. In the future, it will be interesting to see whether the requirements of article Article 17 (and in particular Article 17(3)(e)) will constrain the platforms' ability to adhere to such a global view of their own terms and conditions.

In sum, despite some important limitations, the statement of reasons under Article 17 should provide insights into what the decision amounts to, and why it was taken. This, in and of itself, constitutes an important step forward compared to the current situation, where users are often unaware of the fact that restrictions were adopted, or of the legal grounds on which these restrictions are based. From a dispute resolution perspective, the aggrieved users

⁽⁶⁶⁾ L. GRADONI, *Constitutional Review via Facebook's Oversight Board: How platform governance had its Marbury v Madison*, in *Verfassungsblog*, 10 February 2021 <<https://verfassungsblog.de/fob-marbury-v-madison/>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁶⁷⁾ See in particular, in cases where the user qualifies as a consumer, Article 6 of the Rome I Regulation (n 37).

will be able to use the information contained in the statement of reasons, when seeking redress against a platform's decision.

3.3. Internal complaint handling. – As illustrated in the introduction, content moderation gives rise to an enormous volume of disputes, which courts cannot (and should not) be expected to process. Mindful of this, Article 20 of the DSA requires platforms to put in place an internal complaint-handling system, partially modeled after the Platform-to-Business (P2B) Regulation.⁽⁶⁸⁾ The purpose of internal complaint handling systems is to allow for the management and early-stage resolution of moderation-related disputes, giving platforms an opportunity to review their initial decision, without the need for the complainant to escalate the dispute to the level of ADR or court litigation.⁽⁶⁹⁾

Article 20 requires the platforms' internal complaint handling systems to be accessible both in cases where the platform has taken a moderation measure, and in situations where it has declined to do so upon a notice. Thus, these internal procedures can be commenced both by users that suffered a restriction within the meaning of Article 17(1), and by those who filed an unsuccessful notice pursuant to Article 16.

Article 20 sets forth some basic (and rather vague) guarantees. The system must be available electronically and free of charge for at least six months after the communication of the platform's deci-

⁽⁶⁸⁾ C. BUSCH, *The P2B Regulation (EU) 2019/1150: Towards a 'Procedural Turn' in EU Platform Regulation?*, in 9 *Journal of European Consumer and Market Law* 133-134 (2020), with reference to Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services.

⁽⁶⁹⁾ T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *'Decoding' platform power: regulating stratified infrastructure*, in 24(1) *Network Industries Quarterly* 12-16 (2021).

sion. ⁽⁷⁰⁾ While Article 20 requires the system to be ‘easy to access’ and ‘user-friendly’, no real procedural standardization is required by the DSA in this respect: the platforms remain largely free to decide how to organize their complaint-handling systems. Whatever the shape of these systems may be, pursuant to Article 20(4), complaints must be handled in a ‘timely, non-discriminatory, diligent and non-arbitrary manner’, and platforms must promptly reverse their original decision whenever a complaint contains sufficient grounds to warrant such reversal. These basic guarantees are similar, but not identical to the corresponding provision of the P2B Regulation, with reference to the internal handling of complaints filed by online traders against e-commerce and other intermediation platforms. ⁽⁷¹⁾ Under Article 11(1) of the P2B Regulation, the internal complaint handling mechanisms of intermediation service providers (e.g. e-commerce platforms) must be based on the principles of transparency and ‘equal treatment applied to equivalent situations’, and must treat complaints in a manner which is proportionate to their importance and complexity. In other words, the P2B Regulation suggests that not all complaints are ‘born equal’, and that a platform should balance the resources it devotes to each complaint, depending on the nature and characteristics of it. The absence of a comparable rule in Article 20 of the DSA raises more questions than it answers. In the field of content moderation, complaints probably differ in importance and complexity even more than in the case of P2B relations. More specifically, under the DSA, complaints may relate to either content that is outright illegal, or content that runs counter to the terms of service. Furthermore, complaints may concern a wide

⁽⁷⁰⁾ The communication at hand will be given pursuant to Article 16(5), in cases where a platform refuses to adopt moderation measures after a complainant filed a notice, or pursuant to Article 17, in cases where the platform imposed a restriction and stated the reasons therefor.

⁽⁷¹⁾ M. CAN PEHLIVANOGLU, *Internal Complaint-Handling Systems of Online Platforms, Commercial Law and the Board of Directors’ Duty of Care*, in 14(2) *John Marshall Law Journal* 168-187 (2021).

range of moderation measures of varying intensity, as well as the platform's refusal to adopt any measure at all. Thus, it would have been justifiable for the EU lawmakers to mirror the text of Article 11 of the P2B Regulation more closely, acknowledging the (likely unavoidable) reality that a certain priority between different types of complaints does exist. Nevertheless, the requirement to handle complaints in a non-discriminatory, diligent and non-arbitrary manner should afford some protection against unjustifiable inconsistencies in the treatment of different categories of moderation-related complaints.

Article 20 provides little guidance in the way of institutional design: platforms are free to structure their internal complaint handling mechanisms in any way they deem fit, as long as the decision-making is not entirely automated, and decisions are made 'under the supervision of appropriately qualified staff'.⁽⁷²⁾ Unlike notice-and-action mechanisms, internal complaint handling systems are not expressly mentioned in Article 44 of the DSA; platforms, thus, are not directly encouraged to pursue standardization of their complaint handling systems.⁽⁷³⁾ Considering the pivotal role that predictability and procedural standardization play in the success of ADR procedures,⁽⁷⁴⁾

⁽⁷²⁾ Article 20(6) DSA.

⁽⁷³⁾ Meta, however, took some spontaneous steps in this direction: as noted by L. GRADONI, *Twitter Complaint Hotline Operator: Will Twitter join Meta's Oversight Board?*, in *Verfassungsblog*, <<https://verfassungsblog.de/musk-ob/>> (last visited 31 December 2022), the trust agreement underlying the Oversight Board provides that further parties (i.e. other platforms wishing to use the Board's services) can transfer property to the Corporate Trustee: Oversight Board Trust Agreement, 16 October 2019, Sections 1.2 and 2.1 <<https://about.fb.com/wp-content/uploads/2020/10/Oversight-Board-Third-Deed-of-Amendment-Fully-Executed-with-Conformed-Trust11.pdf>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁷⁴⁾ The experience of international arbitration, for instance, demonstrates that the success of an alternative dispute resolution mechanism hinges (among other factors) on the availability of a predictable procedure, which remains comparable across different service providers: STONE SWEET and GRISEL (n 54).

this lack of express references to internal complaint handling in Article 44 is a missed opportunity.

In practice, internal complaint handling systems will typically consist of human moderators, reviewing complaints and issuing a reasoned decision ⁽⁷⁵⁾ as to whether to reverse the original outcome or not. The task of these moderators is not easy: the analysis required of them, to determine whether content is illegal or incompatible with the platform's terms of service, is eminently legal, and requires knowledge of different national laws. It remains to be seen to what degree of accuracy such a task can be discharged in practice, and what 'appropriate qualification' of the supervising staff will amount to. ⁽⁷⁶⁾

An interesting question is whether the Oversight Board qualifies as part of Meta's internal complaint handling system. At first sight, several features of the Board seem difficult to reconcile with Article 20. Strikingly, the Board is not 'internal' to Meta; to the contrary, Meta set up a trust and a limited liability company, precisely for the purposes of guaranteeing a certain degree of isolation between itself and the Board. ⁽⁷⁷⁾ To be sure, a legal separation also exists in cases where complaints are not handled directly by Meta employees, but by external contractors providing content moderation services to the platform. However, there is a difference between these two situations: while Meta endorses the decisions of external contractors providing content moderation services, making those decisions

⁽⁷⁵⁾ Article 20(5) DSA.

⁽⁷⁶⁾ In the case of lawful content that is against the platforms' terms of service, platforms support moderators by providing them with extensive casuistic guidelines, explaining how the terms of service must be applied in a wide range of practical scenarios: see, with reference to Meta's internal implementation standards, A. MARANTZ, *Why Facebook Can't Fix Itself*, in *The New Yorker*, 19 October 2020 <<https://www.newyorker.com/magazine/2020/10/19/why-facebook-cant-fix-itself>> (last visited 31 December 2022). Developing the same guidance with respect to illegal content may possibly be more challenging for platforms, considering that the boundaries of legality differ across different legal systems.

⁽⁷⁷⁾ KLONICK (n 20) 2481-2486.

its own, the same does not hold true for the decisions of the Oversight Board. Meta does not adopt the Board's decision as its own; in fact, Article 4 of the Oversight Board Charter ⁽⁷⁸⁾ expressly qualifies the Board's decisions as distinct from those of Meta, and it would not be accurate to describe the Board's decision-making as happening inside Meta. On the basis of these factors, it has been suggested ⁽⁷⁹⁾ that the Oversight Board does not form part of Meta's internal complaint handling system ⁽⁸⁰⁾ but qualifies as one of the 'other available possibilities for redress' mentioned in Article 20(5). Such a conclusion is consistent with the nature of the Oversight Board, which is difficult to reconcile with the type of complaint handling system that Article 20 envisages. However, excluding the Oversight Board from the purview of Article 20 may occasionally lead to counter-intuitive results. Namely, in the case where the Oversight Board would revert a moderation measure taken by Meta through entirely automatic means, and Meta would implement the Board's decision without any further possibility of internal complaint, Meta would be violating Article 20(6) of the DSA for having failed to provide an internal complaint handling system not exclusively based on automated decision-making. By contrast, were the same decision made by a human moderator (instead of the Oversight Board), Meta would not violate Article 20(6), despite the fact that a moderator would likely provide less due process guarantees than the Board, and a lower quality of legal decision-making.

⁽⁷⁸⁾ Oversight Board Charter <https://about.fb.com/wp-content/uploads/2019/09/oversight_board_charter.pdf> (last visited 31 December 2022)).

⁽⁷⁹⁾ GRADONI, *Twitter Complaint Hotline Operator* (n 73).

⁽⁸⁰⁾ Nor does it qualify as an Article 21 out-of-court dispute settlement mechanism, given its lack of financial independence from Meta, which would probably preclude the possibility of certification, even assuming that the Oversight Board would be theoretically interested in establishing itself in a Member State and seeking such certification. On out-of-court dispute settlement mechanisms see below, sub-section 4.1.

Furthermore, were the Oversight Board not to qualify as part of Meta's complaint handling system, there would be no chronological coordination between the filing of a complaint to the Board and the commencement of out-of-court dispute resolution proceedings under Article 21, so that the two procedures could be conducted in parallel, leading to potentially conflicting outcomes. Thus, arguments of systemic coherence seem to speak in favour of the inclusion of the Oversight Board within the scope of Article 20. Ultimately, it will be up to the CJEU to provide guidance on the interpretation of Article 20, and the type of complaint handling systems that fall within its scope.

Under Article 20(5) of the DSA, once a reasoned decision has been made, platforms must inform the complainants about it, and about the possibility of out-of-court dispute settlement provided for in Article 21, as well as other available possibilities for redress. This latter residual category encompasses any additional dispute resolution avenue that may be available to the aggrieved parties outside of the platform, as the following section will discuss.

4. Dispute Resolution Outside of Platforms. – The need to manage a very large volume of moderation-related disputes exists not only within platforms, but also outside of them. The DSA does not affect the possibility of court litigation: any interested party has the possibility to seize a competent court to seek either the reversal of a restriction imposed by a platform, or a restriction (e.g. the removal of content) which a platform refused to impose. In fact, the DSA specifies that the out-of-court dispute settlement mechanisms regulated in Article 21 (which will be discussed in further detail below, in sub-section 4.1) do not affect the right of the service recipient to contest internal complaint handling decisions in court. Nevertheless, although practice confirms that aggrieved parties do sometimes

make use of these possibilities, ⁽⁸¹⁾ courts cannot be expected to deal with all moderation-related disputes that platforms failed to handle internally. Furthermore, court litigation is often perceived as inaccessible by many prospective plaintiffs, both because of its costs and because of its complexity and duration, ⁽⁸²⁾ which may well be seen as disproportionate for many moderation-related cases. In order to guarantee access to justice, thus, it is necessary to provide affected parties with cost-effective and reasonably fast alternatives, as the experience of high-volume ODR has been showing for over two decades now. ⁽⁸³⁾ Mindful of the need to ensure access to justice, thus, the DSA introduces a system of out-of-court dispute settlement, which will be discussed in the next sub-section, before turning to moderation-related court litigation (sub-section 4.2).

⁽⁸¹⁾ See for instance, with reference to the case where platforms have imposed restrictions, the cases commenced by two Italian far-right political organizations against Facebook, to obtain the reactivation of their accounts: *Trib. Roma, Sez. Impresa*, 12 December 2019, No. 59264, e *Trib. Roma, Sez. diritti della persona e immigrazione civile*, 23 February 2020, No. 64894 del 2019. See, for a comment on these interim relief decisions, I.M. LO PRESTI, *CasaPound, Forza Nuova e Facebook. Considerazioni a margine delle recenti ordinanze cautelari e questioni aperte circa la relazione tra partiti politici e social network*, in 2 *Forum di Quaderni Costituzionali* (2020) <<https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2020/07/52-Lo-Presti-FQC-2-20.pdf>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁸²⁾ The cost-opportunity analysis inducing many prospective litigants not to initiate proceedings is often labelled as ‘rational apathy’: see e.g. S. KESKE, A. RENDA, R. VAN DEN BERGH, *Financing and Group Litigation*, in M. TUIL, L. VISSCHER (eds), *New Trends of Financing Civil Litigation in Europe: A Legal, Empirical, and Economic Analysis*, Cheltenham, 57-91, 2010. The idea of rationally apathetic parties builds upon the ideas first developed with reference to democratic political action by A. DOWNS, *An Economic Theory of Political Action in a Democracy*, in 65(2) *Journal of Political Economy* 135-150 (1957).

⁽⁸³⁾ T. SCHULTZ, *Online dispute resolution (ODR): résolution des litiges et Ius Numericum*, in 48 *Revue Interdisciplinaire d’Études Juridiques* 153-203 (2002).

4.1. *Out-of-court Dispute Settlement.* – Article 21 of the DSA foresees the possibility for service recipients (including those that submitted notices) to access out-of-court dispute settlement mechanisms, where the content moderation decisions made by platforms can be reviewed. ⁽⁸⁴⁾ In a similar vein, the European lawmakers have already attempted to meet the dispute resolution needs of consumers, by encouraging alternative dispute resolution with the ADR Directive ⁽⁸⁵⁾ and the ODR Regulation. ⁽⁸⁶⁾ Article 21 of the DSA, in particular, enables the Digital Services Coordinators of each Member State to certify dispute settlement bodies established on their territory (according to a procedure that only partially resembles Article 20 of the ADR Directive). Article 21(3) of the DSA contains a rather skeletal list of requirements that ADR bodies must comply with, in order to obtain certification: the list refers to, *inter alia*, independence and impartiality, expertise, remuneration, accessibility, procedural efficiency, transparency and procedural fairness. However, the provision fails to mirror (or, at least, draw detailed inspiration from) the more comprehensive requirements that the ADR Directive sets forth for ADR entities dealing with business-to-consumer (B2C) conflicts. Although the ADR Directive focuses on e-commerce rather than content moderation ⁽⁸⁷⁾ many of the requirements contained in Chapter II of the Directive (concerning e.g. independence, transparency and fairness) would have helped clarify the minimum features of dispute settlement

⁽⁸⁴⁾ A similar provision is included in the Proposal for a Data Act, with reference to the determination of fair, reasonable and non-discriminatory terms for and the transparent manner of making data available: see Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on harmonised rules on fair access to and use of data (Data Act), COM/2022/68 final, Article 10.

⁽⁸⁵⁾ Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes.

⁽⁸⁶⁾ Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes.

⁽⁸⁷⁾ Article 1 ADR Directive.

bodies under Article 21(3) of the DSA. Such a lack of coordination between different ADR regimes is a missed opportunity, and is likely to negatively affect the chances of success for Internet-related ADR procedures in Europe: for many aggrieved parties, navigating parallel dispute resolution regimes with different structures and diverging minimum standards might prove confusing, if not outright disheartening. For ADR institutions themselves, being subject to different certification procedures with different requirements may constitute a deterrent, discouraging smaller entities with limited resources from seeking certification at all.

Of the different requirements that Article 21(3) cursorily mentions, expertise is particularly likely to raise doubts. Under the DSA, dispute settlement bodies can deal with disputes concerning both allegedly unlawful content, and content that is lawful but incompatible with the platform's terms and conditions. Since these two categories require different types of expertise, Article 21(3)(b) makes a distinction, demanding that the bodies seeking certification demonstrate 'the necessary expertise in relation to the issues arising in one or more particular areas of illegal content, or in relation to the application and enforcement of terms and conditions of one or more types of online platform'. In practice, both types of expertise may not be easy to demonstrate and assess. In the case of illegal content, the definition of Article 3(h) is vague, and the body seeking certification may find it challenging to define the purview of its expertise in a way that is specific enough as to be credible, but also broad enough as to attract a non-negligible case-load. In the case of lawful content, Article 21(2)(b) provides even less guidance, begging the question of what type of body (independent from any platform) may possess expertise concerning the application and enforcement of the terms of service of specific platforms. The risk is that very few bodies will seek certification in this field, or that digital services coordinators will be faced with the dilemma of either 'diluting' the requirement of the second limb of Article 21(2)(b), or frequently declining certification.

Once certified under the DSA, dispute settlement bodies can offer services to all parties seeking redress against a platform decision, i.e. not only users at the receiving end of a content moderation measure, but also parties that have filed an unsuccessful notice under Article 16 and users that were unable to obtain redress through a platform's internal complaint handling mechanisms. Furthermore, platforms are obliged to provide clear and user-friendly information about the possibility to access these bodies, so as to encourage users to pursue out-of-court dispute settlement.⁽⁸⁸⁾ The cost structure of these out-of-court dispute settlement procedures is meant to work as an additional incentive for complainants: under Article 21(5), dispute settlement must be available to the users free of charge, or at a nominal fee. In addition, the DSA provides for a largely unilateral 'costs follow the event' rule, which can be invoked against platforms but (typically) not against users. More specifically, whenever the body resolves the dispute in favor of a user, the platform must reimburse the fees and 'any other reasonable expenses' incurred by the user.⁽⁸⁹⁾ By contrast, when the user's complaint is rejected, the user is not obliged to reimburse any fees or expenses to the platform, unless the out-of-court dispute settlement body finds that that user manifestly acted in bad faith.⁽⁹⁰⁾

Despite the ambition of Article 21, it is doubtful whether the DSA will succeed in creating a large-scale European market for moderation-related ODR. The experience of the European ODR Portal⁽⁹¹⁾ demonstrates that alternative dispute resolution risks

⁽⁸⁸⁾ Article 21(1) DSA.

⁽⁸⁹⁾ Article 21(5) DSA.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁹¹⁾ European Commission, *Online Dispute Resolution: Reports and Statistics* <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> (last visited 31 December 2022).

becoming a paper tiger,⁽⁹²⁾ if the traders (or, in the case of content moderation, the platforms) have no incentive to participate in the dispute resolution procedure and comply with its outcome. From this point of view, the original DSA proposal was bold: platforms would be bound by the decisions taken by the certified bodies.⁽⁹³⁾ Binding decisions would have rendered out-of-court dispute settlement attractive for complainants: any certified body would have had the power to force platform to reverse their decisions, and complainants could have chosen the body offering the best prospects for reversal, out of any certified body having expertise on the subject-matter of the dispute.⁽⁹⁴⁾ This, in turn, would have entailed interesting but also delicate consequences. On the one hand, the binding nature of out-of-court decisions would have likely acted as a catalyst for the development of ODR in Europe. On the other hand, since dispute settlement bodies may charge a ‘nominal fee’ at most, their long-term financial sustainability hinges on the amount of cases they receive, and competing bodies have an incentive to appear attractive to complainants. One way for a body to boost its attractiveness on the market is to develop a reputation for a relatively high rate of reversal of platforms’ decisions.⁽⁹⁵⁾ This type of

⁽⁹²⁾ M. KNIGGE, C. PAVILLON, *The legality requirement of the ADR Directive: just another paper tiger?*, in 4 *Journal of European Consumer and Market Law* 155-163, (2016).

⁽⁹³⁾ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC, COM/2020/825 final, Article 18(1).

⁽⁹⁴⁾ See, on the risk of forum shopping in this context, D. KELLER, *The EU’s new Digital Services Act and the Rest of the World*, in *Verfassungsblog*, 7 November 2022 <<https://verfassungsblog.de/dsa-rest-of-world/>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁹⁵⁾ Interestingly, a specular criticism has been voiced against US consumer arbitration. In that context, authors have debated whether consumer arbitration bodies have an incentive to favor ‘repeat players’, i.e. companies, over consumers, since the companies are the ones that will use consumer arbitration in the future, generating more business for the arbitration bodies: see *ex plurimis* D. HORTON, A. CANN CHANDRASEKHER, *After the Revolution: An Empirical Study of Con-*

incentive, coupled with binding outcomes, would have placed platforms in a delicate situation, and could have potentially marginalized the role of national courts in this field.⁽⁹⁶⁾

The final text of the DSA is, from this point of view, much less demanding: the outcome of out-of-court dispute settlement is not binding, so that dispute settlement bodies cannot strong-arm platforms into reversing their moderation decisions. Apart from informing users about the possibility of out-of-court dispute settlement, platforms only have a general obligation to engage in good faith in the procedure, but have no obligation to comply with the outcome.⁽⁹⁷⁾ This, however, does not automatically make out-of-court dispute settlement under the DSA ineffective. The cost structure of these procedures remains attractive for users when compared with court litigation, and platforms have a transparency obligation to disclose ‘the share of disputes where the provider of the online platform implemented the decision of the body’.⁽⁹⁸⁾ Furthermore, compliance with the outcome of these out-of-court procedures may become part of the risk mitigation measures of very large online platforms (VLOPs) under Article 35 of the DSA. These elements distinguish content moderation from e-commerce: while e-commerce is characterized by a multitude of traders (which often

sumer Arbitration, in 104(1) *Georgetown Law Journal* 57-124 (2015); C. MENKEL-MEADOW, *Do the Haves Come Out Ahead in Alternative Judicial Systems: Repeat Players in ADR*, in 15(1) *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 19-62 (1999). If out-of-court dispute settlement under the DSA would have been binding, the situation would have been, to a certain extent, the opposite: since platforms always ‘play defence’ in this type of proceedings (thus never choosing the dispute settlement body), the users as a whole could have been seen as a collective repeat player, seeking the reversal of platforms’ decisions.

⁽⁹⁶⁾ D. HOLZNAGEL, *The Digital Services Act wants you to ‘sue’ Facebook over content decisions in private de facto courts*, in *Verfassungsblog*, 24 June 2021 <<https://verfassungsblog.de/dsa-art-18/>> (last visited 31 December 2022).

⁽⁹⁷⁾ Article 21(2) DSA.

⁽⁹⁸⁾ Article 24(1)(a) DSA.

have little incentive to commit to use ADR),⁽⁹⁹⁾ social media platforms are few in number and cannot systematically ignore ADR outcomes (although they may decline to implement specific outcomes on an individual basis, under Article 21(2) of the DSA).

In sum, even if out-of-court dispute settlement has been significantly watered down (compared to the original proposal of the Commission), the overall framework of the DSA does recognize a meaningful role for these procedures. Ultimately, the future impact of out-of-court procedures in the resolution of moderation-related disputes will depend on what type of bodies will obtain certification, and what the purview of their expertise will be.

4.2. Beyond the DSA: Court Litigation. – As already mentioned, none of the dispute resolution avenues discussed so far precludes the possibility for the users to commence court litigation. In this respect, a basic distinction must be drawn before cases where the plaintiff seeks the reversal of a restriction imposed by a platform (e.g. the suspension of the plaintiff's account or any other restriction listed in Article 17(1) of the DSA), and cases where the plaintiff seeks the imposition of a restriction which the platform refused to adopt (e.g. following an Article 16 notice). These two scenarios call for different analyses, to be carried out under national civil procedure and the EU procedural law *acquis*. Despite the fact that litigation involving very large platforms will often be cross-border in nature, the DSA (unlike the GDPR)⁽¹⁰⁰⁾ does not enshrine any special jurisdictional rule,⁽¹⁰¹⁾ so that claimants will need

⁽⁹⁹⁾ Article 13(1) ADR Directive and Article 9(3)(c) ODR Regulation.

⁽¹⁰⁰⁾ I. REVOLIDIS, *Judicial Jurisdiction over Internet Privacy Violations and the GDPR: A Case of Privacy Tourism*, in *11(1) Masaryk University Journal of Law and Technology* 7-38 (2017).

⁽¹⁰¹⁾ Articles 9 and 10 of the DSA concern certain forms of cooperation between platforms and judicial authorities, but do not regulate the procedures

to resort to the Brussels I *bis* Regulation⁽¹⁰²⁾ to establish jurisdiction before an EU Member State court. Whilst a detailed analysis of the procedural aspects of this type of litigation would go beyond the scope of this article, a few practical examples on jurisdictional problems can usefully illustrate the challenges and open questions concerning the interplay between content moderation and the legal framework of civil litigation.

In cases where the plaintiff seeks the reversal of a restriction imposed by a platform, the cause of action will typically be contractual in nature: in essence, the plaintiff is seeking to exert his/her rights under the platform's terms of service. Whenever the plaintiff qualifies as a consumer, he/she will have the choice to commence litigation either in the courts of the Member State where he/she is domiciled, or in the courts of the Member State where the platform/defendant is domiciled.⁽¹⁰³⁾ When the plaintiff does not qualify as a consumer,⁽¹⁰⁴⁾ a similar allocation of jurisdiction will be reached through Article 4 (conferring jurisdiction to the courts of the place where the platform is domiciled) and Article 7(1)(b) of the Brussels I *bis* Regulation (referring to the courts for the place of provision of services).

More delicate problems arise in cases where the plaintiff seeks a restriction (e.g. the removal of content) which the platform refused to adopt. In this context, a further distinction must be made between cases where the plaintiff alleges the illegality of content, and

whereby plaintiffs can obtain the orders that these two Articles refer to, nor do they allocate jurisdiction in these cases.

⁽¹⁰²⁾ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

⁽¹⁰³⁾ Article 18(1) Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast), hereinafter 'Brussels I *bis* Regulation'.

⁽¹⁰⁴⁾ Case C-498/16, *Maximilian Schrems v Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37, paras 42-49.

cases where the plaintiff claims that the content runs counter to the platform's terms and conditions. In the former case, the plaintiff may for instance seek the removal of a certain piece of content that is allegedly defamatory, or otherwise infringing his/her personality rights. In this type of tortious case, the case-law of the CJEU offers some guidance on point of jurisdiction: the plaintiff seeking the removal of the content will be able to choose between the courts where the respondent is domiciled⁽¹⁰⁵⁾ and the courts of the place where the plaintiff has his/her center of interests,⁽¹⁰⁶⁾ which qualifies as the place where the harmful event occurred.⁽¹⁰⁷⁾

By contrast, the analysis briefly sketched above does not apply where the plaintiff claims that the content is not unlawful, but runs counter to the platform's terms and conditions. In this case, the claim is not tortious in nature: the plaintiff is essentially bringing a subrogation claim, seeking the enforcement of a contract between the platform and a third party. At first sight, this scenario may come across as unlikely, and one may wonder on what grounds a plaintiff would have standing to bring such a claim, concerning a contract he/she is not privy to. In practice, however, these types of cases do exist: for instance, one of the disputes currently pending before the Oversight Board concerns a complaint filed by the UK law enforcement authorities against an Instagram post that, by admission of the UK authorities themselves, is not illegal, but alleged-

⁽¹⁰⁵⁾ Article 4 Brussels I *bis* Regulation.

⁽¹⁰⁶⁾ The notion of center of interests was first developed by the CJEU with reference to internet-based torts in joined cases C-509/09 and C-161/10, *eDate Advertising GmbH and Others v X and Société MGN LIMITED*, ECLI:EU:C:2011:685.

⁽¹⁰⁷⁾ Article 7(2) Brussels I *bis* Regulation, as interpreted by the Court of Justice in case C-194/16, *Bolagsupplysningen v. Svensk Handel*, ECLI:EU:C:2017:766 and case C-251/20, *Gtflix Tv v. DR*, ECLI:EU:C:2021:1036. Importantly, on the basis of *Gtflix* and *eDate* (n 106) in cases where the plaintiff would seek compensation rather than removal of the content, jurisdiction would also lie with the courts of any Member State where the content was accessible, with reference to the portion of damages that the plaintiff suffered in each particular Member State.

ly runs counter to Instagram's terms of service.⁽¹⁰⁸⁾ Irrespective of whether this claim is brought by a public authority or a private person, it is to be qualified as civil or commercial for jurisdictional purposes.⁽¹⁰⁹⁾ From the point of view of procedural law, these cases constitute largely uncharted territory. For instance, depending on the *lex fori*, it may be impossible for the plaintiff to bring the case against the platform, without the joinder of the third party that posted the content. This, in turn, may make it necessary to litigate the case in the courts for the place where that third party is domiciled. This example, among many, illustrates the occasional difficulties of reconciling the legal framework of civil litigation with the logic of the DSA: whilst Articles 20 and 21 of the DSA create dispute resolution avenues that remain the same, irrespective of whether the content may be illegal or incompatible with the platform's terms of service, the viability of a civil lawsuit on the same matters will change significantly, depending on the legal grounds for the moderation measure and, consequently, the nature of the cause of action.

Finally, it is necessary to consider the situation where the cause of action is a violation of the DSA itself (e.g. a platform's failure to provide an internal complaint handling system not entirely based on automated decision-making). Whenever a user alleges an infringement of the DSA, Article 54 expressly enshrines the right to compensation for any damage or loss resulting from that infringement.⁽¹¹⁰⁾ The DSA, thus, conceives of litigation as a channel of

⁽¹⁰⁸⁾ Oversight Board, Case 2022-007-IG-MR (UK drill music) <<https://www.oversightboard.com/news/385467560358270-oversight-board-announces-new-cases-and-review-of-meta-s-covid-19-misinformation-policies/>> (last visited 31 December 2022).

⁽¹⁰⁹⁾ Case C-49/12, *The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs v Sunico ApS and Others*, ECLI:EU:C:2013:545.

⁽¹¹⁰⁾ The user will also have the possibility to lodge a complaint with the competent digital services coordinator, under Article 53, alleging a violation of the DSA.

‘private enforcement’⁽¹¹¹⁾ of the DSA, complementary to the public enforcement pursued by the Digital Services Coordinators and the Commission. Nevertheless, court litigation will often remain inaccessible in practice for many of those affected by DSA violations, and the costs and duration of proceedings will vary dramatically across the Area of Freedom, Security and Justice.⁽¹¹²⁾ These factual obstacles often preclude effective access to justice, especially for marginalized groups and impecunious litigants. Thus, the question arises whether collective redress may have the potential of bridging the access to justice gap. After all, many DSA violations are likely to affect multiple users, and collective redress may help these users vindicate their rights. From this point of view, the DSA introduces two important innovations. First, Article 90 amends Annex I to the Collective Redress Directive,⁽¹¹³⁾ thus enhancing the possibility (already existing in some Member States)⁽¹¹⁴⁾ of class actions for content moderation disputes. Second, Article 86 expressly enables recipients of intermediary services to mandate a representative body to exercise their rights on their behalf. In practice, it remains to be seen to what extent collective redress procedures will be commenced in different Member States, in case of violations of the

⁽¹¹¹⁾ The idea of private litigation as a means of enforcement of substantive law is far from new in EU law: violations of EU competition law often give rise to compensation claims and, in a similar vein, Article 82 of the General Data Protection Regulation (Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data) enshrines a right to compensation for material and non-material damages resulting from violations of the Regulation.

⁽¹¹²⁾ European Commission, *EU Justice Scoreboard* <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en> (last visited 31 December 2022).

⁽¹¹³⁾ Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers.

⁽¹¹⁴⁾ See e.g. in the Netherlands, Amsterdam District Court, JBP 2022/40, ECLI:NL:RBAMS:2022:557.

DSA by platforms. The Collective Redress Directive falls short of providing a comprehensive harmonized regime for class actions in Europe, and doubts have been cast as to the practical impact of this instrument in legal system having little prior collective redress experience, and no political willingness to implement the Directive in a way that effectively enhances the impact of this type of procedure. ⁽¹¹⁵⁾

5. *Conclusions.* – The rise of social media platforms raises fundamental and very delicate questions about the limits of free speech on the Internet. In responding to this challenge, the DSA shies away from setting forth any new bright-line substantive rules on the boundaries of online speech. Instead, the DSA adopts a ‘procedure before substance’ approach, creating new dispute resolution avenues to manage conflicts revolving around the moderation of online content. These conflicts are multifaceted in nature: next to bilateral platform-to-user cases (where an aggrieved user disagrees with a platform’s decision), many scenarios exist where content (and its moderation) affects the position of third parties, and competing legal claims and entitlements must be balanced against each other. This article has provided an overview of the relevant provisions of the DSA and their role in the resolution of moderation-related disputes, with a particular focus on social media platforms.

From a procedural standpoint, the DSA brings about important procedural innovations, concerning both dispute resolution within platforms, and outside of them. However, blind spots and incon-

⁽¹¹⁵⁾ D. FAIRGRIEVE, R. SALIM, *Collective Redress in Europe: Moving Forward or Treading Water?*, in 71(2) *International and Comparative Law Quarterly* 465-479, (2022); F. GASCÓN INCHAUSTI, *A new European way to collective redress? Representative actions under Directive 2020/1828 of 25 November*, in 2 *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union* 61 (2021); A. BIARD, S. VOET, *Collective Redress in the EU: Will It Finally Come True?*, in A. UZELAC, S. VOET (eds), *Class Actions in Europe: Holy Grail or a Wrong Trail?*, Berlin, 2021, 287-299.

sistencies do exist, and some of the new provisions (e.g. concerning out-of-court dispute settlement) may prove too vague to have a tangible impact. Furthermore, the coordination between the DSA and court litigation may sometimes be challenging, especially considering that the former delegates the regulation of moderation-related litigation to national lawmakers and to the existing EU procedural law *acquis*, whose basic architecture dates back to the pre-Internet era.

Looking at the allocation of powers across these different dispute-management and dispute-resolution avenues, the DSA entails a certain expectation that platforms (especially very large ones) will contribute to law enforcement in Europe, and will apply legal standards when engaging in decision-making (concerning e.g., whether content is illegal, or incompatible with the platform's own terms and conditions). However, many questions remain open. At the moment, it is unclear to what extent the procedural innovations of the DSA can provide predictability and legal certainty concerning online freedom of expression, in the absence of any major harmonization of the substantive law applicable in this very broad and porous area. In the 1989 drama *Field of Dreams*, a mysterious voice whispers to Kevin Costner, 'If you build it, they will come'. The DSA has built (or, at least, enhanced) a procedural framework for content moderation disputes, offering a host of new avenues of dispute management and resolution. Will legal certainty follow? Only time will tell.

Abstract

Online content on social media platforms gives rise to a wide range of disputes. Content moderation can thus be understood as a form of online dispute resolution, whereby the platforms often balance legal entitlements against each other. This article looks at content moderation through the lens of procedural law, providing an overview of

the different dispute resolution avenues under the Digital Services Act (DSA). First, the article sets the scene by describing the overall architecture of the DSA. Against this background, specific provisions are scrutinized, dealing with notice and action mechanisms, statement of reasons, internal complaint handling, and out-of-court dispute settlement. Furthermore, the article considers the interplay between the DSA and the European regime of cross-border litigation. Finally, some general conclusions are drawn regarding the DSA'S 'procedure before substance' regulatory approach.

CONCILIAZIONE E ARBITRATO.
CONTAMINAZIONI (*)

*Antonio Briguglio (**)*

SOMMARIO: 1. Nuovamente su conciliazione e arbitrato: la contaminazione. – 2. Quanto vi è di conciliativo nella decisione arbitrale. – 3. Che senso ha una Convenzione che approccia la transazione internazionale da conciliazione come se fosse un lodo arbitrale?

1. Nuovamente su conciliazione e arbitrato: la contaminazione. – Contribuendo, con un articolo dal titolo «Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell’arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi» ⁽¹⁾, al varo della nuova lodevolissima e benvenuta Rivista ‘*Giustizia consensuale*’, mi sono occupato di alcune interazioni teoriche e pratiche fra i due principali e ben diversi metodi di ADR, ed in particolare dell’esercizio delle funzioni conciliative in corso di arbitrato o ad esso prodromico.

Nella presente breve relazione – che trova posto nel congresso dedicato alla presentazione ufficiale della *Rivista* – intendo tornare nella medesima zona di riflessione, ma in prospettiva diversa, occu-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 575-586. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo, già pubblicato in *Judicium*, riproduce il testo della relazione tenuta al Convegno di presentazione della *Rivista*, organizzato presso l’Università di Trento il 10 giugno 2022.

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

⁽¹⁾ Pubblicato in questa *Rivista*, 2021, 41-65.

pandomi di due fra loro inversi profili di *contaminazione* fra conciliazione e arbitrato.

2. *Quanto vi è di conciliativo nella decisione arbitrare.* – Il primo profilo corrisponde alla risposta – prevalentemente propria della sociologia ma non aliena da risvolti tecnico-giuridici – alla seguente domanda: quanto vi è di ‘*conciliativo*’ nell’arbitrato, o meglio nella decisione arbitrare, che per forza di cose non vi è e non può esservi nel giudizio statale?

Nel rispondere non intendo discorrere della patologia, del fatto cioè che per costume spesso gli arbitri esagerano nello *stalking* conciliativo o nel perseguire a tutti costi soluzioni cerchiobottiste nella sostanza transattive già e proprio quanto ai capi del dispositivo, e cioè all’allocazione dei beni della vita (ci si chiede troppo spesso, e se lo chiede a volte perfino l’arbitro unico, ‘quale sarebbe un’equa transazione che immaginerei da avvocato riguardo a questa controversia?’, e poi si prova ad utilizzare l’idea raggiunta quale letto di Procuste per il lodo). In tal modo il dispositivo è fin troppo ed inappropriatamente ‘pre-compreso’ e ‘pre-assunto’, e non invece, come dovrebbe essere anche in arbitrato, il frutto finale dell’argomentazione in fatto e in diritto, e la motivazione corre il rischio di essere sghemba, ma tant’è: il regime impugnatorio del lodo è in proposito sufficientemente protettivo.

Questa però è – ripeto – patologia, quasi sempre veniale e per così dire a fin di bene (entro certi limiti), ma patologia. Ho avuto occasione di occuparmene nel precedente articolo e non intendo tornarci sopra.

Piuttosto vi è che nelle situazioni del tutto fisiologiche, quando il lodo risulta, come dovrebbe essere, davvero una decisione *tranchante* raggiunta attraverso un percorso argomentativo in fatto e in diritto e corrispondente, nell’effettiva *intentio* dei decisori, alla giustizia, secondo diritto o equità, del caso concreto, la differenza fra arbitro e giudice rimane ovviamente notevole, ed una componente

di tale differenza – di là dagli aspetti puramente estrinseci o anche ordinamentali ed istituzionali – mi pare essere rappresentata da una intrinseca componente – o se si vuole appunto fisiologica contaminazione – ‘conciliativa’ o ‘para-conciliativa’ del giudizio arbitrale.

Il che tuttavia si riscontra con evidenza non già se confrontiamo una decisione di arbitro unico ed una decisione di giudice monocratico, perché allora la differenza non c’è od è solo estrinseca, e la componente ‘conciliativa’ se c’è è del tipo patologico che ho segnalato in apertura.

Si tratta invece di confrontare il giudizio di un collegio arbitrale ed il giudizio di un collegio di giudici. Qui vi è anzitutto una differenza pragmatica evidentissima sulla quale si innesta la fisiologica componente ‘conciliativa’ o ‘para-conciliativa’:

– in un collegio di giudici l’attività istruttoria è di regola delegata ad uno di essi (e non solo in Italia); anche in un collegio di arbitri in teoria potrebbe esserlo se così dicono le regole che le parti hanno assegnato agli arbitri o che gli arbitri, nel silenzio delle parti, si sono assegnati *in limine litis*, ovvero le disposizioni del regolamento arbitrale che le parti hanno richiamato nella convenzione arbitrale, ma è molto raro che in concreto si scelga questo *modus procedendi* anche se previsto in astratto come possibile (i testimoni sono ascoltati collegialmente, e così pure gli *expert witness*, e tutti i membri del collegio seguono con attenzione e pongono domande o sollecitano chiarimenti, nel variegato ambito, comunque più elastico che non nel nostro processo civile statuale, che le prassi dell’arbitrato internazionale o domestico offrono);

– in un collegio di giudici al momento della decisione rimane una palese asimmetria di consapevolezza sulla materia del contendere; riguardo al fatto può essere data, in primo luogo, dalla cennata conduzione monocratica dell’istruttoria; riguardo al diritto, o anche riguardo al fatto se il materiale probatorio è documentale, l’asimmetria è data comunque dalla notoria circostanza, invalsa con varie sfumature sia in primo grado che in appello che in Cassazione, secondo cui dei tre (o dei cinque in Cassazione) uno arriva in came-

ra di consiglio molto preparato (il relatore o istruttore e futuro estensore), uno ci arriva dopo aver annusato o studiacchiato la causa (il presidente), ed il terzo (o gli altri tre in Cassazione) pensa ai fatti suoi ed alle cause in cui è o sarà relatore e nella migliore delle ipotesi, se molto bravo e pronto, è solo in grado di evitare madornali cappellate, soprattutto in diritto, degli altri due.

Questa asimmetria di consapevolezza, per norma e soprattutto per prassi, nei collegi giudiziali statuali è giustificabile in base a due fattori: per le parti come per la qualità oggettiva dell'amministrazione della giustizia, è sostanzialmente indifferente che il giudicante terzo imparziale sia uno o trino, salva l'incidenza dei 'sei occhi che vedono meglio di due'; d'altro canto, per l'efficienza economicistica della amministrazione della giustizia, la quale mette per intero le risorse a disposizione dei *justiciables*, il vantaggio del risparmio di lavoro e di impegno da parte di alcuni membri del collegio (che saranno poi diversamente impegnati in altri collegi ed in altre cause) è sicuramente apprezzabile e fa premio sul 'sei occhi vedono meglio di due'; sicché insomma, pur quando il legislatore ritiene la controversia particolarmente significativa e meritevole di decisione collegiale, i 'sei occhi' che 'vedono comunque un po' meglio di due' sono organizzati in modo che (nella migliore delle ipotesi) un paio ha dieci/decimi, un paio ha cinque/decimi, ed un paio sì e no due/decimi.

Quando passiamo al collegio arbitrale – il quale, si badi, è costituito con risorse messe a disposizione integralmente dalle parti, non esercita ovviamente amministrazione (statale) della giustizia, e per il quale dunque non si pone alcun problema di economia processuale nel senso del dispendio/risparmio di pubbliche risorse – le cose cambiano. E cambiano, sia pure in correlazione con i fattori generali ed istituzionali che ho appena cennato, essenzialmente perché vi sono gli 'arbitri di parte' e cioè – detta in modo più aulico – perché l'ordinamento assegna meritevolezza alla possibilità di scelta su base fiduciaria di un componente del collegio concessa a ciascuna delle parti.

Perciò nell'arbitrato – in ordine alla qualità della decisione ma dal punto di vista interessato della parte – il *Leitmotiv* non è quello astratto del 'sei occhi vedono meglio di due', bensì quello molto concreto: 'gli occhi dell'arbitro che ho scelto debbono guardare sempre e per bene'.

Da qui la tendenziale assenza, nei collegi arbitrali, di quella che ho chiamato asimmetria di consapevolezza. Vi è anzi il suo contrario: gli arbitri di parte devono essere preparatissimi ed attentissimi (è vero che in avvio dell'arbitrato chi studia particolarmente il *dossier* è soprattutto il presidente, ma quando il gioco si fa duro, quando cioè ci si indirizza verso snodi autenticamente 'decisori' – istruttori, interlocutori o finali – l'arbitro di parte che finisca per fare il convitato di pietra, ad esempio mostrandosi insipiente ed inconsapevole in sede di assunzione della prova testimoniale, perde la faccia e le *chances* di nuova nomina.

Proprio in siffatto quadro si innesta la tendenziale contaminazione conciliativa. Voglio dire che la formazione della decisione e se del caso della maggioranza sulla decisione sono cose molto diverse in un collegio giudiziale ed in un collegio arbitrale.

In un collegio giudiziale vi è una dialettica puramente argomentativa e sbilanciata dall'asimmetria di consapevolezza; l'iniziativa la assume il relatore; il presidente applica all'occorrenza l'art. 276, 4° comma, c.p.c. per il raggiungimento della maggioranza sulle varie questioni e non si sforza più di tanto per mettere d'accordo due colleghi che la pensano diversamente o per convincere quello dei due che è rimasto in minoranza.

In un collegio arbitrale invece tutti sono di pari consapevolezza, e due dei tre – per costume più che lecito (non arrivo a dire, come qualcuno si spinge a dire, doveroso) – sostengono su ciascuna questione, nei limiti della plausibilità tra le tesi possibili, quella più favorevole o meno sfavorevole alla parte che li ha designati. L'iniziativa è assunta dal presidente. Ed il sogno di qualunque presidente è il lodo all'unanimità su ogni questione, in subordine il lodo a maggioranza ove si faccia però e semmai semplicemente con-

stare il dissenso di uno degli arbitri su una o più questioni; in ultimo subordine il lodo con opinione dissenziente (sempre meglio che il lodo firmato solo dai due arbitri di maggioranza).

Stando così le cose, vi è di norma da parte del presidente l'avvio di una dialettica non tanto argomentativa ma soprattutto 'conciliativa', uno sforzo di mediare fra posizioni giuridico-fattuali apparentemente lontane, e di pervenire venendosi incontro – sulle singole questioni come sulla decisione finale nel suo complesso – a soluzioni intermedie fra le tante plausibili; (certo vi sono anche presidenti, specie quelli di più lungo corso, particolarmente insofferenti verso gli arbitri di parte, e propensi a decidersi in modo solipsistico e chiedere poi 'chi ci sta?', ma questa è – a mio avviso – la negazione della ragion pratica dell'arbitrato).

Ovviamente, se si vuol restare alla fisiologia, siffatto approccio 'conciliativo' deve essere di tipo cultural-giuridico: una mediazione fra tesi (come quella che si adopera nel redigere un comunicato politico congiunto, o un *dictum* di dottrina della fede o di dottrina morale fra padri conciliari che abbiano esordito guardandosi in cagnesco e tacciandosi reciprocamente di eresia). Insomma una 'conciliazione' di idee, e non una conciliazione di interessi economici, come accade nella vera conciliazione. Perché se diventa, invece, una conciliazione di interessi economici allora vuol dire che gli arbitri di parte si sono fatti diretti portatori degli interessi economici delle parti, ciò appunto che non deve accadere.

Volendo esprimerci in altre e più icastiche parole diremmo: posto che ogni decisione all'esito di un processo è e deve essere il frutto della dialettica del contraddittorio in fatto come in diritto, nel giudizio statale il contraddittorio termina alle soglie della camera di consiglio, nel giudizio arbitrale prosegue, sia pure in altra veste, dentro la camera di consiglio.

E l'arbitro presidente difficilmente – pur non essendo ragioni giuridiche ad impedirlo – applicherà il brutale art. 276, 4° comma, cit. Ed invece, cercherà di mediare su ogni questione e se non vi riesce formerà una maggioranza secca su ogni questione in ordine lo-

gico. Ma poi la mediazione culturale tornerà in scena alla questione successiva. Ove intendo ‘successiva’ in senso logico, ma non necessariamente cronologico perché la discussione è molto più spesso complessiva: d’accordo tutti sulla responsabilità contrattuale di Tizio, perché nella graduazione del suo concorso colposo alla causazione del danno vi è modo di trovare un soddisfacente equilibrio.

Ed in questo gioco di mediazione culturale entrano *nuances* ‘compensative’ ancora più sottili e relative non alla decisione ma al *wording* della motivazione: decidiamo in senso A, purché però la motivazione sia scritta in un certo modo.

È chiaro che non sempre è così. È chiaro altresì che il salto dalla fisiologia alla patologia e cioè all’arbitrato-transazione è sempre dietro l’angolo, e la forma più becera ma anche più frequente di questo salto è: ‘ok, mi avete convinto, o meglio mi avete convinto solo se compensiamo le spese’. Ma perché mai se l’accoglimento della domanda di Tizio è pressoché integrale, la condanna di Caio è per un milione di euro, le sue speciose riconvenzionali ed eccezioni sono state respinte, e l’arbitrato è costato, quanto ai soli compensi arbitrari, 200.000 euro?

Quel che mi interessava era però mettere in evidenza questo aspetto della decisione arbitrale come frutto di ‘conciliazione culturale’ (piuttosto che di mediazione transattiva fra interessi economici), e come risultato di un contraddittorio che prosegue in camera di consiglio ma da parte di soggetti che non sono più gli avvocati, e che invece devono concorrere alla decisione e che dunque idealmente devono concorrere ad una decisione il più possibile unanime.

Ed in questo scenario è pur vero che sotto le tesi plausibili sposate in partenza dagli arbitri di parte si celano, o almeno vi corrispondono interessi economici della parte. E tutto il discorso che ho svolto potrebbe essere in odore di finzione ed ipocrisia.

Ma così non è perché qui come altrove la forma è sostanza. Nella vera conciliazione ciascuna parte persegue esclusivamente i propri interessi economici e non deve certo convincere il terzo imparziale, e cioè il media-conciliatore, che tali interessi siano più meritevoli di

tutela di quelli della controparte. Deve solo offrire, per quanto le convenga e nei tempi e nei modi che ritenga convenienti, margini di disponibilità transattiva, e stare a guardare cosa, a seguito degli sforzi del mediatore ovvero spontaneamente, fa la controparte. Nella psicologia della vera conciliazione può anche trovare posto un profilo di utile *captatio benevolentiae* del terzo conciliatore, attraverso una condotta *fair* o una particolare dimostrazione di disponibilità transattiva. Sennonché tale particolare approccio va valutato strategicamente con la massima attenzione, e la *captatio benevolentiae* del terzo mediatore è al postutto ben secondaria, perché quel terzo non decide.

Nello scenario della ‘conciliazione culturale’ da camera di consiglio arbitrale, invece, si tratta di decidere ed alla fin fine di convincere il presidente (meglio se perfino l’altro coarbitro ma ovviamente basta solo il presidente) alla convergenza su una tesi piuttosto che su un’altra. Perciò la *captatio benevolentiae* (oltre che l’abilità nella argomentazione giuridica) conta eccome. E non vi è cosa che indisponga di più un presidente di collegio arbitrale dell’atteggiamento di un arbitro di parte che scende sostanzialmente dal piedistallo e dà l’impressione di rappresentare biecamente e direttamente gli interessi economici di una parte e/o (altra faccia della medesima e non commendevole medaglia) prospetta tesi implausibili. Tornando all’esempio di poc’anzi: da arbitro di parte posso sperare di stimolare un approccio conciliativo-compensativo del presidente nonché una disponibilità al consapevole ascolto nell’altro arbitro, quanto all’individuazione largamente discrezionale del grado di concorso colposo del creditore Tizio nella causazione del danno, solo se in precedenza non mi sono battuto istericamente contro ogni plausibile evidenza per negare che la responsabilità contrattuale di Caio sussista.

3. *Che senso ha una Convenzione che appropria la transazione internazionale da conciliazione come se fosse un lodo arbitrale? – Il secondo profilo di ‘contaminazione’ fra arbitrato e conciliazione ri-*

guarda la ‘Convenzione ONU di Singapore sulla circolazione degli accordi transattivi transnazionali risultanti da mediazione’⁽²⁾, alla quale ho fatto già brevissimo cenno nel mio articolo di esordio su questa *Rivista*⁽³⁾.

La Convenzione è stata varata dalla Commissione Uncitral, aperta alla firma il 7 agosto 2019 e ad oggi firmata da 52 Stati. Ed è anche, almeno sulla carta, entrata in vigore, il 12 settembre 2020, in ragione dell’*iter* accelerato che prevedeva come sufficiente la terza ratifica. Le ratifiche allo stato sono di Singapore, Fiji, Qatar, e poi ancora di Arabia Saudita e Bielorussia. La Convenzione è dunque di fatto alquanto insignificante e lo è ancora di più perché grandi assenti tra i firmatari sono l’Unione europea e la maggioranza degli Stati europei, che hanno considerato la Convenzione sostanzialmente inutile.

Non si tratta tanto di uno strumento di diritto uniforme sui presupposti, la procedura ed eventualmente gli effetti della mediaconciliazione, che si aggiungerebbe a quelli già esistenti sia di *soft law* (come la Legge modello Uncitral sulla conciliazione commerciale internazionale del 2002) sia di stretto diritto (come la direttiva UE sulla mediazione del 2008); strumenti questi ultimi che hanno senso, a mio avviso, solo entro limiti territoriali corrispondenti ad aree culturali di una qualche omogeneità.

Si tratta di una Convenzione che ha l’obiettivo astrattamente molto più ambizioso di rappresentare strumento di circolazione all’estero, e cioè di riconoscimento ed esecuzione all’estero di accordi transattivi ‘commerciali’ di carattere ‘internazionale’ conclusi in sede di mediazione, e cioè con l’intervento di un terzo imparziale. Insomma, una sorta di Convenzione di New York per le transa-

⁽²⁾ Per il testo integrale della Convenzione v. *Riv. arb.*, 2019, 429 ss.

⁽³⁾ V. A. BRIGUGLIO, *Conciliazione e arbitrato. Conciliazione nell’arbitrato. Appunti sparsi fra diritto, psicologia e prassi*, in questa *Rivista*, 2021, 41 ss., prec. 43, 63.

zioni private derivanti da mediazione, stipulate in materia commerciale e connotate da 'internazionalità'.

Ed il problema che evoca il profilo della contaminazione fra arbitrato e conciliazione – questa volta in senso inverso rispetto al profilo precedente e cioè: l'arbitrato che contamina la conciliazione – è appunto questo: ha senso scimmiettare la Convenzione di New York per le transazioni, e sia pure per le transazioni da mediazione?

Perché obiettivamente – e sul piano internazional-privatistico generale – il lodo arbitrale è una decisione di lite e per circolare all'estero, con effetti (al di là di ogni variegata qualificazione teorica) nella sostanza decisori della lite, conseguentemente preclusivi in ordine alla stessa, e soprattutto esecutivi, ha bisogno di meccanismi deliberatori, fortemente analoghi a quelli escogitati per le sentenze, previsti dai diritti interni dei singoli Paesi, o ancor meglio di una convenzione indirizzata potenzialmente all'universo mondo che uniformi quei meccanismi recettivi e li renda al contempo più elastici e favorevoli alla circolazione del prodotto arbitrale, come è stata ed è appunto la Convenzione di New York.

Viceversa, una transazione, anche quando raggiunta mercé l'intervento di un conciliatore, è un contratto privato e i contratti privati circolano senza bisogno di alcun meccanismo deliberatorio o recettivo. Essi, nell'universo mondo, sono attuati ed eseguiti spontaneamente ovvero attraverso una necessaria iniziativa giudiziale, nell'ambito della quale scontano solo il fatto che giudici di diversi Paesi potranno (non necessariamente dovranno) applicare al contratto-transazione, alla sua validità ed efficacia, regole sostanziali diverse a seconda delle diverse regole di conflitto dalle quali essi debbano muovere; e che perciò il contratto-transazione, valido ed efficace e da eseguirsi in un certo modo nel Paese X, potrà invece risultare invalido o inefficace o da eseguirsi in altro modo nel Paese Y.

Quello che occorrerà indagare, prima di condannare semplicisticamente la Convenzione di Singapore a frutto velleitario di turismo scientifico dei membri di una delle tante commissioni Uncitral, ov-

vero ed al contrario di correre ai ripari avverso l'indifferenza europea ed implementare l'effettività concreta ed il futuro successo della Convenzione di Singapore, è appunto se, su un tale quadro normale e risalente della circolazione dei contratti all'estero, la Convenzione innesti qualcosa di nuovo e di utile, di ragionevolmente protettivo, nonché limitativo delle incertezze, per quel particolare prodotto dell'autonomia privata che è la transazione stipulata attraverso mediazione; e ciò sia sul piano del 'riconoscimento', che nel nostro caso è sostanzialmente quello dell'effetto preclusivo della lite su controversia transatta, sia sul piano dell'«esecuzione», e cioè dell'attuazione in senso ampio del programma negoziale transattivo.

Abstract

Nel contributo l'a. ritorna sul tema delle interferenze fra conciliazione e arbitrato.

Sebbene la prima rappresenti un ADR non aggiudicativa e al secondo corrisponda invece una ADR pienamente aggiudicativa, vi sono alcuni aspetti di contaminazione fra i due metodi. In particolare, l'a. si sofferma sugli elementi 'conciliativi' che caratterizzano una decisione arbitrale, ben più di quanto non accada per una decisione giudiziale.

Nella seconda parte del contributo l'a. si sofferma in dettaglio sulla recente Convenzione di Singapore sulla circolazione all'estero degli accordi transattivi derivanti da mediazione. Questa prospetta un altro e diverso profilo della contaminazione fra arbitrato e conciliazione. L'a. si interroga, in particolare, sul senso concreto e sulla portata pratica di una Convenzione che tratta in sostanza, ed ai fini della circolazione transazionale, l'accordo transattivo come se fosse una sentenza arbitrale.

In this paper, the author addresses the topic of the interplay between conciliation and arbitration.

In spite of the former being a non-adjudicative ADR procedure and the latter a fully adjudicative ADR process, there are some aspects of

contamination between the two. The author pays particular attention to 'conciliatory' elements, whose relevance is greater in arbitral awards than in judicial decisions.

In the second part of the paper, the author focuses in detail on the recent Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation, which introduces a different element of contamination between arbitration and conciliation. In particular, the author investigates the meaning and practical implications of the Convention, which basically puts settlement agreements on an equal footing with arbitral awards for purposes of international recognition and enforcement.

LA (NUOVA) INTRODUZIONE E TRATTAZIONE
DELLA CAUSA NEL PROCESSO DI PRIME CURE
E I POTERI *LATO SENSU* CONCILIATIVI DEL GIUDICE

UN INNESTO POSSIBILE? (*)

*Silvana Dalla Bontà (**)*

SOMMARIO: 1. Il selezionato oggetto d'indagine: nella rivisitazione del primo grado di giudizio, quali tempi e modi per l'esercizio dei poteri *lato sensu* conciliativi del giudice? – 2. La nuova fase introduttiva del giudizio di cognizione di prime cure tra rito ordinario e procedimento semplificato. – 3. Introduzione e trattazione della causa nel procedimento semplificato di cognizione: prime riflessioni a margine di uno 'schema' illustrativo secondo le tecniche del *legal design*. – 4. Introduzione e trattazione della causa nel processo di cognizione secondo il rito ordinario: prime annotazioni a commento di uno 'schema' illustrativo secondo le tecniche del *legal design*. – 5. Nella promozione della 'giustizia consensuale', se, quando e come inserire in seno al processo di cognizione di primo grado il sapiente esercizio dei poteri *lato sensu* conciliativi del giudice? – 6. Alla ricerca di buone prassi: se, quando e come 'innestare' l'invio giudiziale delle parti in mediazione? – 7. (segue) ...e il tentativo di conciliazione del giudice? E la sua proposta conciliativa o transattiva? – 8. La crisi dell'oralità: tra memorie integrative anticipate e prima udienza non in presenza, *i.e.* mediante collegamenti audiovisivi o sostituzione con note scritte. – 9. Tra pragmatismo degli Osservatori sulla Giustizia civile e aspettative sull'Ufficio per il Processo: quali prassi possibili?

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 587-634. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il presente scritto si inserisce nell'implementazione del progetto «*InMediate. International Mediators Trained in Europe*» (Grant 2020-1-DE02-KA202-007624), finanziato nel quadro dell'*ERASMUS+ Programme (2014-2020)-KA2 Strategic Partnership for Vocational Education and Training*.

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

1. *Il selezionato oggetto d'indagine: nella rivisitazione del primo grado di giudizio, quali tempi e modi per l'esercizio dei poteri lato sensu conciliativi del giudice?* – Sottolineava acutamente Piero Calamandrei in *Processo e democrazia* del 1954: «in realtà ciò che plasma il processo, ciò che gli dà la sua fisionomia tipica non è la legge processuale, ma è il costume di chi la mette in pratica. Il diritto scritto non è che un contorno esterno, entro il quale il rilievo, coi colori ed i chiaroscuri, è dato dal costume. (...) Ogni 'procedimento' ha questa caratteristica: che, per quanto siano minuziose le norme che disciplinano il suo svolgimento, le attività che lo compongono non possono mai essere previste in maniera così rigorosa da non lasciare un certo margine all'iniziativa e alla discrezione personale di chi è chiamato a compierle» ⁽¹⁾.

Sono, queste, osservazioni che puntualmente si ri-attualizzano ogniquale volta il legislatore interviene sulla norma processuale, nell'intento, poi realizzato o meno in concreto, di renderla maggiormente efficace, e cioè atta a raggiungere quel delicato equilibrio che mira a favorire un processo civile più celere ma al contempo equo. Il processo, ricorda d'altronde Paolo Grossi, «non galleggia più, alto, al di sopra della società, ma vi si mescola perennemente» ⁽²⁾, con la conseguenza che il «costume», forense e non solo, vi incide, e non poco.

Non v'è dubbio, quindi, che il rilievo calamandreiano torni calzante anche oggi, alla luce della recente entrata in vigore del d.lgs. n. 149 del 2022 indirizzato alla riforma per l'efficienza del processo civile, e in vista dell'approssimarsi della sua applicazione a partire dal 28 febbraio 2023, salve talune 'anticipazioni' applicative a decorrere già dal 1° gennaio 2023 ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Così P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954, 35 ss., 38.

⁽²⁾ P. GROSSI, *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, Napoli, 2012, 18.

⁽³⁾ Così a seguito dell'adozione della l. 29 dicembre 2022, n. 197, che ha novellato l'art. 35 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, dedicato alla «Disciplina transitoria» sull'applicazione delle disposizioni in materia di processo civile da quest'ultimo introdotte. Sul punto v. la dettagliata analisi della disciplina transitoria tratteggiata

Nelle penetranti considerazioni dell'illustre Studioso trova quindi ragione il selezionato oggetto d'indagine raccolto nelle pagine a seguire, che nel vasto quadro degli interventi introdotti dalla c.d. riforma Cartabia, intende offrire talune prime, sintetiche annotazioni a margine di un interessante 'combinato disposto' che quella riforma consegna all'interprete: da un lato, la rivisitazione della fase di introduzione e trattazione del processo di cognizione di prime cure, ove *ratione materiae* non sia imposto l'impiego di procedimenti speciali; dall'altro, il potenziamento dei poteri *lato sensu* conciliativi del giudice.

Scopo ultimo di queste pur brevi riflessioni – invero ancora '*in vitro*', perché al momento digiune del confronto con la concreta applicazione della nuova norma processuale – è quello di individuare possibili tempi e modi in cui il giudice di prime cure potrebbe, lite pendente, inviare le parti in mediazione, tentare egli stesso la conciliazione della controversia o formulare una proposta transattiva o conciliativa ai sensi del novellato art. 185 *bis* c.p.c.

Se a prima lettura, infatti, la riforma pare attraversata da opposte tensioni – da un lato, il *favor* per un processo essenzialmente scritto, dall'altro, la promozione della conciliazione della lite, che dovrebbe però presupporre un dialogo fattivo tra parti, avvocati e giudice – un'auspicabile quadratura del cerchio sembra rinvenirsi (soltanto) nell'elaborazione di buone pratiche, cui decisivo impulso potrebbe offrire una virtuosa implementazione dell'Ufficio per il Processo, unitamente al sapiente pragmatismo già nel tempo mostrato dal polifonico 'lavoro dal basso' svolto dagli Osservatori sulla Giustizia civile.

da G. COSTANTINO, *Riforma del processo civile: la disciplina transitoria novellata dalla legge di bilancio 2023 e dal decreto mille proroghe*, in *Foro it.*, <Foronews>, Note e commenti.

2. *La nuova fase introduttiva del giudizio di cognizione di prime cure tra rito ordinario e procedimento semplificato.* – Disegnati perimetro e fini dell'indagine, indispensabile risulta in via preliminare tratteggiare, ancorché in sintesi estrema, gli *itinerari* che alla luce della riforma segnano il processo di cognizione di primo grado avanti al tribunale, ove esso non debba *ratione materiae* spiegarsi secondo riti speciali ⁽⁴⁾.

A riguardo è dato riscontrare come il legislatore delegante e delegato abbia confermato in capo all'attore, seppur a fronte delle novità che si diranno, due opzioni per iniziare la causa civile ⁽⁵⁾: per un verso, il processo di cognizione secondo il rito ordinario, di cui agli artt. 163 ss. c.p.c., come rivisitati nei termini che si preciseranno; per l'altro, il procedimento semplificato di cognizione, che, sostituendo il vigente procedimento sommario di cognizione di cui agli artt. 702 *bis*-702 *quater* c.p.c., trova oggi disciplina interamente nuova nel quartetto di norme (artt. 281 *decies*-281 *terdecies* c.p.c.) collocato nel Capo III *quater* del Titolo I del Libro II del codice di rito – collocazione toponomastica che, in una con le precisazioni introdotte nei nuovi articoli citati – fuga ogni dubbio sulla natura piena della cognizione svolta dal giudice in tale procedimento ⁽⁶⁾.

⁽⁴⁾ Per un'approfondita indagine dei travagliati percorsi di riforma della giustizia civile che hanno segnato, in particolare, le fasi di introduzione e trattazione del processo di cognizione di primo grado, v., da ultimo, i lavori monografici di V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della fase di trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942*, Torino, 2017; e ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021.

⁽⁵⁾ Sul tema, di sempre nel nostro ordinamento, della modulazione del rito di cognizione di prime, v., ancora, le riflessioni di ID., *Culture della riforma, modulazione del rito e sommarizzazione delle tutele. Sulle più recenti modifiche del nostro processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 967 ss. Critico, per le condivisibili ragioni che emergeranno anche *infra* nel testo, sulla prefissata alternativa *ex lege* tra rito ordinario/procedimento semplificato di cognizione: ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., 358.

⁽⁶⁾ In questo senso v. il commento della Relazione illustrativa all'art. 3, 21° comma, d.lgs. n. 149 del 2022, con riguardo alle «Modifiche al codice di procedura civile ed alle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposi-

Ebbene, sia detto fin d'ora che, alla luce della riforma, il rapporto tra rito ordinario e procedimento semplificato di cognizione sembra mutare rispetto al quadro normativo (pre-)vigente; profilo questo che imporrà all'avvocato dell'attore scelte oculate, destinate ad incidere non poco sullo svolgimento del processo civile.

A tali menzionati riti si indirizzerà quindi partita analisi nei paragrafi a seguire, muovendo dal procedimento semplificato di cognizione. Tale scelta si giustifica per la prevalenza applicativa che, ad avviso di chi scrive, quest'ultimo procedimento potrebbe all'atto pratico riscontrare rispetto al rito ordinario.

Siffatta prognosi trova ragione non solo nel rivisto ambito d'applicazione del procedimento semplificato di cognizione, ma anche nel modo in cui in esso sono disciplinate le fasi di introduzione e trattazione in senso stretto della causa: una disciplina che risulta, per così dire, (ancora) in linea con la configurazione tradizionale di queste fasi, *i.e.* con il modo in cui esse sono state sino ad oggi regolate dal diritto positivo.

Preme inoltre evidenziare come la disamina a prima lettura della disciplina in questione verrà condotta avvalendosi di schemi che graficamente riproducono, rispettivamente, l'*iter* del procedimento semplificato di cognizione e quello del rito ordinario, ricorrendo a quelle tecniche di *c.d. legal design* che mostrano con tutta evidenza la loro pratica utilità allorché, senza alcuna pretesa di completezza esegetica, si tratti di cogliere visivamente, per così dire 'a colpo d'occhio', la sequela di passaggi che segnano un rituale quale fatalmente è il processo ⁽⁷⁾.

zioni transitorie», in *Gazz. uff.*, Serie gen., n. 245 del 19 ottobre 2022, 30. Nello stesso senso la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, 1° dicembre 2022, n. 110, 76, a commento del citato d.lgs. in merito al procedimento semplificato di cognizione. In dottrina, per una panoramica sul tema, v. P.P. LANNI, *Commento sub art. 702 bis*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, IV, Milano, 2018, 437 ss., prec. 438 ss.

(7) Con «*legal design*» si intende quella metodologia disciplinare, elaborata nell'Università di Stanford, tesa ad orientare il mondo giuridico e il sistema legale

3. *Introduzione e trattazione della causa nel procedimento semplificato di cognizione: prime riflessioni a margine di uno ‘schema’ illustrativo secondo le tecniche del legal design.* – Prima di esplorare più da vicino l’articolazione della nuova disciplina dedicata ad introduzione e trattazione nel procedimento semplificato di cognizione ai sensi dei neo-introdotti artt. 281 *decies*-281 *terdecies* c.p.c., è bene soffermarsi sul ridisegnato rapporto tra ambito applicativo di questo procedimento e quello del rito ordinario di cui agli artt. 163 ss. c.p.c. Tale rapporto viene delineato dai primi due commi dell’art. 281 *decies* c.p.c., e commentato nella Relazione illustrativa di accompagnamento al citato d.lgs. n. 149 del 2022 ⁽⁸⁾.

Ebbene, il 1° comma dell’art. 281 *decies* c.p.c. stabilisce che l’introduzione della causa secondo le forme del procedimento semplificato di cognizione è *obbligatoria* ove si dia, alternativamente, una delle seguenti condizioni: «Quando i fatti di causa non sono controversi, oppure quando la domanda è fondata su prova documentale, o è di pronta soluzione o richiede un’istruzione non complessa». Ciò vale sia nelle ipotesi in cui la causa spetti alla decisione del tribunale in composizione collegiale – casi peraltro numerica-

all’utente, sì da renderli a costui accessibili e fruibili. In un mutamento di prospettiva, l’idea di fondo sottesa al *legal design* è pertanto quella di porre al centro della comunicazione giuridica colui che ne è fruitore. Ne discende la ricerca di strumenti comunicativi che consentano, in modo comprensibile, semplice ed efficace, la trasmissione di concetti giuridici complessi, la rappresentazione di provvedimenti legislativi, la stesura di atti legali. Il *legal design* ricorre così, ad esempio, ad immagini, diagrammi, flussi per rappresentare il contenuto di norme e provvedimenti legislativi (c.d. *visual law*), o, ancora, alla traduzione di processi giuridici complessi in immagini e testi semplici (c.d. *legal visualisation*). Sul punto v., per tutti, M.C. COMPAGNUCCI, H. HAAPIO, M. HAGAN, M. DOHERTY, *Legal Design*, Cheltenham-Camberley, UK-Northampton, US, 2021, *passim*. Con questa finalità di chiarezza e semplificazione, ispirative del *legal design* nella sua declinazione di *legal visualisation*, si propongono, a corredo delle osservazioni testuali raccolte in queste pagine, grafici rappresentativi del ‘processo giuridico’ costituito dai nuovi riti ordinario e semplificato di cognizione di prime cure: v. *infra* par. 3 e 4.

⁽⁸⁾ V. la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022, cit., 30; nonché la Relazione dell’Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cit., 77.

mente ridotti dalla riforma ⁽⁹⁾ – sia in quelle in cui il tribunale debba decidere in composizione monocratica.

Al 2° comma dell'art. 281 *decies* c.p.c. si prevede, invece, che ove la decisione tocchi al tribunale in composizione monocratica, l'attore possa «sempre», e pertanto *in via facoltativa*, optare per l'avvio della causa nelle forme del procedimento semplificato di cognizione – fatta salva, come a breve si preciserà, la facoltà del giudice adito di disporre il passaggio al rito ordinario ove egli, «valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, ritiene che la causa debba essere trattata con il rito ordinario» (così art. 281 *duodecies*, 1° comma, ult. parte, c.p.c.).

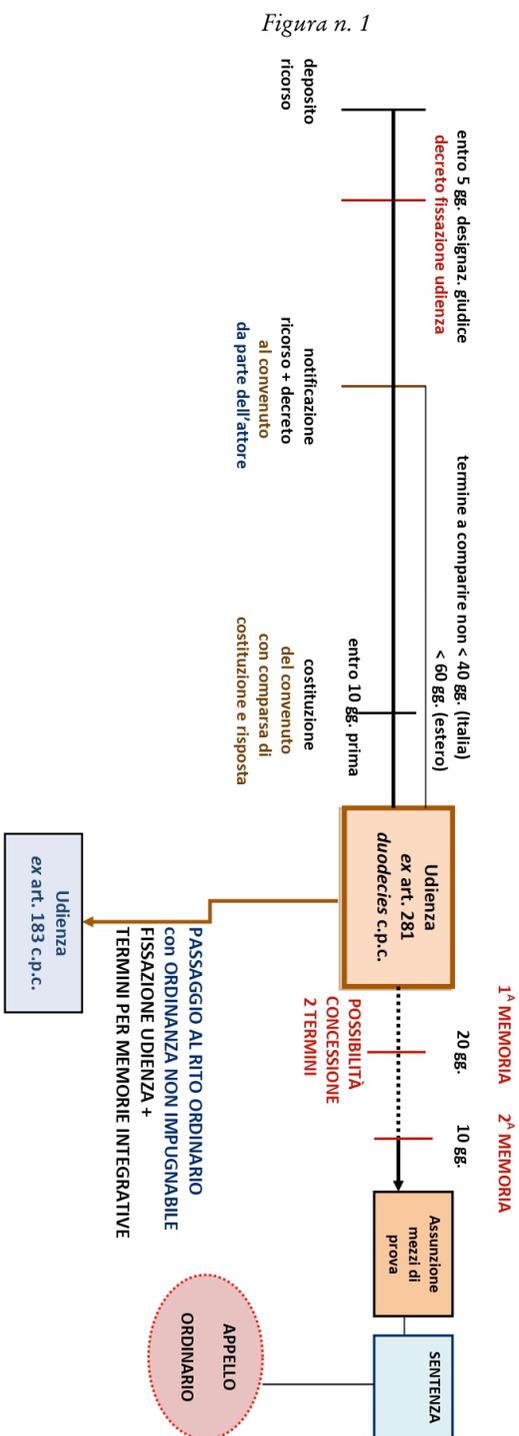
Ciò puntualizzato, si intende offrire una panoramica essenziale degli snodi più rilevanti delle fasi di introduzione e trattazione della causa nel nuovo procedimento semplificato di cognizione, prendendo a riferimento il grafico qui riprodotto (v. figura n. 1), che, nell'intento di agevolare la percezione 'visiva' dello svolgimento di tale *iter* procedurale, dovrebbe consentire, già *ictu oculi*, un successivo raffronto con la ben più complessa articolazione del novellato rito ordinario di cognizione, anch'esso rappresentato da apposito grafico (v. figura n. 2).

Benché segnati da rilevanti e note differenze già prima della c.d. riforma Cartabia, il neo-introdotta procedimento semplificato di cognizione e il riveduto rito ordinario di cognizione paiono, a seguito di quella riforma, ancor più distanti, in particolare allorché si volga attenzione ai 'tempi' necessari alle parti per 'guadagnare' un primo contatto (in udienza) con l'organo giudicante. Profilo, questo, che, oltre al resto, potrebbe incidere – come si anticipava – sulla scelta dell'attore, ove la legge lo consenta (v. il summenzionato art. 281 *decies*, 2° comma, c.p.c.), tra avviare la causa secondo il rito ordinario od optare per quello semplificato.

⁽⁹⁾ Cfr. il novellato art. 50 *bis* c.p.c., che elimina dall'elenco delle cause attribuite alla decisione del tribunale in composizione collegiale quelle di cui ai nn. 5 e 6 del 'vecchio' art. 50 *bis* c.p.c., con conseguente espansione del numero di cause spettanti alla decisione del tribunale in composizione monocratica.

PROCEDIMENTO SEMPLIFICATO DI COGNIZIONE

(artt. 281 *decies*-281 *terdecies* c.p.c.)



Orbene, come visivamente si evince dal grafico riportato (v. figura n. 1), il procedimento semplificato di cognizione continua ad introdursi con deposito del ricorso, il cui contenuto non appare dissimile da quello dell'atto di citazione, puntualmente richiamato dall'art. 281 *undecies*, 1° comma, c.p.c. Di interesse ai fini che qui premono si mostra la previsione, mediante rinvio all'art. 163, 3° comma, nn. 3 *bis* e 4, c.p.c., rispettivamente, della «indicazione, nei casi in cui la domanda è soggetta a condizione di procedibilità, dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento», e della «esposizione *in modo chiaro e specifico* dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni» (evidenziazione aggiunta).

Il giudice, entro cinque giorni dalla designazione, deve fissare con decreto l'udienza di comparizione delle parti, con assegnazione al convenuto di un termine di costituzione che deve avvenire non oltre dieci giorni prima della prima udienza. La notifica al convenuto del ricorso e di tale decreto grava, *more solito*, sull'attore, tenuto a rispettare il termine a comparire pari a non meno di 40 o 60 giorni, a seconda che la notificazione debba farsi in Italia o all'estero.

La costituzione del convenuto avviene, ancora una volta *more solito*, con deposito di comparsa di costituzione e risposta, in cui quegli, oltre a prendere posizione *in modo chiaro e specifico* sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, è onerato, a pena di decadenza, di proporre domande riconvenzionali, sollevare eccezioni in senso stretto e chiamare in causa un terzo, nel qual caso sarà tenuto a chiedere al giudice lo spostamento della prima udienza.

Le novità principali della disciplina del procedimento semplificato di cognizione, rispetto a quella dedicata al procedimento sommario ai sensi degli artt. 702 *bis*-702 *quater* c.p.c., si colgono però nella regolamentazione della prima udienza e delle successive attività di trattazione ed istruzione. Dal lato dell'attore si esplicita, infatti, che alla prima udienza costui possa chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, ove l'esigenza sorga dalla difesa del convenuto. Entrambe le parti sono onerate in udienza di proporre

eccezioni che siano conseguenza della domanda riconvenzionale e delle eccezioni sollevate da controparte. A riguardo, però, significativa novità è la prevista possibilità per le parti di chiedere in udienza al giudice, ove sussista *giustificato motivo*, di assegnare loro due termini perentori per il deposito di due sequenziali memorie: la prima, da depositarsi entro 20 giorni, per precisare e modificare le domande, eccezioni e conclusioni proposte, nonché indicare i mezzi di prova e produrre documenti; la seconda, di replica, da depositarsi entro i successivi dieci giorni, per ribattere all'attività di allegazione di controparte e dedurre prova contraria.

La riforma consegna così agli operatori un quadro normativo – almeno in parte – più chiaro sul regime preclusivo nonché sull'*iter* procedurale che segue alla celebrazione della prima udienza, dipanando (talune del)le nebbie che offuscavano sino ad oggi lo svolgimento del procedimento sommario di cognizione, e che, di fatto, ne avevano impedito un diffuso impiego ⁽¹⁰⁾.

Al contempo, però, con riguardo all'istruzione, il procedimento semplificato di cognizione sembra perdere in flessibilità ⁽¹¹⁾, dal momento che l'art. 281 *duodecies* c.p.c. sancisce, oggi, in luogo dell'istruzione deformalizzata che segnava il procedimento sommario di cognizione, che il giudice «ammette i mezzi di prova rilevanti per la decisione e procede alla loro assunzione» ⁽¹²⁾. Una modifica che rende ragione della scelta del legislatore con riguardo all'impugnazione della decisione che chiude il procedimento sem-

⁽¹⁰⁾ Lo sottolinea, con acuto pragmatismo, V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., 358-9.

⁽¹¹⁾ Profilo, questo, che suscita non poche perplessità; in questo senso anche ed ancora ID., *op. cit.*, 358 ss.

⁽¹²⁾ Diversamente, l'art. 702 *ter*, 4° comma, c.p.c. sanciva che «alla prima udienza il giudice, sentite le parti, omissa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto delle domande». Per una panoramica su tale previsione, v., per tutti, P.P. LANNI, *Commento sub art. 702 ter*, in C. CONSOLO (diretta da), *Codice di procedura civile. Commentario*, cit., 454 ss., prec. 465 ss.

plificato di cognizione: non più assunta in forma di ordinanza, bensì di sentenza, tale decisione si prevede sia «impugnabile nei modi ordinari», e quindi con un appello ‘di diritto comune’, chiuso pertanto all’ammissione di nuovi mezzi di prova e documenti ritenuti indispensabili ai fini della decisione ⁽¹³⁾.

La nuova disciplina del procedimento semplificato di cognizione prevede in prima udienza, come ovvio, l’eventuale passaggio al rito ordinario, che viene disposto dal giudice con ordinanza non impugnabile, allorché per la domanda principale o quella riconvenzionale non si diano i presupposti fissati dal citato art. 281 *decies*, 1° comma, c.p.c.; o, in ogni caso, quando – come detto – valutata la complessità della lite e dell’istruzione probatoria, egli ritenga che la causa debba essere trattata secondo il rito ordinario. In tali ipotesi l’ordinanza fissa l’udienza ai sensi dell’art. 183 c.p.c., nonché i termini per il deposito delle c.d. memorie integrative, anticipato rispetto alla celebrazione dell’udienza, di cui all’art. 171 *ter* c.p.c., su cui a breve si dirà.

4. Introduzione e trattazione della causa nel processo di cognizione secondo il rito ordinario: prime annotazioni a commento di uno ‘schema’ illustrativo secondo le tecniche del legal design. – Nelle ipotesi in cui il processo di cognizione di prime cure non debba svolgersi *ratione materiae* secondo un rito speciale, o non gravi sull’attore l’obbligo di iniziare la causa secondo il procedimento semplificato di cognizione (v. 281 *decies*, 1° comma, c.p.c.) o, anco-

⁽¹³⁾ Si supera, quindi, la normativa previgente, più permissiva in termini di ‘apertura’ del secondo grado di giudizio contro l’ordinanza di prime cure emessa nel procedimento sommario di cognizione: in questi termini stabiliva l’art. 702 *quater* c.p.c., che, a differenza dell’appello ‘di diritto comune’, prevedeva che «sono ammessi nuovi mezzi di prova e nuovi documenti quando il collegio li ritiene indispensabili ai fini della decisione». Per un affresco a riguardo v., ancora, per tutti, P.P. LANNI, *Commento sub art. 702 quater*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, cit., 476 ss., prec. 478 ss.

ra, questo non sia facoltativamente scelto dall'attore ove gli sia consentito (v. 281 *decies*, 2° comma, c.p.c.), il processo civile di primo grado continuerà a spiegarsi, anche a seguito della riforma, secondo il rito ordinario di cui agli artt. 163 ss. c.p.c.

Tranne che per forma – ed essenzialmente – contenuto del suo atto introduttivo, *i.e.* l'atto di citazione a comparire ad udienza fissa, tale rito risulta però profondamente rivisitato dal d.lgs. n. 149 del 2022, in particolare, per quel che ivi interessa, con riguardo alle fasi di introduzione e trattazione della causa.

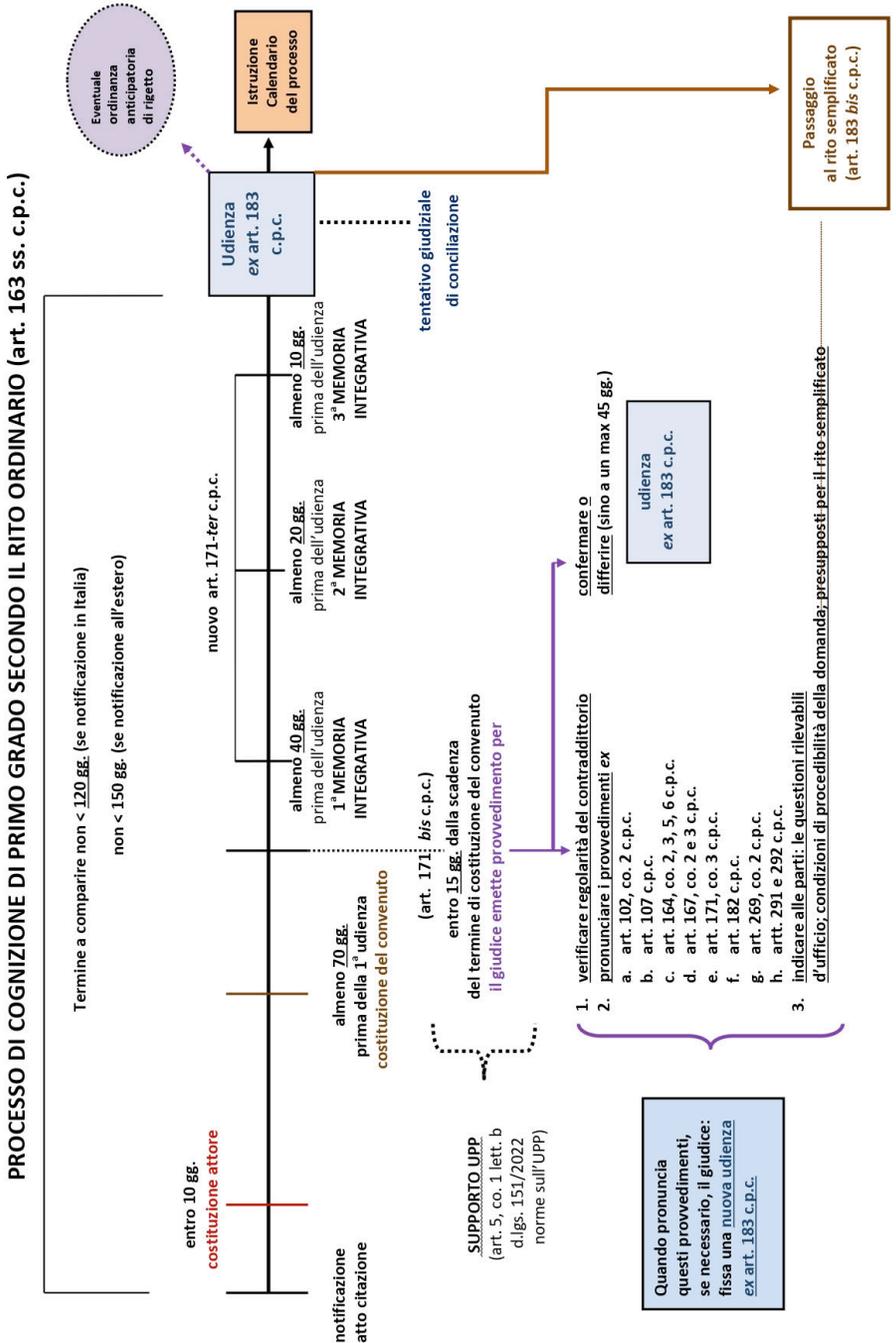
Scopo dichiarato di una siffatta, penetrante riforma sarebbe quello di assegnare finalmente – ma sul punto si tornerà più innanzi in senso critico – un ruolo centrale all'udienza di prima comparizione e trattazione, ossia quello di consentire alle parti e al giudice di giungervi in condizione tale che si «sia in grado di valutare al meglio quale direzione imprimere al processo», grazie al fatto che «il *thema decidendum* ed il *thema probandum* siano già completamente definiti»⁽¹⁴⁾. Con tale intento il legislatore delegato ha ritenuto, quindi, di porre a trave portante della riforma una sorta di inversione della scansione dei tempi processuali rispetto a quella contemplata *ante* riforma. In estrema sintesi, ed al netto di quanto in seguito si dirà, questa si sostanzia in un'anticipazione – rispetto alla celebrazione dell'udienza di prima comparizione, entro termini da calcolarsi a ritroso da quest'ultima – del deposito del triplice ordine di memorie che sino alla riforma ha segnato la c.d. appendice di trattazione scritta (v. art. 183, 6° comma, c.p.c.)⁽¹⁵⁾.

Chiaro è come tale inversione abbia portato con sé un inevitabile stravolgimento dello spiegarsi delle fasi di introduzione e trattazione della causa, come ben si ricava ad un primo sguardo del grafico riportato (v. figura n. 2).

⁽¹⁴⁾ In questi termini sia la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149 del 2022, cit., relativamente all'art. 3, 12° comma, lett. i), 24; che la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cit., 45.

⁽¹⁵⁾ Così la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cit., 47.

Figura n. 2



Ebbene, a limitarsi ad una descrizione degli snodi essenziali evidenziati dallo schema qui riprodotto, si trova conferma della scelta del riformatore di confermare l'introduzione del rito ordinario mediante atto di citazione a comparire ad udienza fissa, quale disciplinato dall'art. 163 c.p.c., ancorché novellato, per quanto in questa sede preme, nei suoi nn. 3 *bis*, 4 e 7 di cui al 3° comma. Per le cause iniziate dopo il 28 febbraio 2023, in tale atto si richiederà, infatti, l'esposizione «in modo chiaro e specifico» dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni (n. 4); la «indicazione, nei casi in cui la domanda è soggetta a condizione di procedibilità, dell'assolvimento degli oneri previsti per il suo superamento» (n. 3 *bis*); e, infine, l'invito al convenuto a costituirsi, con deposito di comparsa di costituzione e risposta, «nel termine di *settanta* giorni prima dell'udienza» di prima comparizione (evidenziazione aggiunta), pena le consuete decadenze di cui all'art. 167 c.p.c.

Tale anticipazione del termine di costituzione del convenuto trova ragione nella summenzionata inversione della scansione dei tempi processuali, *i.e.* del deposito di quel triplice ordine di memorie che *ante* riforma costituivano l'*appendice scritta* di trattazione, e che *post* riforma diventeranno invece una sorta di '*prefazione scritta*' della prima udienza, dovendo quelle essere depositate anteriormente alla sua celebrazione. Siffatta anticipazione del deposito di tale terzetto di memorie costituisce peraltro la ragione dell'allungamento del termine a comparire del convenuto: termine che fatalmente si estende a non meno di 120 giorni liberi, se il luogo di notificazione dell'atto di citazione si trovi in Italia, e 150, se questo è ubicato all'estero (v. art. 163 *bis* c.p.c.). Inalterato rimane, invece, il termine di costituzione dell'attore: dieci giorni dalla notificazione della citazione al convenuto.

In ragione della necessità di garantire il 'tempo necessario' per collocare, tra gli atti introduttivi della causa e la celebrazione dell'udienza *ex* art. 183 c.p.c., il deposito della '*prefazione di trattazione scritta*', *i.e.* il triplice ordine di memorie, si è poi eliminata

la possibilità di abbreviare i termini di costituzione delle parti (v. art. 165 c.p.c.).

Le novità che segnano la fase procedimentale pre-udienza non si limitano tuttavia ad interessare soltanto le parti del processo, ma si estendono anche al giudice. Il termine per la costituzione tempestiva del convenuto – *i.e.* il deposito della comparsa di risposta (almeno) 70 giorni prima della data dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c. – rappresenta, infatti, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di 15 giorni assegnato al giudice designato per svolgere le c.d. verifiche preliminari di cui al nuovo art. 171 *bis* c.p.c.

Sono, queste, verifiche che, per un verso, attengono agli interventi giudiziali di c.d. ortopedia processuale diretti a garantire la regolarità del contraddittorio, ed inclusivi anche del differimento della prima udienza per la chiamata in causa del terzo chiesta dal convenuto in comparsa di risposta – interventi che, come noto, venivano pre-riforma svolti dal giudice nell'udienza *ex art.* 183 c.p.c. (cfr. l'art. 171 *bis*, 1° comma, c.p.c. con l'art. 183, 1° comma, c.p.c. pre-riforma). Per altro verso, tali verifiche si sostanziano nell'indicazione alle parti delle questioni rilevabili d'ufficio di cui il giudice ritenga opportuna la trattazione (cfr. l'art. 171 *bis*, 1° comma, c.p.c. con l'art. 183, 4° comma, c.p.c. pre-riforma), comprensive di quelle inerenti alle condizioni di procedibilità della domanda (v. art. 171 *bis*, 1° comma, c.p.c.). Infine, quelle preliminari verifiche possono concretarsi anche nell'eventuale indicazione alle parti della sussistenza dei presupposti per il mutamento del rito, *i.e.* della prosecuzione del processo secondo il procedimento semplificato di cui ai suddetti artt. 281 *decies*-281 *terdecies* c.p.c.

Ebbene, tale 'momento di verifiche preliminari' apre al giudice un bivio: allorché adottati i provvedimenti testé indicati (art. 171 *bis*, 1° comma, c.p.c.), egli potrà, «se necessario», fissare, con decreto comunicato alle parti costituite a cura della cancelleria, una nuova udienza per la comparizione delle parti, da cui decorreranno, a ritroso, i termini per il deposito della succitata tripletta di memorie che costituisce oggi la '*prefazione di trattazione scritta*'

dell'udienza (art. 171 *bis*, 2° comma, c.p.c.); ove, invece, non ritenga di assumere i suddetti provvedimenti, il giudice potrà limitarsi, sempre con decreto, a confermare la data della prima udienza fissata dall'attore nell'atto di citazione, oppure, discrezionalmente, egli potrà decidere di differirla per un massimo di 45 giorni, con la conseguenza che, da questa posticipata udienza, decorreranno a ritroso i termini per il deposito delle memorie di cui alla c.d. prefazione scritta (art. 171 *bis*, 3° comma, c.p.c.).

Nello svolgimento di queste articolate verifiche preliminari, che il giudice dovrebbe effettuare nel breve termine di 15 giorni dalla scadenza di quello di costituzione tempestiva del convenuto, dovrebbe soccorrere l'ausilio organizzativo e 'sostanziale' dell'Ufficio per il Processo. In tal senso esplicitamente dispone l'art. 5, 1° comma, lett. b), d.lgs. n. 151 del 2022 recante norme sull'Ufficio per il Processo, che nell'elencare i compiti dell'Ufficio per il Processo civile presso i tribunali ordinari, indica *aper-tis verbis* anche il «supporto al magistrato nello svolgimento delle verifiche preliminari previste dall'articolo 171 *bis* del codice di procedura civile».

Sul contenuto dei provvedimenti adottati a seguito di dette verifiche preliminari del giudice le parti potranno dire e contraddire per iscritto mediante il deposito della terna di c.d. memorie integrative di cui al nuovo art. 171 *ter* c.p.c. Sono, queste, le summenzionate tre memorie che, eredi della nota appendice di trattazione scritta di cui al 'vecchio' art. 183, 6° comma, c.p.c., la sostituiscono, anticipandola, in ragione della citata inversione della scansione dei tempi processuali voluta dalla riforma Cartabia.

Tali memorie integrative, che nel contenuto (e nelle scadenze) riproducono quelle di cui al 'vecchio' art. 183, 6° comma, nn. 1-3, c.p.c., dovranno essere depositate, rispettivamente: la prima, almeno 40 giorni prima dell'udienza *ex* art. 183 c.p.c. ⁽¹⁶⁾; la se-

⁽¹⁶⁾ In questa prima memoria integrativa le parti avranno l'onere, a pena di decadenza, di «proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della do-

conda, almeno 20 giorni prima di detta udienza ⁽¹⁷⁾; la terza, almeno dieci giorni prima di tale udienza ⁽¹⁸⁾ (cfr. l'art. 171 *ter* nn. 1-3, c.p.c.). Unica divergenza contenutistica tra le 'nuove' memorie integrative e quelle della 'vecchia' appendice di trattazione scritta riguarda, per l'attore, la prima memoria: in questa, infatti, egli ha l'onere, a pena di decadenza, di chiedere al giudice l'autorizzazione alla chiamata in causa del terzo, se l'esigenza è sorta dalle difese del convenuto (v. art. 171 *ter* n. 1, ult. frase, c.p.c. in combinato disposto con gli artt. 183, 2° comma, e 269, 3° comma, c.p.c.). Su tale istanza il giudice deciderà in prima udienza (v. art. 183, 2° comma, c.p.c.).

Da notarsi come dalla lettera dell'art. 171 *ter* c.p.c. paia evincersi che i termini per il deposito del suddetto triplice ordine di memorie integrative non richieda l'adozione di un provvedimento *ad hoc* del giudice: essi discenderebbero *tout court* dalla previsione legislativa, che infatti si limita a sancire, nell'*incipit* del citato articolo, che «Le parti, a pena di decadenza, con memorie integrative possono: (...)». Nessuna richiesta di concessione dei termini sembra quindi doversi avanzare dalle parti (o da una parte) per poter usufruire della 'prefazione scritta' in parola ⁽¹⁹⁾.

Eventualmente depositate tali memorie si giunge quindi

manda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte. Con la stessa memoria l'attore può chiedere di essere autorizzato a chiamare in causa un terzo, se l'esigenza è sorta a seguito delle difese svolte dal convenuto nella comparso di risposta».

⁽¹⁷⁾ Nella seconda memoria integrativa le parti, a pena di decadenza, possono «replicare alle domande e alle eccezioni nuove o modificate dalle altre parti, proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande nuove da queste formulate nella memoria di cui al numero 1), nonché indicare i mezzi di prova ed effettuare le produzioni documentali».

⁽¹⁸⁾ Nella terza memoria integrativa, a pena di decadenza, le parti potranno «replicare alle eccezioni nuove e indicare la prova contraria».

⁽¹⁹⁾ Di questo avviso la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cit., 56-7.

all'udienza di prima comparizione e trattazione di cui al novellato art. 183 c.p.c., che, a seguito dei mutamenti normativi introdotti, dovrebbe celebrarsi allo scadere dei dieci giorni dal deposito dell'ultima memoria integrativa delle parti.

Negli auspici del riformatore, dovrebbe quindi accadere che il giudice, forte delle sue verifiche preliminari, del decreto adottato a loro seguito (art. 171 *bis* c.p.c.) nonché di quanto scritto dalle parti nelle memorie integrative (art. 171 *ter* c.p.c.), sia in grado di celebrare l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. nella piena conoscenza del *thema decidendum ac probandum*. Non solo. Ove abbia rilevato, anche alla luce delle eventuali memorie integrative, che, in relazione a tutte le domande proposte, ricorrono i presupposti per il procedimento semplificato di cognizione, egli potrà disporre il mutamento del rito, «valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria» (v. art. 183 *bis* c.p.c.)⁽²⁰⁾.

Ora, nella rivisitata prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c., le parti sono chiamate a comparire personalmente – la mancata comparizione senza giustificato motivo è comportamento valutabile dal giudice ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c. (v. art. 183, 1° comma, c.p.c.) – al fine di poter essere interrogate liberamente ed offrire i chiarimenti necessari sui fatti allegati. In tale contesto il giudice è peraltro tenuto a tentare la conciliazione giudiziale (v. art. 183, 3° comma, c.p.c.).

Ove non si giunga a conciliazione e salvo che si debba disporre la fissazione di una nuova udienza per la chiamata in causa del terzo su istanza dell'attore, il giudice dovrebbe quindi provvedere in prima udienza sulle istanze istruttorie delle parti, nonché delineare il calendario delle udienze successive sino a quella di rimessione della causa in decisione, «tenuto conto della natura,

⁽²⁰⁾ Rimane ovviamente da chiedersi quale semplificazione si possa paventare dopo che il processo è già stato segnato da una tale messe di atti giudiziari, di parte e del giudice. In questo senso v. anche le puntuali riflessioni di ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit., 358.

dell'urgenza e della complessità della causa». Se pronunciata fuori udienza, tale decisione assume la forma di ordinanza da emettersi entro 30 giorni dall'udienza. In ogni caso, l'udienza per l'assunzione dei mezzi di prova non dovrebbe essere fissata oltre 90 giorni dalla prima udienza.

Celebrata tale udienza – e invero per tutto il corso del giudizio di primo grado – il giudice potrà poi ricorrere a due nuovi strumenti decisori in ipotesi di cause su diritti disponibili: le c.d. ordinanze definitive di accoglimento o di rigetto. La prima, di accoglimento, potrà essere pronunciata ove i fatti costitutivi risultino provati e le difese della controparte paiano manifestamente infondate (art. 183 *ter*, 1° comma, c.p.c.); la seconda ordinanza, di rigetto, potrà emettersi ove la domanda sia manifestamente infondata o sia omesso o risulti assolutamente incerto il requisito di cui all'art. 163, 3° comma, n. 3, c.p.c., e la nullità non sia stata sanata o se, emesso l'ordine di rinnovazione della citazione o di integrazione della domanda, persista la mancanza dell'esposizione dei fatti di cui al n. 4 del 3° comma dell'art. 163 c.p.c.

5. Nella promozione della 'giustizia consensuale', se, quando e come inserire in seno al processo di cognizione di primo grado il sapiente esercizio dei poteri lato sensu conciliativi del giudice? – È nel quadro del processo civile di primo grado testé descritto, ed in particolare nelle sue declinazioni secondo il rito ordinario e il procedimento semplificato di cognizione, che sono chiamati ad inserirsi quei poteri lato sensu conciliativi del giudice che la riforma Cartabia – sotto diverso ma contiguo profilo rispetto a quello della rivisitazione della via giurisdizionale – ha inteso promuovere, alla luce di una dichiarata e perseguita valorizzazione della giustizia consensuale.

Lo stesso titolo della legge delega n. 206 del 2021, poi reiterato a titolo del decreto legislativo di attuazione n. 149 del 2022 – nel menzionare la «efficienza del processo civile» unitamente alla «revi-

sione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie» – aveva reso evidente, infatti, l’attenzione rivolta dal legislatore delegante (e delegato) alla *complementarità* tra giustizia *giurisdizionale* e giustizia *consensuale* ⁽²¹⁾. Complementarità che dovrebbe tradursi – anche, seppur non solo – nella valorizzazione della soluzione autonoma della lite anche quando questa sia portata avanti alla giurisdizione, mediante un sapiente ed oculato esercizio del giudice dei suoi poteri di promozione dell’autonomia privata delle parti nella composizione del loro conflitto.

In questo senso si leggono gli interventi su meccanismi, già previsti pre-riforma, cui il giudice può ricorrere lite pendente onde favorire la composizione autonoma della controversia: l’invio delle parti in mediazione, la conciliazione giudiziale e la proposta transattiva o conciliativa del giudice.

Sono, queste, opzioni attribuite al giudice con intenzione definite qui come ‘*lato sensu* conciliative’. Il riferimento alla loro connotazione ‘latamente conciliativa’ vuole infatti evidenziare come esse dovrebbero porsi (sempre e soltanto) quale ‘trampolino di lancio’ per l’esercizio dell’autonomia privata delle parti nella soluzione del loro controversia, lasciandosi sempre a costoro la piena e libera de-

⁽²¹⁾ In questo senso si legge l’art. 2, 4° comma, lett. b), legge delega n. 206 del 2021, che invita il legislatore delegato a, «eccezion fatta per l’arbitrato, armonizzare, all’esito del monitoraggio che dovrà essere effettuato sull’area di applicazione della mediazione obbligatoria, la normativa in materia di procedure stragiudiziali di risoluzione delle controversie previste dalla legge e, allo scopo, raccogliere tutte le discipline in un testo unico degli strumenti *complementari* alla giurisdizione (TUSC), anche con opportuna valorizzazione delle singole competenze in ragione delle materie nelle quali dette procedure possono intervenire» (evidenziazione aggiunta). Tale rivisitata, e più matura, relazione tra giustizia *giurisdizionale* e giustizia *consensuale* è debitrice del Manifesto della Giustizia Complementare alla Giurisdizione, promosso dal Tavolo tecnico istituito presso il Ministero della giustizia con d.m. 23 dicembre 2019, e steso il 28 marzo 2020, e sottoscritto quindi da un significativo numero di esponenti dell’accademia, della magistratura, dell’avvocatura, delle professionisti legali e non solo: a riguardo, v., per tutti, A.M. TEDOLDI, «Iudicium vitandum est». *La soluzione delle controversie senza contenzioso*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 585 ss., prec. 606-7 e ivi nt. 37.

terminazione su se e come conciliarla, senza forzatura di sorta che scada in una pernicioso sostituzione del giudice alle parti attraverso una sua paternalistica – e meramente deflazionistica – proposta di chiusura transattiva o conciliativa della lite. Solo entro queste coordinate, infatti, ha senso discorrere di promozione della giustizia consensuale, e non di una sua imposizione destinata a rivelarsi evidente ed ossimorica deriva ⁽²²⁾.

Ebbene, dando seguito all'indagine che si è qui inteso condurre, si tratta quindi di immaginare se, quando e come sia possibile (ed auspicabile) un accorto esercizio di tali poteri 'lato sensu conciliativi' del giudice nello svolgersi delle fasi di introduzione e trattazione del processo di cognizione di prime cure secondo il rito ordinario e il procedimento semplificato di cognizione. Non pochi paiono, infatti, i profili che meritano l'attenta riflessione di esegeti ed operatori pratici, sì che non risulti tradito lo spirito di quella parte della riforma della giustizia civile che ambisce non solo a promuovere un processo efficiente ed al contempo equo, ma anche una soluzione consensuale della lite ogniqualvolta essa si mostri la più appropriata nel caso concreto.

6. *Alla ricerca di buone prassi: se, quando e come 'innestare' l'invio giudiziale delle parti in mediazione?* – Nel quadro di una più ampia rivisitazione e sistematizzazione della disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione di cui al d.lgs. n. 28 del 2010 e successive modifiche, il d.lgs. n. 149 del 2022 interviene anche sulla c.d. mediazione demandata dal giudice, che già prevista dall'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit., trova ora regolamentazione in apposita sede, i.e. il nuovo art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 cit.

⁽²²⁾ In questo senso si consenta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, 2022, disponibile in accesso aperto nel sito <<https://iris.unitn.it>>, 51 ss., prec. 65 ss.

come novellato dal d.lgs. n. 149 cit. Di tale articolo interessano qui le puntualizzazioni alla disciplina pre-riforma raccolte nel suo 1° comma. Sono, queste, infatti, che – in una, lo si vedrà, con le disposizioni introdotte al nuovo art. 5 *quinquies* d.lgs. n. 28 cit. – reclamano un’attenta indagine sul più appropriato ‘innesto’ dell’ordine giudiziale di invio delle parti in mediazione nel corso delle fasi di introduzione e trattazione del giudizio di cognizione di primo grado.

Ebbene, per quel che ivi rileva, l’art. 5 *quater*, 1° comma, cit. stabilisce, nella sua prima parte, che: «Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell’istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l’esperimento di un procedimento di mediazione».

Ad una comparazione con la disciplina pre-riforma della mediazione demandata (cfr. il ‘vecchio’ art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit.)⁽²³⁾, emergono quindi le seguenti novità: si completa, con una formula di chiusura («valutata ... ogni altra circostanza»), la lista di ‘indici di mediabilità’ elencati dal legislatore quali possibili fattori destinati a fondare la determinazione del giudice nell’ordinare alle parti il ricorso alla mediazione; si specifica il modo in cui tale invio deve essere disposto dal giudice («con ordinanza motivata»); e, infine, si estende il lasso temporale entro cui il giudice può emettere l’ordine di invio delle parti in mediazione («fino al momento di precisazione delle conclusioni»).

Orbene, a fronte di siffatte novità ed alla luce delle descritte rivisitazioni delle fasi di introduzione e trattazione del giudizio di prime cure secondo il rito ordinario e il procedimento semplificato di cognizione, un interrogativo si impone: se, quando e come

⁽²³⁾ Per un’illustrazione puntuale della c.d. mediazione disposta dal giudice ai sensi dell’art. 5, comma 2°, d.lgs. n. 28 del 2010 cit., v., per tutti, D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, Bologna, 2016, 293 ss.

inserire l'esercizio del potere – *lato sensu* conciliativo – del giudice di inviare le parti in mediazione sì che tale ordine risulti appropriato ed efficace, ossia idoneo ad aprire un'effettiva finestra conciliativa per le parti, e quindi una reale possibilità di risolvere il conflitto, pur lite pendente, con una sua (auto-)composizione consapevole, responsabile e sostenibile.

Il quesito non è peregrino e sottende l'auspicio di evitare inviti delle parti in mediazione che si rivelino meri – si conceda l'espressione – 'spari a salve', ovvero ordini non sostenuti da un'accurata valutazione del caso concreto e delle realistiche probabilità di conciliazione della controversia nel contenitore riservato della mediazione⁽²⁴⁾. Nel rispondere a tale domanda – ad oggi ancora in via speculativa, mancando il riscontro dell'applicazione pratica – si volga primariamente lo sguardo al rito ordinario.

Come emerso dal pur succinto esame delle fasi di introduzione e trattazione della causa secondo tale rito, lungo appare il 'segmento temporale' che separa gli atti di avvio del processo dall'udienza di prima comparizione delle parti: un segmento procedurale segnato dalla sola scrittura, dal momento che vede seguire ad atto di citazione e comparsa di costituzione e risposta, il decreto del giudice per il compimento delle verifiche preliminari di cui al nuovo art. 171 *bis* c.p.c. e quindi lo scambio tra le parti, ove queste decidano di avvalersene, di ben tre memorie integrative

⁽²⁴⁾ In questo senso già I. PAGNI, P. LUCARELLI, *Introduzione*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Torino, 2015, XI ss., spec. XVI, le quali, onde evitare il rischio paventato nel testo, e quindi di una dilazione ingiustificata dei tempi del processo, auspicavano «un giudice sensibile, in grado di scorgere il momento adatto in cui fare uso dello strumento della mediazione demandata, di calibrare i tempi del processo coi tempi della mediazione, di soppesare le difese delle parti e saper valutare se vi siano le condizioni previste dalla legge per la mediabilità della lite». In questo senso, con sapiente acutezza, L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 265 ss.

ciascuna. E questo, peraltro, a limitarsi ad una configurazione del processo a compagine soggettiva ‘minima’, ossia bilaterale, ché lo scenario diventa inesorabilmente più complicato, invece, allorché si abbia una sua declinazione soggettivamente complessa, come banalmente accade in ipotesi di chiamata in causa del terzo da parte del convenuto ⁽²⁵⁾.

Ebbene, solo dopo questa «estenuante liturgia» scritta, si giunge alla prima udienza e, quindi, tendenzialmente – ma sulla possibilità che così possa anche non essere si tornerà in seguito – al primo contatto diretto tra giudice e parti ⁽²⁶⁾.

Ora, nella cornice di una «liturgia» siffatta, l’invio giudiziale delle parti in mediazione potrebbe darsi – a muoversi ancora sul piano della mera speculazione, in assenza ad oggi di un riscontro pratico-applicativo – in due momenti: o in occasione dell’adozione del decreto emesso per le verifiche preliminari di cui al nuovo art. 171 *bis* c.p.c., o, in alternativa, in sede di udienza di prima comparizione e trattazione ai sensi del novellato art. 183 c.p.c. Entrambe le opzioni, al netto delle peculiari caratteristiche del caso concreto – che rivestono invero un ruolo decisivo quando si tratti di disporre o meno la mediazione demandata – presentano vantaggi e svantaggi che è bene qui delineare.

L’invio in mediazione svolto in occasione dell’adozione del citato decreto *ex art.* 171 *bis* c.p.c. ha senz’altro dalla sua il ‘tempismo’

⁽²⁵⁾ Quella della chiamata in causa del terzo su istanza di parte non è, come ovvio, l’unica ipotesi di ‘complicazione’ sul piano procedurale nello svolgimento del rito ordinario di cognizione: vi si aggiungono tutte quelle di processo soggettivamente complesso date dai casi di litisconsorzio necessario, facoltativo e sopravvenuto per intervento volontario del terzo o coatto su ordine del giudice. Torna lo spettro delle problematiche già evidenziate e sperimentare nella vigenza del c.d. rito societario, di cui al d.lgs. n. 5 del 2003, poi abrogato dalla l. n. 69 del 2009, tranne che per le disposizioni riguardanti l’arbitrato e la conciliazione stragiudiziale.

⁽²⁶⁾ L’evocativa espressione è ripresa da C. CONSOLO, *L’avvento del giudice unico tra riorganizzazione e timidezze*, in *Corriere giur.*, 1998, 256 ss.; ID., *Dieci anni di riforma della giustizia civile*, in *Rass. for.*, 2001, 347 ss.

con cui verrebbe ordinato. A fronte di un segmento procedurale pre-udienza che si presenta oggi temporalmente lungo e segnato dal deposito di un numero significativo di memorie – quelle integrative – si deve constatare, infatti, come l'ordine di mediazione demandata adottato con decreto *ex art. 171 bis* c.p.c. avrebbe il vantaggio di 'innestarsi' in un momento in cui il fascicolo di causa non è ancora diventato «millefoglie»⁽²⁷⁾. Quell'ordine eviterebbe quindi il rischio che un corposo fascicolo sempre sottende in termini di arroccamento avversariale delle parti sulle loro posizioni giuridiche e conseguente chiusura all'esplorazione degli interessi reciproci ed elaborazione di soluzioni creative del conflitto⁽²⁸⁾.

Peraltro, ove la mediazione venisse ordinata in occasione dell'adozione del decreto *ex art. 171 bis* c.p.c. e si concludesse con successo, le parti si troverebbero ad aver sopportato costi legali da attività giudiziale ancora ridotti, potendo al contempo avvantaggiarsi dei crediti di imposta oggi previsti per chi ricorre alla mediazione: relativi non solo all'indennità pagata all'organismo di media-

(27) La definizione è ancora di C. CONSOLO, *La trattazione nella fase introduttiva del processo: un primo bilancio nel (semi-)decennale*, in *Giur. it.*, 2001, 1014, e ivi nt. 3; nonché di L. BREGGIA, *Le buone prassi e il pendolo perverso (riflessioni sulle recenti modifiche del processo di cognizione)*, *ivi*, 2006, 1003.

(28) Il serio rischio che così sia deriverebbe non soltanto dal diverso 'linguaggio' impiegato nell'alveo delle vie eteronome di soluzione del conflitto – mirando queste alla decisione di un terzo – rispetto a quelle autonome – che invece si indirizzano ad una soluzione condivisa e spesso integrativa del conflitto – (a riguardo v. G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in P. LUCARELLI, G. CONTE, *Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa*, cit., 5 ss.; ID., *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, 113 ss.; nonché F. DANOVÌ, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, 3 ss.; 105 ss.), ma discenderebbe anche dal fenomeno di c.d. avversione alla perdita, collegato a quello di c.d. ancoraggio, che sempre accompagna la proposizione di una domanda giudiziale e segue ai costi che questa comporta: su tali fenomeni si permetta rinvio a S. DALLA BONTÀ, *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione. La preparazione di parte e avvocato*, in ID. (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, 37 ss., disponibile in accesso aperto nel sito <<https://iris.unitn.it/>>.

zione nonché al compenso corrisposto all'avvocato per l'assistenza in mediazione, ma anche al contributo unificato versato al momento dell'instaurazione della causa ⁽²⁹⁾.

Di contro, però, l'invio in mediazione su ordine del giudice adottato con decreto *ex art. 171 bis c.p.c.* potrebbe prestare il fianco a taluni inconvenienti. Esso si fonderebbe, infatti, soltanto sulla lettura da parte del giudice degli atti introduttivi di causa (atto di citazione e comparsa di risposta), che pur oggi richiesti di una confezione 'chiara e specifica' in punto di esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, potrebbero però rivelarsi di per sé insufficienti a consentire quella valutazione sulla sussistenza degli 'indici di mediabilità', che, enunciati in termini generici dal nuovo art. 5 *quater*, 1° comma, d.lgs. n. 28 cit., necessitano sempre da parte del giudice di una verifica caso per caso, anche (e soprattutto) grazie ad un confronto immediato e diretto con le parti ⁽³⁰⁾. Confronto orale che è tuttavia escluso in occasione dell'adozione del decreto *ex art. 171 bis c.p.c.* dalla scansione dei tempi processuali del nuovo rito ordinario di cognizione, al netto

⁽²⁹⁾ In questo senso dispone il nuovo art. 20, 1° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 come novellato dal d.lgs. n. 149 del 2022, il quale riconosce alle parti, quando è raggiunto l'accordo di conciliazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta all'organismo di mediazione, fino a concorrenza di 600 euro; cui può aggiungersi, in caso di mediazione demandata dal giudice, un ulteriore credito d'imposta commisurato al compenso corrisposto al proprio avvocato per l'assistenza nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri forensi e fino alla concorrenza di 600 euro. Ai sensi del 2° comma dell'articolo citato, però, detti crediti di imposta sono utilizzabili dalla parte nel limite complessivo di 600 euro per procedura e fino ad un importo massimo annuale di 2.400 euro per le persone fisiche e di 24.000 euro per le persone giuridiche (in caso di insuccesso della mediazione i crediti d'imposta sono peraltro ridotti della metà). Ai sensi dell'art. 20, 3° comma, d.lgs. cit., si riconosce poi un ulteriore credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalla parte per il giudizio estinto a seguito della conclusione di un accordo di conciliazione, nel limite dell'importo versato e fino a concorrenza di 518 euro.

⁽³⁰⁾ Sempre illuminanti a riguardo le osservazioni di L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, cit., 265 ss.

tuttavia di quanto potrà virtuosamente emergere ‘dal basso’ – e sul punto si tornerà più innanzi ⁽³¹⁾ – in ordine all’elaborazione di buone prassi.

Come più sopra ricordato, infatti, la novella della disciplina della mediazione demandata di cui al citato art. 5 *quater*, 1° comma, impone al giudice l’adozione dell’ordine di invio con «ordinanza motivata», a rammentare che la diversione delle parti dal processo alla mediazione deve essere frutto di una valutazione ponderata di cui il giudice è tenuto a dar conto nella motivazione del provvedimento, evitando auspicabilmente il ricorso a stereotipate formule di stile ⁽³²⁾.

Che tutto ciò risulti possibile senza uno scambio anche orale del giudice con le parti e i loro avvocati, è lecito dubitare; così come perplessità suscita il breve tempo a disposizione del giudice – 15 giorni dalla scadenza del termine di costituzione tempestiva del convenuto – per assumere il decreto *ex art. 171 bis* c.p.c. Su tale ultimo punto, però, a differenza che sul primo, potrebbe soccorrere una buona organizzazione dell’Ufficio per il Processo, che, come sopra precisato, vede tra i suoi compiti anche il supporto del giudice nelle verifiche preliminari di cui all’art. 171 *bis* c.p.c.

Ora, se questi paiono vantaggi e svantaggi che un ipotetico invio

⁽³¹⁾ V. *infra* par. 9.

⁽³²⁾ Lo sottolinea con incisività L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 715 ss., prec. 729, che rammenta come «La *chance* di un uso corretto dell’istituto infatti resta fondato non sull’imposizione immotivata, ma sulla persuasione delle parti, veicolata dalla specifica motivazione del provvedimento e dal colloquio processuale, altrimenti la mediazione sarà svilita ad un incombente vissuto dalle parti come un’inutile dilazione del percorso giudiziario da loro scelto». In questo senso l’a. richiama il protocollo già elaborato in seno al progetto ‘Nausicaa’, nato nel 2009 a promozione della conciliazione delegata dal giudice, a firma del Tribunale di Firenze, dell’Osservatorio sulla Giustizia Civile di Firenze, della Regione Toscana, del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze (con il suo Laboratorio congiunto tra studiosi ed enti esterni ‘Un Altro Modo’), della Camera di Commercio di Firenze e dell’Organismo di Conciliazione di Firenze (OCF).

delle parti in mediazione incontrerebbe se disposto in occasione dell'adozione del decreto ai sensi dell'art. 171 *bis* c.p.c., altre sono le riflessioni che sollecita l'eventualità di un ordine di mediazione demandata disposto nell'udienza di prima comparizione e trattazione.

Dalla sua quest'ultimo avrebbe il fatto di essere assunto a seguito di un'udienza in cui le parti sono tenute a presentarsi personalmente (v. art. 183, 1° comma, c.p.c.), in vista anche, come ricordato, di un loro interrogatorio libero, della richiesta di chiarimenti e financo – sul punto si tornerà ⁽³³⁾ – di un tentativo giudiziale di conciliazione. L'interlocuzione orale tra giudice, parti ed avvocati sarebbe qui garantita, ancorché – si riprenderà il tema a breve ⁽³⁴⁾ – con la 'stabilizzazione' accolta dalla riforma delle soluzioni emergenziali avanzate durante il periodo pandemico, l'udienza potrebbe tenersi anche da remoto mediante collegamenti audiovisivi o essere del tutto sostituita dallo scambio di note scritte.

Anche così non fosse, e si optasse sempre per un'udienza *ex art.* 183 c.p.c. in presenza con contatto diretto, immediato e orale tra giudice, parti e avvocati, rimarrebbe però un'ulteriore criticità. Nella cornice del ridisegnato rito ordinario, tale udienza si celebrerebbe, infatti, dopo quella «estenuante liturgia» che ha visto le parti scambiarsi un nutrito numero di memorie (integrative), con queste inasprendosi il loro posizionamento giuridico, a discapito di un approccio potenzialmente (più) collaborativo quale può riscontrarsi con maggior frequenza nelle battute iniziali del processo. Da chiedersi è, quindi, quale efficacia possa sortire un invio in mediazione in questo momento.

Di qui, le (maggiori) speranze che paiono schiudersi allorché si volga lo sguardo al procedimento semplificato di cognizione, segnato – come sopra evidenziato – da una scansione di snodi processuali che vede un segmento temporale pre-udienza più breve di quello contemplato dal novellato rito ordinario, lasciando al *post*-udienza

⁽³³⁾ V. *infra* par. 7.

⁽³⁴⁾ A riguardo v. più diffusamente *infra* par. 8.

l'eventualità del deposito di un duplice ordine di memorie su richiesta dalle parti in presenza di giustificato motivo. In tale rito, infatti, depositati gli atti introduttivi, le parti 'guadagnano' subito il contatto con il giudice, con ciò che questo comporta in punto di confronto sui fatti di causa tra protagonisti del processo. Il modello del procedimento semplificato di cognizione rimane così più simile, pur nelle patenti differenze, a quello del rito ordinario di cognizione pre-riforma, seppur, anche in questo caso, con l'alea – ma sul punto si tornerà in seguito – circa l'eventuale celebrazione della prima udienza da remoto mediante collegamenti audiovisivi o la sua sostituzione con lo scambio di note scritte.

7. (segue) ...e il tentativo di conciliazione del giudice? E la sua proposta conciliativa o transattiva? – Le riflessioni su se, quando e come il giudice possa efficacemente disporre la mediazione demandata nel corso delle novellate fasi di introduzione e trattazione della causa civile si intrecciano con quelle attorno all'esercizio di altri due poteri '*lato sensu* conciliativi' confermati in capo al giudice dalla riforma Cartabia: il tentativo di conciliazione e la formulazione alle parti di una proposta transattiva o conciliativa della lite. Anche con riguardo a codeste ipotesi, infatti, emerge, ad una prima lettura – ancora speculativa, perché ad oggi non confortata da riscontro applicativo – una serie di criticità su *an*, *quando* e *quomodo* dell'efficace esercizio di detti poteri nello spiegarsi dei riti ordinario e semplificato di cognizione.

Si muova in tale indagine dal tentativo di conciliazione giudiziale.

Come più sopra ricordato, in seno al rito ordinario di cognizione il tentativo di conciliazione giudiziale è obbligatoriamente previsto nell'udienza di prima comparizione e trattazione (v. art. 183, 3° comma, c.p.c.). Si tratta di un ritorno all'antico: la riforma Cartabia rende infatti obbligatorio ciò che quella del 2006 aveva reso meramente facoltativo dietro richiesta congiunta delle par-

ti⁽³⁵⁾. Criticato dai più perché re-introduzione di uno strumento spesso inutilizzato nella pratica e quindi fallimentare⁽³⁶⁾, il ritorno al tentativo obbligatorio di conciliazione giudiziale rappresenta ulteriore emersione di una – delle varie, e talvolta contrastanti – anime della riforma raccolta nel d.lgs. n. 149 del 2022: il *favor conciliations*, testimoniato, con riguardo all'istituto che qui occupa, dalla correlata previsione di un obbligo di partecipazione personale delle parti alla prima udienza, salvo giustificato motivo⁽³⁷⁾.

(³⁵) Il riferimento è alla novella introdotta dal d.l. n. 273 del 2005, convertito nella l. n. 51 del 2006, che rese l'interrogatorio libero, al fine di tentare la conciliazione, facoltativo, abolendo l'obbligo di espletarlo, con conseguente venir meno di quello delle parti di comparire personalmente: critico a riguardo A. PROTO PISANI, *Le modifiche al codice di procedura civile previste dalla l. n. 80 del 2005*, in *Foro it.*, 2005, 89 ss. Si lasciava così primariamente ai difensori delle parti la valutazione circa l'opportunità di far comparire personalmente le parti, dietro istanza congiunta, davanti al giudice affinché costui, previo interrogatorio libero, tentasse la conciliazione: in questo senso v. art. 185 c.p.c., su cui, per una panoramica, V. PETRELLA, *Commento sub art. 185*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 255 ss.

(³⁶) Tali critiche, oltre che sulla constatazione del 'costume' esistente e quindi sulla convinzione che il diritto positivo ad esso si debba adeguare – ancorché potrebbe essere invece opportuno, a parere di chi scrive, il tentativo di sospingere attraverso il dato positivo l'emersione di un 'costume' forense migliore, perché più efficace nell'amministrazione della giustizia – poggiano sul condivisibile rilievo dell'irriducibile quanto vischiosa confusione di ruoli in capo al giudice che concilia. Come giustamente evidenziato (v. A. BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 203 ss., spec. 211; V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. dir. proc.*, 1980, 410 ss.; nonché M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1981, 49 ss., spec. 50), il giudice si trova infatti in tali frangenti ad essere «servo di due padroni», e cioè «servo», da un lato, quale organo giudicante, della funzione giurisdizionale e così di *ius dicere*, dall'altro, della funzione di promuovere l'amichevole composizione della controversia. Con intuibili effetti inibitori sulla 'spontaneità' delle parti nello svelare informazioni che potrebbero minare la loro posizione giuridica, ed al contempo effetti negativi sulla 'percepita' imparzialità del ruolo negoziale del giudice.

(³⁷) Sanzione per tale mancata comparizione personale è quella della valutazione da parte del giudice di detta condotta ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., e quindi quale argomento di prova.

Al netto dei rilievi critici ripetutamente avanzati alla commistione nello stesso soggetto delle funzioni giudicante e conciliatoria e così dei dubbi che aleggiavano su come il giudice possa efficacemente tentare la conciliazione, una considerazione pare qui imporsi con riguardo al momento in cui quest'ultima si colloca nel novellato rito ordinario di cognizione. Se da un lato, infatti, è da accogliere con favore l'idea di una prima udienza che, in quanto sede d'esercizio del potere-dovere del giudice di tentare la conciliazione, richiede la presenza personale delle parti – con ciò che questo beneficentemente comporterebbe in punto di richiesta da parte del giudice di chiarimenti sui fatti di causa, ove in concreto praticata⁽³⁸⁾ – dall'altro, perplessità suscita la previsione di un tentativo giudiziale di conciliazione svolto dopo la temporalmente lunga e 'contenutisticamente' densa fase pre-udienza.

Lecito è chiedersi se e come possa dimostrarsi efficace un tentativo di conciliazione giudiziale che segua ad un sì esteso lasso temporale dopo gli atti introduttivi del giudizio e al deposito di sì

(38) La presenza personale delle parti, in una con il colloquio libero tra queste, assistite dai loro avvocati, e giudice, porterebbe con sé l'indiscutibile vantaggio di semplificare il materiale di causa, in una «progressiva formazione dell'oggetto del giudizio» – per riprendere una felice definizione di A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, Padova, 1991, 32 ss. – grazie alla definizione dei fatti realmente contestati, e quindi controversi e bisognosi di prova, ed alla correlata individuazione della norma applicabile al caso concreto. In questo dialogo processuale tra giudice e parti nella fase preparatoria del procedimento risiederebbe quella «fase-setaccio» – è la bella immagine di L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., 728 – dove si filtra ciò che deve proseguire e si decide come deve proseguire. Non solo. La presenza personale delle parti favorirebbe quella 'escavazione' dei fatti che, uscendo dal perimetro delle mere questioni giuridiche e della sussunzione nella fattispecie generale ed astratta, lascia intravedere, tra gli intrecci della 'matassa fattuale', gli interessi del parti, ossia quelle loro utilità, altre rispetto alle posizioni giuridiche di vantaggio riconosciute e fissate dalle norme adottate dall'ordinamento, che sono base per l'individuazione di appropriate ed opportune – per le parti – soluzioni del conflitto. Soluzioni che le parti stesse, con l'ausilio dei loro difensori, possono trovare.

numerosi atti di parte e giudiziali, *i.e.* atto di citazione, comparsa di costituzione e risposta, decreto del giudice per le verifiche preliminari *ex art.* 171 *bis* c.p.c., tre (eventuali) memorie integrative per parte ai sensi dell'art. 171 *ter* c.p.c. Ancora una volta, a fronte della rimodulazione delle fasi di introduzione e di trattazione del rito ordinario, forte si avverte il rischio di un irrigidimento delle pretese giuridiche delle parti, di un arroccamento sulle loro posizioni e così di un'*escalation* della lite che chiude le porte a quella esplorazione degli interessi e valorizzazione delle soluzioni creative capace di condurre ad un'auto-composizione consapevole e sostenibile del conflitto.

Diversamente, meno foschi sembrerebbero gli orizzonti in caso di un processo civile avviato secondo le forme del procedimento semplificato di cognizione, in ragione della celebrazione più ravvicinata, in questo rito, della prima udienza rispetto agli atti introduttivi di causa (cfr. il più breve termine a comparire) e, soprattutto, di una fase pre-udienza senza deposito anticipato di memorie integrative di parte. Attore e convenuto giungerebbero quindi innanzi al giudice a seguito della sola stesura di ricorso e comparsa di costituzione e risposta, senza aver ulteriormente esasperato in termini avversariali la lite.

A differenza che nell'udienza *ex art.* 183 c.p.c., però, in quella di cui all'art. 281 *duodecies* c.p.c., che segna il procedimento semplificato di cognizione, le parti non sono richieste di comparire personalmente e la legge non fa menzione di un tentativo obbligatorio di conciliazione giudiziale: se ne deve ricavare che l'esercizio di tale facoltà sia rimesso alla discrezionalità del giudice, nel quadro dei suoi generali poteri di direzione materiale del processo (*v.* art. 175 c.p.c.), e/o sia lasciato alla sollecitazione congiunta delle parti.

In ogni caso, quale che sia il rito prescelto, incombe sulla prima udienza l'ombra di un suo svolgimento non in presenza, bensì mediante collegamenti audiovisivi o, più drasticamente, sua sostituzione con deposito di note scritte – sul punto si tornerà in se-

guito ⁽³⁹⁾ – con ciò che ne discende in termini di effettivo ed efficace tentativo di conciliazione.

Di qui, il facile collegamento con l'ulteriore potere diretto a favorire la conciliazione della lite, riconosciuto – *melius*, confermato – in capo al giudice dalla riforma: quello di formulare una proposta transattiva o conciliativa ai sensi del novellato art. 185 *bis* c.p.c. Anche a seguito della riforma, si mantiene la possibilità per il giudice di «formula[re] alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa», escludendo che ciò possa costituire motivo per la sua ricusazione o astensione ⁽⁴⁰⁾. La novella interviene però ad estendere il lasso temporale per l'esercizio di tale potere «fino al momento in cui [il giudice] fissa l'udienza di rimessione della causa in decisione».

Ora, ciò precisato, sorgono, in chi scrive, taluni timori che ruotano attorno alla futura applicazione che la proposta transattiva o conciliativa *ex art. 185 bis* c.p.c. potrebbe in concreto riscontrare, in particolare nello svolgimento del processo secondo il rito ordinario. Timori che trovano peraltro ragione in una disposizione, contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 come novellato dal d.lgs. n. 149 del 2022, che è opportuno qui richiamare.

Si tratta dell'art. 5 *quinquies*, rubricato – con espressione ben auspicante – «Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione». Questo, dopo aver riconosciuto al 1° comma che il magistrato «cura la propria formazione e il proprio aggiornamento in materia di mediazione», prevede, al 2° comma, che «il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o me-

⁽³⁹⁾ V. *infra* par. 8.

⁽⁴⁰⁾ Per uno sguardo d'assieme sulla disciplina di cui all'art. 185 *bis* c.p.c., v., per tutti, F. FERRARI, *Commento sub art. 185 bis*, in C. CONSOLO (diretto da), *Codice di procedura civile. Commentario*, II, Milano, 2018, 261 ss.

diante accordi conciliativi costituiscono, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato» ai fini della valutazione di professionalità cui i magistrati sono sottoposti ogni quadriennio fino al superamento della settima valutazione (in questo senso v. il rinvio dell'art. 5, 2° comma, cit. all'art. 11 d.lgs. n. 160 del 2006).

Ebbene, pare lecito quanto meno avanzare il dubbio – che le buone pratiche, però, potranno e dovranno fugare – che la combinazione, da un lato, delle norme da ultimo richiamate in tema di valorizzazione delle conciliazioni della lite ai fini della valutazione della produttività del magistrato, e, dall'altro, della nuova configurazione delle fasi di introduzione e trattazione della causa secondo il rito ordinario, possa indurre ad un uso non sorvegliato della proposta di cui all'art. 185 *bis* c.p.c. a seguito della celebrazione dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c.

Un tale negativo presagio – che, lo si ripete, pratiche virtuose potranno e dovranno smentire – deriva dalle seguenti osservazioni.

Come detto, il processo secondo il rito ordinario si connota per una fase pre-udienza non solo lunga e scritta, ma anche in potenza costellata da un nutrito numero di memorie per parte, destinate ad anticipare rispetto all'udienza di prima comparizione tutte quelle allegazioni e deduzioni istruttorie che sino alla riforma venivano raccolte nella c.d. appendice di trattazione scritta. Legittimo è quindi ipotizzare che tale novità procedurale potrà contribuire a 'gonfiare', ancor prima dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c., il fascicolo di causa, il quale consegnerà al giudice – prima dell'eventuale interlocuzione diretta e immediata con le parti – le loro contrapposte narrazioni in fatto ed in diritto in modo già articolato e cristallizzato nei rispettivi contorni. Altrettanto lecito è pertanto temere che, a fronte di un fascicolo divenuto già «millefoglie» prima dell'udienza *ex art.* 183 c.p.c., emerga in alcuni (giudici) la tendenza, anziché a valorizzare tale udienza, a preferire lo studio delle 'carte' della causa sino a quel momento 'maturata' solo per via scritta, e ad avanzare alle parti, (soltanto) sulla ba-

se di quello studio, una proposta transattiva o fors'anche conciliativa. Una proposta che, dato il contesto di sua 'maturazione', rischierebbe, però, di limitarsi ad essere una sorta di decisione allo stato degli atti, ed in particolare di quei molti atti fino ad allora depositati in cancelleria, ma mai resi oggetto di discussione immediata, e quindi orale, tra giudice, parti ed avvocati ⁽⁴¹⁾.

Una spinta 'indiretta' ad abbracciare una siffatta tendenza applicativa potrebbe venire, peraltro, proprio da quella summenzionata valorizzazione che l'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit. come novellato dal d.lgs. n. 149 cit., riserva al numero di affari definiti con accordi conciliativi ai fini della valutazione di professionalità del magistrato. Da un lato, infatti, l'incipiente tracciabilità dei provvedimenti con cui il giudice esercita i suoi poteri 'lato

⁽⁴¹⁾ Si tratta delle perplessità che l'art. 185 *bis* c.p.c., sin dalla sua introduzione, ha suscitato, anche in ragione della previsione di cui alla sua ultima parte, che esclude *ex lege* che la proposta transattiva o conciliativa del giudice possa costituire motivo di sua ricasazione o astensione. Precisazione, questa, che, come accortamente sottolinea M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, 127, evidenzia (piuttosto che attenuare) le preoccupazioni circa le possibili ricadute che la proposizione della proposta possono avere su terzietà e imparzialità del giudice che l'ha formulata, almeno per quanto riguarda la percezione delle parti. Non a caso A.M. TEDOLDI, *Iudex statutor et iudex mediator: proposta conciliativa ex art. 185 bis c.p.c., precognizione e ricasazione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 983 ss., ritiene costituzionalmente legittima la previsione solo a patto che la proposta transattiva o conciliativa del giudice non venga fatta *indebitamente* precedere «da una serie di penetranti considerazioni e argomentazioni sulla materia del contendere e sulle istanze istruttorie delle parti», che renderebbero la prosecuzione della causa, a proposta del giudice rifiutata, del tutto scontata e un «inutile orpello». Sulla fine distinzione tra anticipazione del giudizio – chiaramente vietata al giudice in quanto si riferisce «ad un giudizio che sarà formulato nel futuro e che viene, appunto, anticipato (dunque c'è identità tra due giudizi)» – e pre-giudizio, che «non è pregiudizio ma il giudizio che inevitabilmente accompagna lo studio della causa da parte del giudice prima di ogni udienza: è solo un giudizio allo stato degli atti, provvisorio e modificabile»: v. L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, 571 ss. Ebbene, sono solo gli esiti di questo «pre-giudizio» che possono debitamente essere condivisi dal giudice.

sensu conciliativi' includerà anche quelli che raccolgono la formulazione della proposta alle parti *ex art. 185 bis c.p.c.* Dall'altro, innegabile è la pressione alla sua accettazione che psicologicamente (e non solo) una tale proposta giudiziale spiega sulle parti (e sui loro avvocati), in quanto proveniente da chi deciderà la causa in ipotesi di suo rifiuto ⁽⁴²⁾. Una pressione a conciliare la lite che si mostra invece meno forte nel caso in cui il giudice ordini alle parti, lite pendente, di ricorrere alla mediazione demandata.

Se è vero, infatti, che l'avvio della mediazione ordinata dal giudice e il tentativo di conciliazione che in essa le parti sono chiamate a svolgere, «cooperan[do] in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse» ⁽⁴³⁾, costituiscono condizione di procedibilità della domanda giudiziale, è, tuttavia, altrettanto vero che in caso di mediazione demandata il tentativo di conciliazione avviene innanzi ad un soggetto diverso dal giudice, *i.e.* il mediatore, e in un contenitore altro dal processo, *i.e.* il procedimento di mediazione, separato e riservato rispetto al primo. Un contenitore in cui le parti possono, con l'ausilio del terzo mediatore e degli avvocati che le assistono, recuperare appieno l'esercizio della loro autonomia privata ed immaginare e creare esse stesse una soluzione del loro conflitto, non dovendo necessariamente accettare o rifiutare una proposta 'calata dall'alto' quale è quella di cui all'art. 185 *bis c.p.c.*

8. *La crisi dell'oralità: tra memorie integrative anticipate e prima udienza non in presenza, i.e. mediante collegamenti audiovisivi o sostituzione con note scritte.* – Volendo ricondurre ad unità le ri-

⁽⁴²⁾ Non possono qui che richiamarsi ancora una volta le osservazioni di A. BRIGUGLIO, voce *Conciliazione giudiziale*, cit., 211; V. DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, cit., 410 ss.; nonché M. CAPPELLETTI, *Appunti su conciliatore e conciliazione*, cit., 50.

⁽⁴³⁾ Così prevede il 'nuovo' art. 8, 6° comma, d.lgs. n. 28 cit. come novellato dal d.lgs. n. 149 cit.

flessioni maturate a prima lettura sui possibili ‘innesti’ dei poteri ‘*lato sensu conciliativi*’ del giudice nei novellati riti del processo di cognizione di prime cure, un punto pare, a chi scrive, focale ed al contempo pregiudiziale all’auspicabile elaborazione di future buone prassi nell’applicazione della nuova normativa: la crisi dell’oralità che sembra colpire il processo civile. Oralità intesa qui quale modo – più che principio assoluto – teso a rendere nuovamente centrale, nello svolgersi del processo, l’udienza, in particolare quella di prima comparizione e trattazione ⁽⁴⁴⁾.

Se vero è che intento dichiarato della riforma introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022 – similmente, invero, alla messe di riforme processuali che l’hanno preceduta ⁽⁴⁵⁾ – è quello di rendere tale

⁽⁴⁴⁾ Oralità intesa quale apporto «costante e immediato» del giudice e delle parti e contatto tra questi – apporto e contatto che consentono la tempestiva delimitazione in prima udienza del tema di decisione e di prova (così G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, a cura di A. PROTO PISANI, Milano, 1993, 31 ss.), grazie al fatto che parti e giudice «si possan guardare in faccia, dopo che tutti, a cominciare dal giudice, abbian viste le carte della causa, e il giudice possa interrogare, ammonire, chiede ragione delle cose, tagliar corto alle chiacchiere» (così E. REDENTI, *Sul nuovo progetto del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1934, IV, 181 ss.): «i magistrati che veramente intendono le esigenze moderne della loro funzione» sono, d’altronde, quelli che «prendono parte attiva al dibattito» per proporre al difensore «quesiti e obiezioni e per richiamarlo alle questioni essenziali della causa» (così P. CALAMANDREI, *Indipendenza e senso di responsabilità del giudice*, in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, 662). Oralità, quindi, quale metodo e forma che risultano opportune per garantire speditezza e al contempo equità al processo – definendo presto e bene in via corale il *thema decidendum ac probandum* – se e pur accompagnate da un sapiente dosaggio di scrittura, sia in termini di ‘preparazione’ del confronto contestuale e immediato che di documentazione di quanto avvenuto. La sola oralità, infatti, potrebbe finire per banalizzare la complessità, impedire lo studio più approfondito del materiale di causa, ché «la capacità di improntare deduzioni, argomentazioni e richieste, di replicare e controreplicare estemporaneamente non appartiene a tutti, come non è di tutti la facilità di eloquio» (così E. MORTARA, *Per il nuovo codice della procedura civile. Riflessioni e proposte*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 136 ss.).

⁽⁴⁵⁾ A riguardo il richiamo non può che indirizzarsi, ancora una volta, ai recenti ed approfonditi studi monografici di V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della*

udienza «perno del processo», deve però, a malincuore, constatarsi come la lettera della nuova disciplina lasci presagire che così, all'atto pratico, possa non essere, con inevitabili ricadute – negative – anche sull'effettiva promozione della giustizia consensuale lite pendente. Come più sopra evidenziato, infatti, solo un'accurata preliminare preparazione di tutti i protagonisti del processo sul 'materiale' di causa, e il conseguente confronto sul punto *coram* e *in praesenti* di giudice, parti e avvocati⁽⁴⁶⁾, possono assicurare quelle attente valutazioni sulle possibilità di (auto)composizione della lite che fondano una proficua apertura di finestre conciliative in seno al percorso giudiziale.

L'impressione che sollecita la prima lettura della nuova disciplina, in particolare del rito ordinario di cognizione, è, invece, quella per cui tale disciplina – se non meditata da una riflessione corale di tutti i soggetti chiamati a darvi applicazione – porti con sé un pernicioso... ritorno alla scrittura. Ad un processo, cioè, freddamente e piattamente scritto, destinato ad essere gestito dal giudice, e in conseguenza dagli avvocati delle parti, quale fascicolo di un mero 'caso di scuola', 'anestetizzato' – nella sua sola narrazione scritta contenuta in atti giudiziari di parte, mai oggetto di esame immediato e contestuale tra i protagonisti del giudizio – da quella fattualità che sempre segna, invece, la lite⁽⁴⁷⁾. Fattualità in

fase di trattazione nella storia del processo civile italiano. 1815-1942, cit.; e ID., *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, cit.

⁽⁴⁶⁾ In questo senso, I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in *Judicium* (15.12.2020), par. 5.

⁽⁴⁷⁾ «È la realtà fattuale quella dove si annida l'interesse della parte, la relazione entrata in crisi e le vere ragioni del contendere. La riscoperta della fattualità del diritto, è quella che permette il riavvicinamento tra diritto e giustizia», ricorda L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, cit., 730-1, nel sottolineare come il giudice non possa più vedersi – nella crescente urgenza di «materializzazione» della fattispecie normativa: su cui v. A. DI MAJO, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*,

cui però si annidano i semi di quelle potenzialità – gli ‘indici di conciliabilità’ – che schiudono ad una fruttuosa auto-composizione del conflitto, immaginata, voluta e creata dalle parti stesse⁽⁴⁸⁾.

Se la regola processuale del rito ordinario di cognizione è stata novellata nella convinzione che l’anticipazione rispetto alla prima udienza delle memorie di cui alla ‘vecchia’ appendice di trattazione scritta consenta di giungere a quell’udienza con il *thema decidendum ac probandum* già definito e pronto per l’esame del giudice onde capire quale prosieguo imprimere al processo, non pare, però, che la soluzione messa in campo dal riformatore sia in grado di rispondere efficacemente a tale esigenza. La questione cruciale, infatti, non sta nel *cosa* – e nel *molto* – che viene depositato dalle parti *prima dell’udienza*, ma nel *come l’udienza si svolge*, e cioè se in essa il giudice, in dialogo e collaborazione con gli avvocati e le parti, riesca ad esercitare il suo potere di direzione materiale del processo, che altro non significa se non epurare la causa «dal troppo e dal vano» onde arrivare a vederne il «vero volto»⁽⁴⁹⁾, e di qui a figurarne il modo più appropriato di prosecuzione – e, cioè, o ancora nel solco della via giurisdizionale o, piuttosto, secondo quella consensual-compositiva.

2013, 797 ss. – come «burocrate lontano dalle parti», bensì quale soggetto che ha conquistato e deve conquistare «margini di prossimità» rispetto a costoro, nella consapevolezza di non essere un mero «liquidatore» di processi.

⁽⁴⁸⁾ Sul punto v. C. INNALFO, *Giudice, avvocato, cittadino e mediatore: la mediazione delegata si fa in quattro*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze*, cit., 161 ss., prec. 164. In questo senso, si vedano le riflessioni di G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, cit., 14 ss., il quale evidenzia come il rapporto tra interessi, sempre intrecciati ai fatti, e posizioni giuridiche-diritti, quali ‘ordinazione’ e ‘istituzionalizzazione’ astratta di categorie di interessi, è, similmente a quello tra la parte immersa e quella emergente di un *iceberg*, di circa 10 a 1, nel senso che i ‘diritti’ sono spesso solo il ‘sintomo’ delle vere cause del conflitto, situate, invece, sempre nella zona degli interessi. Con la conseguenza, secondo l’a., che «gestire il conflitto sul solo piano del diritto possa assomigliare a voler curare una malattia agendo solo sui sintomi, senza aggredirne significativamente le cause».

⁽⁴⁹⁾ In questi termini la Relazione al Re sul codice di procedura civile del 1940.

Ebbene, unico ed apparentemente banale fattore che consenta di realizzare una tale condizione è l'attenta preparazione del giudice (e degli avvocati) sul materiale di causa.

Vi è quindi da chiedersi se il quadro processuale consegnato dalla riforma permetta ed agevoli una tale preparazione, su cui solo può poggiare (anche) un oculato, meditato e quindi sapiente ricorso ai poteri '*lato sensu* conciliativi' del giudice. L'«estenuante liturgia» scritta che precede la celebrazione della prima udienza induce a dubitarne.

Pertugi di speranza potrebbero tuttavia schiudersi a guardare al modo in cui oggi si richiede vengano stesi gli atti giudiziari di parte e del giudice, nonché alla nuova organizzazione interna di cui gli uffici giudiziari dovrebbero munirsi a fronte dell'implementazione dell'Ufficio per il Processo. Per un verso, infatti, il combinato disposto del novellato art. 121 c.p.c. e del nuovo art. 46 *bis* disp. att. c.p.c. orienta la produzione scritta di parti (e giudice) ai criteri di sinteticità e chiarezza⁽⁵⁰⁾ – da qui l'esplicita

⁽⁵⁰⁾ Il d.lgs. n. 149 del 2022 novella l'art. 121 c.p.c., che vede arricchita la sua rubrica della menzione a «Chiarezza e sinteticità degli atti» e il suo testo della previsione per cui « Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico». Completa tale emendata disciplina quella contenuta nel nuovo art. 46 *bis* disp. att. c.p.c., il quale, al suo nuovo 4° comma, stabilisce che sarà il Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, a definire con decreto, ad aggiornamento biennale, gli schemi informatici degli atti giudiziari, con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo. Con il medesimo decreto si stabiliranno anche i limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti. Nella determinazione di tali limiti non si terrà conto dell'intestazione e delle altre indicazioni formali dell'atto, fra le quali si intendono compresi un indice e una breve sintesi del contenuto dell'atto stesso. Saggiunge il successivo comma quinto che il mancato rispetto delle specifiche tecniche sulla forma e sullo schema informatico e dei criteri e limiti di redazione dell'atto non comporta invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della decisione sulle spese del processo. Tali disposizioni, positivizzando nel codice di rito l'annoso tema della sinteticità e chiarezza degli atti processuali (su cui M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 453; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*,

menzione, nella disciplina degli atti introduttivi dei riti ordinario e semplificato di cognizione, del «modo chiaro e preciso» con cui l'attore è tenuto ad esporre i fatti costituenti le ragioni della domanda e l'attore a prendere posizione a riguardo. Per altro verso, il citato d.lgs. n. 151 del 2022 interviene sull'articolazione dell'Ufficio per il Processo, precisando che questo dovrebbe adiuvarlo il giudice nello svolgimento delle verifiche preliminari di cui al rito ordinario, nonché nell'individuazione, nel concreto caso pendente, della sussistenza di c.d. indici di mediabilità⁽⁵¹⁾.

ivi, 2017, 483; C. CONSOLO, *Sobrietà e concisione negli atti di parte e nella motivazione delle sentenze di legittimità*, in G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, 73; G. SCARSELLI, *Sulla sinteticità degli atti nel processo civile*, in *Foro it.*, 2017, V, 323; A.M. TEDOLDI, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 674 ss.), lo rivitalizzano – e verosimilmente – lo acutizzano. In particolare, laddove assegnano al Ministero della giustizia la definizione dei suddetti schemi informatici e i limiti processuali degli atti giudiziari: dubbia è infatti la legittimazione del Ministero a riguardo alla luce dell'art. 110 Cost., che gli attribuisce soltanto competenze in merito all'organizzazione e al funzionamento dei servizi relativi alla giustizia (per questo rilievo v. G. SCARSELLI, *Punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 149*, in <www.giustiziainsieme.it> (31.12.2022). Evidenzia criticità riguardo alle ricadute pratiche dell'attuazione del nuovo art. 46 bis disp. att. c.p.c. anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cit., 16, la quale rileva che nel caso in cui il decreto in parola stabilisse un limite massimo di battute e non consentisse l'inserimento nel campo di battute superiori a tale limite massimo ai fini del deposito dell'atto, si introdurrebbe, per via telematica, una sorta di inammissibilità di fatto, non prevista dalla legge e, peraltro, esclusa dalla legge delega.

⁽⁵¹⁾ Si vedano a riguardo l'art. 5, 1° comma, lett. a) e b), d.lgs. n. 151 del 2022 recante norme sull'Ufficio per il Processo, che attribuisce a tale struttura organizzativa la funzione di svolgere attività preparatorie e di supporto ai compiti del magistrato, quali la selezione dei presupposti di mediabilità della lite; nonché nello svolgimento delle verifiche preliminari previste dall'articolo 171 bis c.p.c. Si supera così l'idea, tutta nostrana, di un giudice che, *unicum* nel panorama comparatistico, esercita la sua funzione di *ius dicere* quale attività «fieramente individuale e artigianale» (così: M.G. CIVININI, *Il 'nuovo ufficio per il processo' tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Questione giustizia*, 2021, 173 ss., prec. 183), come «una sorta di 'cavaliere solitario'» (così S. BOCCAGNA, *Il nuovo ufficio*

Rimane però da chiedersi – e a riguardo prassi virtuose potranno beneficamente intervenire – se tali fattori potranno in pratica contribuire ad un’effettiva preparazione di giudice, avvocati e parti in vista della prima udienza, e a renderla così vero fulcro del processo di cognizione di prime cure. Perché così possa essere, peraltro, dovrebbe fuggirsi anche un’altra ombra, che – quanto meno a prima lettura – pare insidiosamente minacciare quell’oralità poc’anzi esaltata quale ‘modo’ per assicurare un processo civile che non si risolva in un mero... *scriptum continuum*.

Il riferimento è qui ai rischi legati alla ‘stabilizzazione’ delle modalità di svolgimento dell’udienza – introdotte durante il periodo di emergenza pandemica, e poi prorogate sino al 31 dicembre 2022 – che con la riforma trovano definitiva disciplina negli artt. 127 *bis* e *ter* c.p.c. ⁽⁵²⁾: l’udienza mediante collegamenti audiovisivi e la sostituzione della stessa con lo scambio di note scritte.

In estrema sintesi, ai sensi dei citati articoli, anziché la tradizionale udienza in presenza, ove questa non richieda il coinvolgimento di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal p.m. e dagli ausiliari del giudice, costui potrà disporre che essa abbia luogo o da remoto, mediante collegamenti audiovisivi a distanza, oppure che essa sia sostituita dal deposito di note scritte, contenenti le sole istanze e conclusioni. Pur a fronte dell’opposizione anche di una sola delle parti alla decisione del giudice per

del processo e l’efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti, in *Diritto proc. civ. it. comp.*, 2021, 261).

⁽⁵²⁾ In questo senso dispose l’art. 16 l. n. 15 del 2022, di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. n. 228 del 2021, c.d. Milleproroghe, che prorogava dal 31 dicembre 2021 al 31 dicembre 2022 l’efficacia delle disposizioni di cui all’art. 221 d.l. n. 34 del 2021, tra cui si ponevano anche quelle relative alle modalità di svolgimento dell’udienza da remoto mediante collegamenti audiovisivi o con scambio di note scritte. La scelta per la ‘stabilizzazione’ di tali modalità era d’altronde prevedibile: così V. ANSANELLI, *Covid-19 e giustizia civile. Prevedibile sopravvivenza di alcune misure emergenziali nella giustizia post-pandemica*, in *Corti fiorentine*, 2021, 3 ss.

un'udienza non in presenza, quegli potrà comunque determinarsi in tal senso con decreto non impugnabile.

Ora, si intende come anche quest'ulteriore novità possa cospirare alla consacrazione di un processo privato di quell'oralità intesa quale modalità di interazione immediata e contestuale di tutti i protagonisti del processo sul materiale di causa. Se l'udienza mediante collegamenti audiovisivi da remoto, infatti, potrebbe anche in astratto garantirla⁽⁵³⁾ – a patto che la tecnologia davvero soccorra in tal senso e la riservatezza dei dati raccolti come la pubblicità dell'udienza, ove prevista, siano preservate⁽⁵⁴⁾ – serie perplessità suscita, invece, la sostituzione *tout court* dell'udienza con la trattazione scritta – ché tale deve essere apertamente definita, essendo un ossimoro discorrere di tale eventualità, come talvolta si è fatto, quale 'udienza cartolare'⁽⁵⁵⁾. In quest'ultimo caso,

(53) Nell'udienza da remoto mediante collegamenti audiovisivi, ove questi davvero siano tecnologicamente adeguati, è infatti possibile garantire il confronto contestuale di tutti i partecipanti all'udienza. Lo mette ben in evidenza I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, cit., par. 5., secondo cui «[o]ggi è vero che una udienza da remoto non è la stessa cosa di una udienza in presenza, ma certamente questo, per il processo civile (il processo penale è indiscutibilmente un'altra cosa), dipende molto di più dai limiti attuali del mezzo di quanto non discenda dai limiti imposti dai principi costituzionali del giusto processo, a condizione che, pur con i vantaggi offerti dal poter stare in luoghi diversi, nella udienza si esprima quel rapporto tra parti e giudice che consiste nell'ascoltare e farsi ascoltare e sia rispettata la sacralità del discutere la causa e del giudicare».

(54) Lo evidenzia, anche se cursoriamente, anche la Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte Suprema di Cassazione, cit., 21. Sulla necessità che sul punto la tecnologia progredisca v. ancora I. PAGNI, *op. loc. ult. cit.*

(55) Udienza è il luogo e il giorno in cui i soggetti del processo hanno l'onere di comparire dinanzi al giudice (cfr. art. 84 disp. att. c.p.c.) e compiere determinati atti del processo, e in cui la trattazione, ai sensi dell'art. 180 c.p.c., dovrebbe essere orale. Non è tale la c.d. udienza cartolare, che altro non è se non un'eccezione alla regola della trattazione orale e della celebrazione dell'udienza in un luogo ed in un tempo. Con essa si realizza quindi quella che A. GARPON definisce una «despazializzazione della giustizia» (così in *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021), con tutto ciò che questo importa su rituale e simbolismo del processo. Fe-

infatti, alla ‘liturgia scritta’ già svoltasi nel rito ordinario prima della data fissata per l’udienza *ex art.* 183 c.p.c., seguirebbe, in sua sostituzione, un nuovo momento scritto, con conseguente ulteriore ‘scarnificazione’ di quella fattuale carnalità della lite che è invece risorsa preziosa per un’apertura nel processo di una finestra conciliativa grazie all’esercizio dei poteri del giudice che possano promuoverla.

Ci si chiede, quindi, se sia questa la cornice ideale per quella sinergia tra giustizia giurisdizionale e giustizia consensuale che rappresenti un ‘trampolino di lancio’ per l’esercizio dell’autonomia privata delle parti nella soluzione del controversia anche lite pendente; o se essa non disegni piuttosto le coordinate di un *commodus discessus* verso una mortificazione di quell’autonomia, mediante il frequente ricorso da parte del giudice a proposte transattive o conciliative che celino, invero, (pseudo-)decisioni allo stato dei (molti, troppi!) atti di parte sino a quel momento depositati.

9. *Tra pragmatismo degli Osservatori sulla Giustizia civile e aspettative sull’Ufficio per il Processo: quali prassi possibili?* – A fronte del nuovo dato positivo e di dubbi e timori che una sua prima lettura suscita, trova conferma la forza delle osservazioni di Piero Calamandrei restituite in esordio di queste pagine: la constatazione della ‘potenza’ – deteriore o benefica, a seconda dei ca-

nomeno peraltro emergente, seppur in termini diversi, anche nell’udienza tenuta da remoto mediante collegamenti audiovisivi, dove – come ricorda M.R. FERRARESE nel recensire, in questa *Rivista*, 2022, 469 ss., A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, edizione e presentazione italiana a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2021 – «le immagini in video, il linguaggio del corpo, che era elemento non secondario della scena processuale, diventa rarefatto e più difficilmente percepibile», arrivando anche a scalfire la distinzione dei ruoli tra protagonisti del processo nella comunicazione via messaggio che la digitalizzazione rende possibile.

si – spiegata, sul concreto modo di svolgersi del processo, del costume, e quindi delle prassi.

Sulla loro – benefica! – forza è quindi necessario investire, anche alla luce della riforma processuale introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, in particolare promuovendo le attività polifoniche e sinergiche raccolte e sospinte da quelle realtà ‘nate dal basso’ che hanno già dato in altre occasioni ottima prova di sé: gli Osservatori sulla Giustizia civile. Realtà, queste, spontanee, emerse in alcuni distretti d’Italia proprio allo scopo di favorire confronto e collaborazione tra quanti sono coinvolti nella gestione del processo – magistrati, avvocati, personale di cancelleria, ufficiali giudiziari, professori universitari – al fine di sostenere le scelte operative ritenute più idonee a migliorare la giustizia civile, attraverso un movimento di opinione fuori da ogni logica di appartenenza ⁽⁵⁶⁾; movimento sospinto dalla constatazione dell’inadeguatezza del sistema di amministrazione della giustizia, e quindi dall’urgenza che i suoi protagonisti si assumano il compito di redigere indicazioni e regole fluide, idonee ad essere agevolmente riviste a fronte di mutamenti delle circostanze di fatto e di diritto che in origine ne avevano giustificato l’adozione ⁽⁵⁷⁾.

Se non v’è dubbio, infatti, che sempre «tra le regole proces-

⁽⁵⁶⁾ Sulla vivace e benefica realtà degli Osservatori sulla Giustizia civile v. R. CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 253 ss.; ID., *L’attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti di diritto*, *ivi*, 2007, V, 7 ss.; G. COSTANTINO, *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili: Presentazione*, *ivi*, 2003, V, 251 ss.; nonché L. BREGGIA, *L’autoriforma possibile*, in *La Magistratura*, 2005, 56 ss.; ID., *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 315 ss. Per una panoramica sul fenomeno, in particolare con riguardo a elaborazione, confezione ed efficacia dei c.d. protocolli d’udienza, v. G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d’udienza*, Bologna, 2011, *passim*; nonché L. BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, 1093 ss.

⁽⁵⁷⁾ In questi termini C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all’emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in *Judicium* (30.06.2020), par. 4.

suali generali ed astratte e il potere del singolo giudice di dirigere il processo esistono spazi che possono e devono essere colmati con il contributo di ciascuno degli operatori del diritto»⁽⁵⁸⁾, anche tra le maglie della nuova disciplina è possibile innestare accorgimenti che, attraverso l'adozione di soluzioni organizzative condivise, trasfuse in protocolli d'intesa, consentano di promuovere un uso equilibrato da parte del giudice dei suoi poteri 'lato sensu conciliativi'⁽⁵⁹⁾.

Perché ciò accada, però, molti dovranno essere i punti di confronto tra tutti gli operatori del diritto, possibilmente da tradursi nel contenuto di protocolli d'intesa a raccolta di buone prassi: dalla concretizzazione dei criteri di chiarezza e sinteticità che oggi la riforma esplicitamente indica quali 'fari' nella redazione

(58) Sono le acute riflessioni di G. COSTANTINO, *Il processo civile tra riforme ordinamentali e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 77 ss.

(59) Per un'indagine descrittivo-comparatistica dello strumento dei protocolli d'intesa v. L. VERZELLONI, *Analisi organizzativa degli osservatori e dei protocolli d'udienza: una lettura comparata del fenomeno*, in *Quaderni di giustizia e organizzazione*, 2008, 45 ss.; per una disamina attenta anche alla loro natura giuridica, v. R. CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti di diritto*, cit., 7 ss.; D. TURRONI, *I Protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto*, in *Giur. it.*, 2018, 784 ss., con riguardo ai protocolli conclusi davanti alla Corte di Cassazione; e, più di recente, C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, cit., par. 4, che acutamente mette in luce come la «logica consensuale su cui si fondano i protocolli, mira ad assicurare una maggiore efficacia della regola, rispetto a quella imposta dall'alto da parte della legge, elevando il consenso ad elemento produttivo di previsioni giuridicamente rilevanti, previsioni che certamente non mirano a sostituire il dato normativo, né a derogarlo, bensì ad affiancarlo o integrarlo con regole ad efficacia meramente persuasiva che si inseriscono negli spazi bianchi lasciati dalle norme processuali». Di significativo interesse a riguardo dell'elaborazione di buone prassi il progetto di ricerca 'L'organizzazione del processo civile in caso di pandemia: predisposizione di modelli virtuosi per la gestione dell'attività giudiziaria', finanziato dal Ministero dell'università e della ricerca (MUR), Fondo integrativo speciale per la ricerca (FISR), e coordinato dalla Professoressa Elena Zucconi Galli Fonseca, su cui v. il *report* di C. MANCUSO, G. OTTOBRE reperibile al seguente indirizzo: <file:///C:/Users/Utente/Downloads/Progettodi_ricerca_MVGiust.pdf> (31.12.2022).

degli atti giudiziari; alla messa a fuoco del contributo pratico-organizzativo che l'Ufficio per il Processo può assicurare nello svolgimento delle menzionate «verifiche preliminari» richieste al giudice nel rito ordinario, nonché nel rinvenimento nel caso singolo degli indici di mediabilità della lite; e ancora, alla confezione di linee guida con riguardo alla scelta da parte del giudice delle modalità di celebrazione dell'udienza, in particolare quella di prima comparizione e trattazione – tra quella in presenza, da remoto mediante collegamenti audiovisivi e sostituita dallo scambio di note scritte.

Tutti profili, questi, che paiono, a chi scrive, ramificazioni di quel punto focale, e quindi pregiudiziale, che poc'anzi si segnalava: il ruolo dell'oralità – intesa come momento di confronto immediato e contestuale tra i protagonisti del processo – nel novellato processo di cognizione di prime cure. Tema dei temi, che l'elaborazione corale di buone prassi non può sottrarsi dall'affrontare, per porre nei giusti binari lo svolgimento del processo e, con questo, anche l'innesto sapiente della promozione di una (auto-)composizione della controversia lite pendente.

Già negli anni Ottanta del secolo scorso, il Consiglio Superiore della Magistratura, nell'indicare a quali condizioni le prime battute del processo – e quindi la prima udienza – avrebbe(ro) potuto diventare momento di scoperta del «vero volto» della controversia, scriveva che ciò può accadere soltanto «[q]uando il giudice è investito di seri poteri direttivi e realmente li esercita; quando egli è coinvolto insieme alle parti in un comune contraddittorio che mira a sfrondare l'inutile e ad identificare, in fatto e in diritto, il vero 'nocciolo' della contesa; quando i fascicoli, non invasi dalle profluvie della trattazione scritta, rimangono oggetti leggibili e non degradano a inaffrontabili monumenti di archeologia; quando la prova orale, assunta unitariamente e contestualmente, è appena esaurita

nel momento in cui il giudice decide e i risultati di essa sono vivissimi nel ricordo e nella coscienza di tutti i presenti»⁽⁶⁰⁾.

Mai parole potrebbero essere più calzanti anche oggi, in cui l'ennesima riforma processuale rischia di indurre al pericoloso ripiegamento su un processo sbilanciato scritto, foriero non solo di inutili quanto funesti fascicoli «millefoglie», ma, alla luce di quanto osservato in queste pagine, pure di facili tentativi giudiziali di loro 'smaltimento' attraverso un disinvolto ricorso a proposte transattive o conciliative che invero nascondono... il 'volto' di una pseudo-decisione sommaria allo stato degli atti. Con buona pace della promozione virtuosa di una vera giustizia consensuale.

Abstract

Nell'offrire una panoramica sulla disciplina delle fasi di introduzione e trattazione della causa dei riti ordinario e semplificato di cognizione novellati dalla recente riforma del processo civile introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, lo scritto si concentra sui rafforzati poteri 'lato sensu conciliativi' del giudice volti a promuovere l'innesto di una giustizia consensuale lite pendente. In particolare, l'analisi proposta affronta e tenta di rispondere al seguente quesito: se, quando e come la nuova scansione delle suddette fasi di introduzione e trattazione della causa consentano un equilibrato ed efficace esercizio da parte del giudice dei suoi poteri di inviare le parti in mediazione, tentare la conciliazione e formulare alle parti una proposta transattiva o conciliativa.

Nel constatare le criticità che la nuova disciplina pone, l'a. indica quale possibile, felice soluzione il ricorso all'elaborazione di buone pratiche, sviluppate in particolare in quelle sedi di confronto spontaneo, polifonico e sinergico offerte dagli Osservatori sulla Giustizia civile, che già in altre oc-

⁽⁶⁰⁾ Trattasi della Risoluzione del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema «Misure per l'accelerazione dei tempi della giustizia civile», in *Foro it.*, 1988, V, 256, 260.

casioni hanno dato ottima prova di sé nel favorire, tra le maglie di norme processuali generali, la promozione di soluzioni operative condivise trasfuse in utili protocolli d'intesa.

After providing an overview of the new Italian regulation on pleadings and hearings in civil cases before the courts of first instance as introduced by Legislative Decree no. 149 of 2022, the paper then focuses on the conciliatory powers of the courts, i.e. court-ordered mediation, judicial conciliation, and judicial offer to settle. In particular, the analysis aims to explore if, when, and how these judicial conciliatory powers could be effectively exercised at the new pleading and hearing stages. While uncovering the weaknesses of the recent reform of Italian civil procedure, the author argues that the development of good practices would provide a solution to most of the issues raised by the new legislation. To that end, Civil Justice Observatories could play a pivotal role in achieving lasting solutions through a bottom-up approach that fosters the interaction of different civil justice actors.

SISTEMI DI *DISPUTE RESOLUTION*
PER LE UNIVERSITÀ:
PRIMI SPUNTI DI RIFLESSIONE (*)

*Carolina Mancuso (**)* e *Angela M. Felicetti (***)*

SOMMARIO: 1. Premessa: la nuova prospettiva della mediazione ‘per le università’. – 2. La mediazione nelle università italiane: cenni ad alcune delle esperienze significative. – 3. La gestione del conflitto nelle università spagnole: nuovi modelli alla luce della riforma sulla ‘convivenza universitaria’. – 4. I sistemi di *conflict resolution on campus* nelle università nordamericane. – 5. E l’Italia? La figura del garante come strumento di *conflict management*: l’esperienza dell’Università di Bologna. – 6. Brevi note conclusive.

1. Premessa: la nuova prospettiva della mediazione ‘per le università’. – Il presente contributo intende soffermarsi su alcune esperienze innovative di didattica e ricerca maturate nelle università estere in tema di insegnamento e diffusione della mediazione, così come disciplinata dagli ordinamenti di riferimento, delle tecniche

Giustizia consensuale Fasc. 2/2022, 635-672. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Nota redazionale: Se pur il presente lavoro sia frutto di considerazioni ampiamente condivise, sono da attribuirsi alla Dottoressa Carolina Mancuso i par. 3, 5 e 6 e alla Dottoressa Angela M. Felicetti i par. 1, 2 e 4. Le aa. porgono i loro più sentiti ringraziamenti al Dottor Giuseppe Colonna, *ex* magistrato, già Presidente della Corte di Appello di Bologna e attualmente Garante degli studenti presso l’Università di Bologna, e alla Dottoressa Camilla Mazzoli, membro della Segreteria di supporto al Garante degli studenti.

(**) Assegnista di ricerca in Diritto Processuale civile nell’Università di Bologna.

(***) Dottoranda in Diritto Processuale civile nell’Università di Bologna.

di gestione dei conflitti e, più in generale, della cultura delle *Alternative Dispute Resolution* (di seguito ADR). Lo scopo che si intende perseguire è quello di mettere in comunicazione tali esperienze con l'opera di rinnovamento attualmente in atto nell'accademia italiana, opera di cui i docenti universitari esperti di ADR – come attestano i progetti di ricerca descritti *infra* ⁽¹⁾ – sono i coraggiosi promotori. Come si approfondirà, la ricerca e le connesse attività progettuali in tema di risoluzione dei conflitti all'interno dell'università rinvenibili in ordinamenti diversi dal nostro (in particolare Stati Uniti e Spagna) partono dall'assunto – peraltro condiviso dall'odierna riforma della giustizia civile italiana ⁽²⁾ – per cui un'efficiente diffusione dello strumento della mediazione per la risoluzione delle controversie civili richiede, a monte, una particolare attenzione alle dinamiche dei contrasti che ci si propone di contenere e gestire attraverso i mezzi alternativi ⁽³⁾. Al riguardo, la letteratura d'Oltreoceano osserva «*[u]niversities are laboratories for conflict due to their istitutional uniqueness. Thus, they are primary candidates for an effective conflict resolution mechanism*» ⁽⁴⁾. La stessa dottrina sottolinea come la

⁽¹⁾ Si veda il par. 2 del presente lavoro.

⁽²⁾ Il richiamo va, ad esempio, alle considerazioni sull'opportunità di estendere il tentativo obbligatorio di mediazione a una serie di liti relative a rapporti di durata confluite poi nella novella del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149: cfr. *Relazione della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi* (Pres. Prof. Francesco Paolo Luiso), 24 maggio 2021, 22, <https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUIISO_relazione_finale_24mag21.pdf> (31.12.2022).

⁽³⁾ Anche la letteratura italiana si è espressa in tal senso, cfr. G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di), *Mediazione e progresso: persona, società, professione, impresa*, 2013, Torino, 5 ss.

⁽⁴⁾ N.A. PALMADESSO, *Student mediators solving campus conflict: the efficient shift from discipline to dispute resolution*, in *Dispute Resolution Journal*, 2017, 55 ss. V. anche *ex multis*: J. MEYER SCHRAGE, N.G. GIACOMINI (eds.), *Reframing Campus Conflict: Student Conduct Practice Through the Lens of Inclusive Excellence*, 2nd ed., New York, 2020, 2 ed.; N. KATZ, L. KOVACK, *Higher education's current state of alternative dispute resolution services for students*, in *Journal of Conflict Management*, 2016, 5 ss.;. Per una panoramica dello stato dell'arte sul te-

presenza di conflitti irrisolti, sia a livello personale sia collettivo, possa avere un impatto sul benessere e sul rendimento degli studenti universitari. Dette considerazioni hanno spinto un numero crescente di istituzioni negli USA ad intraprendere iniziative che, pur con varie sfumature, possono rientrare nella nozione di *dispute resolution services* ⁽⁵⁾. Nella maggior parte dei casi, come si approfondirà, gli enti di istruzione universitaria hanno inteso perseguire attraverso questi servizi un duplice obiettivo: da un lato, quello di offrire una forma di risposta ai conflitti tra membri della comunità universitaria e, dall'altro lato, quello di trasmettere agli studenti competenze nella gestione dei contrasti che rappresentano *soft skills* vitali nella società contemporanea. Queste iniziative, andando oltre l'aspetto didattico, mirano ad avere un impatto positivo sull'intera comunità studentesca e, finanche, sul contesto cittadino e sociale in cui l'università si inserisce.

Nell'Europa continentale ⁽⁶⁾, dove l'idea di creare servizi per l'applicazione delle tecniche di ADR ai contrasti interni alla comunità universitaria non ha avuto la stessa diffusione, una vistosa eccezione è rappresentata dalla Spagna ⁽⁷⁾. Nell'ordinamento spagnolo si rinviene, infatti, un recentissimo intervento normativo ⁽⁸⁾ che – ponendosi nel solco di una serie di precedenti iniziative – è volto a promuovere presso i membri della comunità universitaria (studenti, docenti, personale amministrativo e dei servizi) l'uso della mediazione come modalità alternativa di risoluzione dei

ma alla fine degli anni Novanta: W. WATERS, *The History of Campus Mediation Systems: Research and Practice*, in *CNCR-Hewlett Foundation Seed Grant White Papers*, 1999, 1 ss.

⁽⁵⁾ Per un approfondimento si rinvia *infra* al par. 4.

⁽⁶⁾ Il sistema universitario inglese appare invece più allineato al modello americano. Per un esempio presso l'Università di Canterbury: B. WATERS, *Mediation and Experiential Learning: How a Mediation Clinic Can Inform a Law-based Curriculum*, in *International Journal of Clinical Legal Education*, 2011, 90 ss.

⁽⁷⁾ Sull'esperienza spagnola si veda *infra* al par. 3.

⁽⁸⁾ Cfr. *ley 24 de febrero 2022, n. 3 de convivencia universitaria* su cui più approfonditamente *infra* al par. 3.

conflitti, anche al fine di evitare che questi impediscano il proficuo svolgimento delle funzioni essenziali di didattica e ricerca.

Le esperienze di mediazione e gestione del conflitto all'interno della comunità universitaria che verranno presentate di seguito, senza pretese di esaustività, sono spesso concepite (se ne ha evidenza sia negli Stati Uniti sia in Spagna) per affiancare e coadiuvare organi istituzionali di *ombudsman* universitario o – per usare la denominazione maggiormente invalsa nell'università italiana – garante degli studenti. Per questo motivo il presente lavoro si chiude con un'analisi dell'ufficio del Garante presso l'Università di Bologna, istituito già nel 2012 ⁽⁹⁾ e attivamente impegnato nella gestione di contrasti fra studenti e personale docente o amministrativo dell'università. L'approfondimento sul Garante dell'Ateneo bolognese, che funge da figura esemplificativa di altre analoghe istituzioni attive sul territorio nazionale, fornisce un'occasione per riflettere sull'opportunità di una cooperazione, anche in Italia, tra organi di garanzia e servizi di mediazione interni agli atenei, largamente intesi.

2. *La mediazione nelle università italiane: cenni ad alcune delle esperienze significative.* – Tra gli obiettivi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), presentato dall'Italia nell'ambito del programma europeo *Next Generation EU*, vi è quello di «garantire una migliore e più estesa applicabilità dell'istituto della mediazione» ⁽¹⁰⁾. Come noto, la mediazione civile e commerciale ha ricevuto una prima regolamentazione nell'ordinamento italiano con il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che ha recepito la direttiva 2008/52/CE ⁽¹¹⁾. A oltre dieci anni dall'introduzione della norma-

⁽⁹⁾ Su cui si rinvia *infra* al par. 5.

⁽¹⁰⁾ Piano nazionale di ripresa e resilienza presentato dal Governo italiano alla Commissione europea, 30 aprile 2021, 60 ss.

⁽¹¹⁾ Per un commento alla normativa quadro europea v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La nuova mediazione nella prospettiva europea: note a prima lettura*, in

tiva gli esperti concordano che l'istituto non abbia ancora raggiunto il suo pieno potenziale applicativo. A tal proposito, la dottrina invoca la necessità di un più ampio cambiamento culturale nell'approccio alla controversia giuridica e, prim'ancora, al conflitto⁽¹²⁾. In adesione a questa tesi, nell'ambito della più recente riforma del processo civile⁽¹³⁾ è stato rinnovato l'auspicio che, agli incentivi all'impiego dell'istituto della mediazione appena introdotti, si accompagni «una profonda innovazione culturale»⁽¹⁴⁾. Tale rinnovamento impone innanzitutto il coinvolgimento degli operatori del diritto, con particolare riguardo alle future generazioni in fase di formazione. Esso non potrà tuttavia realizzarsi, come dimostra la decennale esperienza italiana, esclusivamente sulla base di una diffusione di conoscenze teoriche sull'istituto della mediazione disciplinato dalla legge.

Ormai da alcuni anni l'università italiana ha accolto questa sfida: il successo degli enti universitari nel farsi motore di cambiamento con riguardo alle forme di giustizia c.d. alternativa al processo è ampiamente attestato sia con riguardo all'attività di didat-

Riv. trim. dir. proc. civ., 2010, 2, 653 ss. Sull'esperienza italiana in tema di mediazione *ex multis*, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011; F. DANNOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013; D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, in CHIARLONI (diretto da), *Commentario del Codice di Procedura civile*, Bologna, 2016; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, Milano, 2021, 39 ss.; F. DANNOVI, F. FERRARIS (a cura di), *ADR. Una giustizia complementare*, Milano, 2018, 109 ss.

⁽¹²⁾ Sottolinea che il cambio di approccio, per essere efficace, dovrà riguardare non solo gli operatori del diritto ma anche i cittadini, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss., spec. 27.

⁽¹³⁾ Il riferimento va al recentissimo d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 che attua l. 26 novembre 2021, n. 206, recante delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Relazione della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumento alternativi, cit., 20.

tica sia a quella di ricerca. Per quanto riguarda il primo profilo, relativo alla formazione di studenti e giovani professionisti, com'è noto in molti atenei della Penisola ai tradizionali corsi di diritto dell'arbitrato si affiancano nuove offerte formative, anche *post-lauream*, in tema di mediazione e, in generale, di ADR, con alcuni corsi offerti anche fuori dai dipartimenti di Giurisprudenza⁽¹⁵⁾. Si può inoltre rilevare come l'università italiana abbia, di recente, coraggiosamente intrapreso la strada del risanamento di quel *deficit* nella didattica delle scienze giuridiche che già Francesco Carnelutti, a metà degli anni Trenta del secolo scorso, denunciava: «i nostri discenti diventano dottori, senza aver mai veduto un caso vivo del diritto»⁽¹⁶⁾. Il Maestro indicava nell'insegnamento *clinico* del diritto e del processo il mezzo per fornire agli studenti «quella somma di cognizioni e di esperienze, che si riferiscono non tanto al *sapere* quanto al *saper fare*»⁽¹⁷⁾. La dottrina processualistica non ha mai cessato di interrogarsi sul tema⁽¹⁸⁾ e, in tempi re-

⁽¹⁵⁾ Una particolare attenzione alla formazione interdisciplinare è dedicata, ad esempio, dal Centro Interdipartimentale di Ricerca, Didattica e Servizi *Neg2Med* 'Negoziazione e Mediazione' dell'Università degli Studi di Verona, diretto dal Professore Alberto Maria Tedoldi. Per ulteriori informazioni sulle attività del Centro si rinvia al sito: <<https://neg2med.it/>> (31.12.2022).

⁽¹⁶⁾ F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1935, I, 169 ss. Oltreoceano, nello stesso senso, si esprime: J. FRANK, *Why Not a Clinical Lawyer-School?*, in *Univ. Penn. Law Review*, 1933, 907 ss.

⁽¹⁷⁾ F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, cit., 171.

⁽¹⁸⁾ Si vedano le coeve considerazioni sull'insegnamento cattedratico di P. CALAMANDREI, G. PASQUALI, *L'università di domani*, Foligno, 1923, ora in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, II, Roma, 2019, 222 ss., spec. 229. Secondo il Maestro fiorentino «la lezione cattedratica deve essere abolita: questo è il *deledda Carthago* necessario a riportare nelle aule universitarie la vita e l'aria pura». Analogamente, «l'esclusività delle lezioni *ex cathedra*» è considerata una delle «piaghe tradizionali del nostro metodo di insegnamento universitario» da M. CAPPELLETTI, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Milano, 1957, 79 ss., spec. 91; v. anche: E. ALLORIO, *Sull'insegnamento universitario e postuniversitario del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1326 ss. Di recente sul tema: I. PAGNI, *L'insegnamento del diritto attraverso le cliniche legali e la simulazione del processo*, in P. LUCARELLI, A. SIMONCINI (a cura di), *Il nuovo giurista nella città della giustizia. Metodi ed esperienze fiorentine*, Pisa, 2021, 157 ss.

centi, il fenomeno ha investito con particolare intensità il nuovo istituto della mediazione. Si rileva una certa diffusione di cliniche legali in tema di ADR, dove gli studenti fanno esperienza pratica del lavoro svolto da avvocati e mediatori nei procedimenti di mediazione e negoziazione⁽¹⁹⁾. Un'altra attività che registra un crescente successo è quella delle simulazioni di mediazione: in queste competizioni, organizzate anche a livello nazionale e internazionale, lo studente assume in prima persona il ruolo dell'avvocato o della parte, sottoponendosi al giudizio di mediatori professionali⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ Per citare alcune delle molte esperienze, si v.: il progetto di didattica innovativa *'Conflict Managers of Tomorrow'* attivo presso l'Università di Trento dal 2010, sotto la responsabilità scientifica della Professoressa Silvana Dalla Bontà, su cui si rinvia al sito <<https://conflict-managers.com/>> (31.12.2022) e all'opera a più mani S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento*, Trento, 2020, disponibile in accesso aperto al seguente indirizzo <<https://iris.unitn.it>> (31.12.2022); la 'Clinica della mediazione e della risoluzione dei conflitti', presso il Collegio Borromeo dell'Università di Pavia, tenuta dalle Professoressa Cinzia Gamba e Elisabetta Silvestri, su cui si rinvia alla pagina *web* dedicata <<http://www.collegioborromeo.it/it/clinica-della-mediazione/>> (31.12.2022); infine, il seminario 'Tecniche e competenze della negoziazione e della *advocacy mediation*' presso l'Università di Bologna, attivato sotto la guida della Professoressa Elena Zucconi Galli Fonseca già dall'a.a. 2016-17 e attualmente tenuto della Professoressa Elena Gabellini con il titolo «Apprendere le tecniche di negoziazione e mediazione dei conflitti: un percorso laboratoriale», v. pagina *web* dedicata <<https://www.unibo.it/it/didattica/insegnamenti/insegnamento/2022/487989>> (31.12.2022).

⁽²⁰⁾ Sui procedimenti di mediazione simulati organizzati presso l'Università di Firenze v. A. DE LUCA, A. PELAGATTI, *Le mediazioni fiorentine e le competizioni internazionali di mediazione. L'ascolto attivo per la ricerca di soluzioni creative*, in P. LUCARELLI, A. SIMONCINI (a cura di), *Il nuovo giurista nella città della giustizia*, cit., 179 ss.; v. anche la pagina *web* dedicata: <<https://www.giurisprudenza.unifi.it/p315.html#>> (31.12.2022). Sulle esperienze delle squadre di studenti dell'Università di Trento che hanno partecipato a varie competizioni nazionali ed internazionali, v. A. PELLICCIONI, *Al tavolo della competizione italiana di mediazione. Una testimonianza*, in S. DALLA BONTÀ (a cura

Sul fronte della ricerca e dell'innovazione, invece, basterà ricordare i progetti dell'Università di Firenze, 'Nausicaa' ⁽²¹⁾ e 'Giustizia Semplice' ⁽²²⁾, presso il Tribunale e la Corte d'appello del capoluogo toscano. L'attività progettuale è stata, com'è noto, portata avanti attraverso un'innovativa modalità operativa, consolidata negli anni, che ha permesso di mettere direttamente a servizio dell'amministrazione della giustizia competenze sviluppate attraverso la ricerca scientifica. Tale risultato è stato raggiunto tramite l'affiancamento ai magistrati coinvolti nel progetto di borsisti di ricerca, giovani laureati con competenze specifiche nella mediazione dei conflitti. Ai borsisti sono stati assegnati i compiti di individuare fascicoli di causa per cui procedere alla valutazione di mediabilità, di sottoporre al giudice la possibilità di un rinvio in mediazione delle cause più idonee ai sensi dell'art. 5, 2° comma, d.lgs. 28 del 2010 e, infine, di monitorare i risultati di tali rinvii, nonché l'impatto sistemico – rivelatosi positivo – dell'attività sull'efficienza della macchina giudiziaria nel suo in-

di), *Le parti in mediazione*, cit., 181 ss. e, *ivi*, L. DE ROSA, *Real-life Experience. At the Table of the ICC International Commercial Mediation Competition*, 195 ss.

⁽²¹⁾ Sui primi progetti avviati presso gli uffici giudiziari fiorentini sotto la direzione scientifica della Professoressa Paola Lucarelli, v. P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze: prassi, problemi e linee guida di un modello*, Milano, 2015, e, *ivi* in particolare, L. BREGGIA, *La mediazione presa sul serio. Note sulla sperimentazione del Progetto Nausicaa*, 21 ss.

⁽²²⁾ Il progetto, avviatosi nell'a.a. 2018-19, è diretto dalla Professoressa Paola Lucarelli dell'Università di Firenze e gestito da 'Laboratorio Un Altro Modo', centro di ricerca congiunto dell'Ateneo di Firenze, in collaborazione con il Tribunale di Firenze, la Città Metropolitana di Firenze, la CCIAA di Firenze, la Fondazione Cassa di Risparmio di Firenze, l'Organismo di Conciliazione di Firenze, l'Organismo di Mediazione dei Consulenti del Lavoro e l'Organismo di mediazione dei Geometri di Firenze. Per ulteriori informazioni si rinvia al volume P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti. Una scelta condivisa*, Milano, 2019, e al sito <<https://www.unaltromodo.org/>> (31.12.2022) per aggiornamenti sulle attività di diffusione della giustizia consensuale portate avanti da 'Laboratorio Un Altro Modo'.

sieme⁽²³⁾. Sulla scia del ‘modello fiorentino’, sono state sviluppate una serie di iniziative gemelle⁽²⁴⁾. Tra queste, si è concluso di recente il progetto dell’Università di Trento ‘Giustizia e Mediazione’⁽²⁵⁾, che ha previsto, tra le altre linee di ricerca, l’affiancamento a due magistrati civili del Tribunale di Trento di un esperto chiamato a svolgere «un’analisi su negoziabilità e mediabilità» della lite, al fine di coadiuvare il giudice nell’esercizio di «un potere – quello di tentare la conciliazione o di rimettere le parti in mediazione – che, altrimenti, (...) non avrebbe tempo e modo di spiegare»⁽²⁶⁾. Sotto questo profilo l’attività di ricerca ha permesso di riempire di contenuto un dato normativo, quello sugli indici di mediabilità della lite⁽²⁷⁾, talmente sintetico da risulta-

⁽²³⁾ Per una panoramica dei risultati delle attività progettuali v. E. GUAZZESI, *I dati di Giustizia Semplice*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione dei conflitti*, cit., 173 ss.

⁽²⁴⁾ Si tratta di attività progettuali poste in essere, sotto la direzione del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Firenze, attraverso il ‘Laboratorio Un Altro Modo’. Si vedano in particolare: il progetto ‘Giustizia condivisa’ attivato nell’a.a. 2019-20 presso il Tribunale di Perugia, con la partecipazione della Regione Umbria, della Camera di Commercio di Perugia, della Fondazione Cassa di Risparmio di Perugia e del Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Perugia, su cui <<https://www.unaltromodo.org/storie/il-progetto-giustizia-condivisa-presso-il-tribunale-di-perugia/>> (31.12.2022), e il ‘Progetto Jacobea’ avviato nel luglio 2020 presso il Tribunale di Pistoia, con la partecipazione della Fondazione Cassa di Risparmio di Pistoia e Pescia, della Fondazione Forense di Pistoia e di Chianti Banca S.p.a., su cui si rinvia a <<https://www.unaltromodo.org/storie/progetto-jacobea-il-monitoraggio-dei-primi-sei-mesi/>> (31.12.2022).

⁽²⁵⁾ Il progetto è coordinato dalla Professoressa Silvana Dalla Bontà, referente scientifica per la parte processualciviltistica, e dalla Professoressa Elena Mattevi per la parte penalistica. *Funditus*: S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione: dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza dell’Università di Trento*, Trento, 2022, disponibile in accesso aperto presso <<https://iris.unitn.it>> (31.12.2022).

⁽²⁶⁾ S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale. Riflessioni a margine del progetto pilota ‘Giustizia e mediazione’*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione*, cit., 57.

⁽²⁷⁾ Anche l’attuale art. 5 *quater* d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 – così come la normativa previgente – prevede che il giudice possa ordinare alle parti di esperire un

re vago e, quindi, difficilmente applicabile; essa, di conseguenza, contribuisce all'individuazione dei casi in cui il giudice può impiegare – in maniera efficiente – l'istituto della mediazione delegata.

Le esperienze a cui si è appena fatto cenno, le quali rappresentano solo un piccolo campione di quelle osservabili nel vivace panorama universitario italiano, diffondono con grande efficacia l'istituto della mediazione civile e commerciale, nonché le tecniche in essa applicate, attraverso l'interazione strategica tra ricerca e didattica. Esse hanno spesso come destinatari, oltre agli studenti, anche la pubblica amministrazione, nonché gli operatori del mercato delle ADR. Inoltre, alla luce dell'odierna riforma del processo civile, offrono un significativo contributo alla costruzione del ruolo che, come osservato dalla migliore dottrina⁽²⁸⁾, le università italiane sono state chiamate ad assumere con riguardo al rinnovato istituto dell'Ufficio per il Processo⁽²⁹⁾. I cenni fatti all'elaborazione degli indici di mediabilità attraverso l'applicazione del 'modello fiorentino' rappresentano, peraltro, un caso esemplificativo del successo di questa sinergia tra la ricerca universitaria, in particolare quando svolta sul campo, e gli uffici preposti all'amministrazione della giustizia⁽³⁰⁾.

tentativo di mediazione «valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza».

⁽²⁸⁾ Sul ruolo delle università rispetto all'Ufficio per il Processo riformato *in ex multis*, M.F. GHIRGA, *L'ufficio del processo: una sfida*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 177 ss., spec. 187 ss. V. anche: S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione*, cit., 79 ss.

⁽²⁹⁾ Tra i finanziamenti ministeriali erogati alle università italiane nell'ambito del «Progetto unitario su diffusione dell'Ufficio del Processo e per l'implementazione di modelli operativi innovativi negli Uffici giudiziari per lo smaltimento dell'arretrato» la prima linea di intervento è, com'è noto, dedicata proprio alla definizione di moduli operativi per la costituzione e l'implementazione dell'Ufficio per il Processo.

⁽³⁰⁾ A ulteriore specificazione del quadro normativo – che pare recepire *in toto* le buone prassi messe in evidenza dall'attività di ricerca – il recentissimo d.lgs. 10

Il pregio di queste iniziative è, infine, quello di proporre modalità pratiche di apprendimento e di portare avanti attività con alto impatto sul territorio in cui si svolgono. Proprio attraverso l'apprendimento esperienziale, che coinvolge ormai da alcuni anni generazioni di studenti e professionisti, queste attività contribuiscono in maniera significativa ad un cambiamento culturale riguardo alla gestione del conflitto nella società. Volgendo lo sguardo oltre i confini del territorio nazionale si osserva, tuttavia, che le potenziali interazioni tra il mondo universitario e i principi della mediazione – ancorché comunque finalizzate alla diffusione e promozione dell'istituto – non si esauriscono nei modelli attualmente impiegati in Italia.

3. La gestione del conflitto nelle università spagnole: nuovi modelli alla luce della riforma sulla 'convivenza universitaria'. – La Spagna è uno dei paesi europei in cui la ricerca (sul campo)⁽³¹⁾ e la legislazione in tema di 'mediazione per le università' è tra quelle più all'avanguardia⁽³²⁾. La scelta di studiare e sviluppare sistemi di

ottobre 2022, n. 151, recante «Norme sull'ufficio per il processo in attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, e della legge 27 settembre 2021, n. 134», prevede all'art. 5 che «[a]ll'ufficio per il processo civile costituito presso i tribunali ordinari e le corti di appello sono attribuiti uno o più fra i seguenti compiti: a) attività preparatorie e di supporto ai compiti del magistrato, quali: studio del fascicolo, compilazione di schede riassuntive, preparazione delle udienze e delle camere di consiglio, selezione dei presupposti di mediabilità della lite (...)».

⁽³¹⁾ Già dai primi anni Duemila la letteratura spagnola ha messo in evidenza la necessità di creare un ufficio di «orientamento universitario» di ateneo, a cui gli studenti possano rivolgersi per richiedere servizi di sostegno e aiuto nell'inserimento all'università. Partendo da queste riflessioni e dalla volontà di promuovere il 'benessere' nell'ambiente universitario, sono poi nate esperienze volte ad istituzionalizzare sistemi di mediazione nelle università. Sul punto, v. H. SALMERÓN, *Los servicios de Orientación en la Universidad. Procesos de creación y desarrollo*, in *Ágora digital*, 2001 e in *Repositorio institucional de la Universidad de Huelva*, <<http://hdl.handle.net/10272/3453>> (31.12.2022).

⁽³²⁾ La legislazione si è dimostrata al passo con la riflessione scientifica sul tema; già nel 2001, infatti, con la *ley orgánica* 21 dicembre 2001, n. 6, si invitavano gli

ADR per la gestione dei conflitti nelle università nasce in Spagna, come nel nostro Paese, dalla necessità di promuovere un ambiente socialmente sostenibile, nell'idea che la consapevolezza delle dinamiche conflittuali e la capacità di gestirle sia alla base dello sviluppo umano all'interno di un dato gruppo sociale⁽³³⁾. L'università – quale istituzione educativa – ha dunque il dovere esemplare di promuovere meccanismi di risoluzione dei propri conflitti in maniera equa e inclusiva.

In questo senso, la letteratura spagnola – che inizia ad occuparsi del tema già all'inizio degli anni duemila – ha individuato la mediazione come strumento con cui 'fare giustizia all'università' e, allo stesso tempo, educare al conflitto⁽³⁴⁾. In particolare, dallo studio delle dinamiche relazionali, è emerso come l'ambiente universitario dia àdito ad un conflitto molto differenziato, nell'ambito del quale convergono diversi fattori, tra cui: l'istruzione, l'organizzazione, il lavoro e persino la famiglia. Partendo da queste riflessioni le università spagnole si sono fatte promotrici di questi temi, implementando – tramite l'uso di metodologie innovative – progetti di ricerca finalizzati alla mappatura del conflitto all'interno delle università e alla predisposizione di strumenti e/o figure istituzionali finalizzate alla gestione dei conflitti che potessero, altresì, favorire un cambiamen-

atenei spagnoli ad istituire la figura indipendente del «garante», finalizzata a migliorare la convivenza universitaria.

⁽³³⁾ Alla base di ciò si colloca quella letteratura che intende il conflitto nella sua concezione più ampia, non solo, quindi, negativamente, ma anche positivamente, come fattore di crescita ed evoluzione personale; sul punto, J.C. TORREGO (coord.), *Resolución de conflictos desde la acción tutorial*, Madrid, 2003, 19 ss. In questo senso, v. anche l'interessante contributo di M. GONZALO QUIROGA, *La Mediación como herramienta de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la naciente Ley de Convivencia Universitaria: Propuesta UNIMEDIA*, in *Revista de educación y derecho*, 2021, 281 ss.

⁽³⁴⁾ Sul punto, M. GONZALO QUIROGA, *op. cit.*, 283, evidenzia come questa concezione si inserisca perfettamente all'interno degli obiettivi di sviluppo sostenibile promossi dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite e come la mediazione – in quanto ADR – costituisca un ponte tra l'obiettivo di formazione e quello di pace, giustizia e istituzioni forti.

to culturale dell'ambiente universitario ⁽³⁵⁾, storicamente poco ricettivo rispetto a questo tipo di azioni ⁽³⁶⁾.

La base giuridica delle esperienze maturate sino ad oggi, la si rinviene nella *ley orgánica* n. 6 del 2001 ⁽³⁷⁾. In particolare, la legge ha previsto la figura del difensore civico universitario, quale ente unipersonale, incorporato negli statuti delle università e avente una

⁽³⁵⁾ R. MARTINEZ MARTÍN, A.M. LOZANO-MARTÍN, *Sustainability and conflict management in the university environment. Analysis of students of the degrees in labour relations and human resources, and social work at the university of Granada (Spain)*, in *Sustainability*, 2021, 13, 13431, <<https://doi.org/10.3390/su132313431>> (31.12.2022), secondo cui: «*conflict management is key to achieving fairer and more egalitarian societies under the umbrella of collaboration, solidarity and the cessation of violence in all its forms*». In particolare, l'articolo espone i risultati di una ricerca intitolata: «*Conflict management in universities as a strategy for improving teaching quality*», condotta nell'Università di Granada, volta principalmente ad una mappatura del conflitto inter-universitario e che ha evidenziato l'esistenza di tre tipologie di conflitto: studente-studente; studente-docente; studente-personale amministrativo.

⁽³⁶⁾ S. GRAU COMPANY, C. GONZÁLEZ GÓMEZ e J.D. ALVAREZ TERUEL, *La mediación universitaria: un recurso de orientación. Experiencia en la universidad de Alicante*, in *International Journal of Developmental and Educational Psychology*, 2016, 365 ss., ove si riporta l'esperienza dell'Università di Alicante, nell'ambito della facoltà di Scienze della formazione, finalizzata ad implementare la figura istituzionale del mediatore come risorsa per la risoluzione consensuale dei conflitti. All'indagine hanno partecipato sia studenti che docenti della facoltà e dai risultati ottenuti – e raccolti nell'articolo citato – è stato possibile delimitare concettualmente e funzionalmente il processo di mediazione all'interno dell'università. Dai dati raccolti, peraltro, è stato evidenziato come la figura del mediatore abbia certamente contribuito a migliorare ed a rendere più redditizie le attività svolte all'interno della facoltà, risolvendo situazioni conflittuali che, per gli studenti (ma non solo), possono ostacolare un adeguato sviluppo personale e accademico. Sul tema, nella letteratura spagnola, v. anche il lavoro e l'esperienza, ancora precedente, di L. GARCÍA, *Mediación en comunidades universitarias: la experiencia de la Universidad Complutense*, in *Conflictology*, 2009, 63 ss.

⁽³⁷⁾ Per il testo, v. <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2001/BOE-A-2001-24515-consolidado.pdf>>; v. anche I. MUÑOZ FERAUD, L. MENDIETA TOLEDO, *La mediación en las instituciones de educación superior. Estudio comparado entre España, Perú y Ecuador*, in *Horizontes Rev. Inv. Cs. Edu.*, 2021, <http://www.scielo.org/bo/scielo.php?pid=S2616-79642021000500041&script=sci_arttext> (31.12.2022).

duplice funzione: da un lato, quella di organo di garanzia e controllo dei diritti e libertà del corpo studentesco, docente e personale amministrativo ⁽³⁸⁾ e, dall'altro, quella di organo finalizzato al miglioramento della coabitazione universitaria ⁽³⁹⁾. Ad un livello superiore, invece, sono degne di nota, per la loro attività di coordinamento e di promozione della cultura riparativa all'interno delle università: la *Conferentia estatal de defensoría universitaria* che riunisce i difensori civici delle diverse università spagnole nelle loro differenti denominazioni (*valedores, mediadores, tribunal de garantías, síndic de greuges*, ecc.) ⁽⁴⁰⁾ e la Conferenza universitaria internazionale per lo studio della mediazione e del conflitto (CUE-MYC), impegnata a diffondere la cultura della mediazione ⁽⁴¹⁾.

Posto che l'attività principale del difensore civico non è quella di mediatore – tanto che detta carica può essere ricoperta da professionisti provenienti da tutti i settori disciplinari – alcuni atenei hanno sviluppato specifici progetti che, seguendo diversi modelli di incorporazione, hanno inserito la mediazione tra gli strumenti/organi di gestione dei conflitti in ambito universitario ⁽⁴²⁾; ciò con l'idea di

⁽³⁸⁾ Con l'art. 46 *Real Decreto* n. 1791 del 2010, viene approvato lo statuto degli studenti universitari con cui si attribuiscono al difensore civico compiti di mediazione, conciliazione e buon ufficio, in conformità con gli statuti dell'università, oltre al compito di consigliare gli studenti sulle procedure amministrative per la formulazione di eventuali domande, <<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/15692?show=full#preview>> (31.12.2022).

⁽³⁹⁾ Sul tema, v. S. GRAU COMPANY, C. GONZÁLEZ GÓMEZ e J.D. ALVAREZ TERUEL, *op. cit.*, 368, ove si evidenzia come, anche se al difensore civico vengono attribuite funzioni di mediazione, esse difficilmente vengono esercitate da tale organo, il quale solitamente manca di una formazione specifica in materia.

⁽⁴⁰⁾ Sul punto, si rimanda al sito <<https://cedu.es/>> (31.12.2022).

⁽⁴¹⁾ La *Conferencia de universidades para el estudio de la mediación y el conflicto* è un'associazione scientifica e didattica costituita nel 2012, finalizzata a promuovere la ricerca e il trasferimento di conoscenze alla società e che attualmente rappresenta circa 50 università spagnole, europee e americane. Sul punto, si rimanda al sito: <<https://cuemyc.org/>> (31.12.2022).

⁽⁴²⁾ Sempre nell'ottica di promuovere la cultura della mediazione nelle università, si poneva il disegno di legge «*Ley de Impulso de la mediación*», avvallato da un rapporto del Consiglio generale della magistratura del 28 marzo 2019, per cui v. M.

affiancare alla figura del difensore civico, soggetti che abbiano una formazione specifica in campo di tecniche di mediazione e strategie comunicative, volte ad una gestione pacifica dei conflitti ⁽⁴³⁾. Sul punto, senza pretese di esaustività ⁽⁴⁴⁾, si possono richiamare: (i) l'unità di mediazione e consulenza dei conflitti (UNIMAC), presso l'Università di La Laguna ⁽⁴⁵⁾; (ii) il servizio di attenzione alla comunità universitaria (SACU) dell'Università di Huelva ⁽⁴⁶⁾; (iii) il centro universitario per la trasformazione dei conflitti (GEUZ) dell'Università dei Paesi Baschi ⁽⁴⁷⁾; in questa direzione si colloca anche la figura dell'*inspector universitario*, creato nel 2004 presso l'Università Complutense di Madrid ⁽⁴⁸⁾.

GONZALO QUIROGA, *Novedades derivadas del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación*, in F. GORJÓN GÓMEZ, A. SÁNCHEZ GARCÍA, *Práctica de la mediación en España*, Valencia, 2020, 471-92, e che tuttavia non ha visto la luce: rendeva obbligatorio l'inserimento di un corso sulla mediazione in diversi corsi universitari (giurisprudenza, psicologia, lavoro sociale, scienze sociali e giuridiche, politica, ecc.).

⁽⁴³⁾ Ciò, come sopra evidenziato, in quanto il difensore civico, anche se, nella maggior parte dei casi può svolgere anche compiti di mediazione, non ha solitamente una formazione specifica sulle tecniche di mediazione, finalizzate ad ascoltare proattivamente le parti, a motivarle e aiutarle a trovare una soluzione al conflitto.

⁽⁴⁴⁾ V. il documento del CUEMYC sulla consultazione alla legge sulla convivenza universitaria, n. 3 del giugno 2021, su <<http://cuemyc.org>> (31.12.2022).

⁽⁴⁵⁾ La *Unidad de mediación y asesoramiento de conflictos mediación y asesoramiento de conflictos*, <<https://www.ull.es/servicios/unidad-de-mediacion-y-asesoramiento-de-conflictos-unimac/>> (31.12.2022).

⁽⁴⁶⁾ Il *Servicio de atención a la comunidad universitaria* ha principalmente la funzione di supporto della comunità di ateneo su tematiche legate alla didattica e all'orientamento ovvero su questioni sociali o sanitarie, <<http://www.uhu.es/sacu/conocenos>> (31.12.2022).

⁽⁴⁷⁾ Il *Centro universitario de transformación de conflictos*, finalizzato propriamente alla gestione dei conflitti e alla promozione della convivenza pacifica e delle tecniche di giustizia riparativa, su cui v. <<https://geuz.es/>> (31.12.2022).

⁽⁴⁸⁾ Tra le cui funzioni vi è anche quella di offrire servizi di mediazione e supporto nella gestione dei conflitti. La figura è stata comunque soggetta a critiche in dottrina, in quanto non autonoma e indipendente rispetto ad altre figure istituzionali dell'università (ispettorato, ufficio del vice-direttore). Sul tema v. M. GONZALO QUIROGA, *La Mediación*, cit., 293.

Un ulteriore passo ⁽⁴⁹⁾, come detto, è offerto dalla nuova *ley* n. 3 del 2022 sulla convivenza universitaria, in vigore dal 24 febbraio 2022 ⁽⁵⁰⁾, che abroga definitivamente il regolamento di disciplina accademica del 1954 ⁽⁵¹⁾, ancora improntato ad una logica sanzionatoria, favorendo, invece, il ricorso preferenziale a modalità alternative di risoluzione dei conflitti. Parimenti, la legge stabilisce i principi intorno ai quali costruire il regime disciplinare per gli studenti universitari: sarà poi compito delle singole università approvare vere e proprie regole obbligatorie di «convivenza universitaria» con le quali poter dare una risposta a problemi di violenza, discriminazio-

⁽⁴⁹⁾ In questo senso, le sanzioni applicabili ai comportamenti definiti come «gravi» comprendevano: l'interdizione temporanea o perpetua agli studi in tutti i centri educativi, l'espulsione perpetua o temporanea dai centri inclusi nella circoscrizione universitaria, l'espulsione temporanea o perpetua dal centro.

⁽⁵⁰⁾ Già nel preambolo della legge, si prevede che le università, nell'esercizio della loro autonomia stabilita dalla Costituzione, possono sviluppare misure che favoriscano e stimolino la convivenza attiva e la corresponsabilità tra tutti i membri della comunità universitaria e possono anche, in tal senso, promuovere l'uso di mezzi alternativi di risoluzione dei conflitti, come la mediazione, che possono essere più efficaci nel trattare certi comportamenti e conflitti tra membri della comunità universitaria appartenenti allo stesso o a diversi settori.

⁽⁵¹⁾ Detto regolamento di disciplina, *Reglamento de Disciplina Académica de los Centros Oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza Técnica*, era stato definito dal Ministro dell'università Manuel Castells in un discorso presso la Camera dei deputati, 25 maggio 2021, come incostituzionale e antidemocratico, oltre che contrario ad uno Stato laico, in quanto, tra le condotte gravi vi rientravano anche le «manifestazioni contro la religione e la morale cattolica o contro i principi e le istituzioni dello Stato». Si evidenzia inoltre come il r.d. n. 898 del 1985 sul regime del personale docente universitario avesse abrogato *in parte qua* il suddetto regolamento per quanto riguarda il personale docente, mentre nulla aveva previsto con riferimento alle disposizioni relative al corpo studentesco. Sul punto, v. M. GONZALO QUIROGA, *La Mediación*, cit., 288. Già nel preambolo alla stessa *ley* n. 3 del 2022, si evidenzia come il regolamento di disciplina accademica del 1954 fosse progettato principalmente per controllare l'ordine pubblico nelle università in un modo che si addice ad uno stato dittatoriale, oltre che improntato ad una logica sanzionatoria e in controtendenza con i valori democratici di libertà e pluralismo che contraddistinguono la costituzione spagnola.

ne, molestie, ecc.⁽⁵²⁾. In questo senso, si incentivano le università a promuovere l'uso e l'implementazione di sistemi di ADR, tra cui la mediazione, fondati sui principi di volontarietà, riservatezza, equità, imparzialità, buona fede e rispetto reciproco, flessibilità.

Ad ogni modo, dalla legge, emerge una chiara propensione al ricorso dello strumento della mediazione (art. 8), qui intesa come ADR, piuttosto che tramite il ricorso all'applicazione di sanzioni. In questo senso, già prima dell'entrata in vigore della legge, in letteratura sono emerse proposte per la creazione di sistemi unitari di mediazione – cioè organizzati secondo il medesimo schema in tutte le università – e perfettamente integrati con gli altri organi di ateneo. Una proposta interessante in questo senso è rappresentata dal progetto UNIMEDIA, *Servicio Único de Mediación*⁽⁵³⁾: un istituto autonomo e indipendente che opererebbe in collaborazione con il difensore civico, chiedendone l'intervento nei casi in cui sia richiesto un servizio di mediazione tecnico-professionale. La cooperazione tra le due figure – organizzata in base a protocolli collaborativi – sarebbe altresì agevolata dalla valutazione, da parte di esperti nel *conflict management*, che potrebbero operare da 'filtro' per analizzare la tipologia e mediabilità di ciascun conflitto⁽⁵⁴⁾. La proposta mira, non tanto a creare una figura in più nella gamma di 'op-

⁽⁵²⁾ In questo senso il potere disciplinare risulta ampiamente ridimensionato ed utilizzato solo per rispondere alle infrazioni più gravi (e che, ad esempio, disturbano o impediscono il normale sviluppo delle funzioni di insegnamento e ricerca).

⁽⁵³⁾ Per cui v. M. GONZALO QUIROGA, *La Mediación*, cit., 294.

⁽⁵⁴⁾ M. GONZALO QUIROGA, *La Mediación*, cit., 295 ss., il quale individua tre tipologie di modelli collaborativi tra le due figure: verticale, aperto e lineare. Nel primo modello, l'unità di mediazione opererebbe solo su segnalazione di un altro organo universitario (direzione, vice-direttore, ecc.); nel secondo modello, invece, tutti i soggetti della comunità studentesca potrebbero richiedere liberamente l'intervento dell'unità di mediazione; nel terzo modello, infine, si prevede che la richiesta di gestione dei conflitti venga inserita in un 'circuito' finalizzato, *in primis*, alla valutazione del conflitto e poi all'assegnazione dello stesso all'unità di gestione più appropriata (difensore civico, unità di mediazione, ecc.). In questa direzione si muovono le proposte del CUEMYC.

zioni' a disposizione, quanto, piuttosto, a creare un sistema efficiente e completo, in grado di generare maggiore fiducia.

Il modello è molto interessante e solleva spunti di riflessione anche in merito alla possibile implementazione di sistemi così articolati all'interno dei nostri atenei, che operino in sinergia con la figura del garante degli studenti, implementato in numerose università italiane ⁽⁵⁵⁾.

4. *I sistemi di conflict resolution on campus nelle università nordamericane.* – Fin dai suoi primi sviluppi il movimento per le ADR negli Stati Uniti ⁽⁵⁶⁾ ha avuto un impatto sull'offerta formativa delle *law school*, con l'apertura di corsi specifici in tema di composizione stragiudiziale dei conflitti ⁽⁵⁷⁾. All'insegnamento frontale delle nascenti tecniche di negoziazione e mediazione è stato, inoltre, fin da subito affiancato il modello clinico ⁽⁵⁸⁾, già ampiamente impiegato

⁽⁵⁵⁾ Sul punto si rinvia *infra* al par. 5.

⁽⁵⁶⁾ Per una panoramica dell'evoluzione del movimento già E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 321 ss.

⁽⁵⁷⁾ Si ricorda, tra i progetti pionieri, l'*'Harvard Negotiation Project'* fondato nel 1979 dai professori della facoltà di Giurisprudenza Roger Fisher e Samuel Williston. Le risultanze teoriche dell'attività di ricerca sono confluite nel testo fondamentale in tema di tecniche di negoziazione R. FISHER, W. URY, B. PATTON, *Getting to Yes*, 2nd ed., New York, 2006. Sull'insegnamento pratico delle ADR: R. FISHER, W. JACKSON, *Teaching the Skills of Settlement*, in *SMU Law Review*, 1993, 1985 ss. Gli aa. osservano già agli inizi degli anni Novanta che «*it might help if first year students had substantial exposure to settlement skills and the importance of settlement before they become absorbed in litigation*». Analogamente: C. MENKEL-MEADOW, *To Solve Problems Not to Make Them: Integrating ADR in the Law School Curriculum*, in *SMU Law Review*, 1993, 1995, secondo cui: «*(...) it is clear that lawyers of the 21st century will have to know how to settle as well as how to litigate. It is time that our law school curricula respond to the needs of what our students will have to know in order to provide high quality, satisfactory solutions to the legal problems of the future*».

⁽⁵⁸⁾ J. STARK, *Preliminary Reflections on Establishing a Mediation Clinic*, in *Clinical Law Review*, 1996, 457 ss.

nella formazione superiore dei giuristi d'Oltreoceano. È dunque piuttosto comune l'offerta di cliniche di mediazione che gli studenti interessati possono frequentare per cooperare con enti che svolgono mediazioni, secondo le normative applicabili nei vari stati (come, ad esempio cliniche presso servizi di *court-annexed mediation* o cliniche di mediazione *pro bono*, destinate a servire i cittadini meno abbienti o, ancora, servizi di mediazione di comunità rivolti al contesto locale in cui l'università si colloca).

Parallelamente alle iniziative di didattica esperienziale, fin dagli anni Ottanta è altresì emerso un attivo filone di ricerca relativo alla gestione dei conflitti all'interno dei *campus* universitari, sostenuto da una letteratura piuttosto ricca e da un'ampia casistica di progetti ed esperienze⁽⁵⁹⁾. Due i possibili elementi scatenanti di questa fervente attività di ricerca: da un lato, la particolare importanza assunta dal movimento per le ADR nella società statunitense⁽⁶⁰⁾ e, dall'altro lato, la strutturazione del *campus* universitario come una vera e propria comunità di vita, oltre che di pensiero. Assumendo l'ottica del *dispute system design*⁽⁶¹⁾, gli esperti hanno individuato

⁽⁵⁹⁾ Si veda già agli inizi degli anni Ottanta l'esempio del 'Center for Mediation in Higher Education' istituito dall'*American Arbitration Association* di New York, su cui v. J.E. MCCARTHY, *Conflict and Mediation in the Academy*, in *New Directions for Higher Education*, 1980, 1 ss. Per una panoramica, v. W. WATERS, *The History of Campus Mediation Systems*, cit., spec. 19 ss. Più di recente: N.T. WATSON, K.S. ROGERS, K.L. WATSON, C. LIAU-HING YEP, *Integrating Social Justice-based Conflict Resolution into Higher Education Settings: Faculty, Staff, and Student Professional Development through Mediation Training*, in *Conflict Resolution Quarterly*, 2019, 251 ss.

⁽⁶⁰⁾ Riguardo alla diffusione degli studi sulla gestione e risoluzione dei conflitti, fin dall'inizio degli anni Ottanta si segnala il contributo finanziario della *William and Flora Hewlett Foundation*, <<https://hewlett.org/wp-content/uploads/2016/08/HewlettConflictResolutionProgram.pdf>> (31.12.2022).

⁽⁶¹⁾ Il riferimento va a quella dottrina, composta soprattutto di giuristi di *common law*, che inaugura la riflessione sulla strutturazione di sistemi alternativi di risoluzione dei conflitti, anche all'interno di enti e organizzazioni private, e sulla valorizzazione di principi e caratteristiche di funzionamento specifici per settori di conflitto su cui si intende agire. *Ex multis*: W. URY, J.M. BRETT, S. GOLDBERG, *Getting Disputes Resolved: designing systems to cut the costs of conflict*, San Fran-

fin da subito nell'approccio della mediazione, con la sua enfasi sulla cooperazione e la trasformazione del contrasto, uno strumento particolarmente adatto al contesto accademico, connotato da un ampio uso del ragionamento persuasivo e della collegialità⁽⁶²⁾. La letteratura americana ha tuttavia preso attentamente coscienza della diversità dei potenziali conflitti interni all'università e, quindi, della necessità di adottare una pluralità di approcci, ancorché nell'ottica unitaria di permettere all'intera comunità di beneficiare di una gestione maggiormente consapevole dei contrasti⁽⁶³⁾. Seguendo questa impostazione, le soluzioni di *dispute system design* di cui si darà brevemente conto si rivolgono a conflitti di diversa natura: dai conflitti tra studenti e istituzione – statisticamente più frequenti – a quelli che insorgono all'interno del personale, nonché ai conflitti interni a gruppi del corpo studentesco. Pur non essendo questa la sede opportuna per approfondire nel dettaglio le diverse dinamiche conflittuali, la dottrina americana ha dimostrato negli anni una tendenza ad occuparsi, pur con i dovuti distinguo, non solo di alcuni ma di tutti questi fenomeni. Ciò premesso, la forma di intervento strutturale più comune è stata, ancora una volta, lo stabilimento di *ombudsman* universitari⁽⁶⁴⁾, con oltre 300 figure attive nelle univer-

cisco, 1988; C. COSTANTINO, C. MERCHANT, *Designing Conflict Management Systems*, San Francisco, 1996; K. SHARIFF, *Designing Institutions to Manage Conflict: Principles for the Problem Solving Organisation*, in *Harvard Negotiation Law Review*, 2003, 133 ss.; L. BINGHAM, *Designing Justice: Legal institutions and Other Systems for Managing Conflict*, in *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2008, 1 ss.; J. LYNCH, *Beyond ADR: A Systems Approach To Conflict Management*, in *Negotiation Journal*, 2001, 207 ss.

⁽⁶²⁾ Ancora J.E. MCCARTHY, *Conflict and mediation in the Academy*, cit., 8. V. anche in argomento: S.L. KLINGEL, M. MAFFIE, *Conflict Management Systems in Higher Education*, in *Dispute Resolution Journal*, 2011, 12 ss.

⁽⁶³⁾ In argomento: J.M. SCHRAGE, M.C. THOMPSON, *Providing a Spectrum of Resolution Options*, in J.M. SCHRAGE, G. GIACOMINI, *Reframing Campus Conflict: Student Conduct Practice through a Social Justice Lens*, New York, 2009, 65 ss.

⁽⁶⁴⁾ In alcuni Stati è presente una normativa quadro che impone alle università di istituire queste figure di garanzia. È il caso della Florida, dove dal 2011 il Titolo XLVIII, K-20 *Education Code* (par. 1006.51) impone AD ogni università l'obbligo

sità americane secondo un'indagine svolta già nel 2015 ⁽⁶⁵⁾. La dottrina rileva che tale ruolo di garanzia è spesso affidato a soggetti esterni alla comunità universitaria, ovvero a *practitioners* esperti nel campo delle ADR in grado di utilizzare uno spettro di tecniche per la gestione dei contrasti ⁽⁶⁶⁾. Non mancano tuttavia voci che sottolineano l'importanza di una profonda conoscenza dell'ambiente accademico da parte dei soggetti incaricati, prediligendo che il ruolo sia ricoperto da *ex* professori o personale amministrativo ⁽⁶⁷⁾. È inoltre interessante notare che, in base ai dati raccolti dall'*International Ombudsman Association* ⁽⁶⁸⁾, questi uffici non necessariamente indirizzano la propria funzione solo verso le problematiche del corpo studentesco: molti *ombudsman* statunitensi trattano anche le doglianze del personale e alcuni sono persino esclusivamente riservati a quest'ultima categoria di contrasti. È la stessa letteratura americana a rilevare, infine, una difficoltà di mappatura del fenomeno: alcune università evitano di impiegare la classica terminologia delle ADR (mediazione, centri di risoluzione dei conflitti, ecc.) per descrivere i servizi offerti, giudicando questi termini eccessivamente formali e intimidatori per l'utente ⁽⁶⁹⁾. Si prediligono allora termini con una minore connotazione definitoria per descrivere le attività svolte da *ombudsman* e uffici analoghi, in particolar modo nei si-

di stabilire la figura dello *student ombudsman* e rendere note le regole di funzionamento delle procedure.

⁽⁶⁵⁾ N. KATZ, L. KOVACK, *Higher Education's Current State Of Alternative Dispute Resolution Services For Students*, cit., 9.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁷⁾ *Funditus* sui profili dell'imparzialità e indipendenza della figura dell'*ombudsman* universitario: R.L. SHELTON, *The Institutional Ombudsman: A University Case Study*, in *Negotiation Journal*, 2000, 81 ss., spec. 84.

⁽⁶⁸⁾ I dati raccolti dall'*International Ombudsman Association*, aggiornati al 2017 sono disponibili al seguente indirizzo <<https://www.ombudsassociation.org/ombuds-toolkit>> (31.12.2022).

⁽⁶⁹⁾ S. KLINGEL, M. MAFFIE, *Conflict Management Systems in Higher Education*, cit., 17.

stemi destinati al personale, quali «*facilitated discussion*» o «*shuttle diplomacy*»⁽⁷⁰⁾.

Oltre all'istituzione, invero imprescindibile, di figure *ad hoc*, molte università americane hanno portato avanti un'attività di integrazione di una cultura della gestione del conflitto presso tutti i membri del personale. Tra le esperienze maggiormente di successo spicca quella dello Stato della Georgia, dove un percorso iniziato già nel 1994 ha condotto al coordinamento di oltre 30 università, giungendo alla creazione di quello che allora è stato definito come «*possibly the largest comprehensive, integrated conflict management system (ICMS) in higher education*». L'iniziativa è stata condotta, in una fase iniziale, tramite la pubblicazione di linee guida rivolte alle università, corredate di un servizio di consulenza per la loro implementazione e monitoraggio. A questo si affiancava l'offerta, a livello centrale, di alcune attività di formazione. Tra gli altri obiettivi, infatti, vi era quello di equipaggiare tutto il personale amministrativo dei vari atenei con competenze finalizzate ad una corretta gestione del conflitto «*at the lowest possible level*», attraverso il completamento di un corso specifico.

Un'altra risposta di *dispute system design* frequentemente impiegata nelle istituzioni universitarie è quella della *peer mediation*. Si tratta – in estrema sintesi – di processi di mediazione riguardanti conflitti sociali in un determinato gruppo attraverso l'intervento di soggetti appartenenti al gruppo stesso, i quali sono appositamente formati per svolgere il ruolo di mediatore⁽⁷¹⁾. L'implementazione

⁽⁷⁰⁾ Per una rassegna delle *best practices* presso l'Università di Washington, l'Università del Minnesota e l'Università della Georgia: N.H. KATZ, *Mediation and Dispute Resolution Services in Higher Education*, in A. GEORGAKOPOULOS (ed.), *The Mediation Handbook: Research, Theory, and Practice*, New York, 2017, spec. 178 ss.

⁽⁷¹⁾ *Ex multis*, v. I. MARCHETTI, *Processi di socializzazione normative e mediazione scolastica tra pari*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2006, 47 ss.; R.D. HARRIS, *Unlocking the Learning Potential in Peer Mediation: An Evaluation of Peer Mediator Modeling and Disputant Learning*, in *Conflict Resolution Quarterly*, 2005, 140.

di questa tipologia di sistemi è piuttosto comune nelle scuole di grado inferiore, poiché offrono il duplice beneficio di contribuire all'appianamento delle dispute, ma soprattutto favorire l'acquisizione da parte dei volontari mediatori di competenze relazionali e, più in generale, di istituire un clima di fiducia e collaborazione all'interno dell'istituzione. In letteratura si registrano esperienze applicative di successo della mediazione tra pari sia nei conflitti tra studenti universitari ⁽⁷²⁾, sia tra membri del personale universitario ⁽⁷³⁾. In questi casi le università offrono programmi formativi che permettono a volontari di registrarsi come mediatori e intervenire nella gestione dei conflitti. Le procedure, che – giova puntualizzarlo – si attivano solo con il consenso di tutte le parti coinvolte, prevedono spesso l'affiancamento del *peer mediator* ad un co-mediatore esterno ⁽⁷⁴⁾, in modo da combinare i benefici della mediazione tra pari con le garanzie di imparzialità e neutralità offerte da un soggetto che non abbia legami con l'istituzione.

Un'altra tecnica di gestione del conflitto nel contesto universitario di cui la letteratura statunitense fa particolare menzione è il *conflict coaching* ⁽⁷⁵⁾. Questo è definito come «un processo diadico in

⁽⁷²⁾ Cfr. N.A. PALMADESSO, *Student Mediators Solving Campus Conflict*, cit., 55 ss., spec. 65 ss. per una descrizione della clinica di mediazione tra pari attivata per gli studenti della *Cornell University*. Per un approfondimento sugli studi preliminari all'implementazione del 'Conflict Education Resource Team' (CERT) presso la *Temple University*, che include un servizio di *peer mediation* studentesca, v. J. KATZ-JAMESON, *Diffusion of a Campus Innovation: Integration of a New Student Dispute Resolution Center into the University Culture*, in *Mediation Quarterly*, 1998, 129 ss.

⁽⁷³⁾ Sul tema dell'uso di tecniche di mediazione per i conflitti tra docenti universitari o tra docente e amministrazione: S.L. KLINGEL, M. MAFFIE, *Conflict Management Systems in Higher Education*, cit.; M.R. VOLPE, D. CHANDLER, *Resolving and Managing Conflicts in Academic Communities: The Emerging Role of the 'Pracademic'*, in *Negotiation Journal*, 2001, 245 ss.

⁽⁷⁴⁾ Ancora, v. S.L. KLINGEL, M. MAFFIE, *Conflict Management Systems in Higher Education*, cit., 14.

⁽⁷⁵⁾ D. YARN, *Designing a Conflict Management System for Higher Education: A Case Study for Design in Integrative Organizations*, in *Conflict Resolution*

cui un *coach* addestrato nella risoluzione dei conflitti lavora con un cliente per sviluppare la comprensione del conflitto del cliente, le strategie di interazione, e le abilità di interazione»⁽⁷⁶⁾. Questo strumento ha l'evidente vantaggio di prescindere dalla volontà congiunta di entrambe le parti di partecipare alla procedura. Nel sistema universitario americano i primi fornitori di *conflict coaching* risultano proprio gli stessi *ombudsman* o, in alternativa, i volontari formati, siano essi studenti o docenti, che operano all'interno dei servizi di risoluzione delle controversie.

È interessante notare, infine, che il raggio di azione di questo tipo di iniziative, sia in termini di fruibilità dei servizi sia di partecipazione dei volontari, non è limitato a studenti o docenti delle facoltà di giurisprudenza. Se le *law school* sono spesso i motori di queste iniziative, è però l'intera comunità universitaria a fruirne e, in conseguenza, a venire esposta alla cultura e ai benefici delle ADR⁽⁷⁷⁾.

Pur nella sua notevole frammentarietà, l'esperienza americana dimostra una consolidata cultura della gestione del conflitto all'interno delle istituzioni universitarie. Questa trova nella figura dell'*ombudsman* il proprio asse portante e tuttavia tende, facendo tesoro degli insegnamenti del *dispute system design*, a diversificare l'offerta di servizi nell'ottica di massimizzare l'impatto di queste iniziative sul benessere della comunità universitaria.

5. E l'Italia? La figura del garante come strumento di conflict ma-

Quarterly, 2014, 83 ss.; N.G. GIACOMINI, *The Art of Conflict Coaching*, in J.M. SCHRAGE, N.G. GIACOMINI (eds.), *Reframing Campus Conflict*, cit., 100 ss.

⁽⁷⁶⁾ La definizione qui accolta è quella elaborata da R. BRINKERT, *State of Knowledge: Conflict Coaching Theory, Application, and Research*, in *Conflict Resolution Quarterly*, 2016, 383.

⁽⁷⁷⁾ Si veda l'esperienza con la Facoltà di Medicina Veterinaria della *Texas A&M University* descritta in N.T. WATSON, K.S. ROGERS, K.L. WATSON, C. LIAU-HING YEP, *Integrating Social Justice-based Conflict Resolution into Higher Education Settings*, cit., 261.

nagement: *l'esperienza dell'Università di Bologna*. – Come già anticipato nella parte introduttiva, nel presente paragrafo ci si concentrerà, seppur brevemente, sull'analisi della figura nazionale del garante degli studenti (o di ateneo), quale organo universitario cui, sempre più spesso, è devoluta l'attività di *conflict management* all'interno delle università italiane ⁽⁷⁸⁾ e che, in questo senso, contribuisce a promuovere un cambiamento culturale verso la gestione pacifica dei conflitti e l'utilizzo di tecniche riparative.

In linea con le esperienze sviluppatesi all'estero – tra cui, in particolare, l'*ombudsman* d'Oltreoceano e il difensore civico spagnolo – e pur in mancanza di una cornice normativa di riferimento, molti atenei italiani hanno istituzionalizzato la figura del garante tramite specifici regolamenti che ne individuano l'oggetto, le modalità di nomina e la durata dell'incarico, le funzioni e le competenze, le modalità operative, ecc. ⁽⁷⁹⁾

Proprio perché sviluppatasi al di fuori di un quadro normativo previsto 'dall'alto', l'esperienza dei garanti è da considerarsi particolarmente meritevole e virtuosa, in quanto si inserisce nell'ambito di quella letteratura che mira a promuovere, anche (e a maggior ragione) nelle università, un ambiente socialmente sostenibile, ove gli strumenti di risoluzione pacifica dei conflitti rappresentano un valore educativo da diffondere all'interno degli atenei, oltre che siste-

⁽⁷⁸⁾ Da una ricerca incrociata dei dati curata dall'attuale Garante degli studenti dell'Università di Bologna, in collaborazione con l'ufficio di segreteria di supporto al garante e, in particolare, la Dottoressa Camilla Mazzoli, è possibile verificare che su un numero di 77 atenei in Italia, solo 31 hanno istituito la figura del garante o figure similari; di questi, solo in alcuni casi il garante è una figura esterna all'università, mentre in altri casi è un docente o un soggetto facente parte del personale amministrativo.

⁽⁷⁹⁾ In alcuni casi la figura è denominata garante di ateneo (ad esempio, nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) o semplicemente garante (ad esempio, nell'Università degli Studi di Firenze), per cui le istanze possono essere presentate non solo dagli studenti, ma anche da docenti, ricercatori, personale tecnico-amministrativo. In altri casi (ad esempio, nell'Università degli Studi di Bologna o nell'Università degli Studi della Basilicata), invece, il garante è una figura preposta precipuamente al benessere degli studenti.

mi efficaci per la gestione delle stesse dinamiche conflittuali. In questo senso, il garante rappresenta una prima figura istituzionale con cui, in caso di conflitto, gli studenti (tra cui sono generalmente compresi anche i dottorandi e gli specializzandi) e, talvolta, anche il personale di ateneo, possono interfacciarsi in quanto parte di una comunità ⁽⁸⁰⁾.

Proprio per questo, si è scelto di dedicare alla figura uno spazio in questo paragrafo, tramite l'approfondimento dell'attività del Garante degli studenti dell'Università di Bologna.

Le ragioni di questa scelta sono duplici: da un lato, l'economia dello scritto e lo scopo del presente lavoro non consentono di poter indagare in maniera sufficientemente approfondita l'attività svolta da tutti i garanti degli atenei italiani; dall'altro lato, perchè, dovendo partire dallo studio di una realtà universitaria, si è scelto di partire da quella di provenienza, di cui è possibile, già in partenza, avere una conoscenza più approfondita. Si aggiunga che il Garante degli studenti bolognese è una figura già avviata da molto tempo – cui gli studenti si rivolgono di frequente, sia individualmente che collettivamente – ove l'autonomia, l'indipendenza ⁽⁸¹⁾ e la trasparenza risultano particolarmente attenzionati; ciò si evince dalle dettagliate relazioni annuali pubblicate sul sito dell'ateneo, la cui analisi ha costituito un primo dato importante di studio ⁽⁸²⁾. A livello metodo-

⁽⁸⁰⁾ Sul tema, v. F. TELLERI, *Mediazione come processo educativo*, in M.A. FODDAI (a cura di), *La scelta della mediazione*, Milano, 2009, 1-29, secondo cui la formazione all'utilizzo di tecniche di mediazione è in grado di far leva sulle potenzialità positive e costruttive delle persone, tanto che «mediazione e risoluzione giudiziale sono aspetti che contribuiscono a caratterizzare una cultura e perciò il modello di una società. L'una aperta ad un possibile futuro riconciliato fra le parti in conflitto, l'altra, invece, esclusivamente fiduciosa nel risarcimento del danno o nella discolpa dell'accusa».

⁽⁸¹⁾ Come in altri atenei, anche in quello di Bologna, si è scelto di eleggere come garante un soggetto estraneo all'ateneo.

⁽⁸²⁾ La figura ha operato dall'a.a. 2003-04 al 2012 con la denominazione di garante di ateneo; dal 2012, invece, come previsto dall'attuale Statuto, opera invece con la denominazione di garante degli studenti. Ai fini della ricerca si è presa in considerazione unicamente l'attività dell'attuale garante degli studenti.

logico, infatti, si è scelto di procedere con l'analisi delle relazioni degli ultimi cinque anni dell'attività del garante – da cui emerge una prima interessante mappatura del conflitto all'interno dell'ateneo – poi integrate con un'intervista all'attuale garante, da cui è stato possibile avere maggiore chiarezza in merito alle concrete modalità operative dell'organo, onde valutarne il modello di ADR ⁽⁸³⁾.

Come indicato nel regolamento del garante (emanato con d.r. 7 dicembre 2012, n. 1491), quest'ultimo ha il compito di promuovere il dialogo diretto tra gli studenti, vigilare affinché le attività di didattica e di ricerca non incidano sui diritti e sugli interessi degli stessi e si svolgano nel rispetto dei valori e delle regole di ateneo ⁽⁸⁴⁾; ai fini della gestione delle istanze, ai sensi dell'art. 3 del predetto regolamento, il garante ha il potere di compiere ogni atto necessario per

⁽⁸³⁾ Al riguardo, si è redatto un questionario composto da nove domande, finalizzate a comprendere le modalità di funzionamento della figura, la mappatura del conflitto e a valutare la possibilità, alla luce delle esperienze di altri Paesi, di implementare anche nel nostro sistema universitario organi di mediazione che collaborino attivamente con il garante.

⁽⁸⁴⁾ In particolare, l'art. 3 Regolamento del garante dell'Ateneo di Bologna precisa che, «il garante degli studenti, in particolare: a) riceve segnalazioni relative ad abusi di ogni forma e tipo, disfunzioni, carenze, ritardi, violazioni di legge o dei principi di buona amministrazione, mancato rispetto dei valori e delle regole enunciate dal Codice Etico dell'Ateneo o dei principi e dei diritti indicati dallo Statuto di Ateneo, compiuti nel corso di procedimenti amministrativi ovvero in relazione ad atti o comportamenti, anche omissivi o anche aventi il solo scopo o effetto di creare un clima intimidatorio, ostile, degradante, umiliante o offensivo, commessi da docenti, da altro personale dell'Ateneo o riferibili ad Organi, Amministrazione generale e periferica; b) compie ogni atto necessario per l'istruttoria dei fatti; c) tenendo conto delle funzioni degli Organi, delle Strutture e degli Uffici amministrativi nonché delle caratteristiche del caso, promuove e verifica una pronta ed efficace soluzione alle segnalazioni ricevute; d) nel caso rilevi atti o comportamenti di cui alla lett. a) del presente comma, per i quali possa configurarsi una responsabilità dei docenti e/o di altro personale dell'Università e/o se questi non gli prestano la dovuta collaborazione anche ai fini di cui alla lett. c) del presente comma, segnala e riferisce i fatti agli organi di competenza secondo l'art. 8 del presente regolamento; e) presenta la relazione annuale e le relazioni di urgenza di cui all'art. 7 del presente regolamento».

l'istruttoria dei fatti, pur sempre nel rispetto dell'anonimato ⁽⁸⁵⁾ e della riservatezza, come tali indissolubilmente legati alla segretezza dell'incarico, oltre che all'autonomia e indipendenza dello stesso. Quest'ultimo è un aspetto di grande rilevanza, in quanto l'autonomia dell'organo, ricoperto da un soggetto terzo rispetto ad altre figure istituzionali di ateneo o al corpo docente, rappresenta una garanzia meritevole in termini di imparzialità e terzietà, non sempre seguita da tutte le altre esperienze universitarie che hanno implementato la figura del garante.

Un primo dato raccolto ha riguardato le modalità operativo-procedimentali dell'attività del garante nella gestione delle istanze proposte. Al riguardo, si è appreso che, seguendo uno schema improntato alla massima efficienza, tutte le istanze indirizzate al Garante di Bologna devono essere inviate tramite *e-mail* e devono contenere (chiaramente) l'oggetto della richiesta: così facendo, è possibile operare un 'filtro' rispetto alle istanze che esulano la competenza della figura in oggetto.

All'invio dell'istanza segue una *e-mail*, quasi immediata, dello stesso garante, con cui si comunica all'interessato la presa in carico della stessa: è questa una tecnica che consente di rassicurare sin da subito gli studenti che, in questo modo, si sentono ascoltati.

Dopo la presa in carico dell'istanza, il garante compie tutti gli atti istruttori necessari per la valutazione della stessa, il che richiede, nella maggior parte dei casi, la collaborazione con le altre istituzioni universitarie, con cui – afferma lo stesso garante – è fondamentale trovare momenti di dialogo e confronto (almeno mensili), anche per comprendere a pieno le dinamiche interne di funzionamento dell'ateneo ⁽⁸⁶⁾. Compiuta l'istruttoria, che in media si risolve in un

⁽⁸⁵⁾ Salvo i casi di espressa rinuncia all'anonimato, in cui la rivelazione dei soggetti istanti è necessaria per la risoluzione dell'istanza stessa.

⁽⁸⁶⁾ In questo senso, il garante ha evidenziato come sia fondamentale mantenere un rapporto di dialogo e collaborazione costante con tutti gli organi di ateneo: per questo, il garante ha dato la sua disponibilità a incontrare il Consiglio studentesco almeno due o tre volte all'anno e, almeno una volta al mese, si incontra con il delegato agli studenti dell'Università di Bologna. Inoltre, durante l'intervista, ha messo

paio di giorni, il garante accoglie o rigetta l'istanza, previo colloquio con lo studente, se ritenuto necessario o se richiesto.

Un altro dato interessante riguarda il numero delle istanze presentate all'organo bolognese. A partire dal 2012 – anno in cui è stato prevista la figura dal nuovo Statuto di Ateneo – al 2021, le istanze sono progressivamente aumentate: da 116 di allora a 386 nel 2021, passando per 438 istanze nel 2020 ⁽⁸⁷⁾; peraltro, in questa direzione pare collocarsi anche l'a.a. 2021-22 (non ancora concluso al momento in cui si scrive): lo stesso garante ha infatti evidenziato come al 30 settembre 2022 fosse sostanzialmente pervenuto lo stesso numero di istanze rispetto alla medesima data dell'anno precedente ⁽⁸⁸⁾. Il dato in questione pare interessante sotto alcuni profili, derivanti, *in primis*, da una conoscenza più diffusa della figura e al maggiore apprezzamento per la funzione dell'organo ⁽⁸⁹⁾; profili che, evidentemente, denotano un cambiamento rispetto al passato, in termini di approccio al conflitto e di fiducia nell'istituzione. Non mi pare, invece, che l'aumento delle istanze debba essere ricondotto a un puro e semplice aumento della conflittualità, in quanto le istanze (seppur spinte da problematiche specifiche, nate in contesti economico-sociali di-

in evidenza come, ai fini di un maggiore coinvolgimento e chiarimento delle dinamiche di ateneo, sarebbe auspicabile l'introduzione di un 'diritto di tribuna' del garante, consentendogli di partecipare ad alcune sedute del Senato accademico. In questo senso, è altresì auspicabile un dialogo e coordinamento tra i garanti dei vari atenei italiani, promuovendo momenti effettivi di confronto dell'attività svolta.

⁽⁸⁷⁾ In quel caso, tuttavia, l'aumento è probabilmente da imputare anche agli effetti del Covid-19 e alle notevoli difficoltà organizzative che l'ateneo ha dovuto affrontare.

⁽⁸⁸⁾ In particolare al 30 settembre 2022 sono state presentate 202 istanze, mentre alla stessa data nel 2021 erano state presentate 271 istanze. Tuttavia, posto che nel 2022 è pervenuta un'istanza collettiva alla quale hanno preso parte oltre 70 studenti, lo stesso garante ha evidenziato come sostanzialmente il numero delle richieste possa dirsi invariato.

⁽⁸⁹⁾ Relazione del garante per l'a.a. 2020-21, 7.

versi di anno in anno) ⁽⁹⁰⁾, sono pur sempre riferibili alle stesse cinque grandi categorie.

Dall'analisi delle relazioni, infatti, è emerso che il conflitto sottoposto al garante può essere classificato in cinque grandi aree: amministrativa ⁽⁹¹⁾, didattica ⁽⁹²⁾, economica ⁽⁹³⁾, infrastrutturale ⁽⁹⁴⁾ e relazionale ⁽⁹⁵⁾. Rispetto a queste grandi aree, comparando tra loro le relazioni degli ultimi cinque anni, emerge che le istanze più frequenti sono quelle relative alla didattica e quelle relative all'area economico-amministrativa; le prime, in particolare, sono quelle numericamente superiori rispetto alle altre, ancorché agilmente risolvibili da parte del garante, tramite la comunicazione diretta con il direttore di dipartimento e/o il coordinatore del corso di laurea o, talvolta, con lo stesso docente. Le questioni economiche e amministrative, invece, si scontrano più spesso con i limiti derivanti dagli stessi poteri del garante, al quale non è possibile (ovviamente) incidere sulla modifica di norme e regolamenti di ateneo o di altri enti che si interfacciano con quest'ultimo: un esempio in questo senso è rappresentato dalle istanze economiche derivanti dal provvedimento di reiezione di domande per borse di studio o altre agevolazioni, in quanto inviate in ritardo oppure incomplete ⁽⁹⁶⁾. L'apporto del

⁽⁹⁰⁾ Un esempio in questo senso emerge soprattutto nel campo della didattica (con problemi relativi alla gestione della didattica a distanza), dopo lo scoppio della pandemia da Covid-19.

⁽⁹¹⁾ Comprende tutti gli aspetti amministrativi legati alla carriera degli studenti.

⁽⁹²⁾ Comprende gli aspetti della carriera degli studenti legati alla didattica (gestione dei piani di studio, appelli d'esame, calendario delle attività didattiche, ecc.)

⁽⁹³⁾ Comprende gli aspetti legati al pagamento delle tasse, alle borse di studio e agli ulteriori benefici e agevolazioni previste dall'ateneo.

⁽⁹⁴⁾ Riguarda gli aspetti di sicurezza, igiene delle strutture universitarie e l'adeguatezza degli spazi a disposizione degli studenti.

⁽⁹⁵⁾ Riguarda le relazioni degli studenti con il corpo docente e gli uffici amministrativi dell'ateneo.

⁽⁹⁶⁾ Dalla relazione del garante 2021, cit., 22, emerge come molte istanze abbiano riguardato i bandi emanati dall'Università di Bologna, insieme ad ER-GO. In questo senso, «molti studenti si sono visti revocare la borsa di studio per non essere riusciti ad ottenere i benefici di merito previsti dal regolamento ed hanno segnalato che la loro domanda di benefici era stata respinta per incompletezza documen-

garante, in questi casi, stante l'impossibilità di modificare la normativa, muove nella direzione di prestare – a garanzia degli studenti – un supporto nell'esplicazione della normativa, che, molto spesso, risulta difficilmente intellegibile e poco chiara.

Vi sono poi vere e proprie materie di incompetenza del garante, perché, ad esempio: (i) si sovrappongono ad un altro organo di ateneo, come la-il «consigliere-consigliera di fiducia» che si occupa principalmente di segnalazioni riguardanti discriminazione, molestie morali, psicologiche e sessuali, *mobbing* o *straining* ⁽⁹⁷⁾ e che, in tal senso, rappresenta un'ulteriore figura improntata ad una gestione pacifica dei conflitti; (ii) ovvero perché provenienti da studenti di altri atenei; (iii) ovvero, ancora, perché relative a tipologie conflittuali più marcate (che possono coinvolgere anche conflitti tra il personale e lo stesso ateneo), più difficili da gestire in ambito inter-universitario, che spesso sfociano in veri e propri contenziosi. A titolo esemplificativo e non esaustivo, vi rientrano conflitti derivanti dall'esclusione e/o decadenza dalla concessione di borse di studio o altre agevolazioni economiche (anche derivanti dalla comunicazione di informazioni false o reticenti); quelli relativi al mancato paga-

tale; altri hanno chiesto una revisione del loro 'status' per poter rientrare nei benefici. Sono state sempre effettuate, con la piena collaborazione di ER-GO, le opportune verifiche ma non è stato possibile accogliere la maggior parte di tali istanze perché non rientra nelle attribuzioni del Garante la facoltà di concedere deroghe alla vigente normativa in tema di esoneri dalle contribuzioni studentesche e/o di modificare le regole previste dai bandi».

⁽⁹⁷⁾ Il ruolo della 'consigliera di fiducia' è stato previsto, per la prima volta, nella raccomandazione della Commissione Ue, 27 novembre 1991, n. 92/131, sulla tutela della dignità delle donne e degli uomini e dalla risoluzione del Parlamento Ue n. A3-0043/94. Le direttive europee antidiscriminatorie sono state recepite in Italia con l'approvazione del testo unico di salute e sicurezza, d.lgs. n. 81 del 2008. La figura è improntata alla terzietà e all'imparzialità, oltre che alla riservatezza. Anche questa è certamente un'esperienza meritevole di menzione in quanto si muove sempre nell'ottica della gestione di situazioni di conflitto particolarmente delicate, relative alle aree già indicate nel testo, e si inquadra nell'alveo di una cornice normativa ben definita, sia a livello europeo che nazionale. Sul punto, si rimanda al seguente indirizzo <<https://www.unibo.it/it/ateneo/organizzazione/consigliere-di-fiducia-consigliera-di-fiducia>>.

mento delle tasse universitarie; quelli relativi ai test d'ingresso ai corsi universitari e di specializzazione, ma anche quelli riguardanti rapporti di lavoro subordinato e parasubordinato con lo stesso ateneo, ecc.

De iure condendo, è nell'alveo di quest'ultimo ambito che potrebbero inserirsi – in un'ottica di *dispute system design* – proposte simili a quelle avanzate dalla dottrina spagnola di cui si dava atto in precedenza ⁽⁹⁸⁾. Proposte, cioè, volte all'implementazione di sistemi di mediazione inter-universitaria, coordinati con l'attività del garante e finalizzati ad una prima gestione interna e pacifica dei conflitti. In questo senso, la figura del garante si porrebbe come un primo ente interlocutore per gli studenti – e, se del caso, per tutto il personale – al quale potrebbe affidarsi (stante la sua esperienza) anche un compito di prima valutazione del conflitto, cui seguirebbe l'“invio” ad un organo universitario di mediazione per la gestione delle istanze che maggiormente si prestano ad essere mediate. Naturalmente, il presupposto dovrebbe essere quello della volontarietà delle parti.

La proposta, certamente attraente, porta in realtà con sé, allo stato, molti interrogativi, derivanti, *in primis*, dalla mancanza – diversamente dal caso spagnolo – di una cornice normativa di riferimento ⁽⁹⁹⁾. Inoltre – come evidenziato dallo stesso garante in sede di intervista – posto che l'attività di mediazione di cui sopra sarebbe idonea a coinvolgere, non solo singoli soggetti, ma anche, a seconda dei conflitti, la stessa p.a., si riproporrebbero molti problemi che da sempre investono la mediazione (*ex d.lgs. n. 28 del 2010*) con le pubbliche amministrazioni ⁽¹⁰⁰⁾. È noto, infatti, l'atteggiamento del-

⁽⁹⁸⁾ Sul punto si rimanda *supra* al par. 3.

⁽⁹⁹⁾ In tal senso, si rinvia al lavoro di M. GONZALO QUIROGA, *La Mediación como herramienta de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la naciente Ley de Convivencia Universitaria: Propuesta UNIMEDIA*, in *Revista de educación y derecho*, 2021, 281 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ In questo senso, il garante ha evidenziato come sarebbe estremamente utile e auspicabile un sistema coordinato con un organo interno di mediazione nell'università, pur mettendo in luce le note resistenze della p.a. al ricorso a stru-

le p.a. che sovente decidono di non partecipare al procedimento di mediazione ⁽¹⁰¹⁾ a causa di scelte (eccessivamente) caute da parte di funzionari e dirigenti che temono – in caso di sottoscrizione di un accordo conciliativo – di incorrere in responsabilità erariale. Si evidenzia, tuttavia, che, per far fronte a tale comportamento, il nuovo d.lgs. n. 149 del 2022 di riforma della giustizia civile, recependo quanto già emergeva dai lavori della Commissione Luiso ⁽¹⁰²⁾ e della Commissione Alpa ⁽¹⁰³⁾, ha inteso introdurre uno «scudo erariale» ⁽¹⁰⁴⁾ per i rappresentanti delle amministrazioni, salvo il caso in cui sussista dolo o colpa grave ⁽¹⁰⁵⁾. Vedremo quale sarà l'effetto concreto derivante dall'applicazione di tale disposizione ⁽¹⁰⁶⁾ che

menti di negoziazione e mediazione, rispetto ai quali è ancora necessario un cambiamento verso la cultura delle ADR.

⁽¹⁰¹⁾ Peraltro, l'atteggiamento assenteista della p.a. è stato talvolta sanzionato dalla giurisprudenza *ex art. 8* d.lgs. n. 28 del 2010; sul punto, v. Trib. Roma, 25 maggio 2020, in *Dejure*, che fonda anche la possibilità di una condanna *ex art. 96*, 3° comma, c.p.c.

⁽¹⁰²⁾ In questo senso, il progetto della Commissione Luiso ha previsto che la responsabilità dei soggetti che sottoscrivono un accordo conciliativo sia limitata ai danni conseguenti alla condotta dolosamente compiuta dal funzionario ovvero per i danni cagionati da omissione o inerzia di quest'ultimo. Sul punto, v. Relazione, 25, <https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.pdf>.

⁽¹⁰³⁾ Come evidenziato da M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in <<http://www.judicium.it>> (31.12.2022), nt. 53, ove si legge che «la proposta formulata in questo ambito dalla commissione Alpa era ancor più incisiva: non solo prevedeva lo scudo erariale, ma imponeva anche la partecipazione della pubblica amministrazione, sia pur senza comminare specifiche sanzioni (...) (modifica dell'art. 8, d.lgs. n. 28 del 2010)».

⁽¹⁰⁴⁾ Sul tema, v. *Id.*, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁰⁵⁾ Il recente d.lgs. n. 149 del 2022 ha infatti previsto di introdurre un nuovo art. 11 *bis* al d.lgs. n. 28 del 2010, rubricato: «Accordo di conciliazione sottoscritto dalle amministrazioni pubbliche», secondo cui «ai rappresentanti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che sottoscrivono un accordo di conciliazione si applica l'articolo 1, comma 01.*bis* della legge 14 gennaio 1994, n. 20».

⁽¹⁰⁶⁾ In questo senso pare collocarsi anche la previsione, disposta dal d.lgs. n. 149 del 2022, del nuovo art. 5 *sexies*, relativo all'inserimento della mediazione in clausole contrattuali o statutarie che comprende anche quelle degli enti pubblici.

mira a facilitare la partecipazione delle p.a. al procedimento di mediazione e ad incentivare un cambiamento culturale che, *pro futuro*, potrebbe portare (chissà) anche ad un'accettazione di sistemi meramente interni improntati alla mediazione dei conflitti.

6. *Brevi note conclusive.* – Dalle esperienze sopra riportate si evince chiaramente come anche il mondo dell'università si muova oggi nella direzione della gestione negoziata dei conflitti, della mediazione, della diffusione delle pratiche riparative e, in generale, nella direzione della promozione di un modello di convivenza pacifica e sostenibile all'interno degli atenei, ove il conflitto non è inteso in senso negativo, ma come momento educativo e di crescita personale, laddove consapevolmente gestito.

In questa direzione si muovono tutte le esperienze citate, sia quelle finalizzate a promuovere una formazione alla mediazione⁽¹⁰⁷⁾ con tecniche di didattica innovativa, ovvero tramite l'implementazione di sistemi e meccanismi di ADR interni che, come già evidenziato, svolgono la doppia funzione educativa, da un lato, e risolutiva di conflitti, dall'altro. Al riguardo, gli strumenti messi in campo dagli atenei presi in considerazione per il presente studio sono tra i più vari: si passa, infatti, dall'esperienza delle cliniche, all'implementazione della figura dell'*ombudsman* americano, del difensore civico spagnolo e del garante italiano, alla promozione delle tecniche di *conflict coaching* e di *peer mediation*, all'ideazione di meccanismi integrati di mediazione; tutti sistemi che, in senso lato, possono rientrare nel concetto di *dispute resolution services*⁽¹⁰⁸⁾.

Certamente, ogni realtà risente del contesto legislativo di riferimento, di una più o meno spiccata propensione culturale all'uso delle ADR nelle università, del contesto socio-istituzionale in cui è

⁽¹⁰⁷⁾ Sul tema della formazione dei mediatori v. anche M. MARINARO, *La formazione alla mediazione dei conflitti. Spunti di riflessione e percorsi di riforma*, <<http://www.judicium.it>> (31.12.2022).

⁽¹⁰⁸⁾ Sul punto, si rimanda *supra* al par. 1.

inserita e delle tipologie conflittuali con cui è chiamata a confrontarsi; in questo senso, anche i meccanismi di risoluzione dei conflitti messi in campo dalle università risentono evidentemente di questi fattori di influenza che ne hanno talvolta accelerato lo studio e l'implementazione.

Alla luce del panorama emerso con il presente studio, l'Italia non può di certo considerarsi meno avanzata rispetto agli altri Paesi presi in considerazione, anzi; ciò, tenuto anche conto del fatto che le esperienze delle università italiane sono tutte nate 'dal basso': sia i progetti finalizzati ad incentivare la didattica esperienziale in tema di mediazione, sia la creazione di figure come quella del garante degli studenti-ateneo, infatti, si sviluppano al di fuori di una base giuridica ⁽¹⁰⁹⁾. Ed è proprio in questo senso che crediamo si possa ravvisare un margine di miglioramento; miglioramento teso, anzitutto, a promuovere 'dall'alto' (i) l'insegnamento didattico della mediazione in tutti gli atenei e (ii) l'istituzione (in tutte le università) di figure deputate alla gestione del conflitto, prendendo spunto dall'esperienza dei garanti.

Quanto al primo punto, si evidenzia come la riforma Cartabia costituisca un importante passo in questa direzione: il nuovo art. 5 *quinquies*, 4° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, introdotto con il d.lgs. n. 149 del 2022, intende, infatti, incoraggiare la collaborazione fra tribunali, università, organismi di mediazione, avvocatura e altri enti e associazioni, allo scopo di favorire il ricorso alla mediazione demandata e alla formazione in materia di mediazione ⁽¹¹⁰⁾; le espe-

⁽¹⁰⁹⁾ A differenza di altre realtà prese in considerazione, tra cui *in primis* la Spagna – ove da danti anni vi è una legislazione che anche in campo universitario invita e spinge gli atenei all'istituzionalizzazione di specifici organi volti ad incentivare la composizione amichevole dei conflitti – in Italia, queste esperienze nascono dall'iniziativa degli atenei stessi, v. *supra* par. 2 e 4.

⁽¹¹⁰⁾ Il testo della norma, accogliendo la proposta della Commissione Luiso, prevede infatti che: «il capo dell'ufficio giudiziario può promuovere, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, progetti di collaborazione con università, ordini degli avvocati, organismi di mediazione, enti di formazione e altri enti e associazioni professionali e di categoria, nel rispetto della reciproca autonomia, per

rienze virtuose di didattica innovativa sopra riportate ⁽¹¹¹⁾ diventano così fonte di ispirazione legislativa in una positiva interconnessione e reciproca influenza tra pratica e legge.

Pare invece più timido l'intervento della riforma con riferimento al secondo punto. Tuttavia, è molto interessante l'inserimento di un nuovo art. 473 *bis* c.p.c. – nell'ambito di un nuovo Titolo IV *bis* c.p.c. – in adempimento del quale il giudice può invitare le parti a rivolgersi ad un mediatore familiare ⁽¹¹²⁾; la previsione mira quindi ad incentivare l'idea della mediazione anche al di fuori del d.lgs. n. 28 del 2010, quale strumento generale attraverso cui poter promuovere un dialogo costruttivo tra le parti, finalizzato al mantenimento di rapporti di ogni natura ⁽¹¹³⁾.

Ebbene, sulla scia della riforma e delle forti spinte innovative che in questi anni si sono propagate all'interno dell'università, auspichiamo, allora, nella progressiva creazione di uno spazio per l'implementazione di sistemi e/o centri di mediazione nelle università italiane, finalizzati alla risoluzione dei conflitti, con la cooperazione dei garanti degli studenti/di ateneo; sistemi/centri che, peraltro, gli stessi studenti sembrano accogliere con grande favore, anche laddove questi comprendano tecniche di *peer mediation*. Al riguardo, da un'indagine effettuata tra gli studenti della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, al termine della frequenza al seminario sulle «Tecniche di competenza della negoziazione e della

favorire il ricorso alla mediazione demandata e la formazione in materia di mediazione». Peraltro, la previsione si inserisce nell'ambito del citato art. 5 *quinquies*, 1° comma, ove si incentiva la formazione dello stesso magistrato in punto di mediazione.

⁽¹¹¹⁾ Sul punto, si rinvia *supra* al par. 2.

⁽¹¹²⁾ In particolare, il d.lgs. n. 149 del 2022 prevede che il giudice possa, in ogni momento, informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare e invitarle a rivolgersi a un mediatore familiare, appositamente formato.

⁽¹¹³⁾ In questa direzione si pone anche il d.lgs. n. 151 del 2022 di attuazione e disciplina dell'ufficio per il processo che al Capo III, rubricato: «Ufficio per il processo presso il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie», prevede, all'art. 15, che ai «giudici onorari esperti» è affidato il compito di fornire informazioni alle parti in merito agli strumenti di mediazione familiare.

advocacy mediation»⁽¹¹⁴⁾, è emerso che l'87% degli studenti sarebbe disposto a rivolgersi ad un centro di mediazione inter-universitario nel quale (anche) colleghi appositamente formati svolgano il ruolo di mediatori⁽¹¹⁵⁾. Ora, anche se il limitato campione considerato, di certo, non può avere alcun valore statistico, vero è che le risposte sono in grado, comunque, di sollevare numerosi spunti di riflessione che auspichiamo vengano approfonditi tramite la ricerca.

Abstract

Lo scritto approfondisce alcune esperienze innovative di didattica e di ricerca maturate all'estero (in particolare in Spagna e negli Stati Uniti) in tema di insegnamento e diffusione della mediazione, delle tecniche di gestione dei conflitti e, più in generale, della cultura delle ADR all'interno della comunità universitaria. Si propone di mettere in comunicazione tali iniziative con il vivace panorama italiano, ricco di iniziative di didattica esperienziale e dotato di una propria cultura, ancorché non pienamente sviluppata, della gestione del conflitto attraverso le figure dei garanti degli studenti. L'intento perseguito è quello di scorgere nuove possibili direttrici verso cui il movimento innovativo in atto nelle università italiane potrà orientarsi in futuro.

The paper aims to explore some innovative foreign teaching and research experiences (namely, in Spain and in the United States) concerning the dissemination of mediation, conflict management techniques and, more broadly, the culture of alternative dispute resolution in academia. The

⁽¹¹⁴⁾ Si tratta del seminario attivato sotto la guida della Professoressa Zucconi Galli Fonseca, su cui v. *supra* par. 2, *sub* nt. 16.

⁽¹¹⁵⁾ Il questionario ha coinvolto quindici studenti che hanno risposto ad un questionario di quattro domande, finalizzate a valutare gli attuali sistemi di gestione della conflittualità nell'Ateneo bolognese e alla valutazione di nuovi progetti improntati alla promozione della mediazione.

analysis intends to connect such initiatives with the vibrant Italian panorama, which is rich in experiential teaching initiatives and infused with its own developing tradition of conflict management through student ombudspersons. The ultimate goal of the investigation is to identify new directions for the dissemination of the ADR culture in Italian high education institutions.

TOMMASO GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, Editori Laterza, VII-XVI (introduzione), 1-171.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Fiducia e giustizia, autoritativa e consensuale. – 3. Fiducia e linguaggio. – 4. Fiducia, educazione e legalità. – 5. Grande attualità della legge della fiducia.

1. *Premessa*. – Il libro di Tommaso Greco, scavando in cerca delle radici del diritto, trova la *Legge della fiducia*.

È un testo giustamente divenuto famoso, che ha dato vita a innumerevoli riflessioni e recensioni, ha ricevuto un premio letterario (Premio Letterario Nazionale Pisa) e ha dato vita anche a un Festival, della fiducia appunto, svoltosi a Pisa dall'8 al 12 giugno 2022.

Eppure, merita parlarne ancora, perché, nella miniera di spunti che offre, non si fa pari a trovare nuove piste di ricerca.

Queste riflessioni non provengono da un filosofo o altro pensatore accademico, ma da chi per molti decenni il diritto lo ha applicato, direbbe Paolo Grossi *inventato* (nel senso di *invenire*)⁽¹⁾, in qualità di magistrata. D'altronde, e questo è un pregio notevole del libro, Tommaso Greco vuole rivolgersi anche a lettori diversi dai giuristi teorici e dai professori e, in particolare, intende dialogare anche con i giuristi che possiamo definire pratici per comodità, e dunque in primo luogo magistrati e avvocati; ed anzi, si ricerca l'interesse di chi giurista non è, perché, senza perdere il suo impianto filosofico, la riflessione ne aggancia altre in campo politico, economico, morale, intrecciando linguaggi e pensieri.

Del resto, come ha di recente sottolineato Nicolò Lipari, in seguito al processo di costituzionalizzazione il diritto non può di-

(¹) Paolo Grossi ne parla in numerosi studi, poi ricompresi nel libro *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

scendere dall'alto di un'imposizione, ma sale dal basso di una condivisione, è un diritto *ex parte societatis* ⁽²⁾.

In tale contesto, non parrà arbitrario estrapolare dal libro alcune tracce da sviluppare, non senza prima ricordare, in modo necessariamente succinto, la base da cui queste riflessioni si svolgono.

Riassumendo un po' brutalmente il contenuto del libro si può dire che, secondo Tommaso Greco, ha predominato a lungo, e ancora oggi, il modello di giustizia *sfiduciario*, ben rappresentato dall'icona della statua bendata con bilancia e spada: una giustizia che ritiene l'essere umano naturalmente portato alla sopraffazione, se non ci fossero le sanzioni per la violazione delle regole.

In questa prospettiva, la volontà degli individui va indirizzata e costretta affinché le persone preferiscano il rispetto della legge alla sua violazione per motivi di utilità soggettiva.

Nel sistema *sfiduciario*, inoltre, l'attenzione si sposta dai consociati ai funzionari preposti all'applicazione delle sanzioni.

Forse ormai il giudice non è più colui che applica meccanicamente la legge e attua la volontà del legislatore, ma piuttosto colui che disciplina la controversia mediante le regole. Si esce dalla logica dei poteri per approdare alla concezione della giustizia come servizio pubblico, ma pur sempre con l'idea che le controversie vadano decise con l'applicazione delle sanzioni previste per chi risulti aver violato la regola.

Se riduciamo il diritto a sanzione, avverte Tommaso Greco, rischiamo però di appiattirlo sulla forza coercitiva organizzata; invece, inserendo la fiducia come elemento strutturale della norma giuridica, accanto e prima - logicamente e cronologicamente - della forza, mettiamo in risalto la relazione giuridica, fatta di obblighi reciproci e di aspettative che le persone nutrono l'una verso l'altra sul fatto che tali obblighi siano rispettati.

⁽²⁾ Si veda l'intervento pronunciato a conclusione della Giornata europea della giustizia civile, svoltasi a Milano, il 25 ottobre 2022, reperibile al seguente indirizzo <www.questionegiustizia.it/articolo/giudice-oggi>.

In questo panorama, portare in primo piano la relazione, l'aspetto relazionale del diritto, vuol dire che le regole non sono più semplicemente un criterio in base al quale viene decisa la controversia, ma prima di tutto sono regole dell'agire: come sottolinea Salvatore Natoli, richiamato da Tommaso Greco, il senso delle norme è in prima istanza cognitivo e orientativo, le norme servono in primo luogo a indirizzare le azioni. I consociati hanno un'aspettativa sul fatto che gli altri si conformino alla regola; se l'aspettativa viene tradita, entra in campo l'aspetto patologico della relazione che comporta l'intervento dei giudici e la coazione.

Tuttavia, l'aspettativa sul comportamento altrui esiste *prima* delle sanzioni e a prescindere da queste. Il diritto, afferma Tommaso Greco, include quindi, in primo luogo, la richiesta di un riconoscimento reciproco tra i soggetti della relazione.

Ho sintetizzato troppo un pensiero che ha un grande respiro e si muove tra i filoni fondamentali del pensiero filosofico, politico e giuridico, citando numerosi autori e mettendosi sempre in relazione con loro, sia per contrastarne certi approdi, sia per sottolineare alcune aporie, sia per indicarli a fondamento della sua ricerca.

D'altronde, ho premesso che dal libro di Tommaso Greco, tra i tanti fili che offre, vorrei tirarne e tesserne solo alcuni per sottolineare il precipitato che offre al giurista pratico e a questa premessa vorrei dar seguito.

2. *Fiducia e giustizia, autoritativa e consensuale.* – Innanzitutto, le riflessioni sul diritto di Tommaso Greco mi paiono molto suggestive per rovesciare certi schemi usuali sulla giurisdizione e sulla giustizia in genere e incrementare una diversa cultura dei conflitti.

È stata specialmente la mediazione e la mediazione demandata dal giudice civile in particolare, il grimaldello per aprire un altro sguardo sui conflitti, costringendoci a riparlare della giustizia, delle professioni che concorrono ad attuarla e, a lungo andare, riparlare dell'essere umano, della concezione che ne abbiamo, perché è que-

sta poi che influenza il modo, storicamente e culturalmente condizionato, di gestire e risolvere i conflitti ⁽³⁾.

Nel rovesciamento che Tommaso Greco attua rispetto al modello *sfiduciario*, si accomoda con grande naturalezza la mediazione, come sistema di gestione delle relazioni conflittuali. Qui, infatti, la volontà degli individui viene valorizzata, l'attenzione è centrata sulle persone anziché sui funzionari, le persone sono considerate esseri responsabili e quindi meritevoli di fiducia.

Il modello fiduciario meglio si adatta alla mediazione perché presuppone una visione antropologicamente positiva dell'essere umano.

Tanto per fare un esempio, la mediazione demandata dal giudice ha rappresentato uno *choc* per quelli che i sociologi chiamano i funzionari, noi specifichiamo magistrati e avvocati, proprio perché capovolge il paradigma *sfiduciario* in cui sono cresciuti e si sono formati. Questo spiega le resistenze iniziali rispetto alla mediazione nel momento in cui è stata introdotta in Italia, con il d.lgs. n. 28 del 2010, come sistema generale e non di settore, concernente tutti i conflitti per diritti disponibili. E spiega in parte l'iniziale tendenza, tuttora in corso, a riacciuffare quel paradigma il più possibile: penso, ad esempio, all'attenzione eccessiva verso le interferenze tra mediazione e processo o alla valorizzazione di sanzioni innestate nel raccordo tra mediazione e processo con riferimento alla proposta formulata dal mediatore per il caso di mancato raggiungimento dell'accordo amichevole ⁽⁴⁾.

Il profilo relazionale che il sistema fiduciario valorizza è, invece, centrale per cogliere l'essenza della mediazione, che presuppone una concezione dell'essere umano come essere responsabile, capace di riconoscimento dell'altro e di se stesso.

La radice della mediazione è proprio in quell'aspetto relazionale che dovrebbe permeare la dinamica giuridica e sociale affinché i rapporti siano improntati al rispetto piuttosto che alla sopraffazio-

⁽³⁾ O.G. CHASE, *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Roma-Bari, 2009.

⁽⁴⁾ Si vedano, ad esempio, gli artt. 11 e 13 d.lgs. n. 28 del 2010.

ne, al riconoscimento reciproco piuttosto che al sospetto e alla paura.

In una visione olistica, questo movimento investe necessariamente anche i ruoli di avvocati e magistrati: l'aspetto relazionale di cui dicevamo, indica il *fil rouge* tra un certo modo di concepire il diritto, la giurisdizione, un modello di giudice e di avvocato, e un certo modo di concepire i sistemi diversi dalla giurisdizione, in particolare una visione della mediazione che ne fa una giustizia consensuale complementare e non alternativa.

In questa prospettiva, l'avvocato non può più essere considerato una sorta di condottiero che irrompe nella battaglia giudiziaria. È, invece, un professionista consapevole della responsabilità sociale della sua professione (affermata già nel codice deontologico europeo del 1988), un professionista della prevenzione, una guida per la costruzione di relazioni che possano funzionare tra le parti. Capace di ascolto della persona, promuove l'autonomia di quest'ultima attraverso la propria autorità tecnica, artefice di giustizia anche senza processo.

Cambia, però, anche il ruolo del giudice, faticosamente tratto dalla sua *turris eburnea*, in seguito alla lenta e complessa trasformazione dell'assetto organizzativo e funzionale del potere giudiziario «pensato in tutt'altro ambito ideale, quando la giurisdizione si concepiva positivisticamente come applicazione unilaterale, meccanica, passiva 'tecnica' della legge da parte di funzionari-burocrati»; mentre «il compito unificatore della giurisprudenza non è separato dalle esigenze di giustizia sostanziale che si trovano materializzate nei casi che chiedono di essere risolti nei termini del diritto»⁽⁵⁾. Il giudice non è, non deve essere, un burocrate macinatore di controversie. È, prima di tutto, un giudice delle relazioni. Diviene fondamentale che sia consapevole del modo in cui la parte percepisce il conflitto, cosa significa per lei, in quale ambito di relazioni si collochi, quale è il vero interesse che la muove e così via.

⁽⁵⁾ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 204.

Oggi il giudice, in generale, non può più limitarsi a conoscere le norme e a ricostruire la fattispecie, ma deve comprendere la vicenda di vita che è sottoposta alla sua attenzione sotto le vesti della controversia giuridica, una vicenda segnata da errori, imprevisti, incomprendimenti, frustrazioni: una vicenda non sempre in cerca di una ragione, che vuole essere narrata e compresa. Natalino Irti, nelle sue diffuse critiche all'incalcolabilità e imprevedibilità del diritto, si duole che *la fattispecie* abbia lasciato spazio alla vicenda esistenziale, «la complessiva situazione di vita», all'oscuro accadimento. In realtà, l'emergere dei fatti, che spoglia il conflitto dai paramenti della controversia giuridica con cui si è presentato in tribunale, risponde pienamente al movimento degli ultimi anni perché proprio nei fatti si annidano i bisogni, le speranze, gli interessi di uomini e donne concrete: *in carne e ossa*, direbbe Stefano Rodotà. Anche Paolo Grossi, più volte ricordato da Tommaso Greco, parla della fattualità, carnalità del diritto che permette il riavvicinamento di diritto e giustizia ⁽⁶⁾ e con chiarezza afferma che il diritto deve tornare come ordinamento del sociale, prospettiva che non può non implicare l'elemento della relazione fiduciaria tra i soggetti dell'ordinamento stesso ⁽⁷⁾

Dal suo canto, il giudice promuove la costruzione del giudizio o la ricerca di un accordo attraverso la partecipazione, in modo dialettico e maieutico; è questo ruolo che ha fatto guadagnare *livelli di*

⁽⁶⁾ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Lectio magistralis* letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, 73: «Il castello murato edificato con tanta cura dai nostri padri, con le mura impastate e cementate di legalismo e formalismo, allontanò diritto e fatti, ma anche inevitabilmente, diritto e giustizia, essendo – questa – misura di uomini carnali e di fatti carnali; e la giustizia è restata un traguardo irraggiunto. Se i giuristi, all'insegna di un'etica della responsabilità, sapranno ordinare il nuovo pluralismo, forse stiamo procedendo sul cammino più conveniente per una maggiore armonizzazione fra diritto e giustizia». Di Paolo Grossi segnalo anche il frutto delle sue *ultime soste di raccoglimento*, come dichiarato dall'a. stesso nella Premessa, raccolte nel volume *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

⁽⁷⁾ T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, 99 ss.

prossimità rispetto alle parti che sarebbe un grave errore perdere, in nome di una diversa, migliore vicinanza che invece sarebbe assicurata dall'avvocatura o dagli altri mestieri che si affermano nel settore della gestione delle controversie.

È questa prossimità, infatti, che favorisce il recupero dell'oralità nella trattazione (ovviamente saggiamente miscelata alla scrittura) ed è su questa modalità di conduzione del processo che si fonda la possibilità di valorizzare un momento dedicato al colloquio processuale e al tentativo di conciliazione (giudiziale) che consenta di verificare l'opportunità dell'invito alla mediazione stragiudiziale.

Nel modello di processo 'scritto' ⁽⁸⁾ non v'è molto spazio per l'invio in mediazione; al più questo è ridotto ad invito generico e privo di consistenza se non, nell'ipotesi peggiore, ad un incombente che le parti e i difensori percepiscono come mera pressione per sgombrare la scrivania del giudice.

Al giudice «*bouche de la loi*» non può interessare la mediazione perché guarda ai conflitti tra le persone come qualcosa di negativo, da *liquidare*.

Si muove in un sistema *sfiduciario* dove l'autonomia delle parti è piuttosto elemento di disordine, mentre l'ordine è assicurato dall'alto, dall'autorità che applica la sanzione e conta sulla coazione.

Nel sistema fiduciario le persone invece, afferma Tommaso Greco, sono partecipi della costruzione dell'ordine, sono responsabili, cioè capaci di rispondere dei propri comportamenti, delle aspettative reciprocamente generate e sono chiamati in primo luogo ad avere cura delle relazioni, prima, durante e dopo il conflitto che le possa attraversare.

⁽⁸⁾ Come è noto, nella recente riforma del processo civile è stata codificata la possibilità, già prevista nell'emergenza per la pandemia, di eliminare l'udienza attraverso lo scambio di note scritte (art. 127 *ter* d.lgs. n. 149 del 2022). Il tempo ci dirà se le prassi si svolgeranno comunque in modo da non mortificare il principio di oralità o se prevarranno le spinte, sempre presenti, verso un processo dove poco si parla e poco si ascolta.

Quindi, in definitiva, la prospettiva fiduciaria, da un lato accoglie sistemi plurimi di giustizia, non solo quella giurisdizionale. Dall'altro, apre dall'interno la logica della giurisdizione, venendo incontro all'esigenza odierna di concepire il diritto in modo differente, più flessibile, perché il caso sovente obbliga la regola a rivedere se stessa per assicurare una tutela effettiva. Tanto più si utilizzano regole stringenti, tanta meno fiducia si immette nel sistema giuridico, mentre maggiore fiducia comporta la normazione quanto più spesso si sposti verso i principi: la tecnica di applicazione dei principi non può non implicare una fiducia reciproca tra le persone coinvolte ⁽⁹⁾.

Certo, la prevedibilità e la certezza del diritto restano valori, ma nel nuovo assetto delle fonti, nuove forme di certezza, intesa come 'ragionevole probabilità', si fanno largo, specie con la riscoperta dell'argomentazione giuridica, che rende trasparente e quindi controllabile la giustificazione delle decisioni e consente una cultura del precedente ⁽¹⁰⁾.

Collegata alla complessità della ricostruzione della decisione del caso concreto si pone la necessità che le relazioni tra i soggetti del processo siano improntate al principio di collaborazione. Un principio questo che il processo civile conosce da tempo ⁽¹¹⁾ ed è alla ba-

⁽⁹⁾ T. GRECO, *op. cit.*, 117, 118. Sull'uso corretto e contestuale di regole e principi, si veda da ultimo, anche per le ricche indicazioni bibliografiche, G. VETTORI, *Effettività tra legge e diritto*, Milano, 2020.

⁽¹⁰⁾ Sono le nuove figure di certezza dell'esperienza giuridica odierna, garanzia contro l'arbitrio. Vedi al riguardo, G. BENEDETTI, *Fattispecie ed altre figure di certezza*, in *Persona e Mercato*, 2015, 67. T. GRECO, *op. cit.*, 123, sull'equilibrio tra la necessità di prendere decisioni riferite a situazioni particolari e l'esigenza della generalizzazione. Sulla centralità dell'interpretazione, da ultimo si veda N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

⁽¹¹⁾ E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 587 ss. Mi permetto di rinviare anche alla mia relazione *La decisione come frutto della collaborazione tra le parti e il giudice*, svolta al corso organizzato dal Csm dal 14 al 16 marzo 2011 (reperibile al sito <www.csm.it>, incontri di studio, codice 5373), relazione aggiornata a partire da quella svolta all'incontro dell'Osservatorio

se di molte buone prassi, contenute in protocolli e linee guida ⁽¹²⁾: è evidente che la collaborazione si fonda, ancora una volta, sulla reciproca fiducia tra magistrati e avvocati. D'altronde, oggi siamo alla ricerca di un contatto tra la città e il palazzo di giustizia e si moltiplicano le iniziative dei tribunali per creare occasioni di confronto e dialogo con i cittadini, ma non dimentichiamo che è l'udienza il luogo centrale di costruzione della fiducia e della trasparenza.

3. *Fiducia e linguaggio*. – Lo schema fiduciario rafforza l'importanza di un altro tema oggetto di interesse sempre crescente tra i giuristi, quello del linguaggio, ritenuto da Tommaso Greco un corollario delle sue considerazioni. Se la fiducia fa parte strutturalmente della norma perché nella maggior parte dei casi agiamo facendo affidamento sul comportamento corretto dell'altro, è indispensabile che il diritto, che in gran parte è linguaggio ⁽¹³⁾, non sia percepito come luogo di oscurità e di complicazione, ciò che genera sfiducia e alimenta conflitti ⁽¹⁴⁾.

È il problema della *legge oscura*, sottolinea Tommaso Greco con ampi riferimenti bibliografici, che richiama l'aspetto dell'efficacia e della applicabilità delle norme: tanto più la legge diviene oscura, incoerente e complicata o addirittura irragionevole, tanto più si romperà il legame tra ordinamento e affidamento dei cittadini.

Questo è un punto fondamentale, che dalla legge può e deve svilupparsi oltre, raggiungendo gli atti dei difensori e i provvedimenti del giudice, il colloquio con le parti e quindi in generale la lingua del diritto, a cui sono dedicati molti studi e incontri di formazione.

sulla giustizia civile di Firenze del 21 giugno 2005, *Un anno di lavoro. Dal protocollo per le udienze al protocollo per il giudizio*.

⁽¹²⁾ Si veda, per tutti, il volume di G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli Osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011.

⁽¹³⁾ Anche se non sempre è stato così: R. SACCO, *Il diritto muto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 689; dello stesso a., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

⁽¹⁴⁾ T. GRECO, *op. cit.*, 82.

Oggi il canone di chiarezza e sinteticità, già sancito nel codice del processo amministrativo all'art. 3, 2° comma, è anche oggetto dell'art. 121 c.p.c. nel nuovo testo introdotto dal d.lgs. n. 149 del 2022 su *Libertà di forme. Chiarezza e sinteticità degli atti*.

In realtà, il corretto uso del linguaggio sembra affidato più a percorsi di formazione che a prescrizioni normative e investe la trasformazione culturale dei ruoli tradizionali di giudici e avvocati. Ruoli che portano a togliere la parola alle parti, perché se la logica è puramente tecnico-giuridica, quello che le parti dicono o vorrebbero dire può essere addirittura d'intralcio. Se però rovesciamo il panorama, come lo scenario fiduciario ci aiuta a fare, le persone non possono essere soggetti incapaci di gestire i propri conflitti, ma sono proprio loro che, per prime, dovrebbero essere in grado di riconoscere, 'leggere' i contrasti in cui sono coinvolte per divenire autrici del percorso di soluzione, giudiziario o meno. La mediazione, in primo luogo, restituisce la parola alle persone, finora inserite in un sistema che le disattiva, magari a fini protettivi, ma che comunque le considera 'poco capaci'. A questo ruolo corrisponde una responsabilizzazione di tutti, anche per l'impiego del linguaggio, nel processo e per le comunicazioni e i colloqui nella sede mediativa, che costituisce una sede informale e quindi più rischiosa rispetto a un uso non corretto del linguaggio ⁽¹⁵⁾.

Per creare questa nuova cultura delle relazioni occorre un processo di democratizzazione del sapere giuridico, anche attraverso uno sforzo di semplificazione del linguaggio, richiesto ai professionisti del diritto, agli operatori commerciali, alle amministrazioni pubbliche. Nasce da questa consapevolezza il lavoro degli Osservatori sulla giustizia civile che si è ispirato al Manifesto per un linguaggio non ostile dell'Associazione Parole O'Stili e ha realizzato le *Linee guida per un linguaggio non ostile dentro e fuori il processo*.

⁽¹⁵⁾ Come rileva P. BELLUCCI, *Una lingua 'dalla parte della rosa'*, in *Osservatori sulla giustizia civile*, cit., 435-43: «la negoziazione degli interessi presuppone – inderogabilmente – la negoziazione dei significati, fino ad arrivare a significati condivisi».

Si cerca di favorire un linguaggio chiaro (prima condizione per la comprensione), sintetico e anche rispettoso. Questo richiede di sorvegliare il pregiudizio inconscio, consapevoli dei *biases*, anche impliciti, che possono influenzare il pensiero, come ci hanno spiegato le scienze e la psicologia del giudicare ⁽¹⁶⁾.

È in via di superamento l'idea che la decisione si collochi solo nel campo della razionalità. Molti sono ormai gli studi sulle componenti emotivo-cognitive delle valutazioni che portano a una decisione giudiziaria ⁽¹⁷⁾.

Le linee guida richiamano e, in qualche caso, riprendono norme deontologiche: il valore di questi atti, che appartengono al c.d. *soft law*, è favorire il passaggio dalla normazione eteronoma a quella autonoma, *autòs nòmòs*: se interiorizzo la regola sarò più sicuro il suo rispetto.

Del resto, nel sistema fiduciario, anche regole prive di sanzione fanno parte del diritto perché del sistema giuridico fanno parte gli effetti della fiducia interpersonale. Ed è in fondo la base dei protocolli, linee guida, raccomandazioni e altri strumenti di *soft law* ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ *Bias* è un termine che vuol dire inclinato, obliquo e designa i pregiudizi, i condizionamenti derivanti dal complesso di credenze, di tecniche, di rappresentazioni in vigore in una data comunità in un dato periodo storico. È un campo su cui lavorare: non negare la nostra umanità, ma riconoscerla in pieno, anche ammettendo le nostre debolezze argomentative e raziocinanti, e l'influenza delle emozioni, anziché utilizzando dati che sostituiscano la nostra imperfezione.

⁽¹⁷⁾ T. GRECO, *op. cit.*, 122, ove cita una recente opera di M. MANZIN, F. PUPPO e S. TOMASI (a cura di), *Ragione ed emozione nella decisione giudiziale*, Trento, 2021. Si veda anche il progetto dell'Università di Uppsala, Dipartimento di Sociologia denominato «*Justemotion*»: «(...) la ricerca ha dimostrato che la comprensione legale convenzionale dell'obiettività come 'ragione pura', senza corpo ed emozione, è problematica e si basa su una falsa dicotomia tra razionalità ed emozione. Il processo decisionale razionale richiede di facilitare le emozioni, ad esempio l'interesse per il compito e motivare le emozioni, come l'orgoglio professionale per le procedure corrette e il disgusto per la perdita di tempo, nonché la capacità di 'sentire' le conseguenze di azioni alternative»: v. <<https://www.soc.uu.se/research/justemotions/>>.

⁽¹⁸⁾ T. GRECO, *op. cit.*, 122-3.

4. *Fiducia, educazione e legalità*. – Nils Christie, professore di criminologia nell'Università di Oslo, affermava che le forme di partecipazione al conflitto comportano una grande opportunità pedagogica e anche l'opportunità di una discussione sul significato che la legge assume nel Paese (¹⁹).

Non si può non condividere questa impostazione, a partire dalla sperimentazione nelle scuole, di ogni ordine e grado, di laboratori e giochi sul conflitto che permettano sia di provare cosa voglia dire *stare* in un conflitto a partire da quelli concretamente vissuti da alunni e studenti, sia quale possa essere il significato delle regole che possono darsi per quel dato conflitto e per i conflitti futuri.

Negli interventi che mi capita di svolgere nelle scuole da vari anni, i bambini e i ragazzi mi chiedono sempre quale sia la pena più alta che abbia inflitto, perché hanno in mente 'il giudice che punisce' e questo credo avvenga perché i riflettori dei media sono accesi su fatti di rilievo penale, fatti di sangue, e simili. Sono accadimenti traumatici che suscitano facilmente emozioni, ma se vogliamo comunicare, informare, radicare e far crescere pratica e cultura della legalità sarebbe utile, a mio avviso, coltivare un altro piano.

Partire, come si dice, dal basso, dalla consapevolezza della fisiologia del conflitto in una società: come diceva Hanna Arendt, una società più è complessa più produce conflitti; l'importante è organizzare metodi diversi e variegati per risolverli in modo non distruttivo.

Far lavorare i bambini e i ragazzi a partire dai loro conflitti è un'esperienza che li forma e li informa molto più di quanto possa avvenire con delle astratte lezioni sulla legalità e che potrebbe comunicare un ruolo diverso della giurisdizione e valorizzare la giustizia consensuale.

Della giustizia civile poco si parla, se non per assicurare gli investitori e l'economia, delegando al diritto penale il ruolo censorio delle condotte tramite la qualificazione come reato, mentre sarebbe

(¹⁹) N. CHRISTIE, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, 1985, 103.

fondamentale rilanciare ad ogni livello la sua importanza perché è questa che indica i criteri della buona e giusta convivenza. È la giustizia civile che viene *prima* perché, assicurando la tutela effettiva dei diritti e degli interessi delle persone, previene o ripara situazioni di squilibrio e di degrado su cui prolifera la criminalità, anche organizzata. Si tratta di conflitti diffusi, capillari, di prossimità, che minano la coesione sociale, dando vita a quella che il sociologo Aldo Bonomi ha definito una micro-guerra civile.

A questa riflessione si lega il *sé civico* di cui parla Tommaso Greco per sganciarlo dalla paura della sanzione. Una cultura della legalità non può saldamente stabilirsi se continuiamo a credere e sostenere che il diritto fonda la sua forza normativa solo su un efficace sistema sanzionatorio. Insistere, invece, sulla normatività della norma primaria e sulla presenza di obblighi giuridici orizzontali può favorire l'ubbidienza alle norme e farsi carico delle aspettative altrui ⁽²⁰⁾.

In questa direzione, come abbiamo già accennato, è importante promuovere una figura diversa di giudice, a cui poi è sintonica una figura diversa di avvocato, e questa immagine potrebbe essere molto feconda per fare *un altro discorso sulla giustizia*: non il giudice che punisce, non il giudice che divide a metà il torto e la ragione, ma un giudice consapevole che rendere giustizia non significa solo porre fine a un conflitto, in maniera formalmente corretta, e che occorre tener conto dei bisogni, degli interessi delle parti, rispettando in primo luogo il loro diritto all'autodeterminazione.

Occorre stimolare la consapevolezza che ognuno è portatore di un'aspettativa che ritiene tradita, direbbe Tommaso Greco, perché la norma primaria costruisce la fiducia nel rispetto della condotta: il diritto conta strutturalmente su relazioni improntate all'attenzione per gli altri ⁽²¹⁾.

Questo tipo di giustizia è sfaccettata: non ha il volto della dea bendata con la spada e la bilancia, ma ha gli occhi ben aperti sui fatti

⁽²⁰⁾ T. GRECO, *op. cit.*, 157-8.

⁽²¹⁾ ID., *op. cit.*, 154.

e le vicende umane. Non ha necessariamente la toga del magistrato o dell'avvocato, ma anche le abilità del mediatore. Non è fatta solo di regole, ma si occupa dei conflitti ed anzi, come si è accennato, parte proprio dal conflitto per immaginare i migliori metodi per gestirlo, dentro e fuori il processo e i tribunali, stimolando la responsabilità e permettendo di recuperare quella flessibilità e *mitezza* ricordata da Tommaso Greco per agire nella realtà in modo meno rigido e garantire anche quel compromesso tra interessi e valori che in una società pluralista è sempre più inevitabile e necessario ⁽²²⁾.

La formazione, anche comune degli operatori, è il pilastro di questa nuova concezione della Giustizia.

Quale formazione? La filosofa Elena Pulcini, da poco scomparsa, direbbe che non dovrebbe limitarsi all'apprendimento di regole, diritti e doveri; una parte importante dovrebbe avere la *paideia* delle passioni, che fa emergere non solo la verità di ciascuno, ma la capacità di trasformarla a partire dal confronto aperto e interattivo di passioni e sentimenti ⁽²³⁾.

5. Grande attualità della legge della fiducia. – Ho cercato di mettere in luce, sia pure con cenni rapidi, come il libro di Tommaso Greco sia connesso ai temi più attuali che si agitano nel pianeta giustizia.

C'è un ulteriore aspetto che segnalo da ultimo perché mi pare la cerniera di un discorso che collega il diritto alla giustizia ed è di grande attualità.

Scrivendo Tommaso Greco che «Dis-occultare questa dimensione – rendere cioè quanto più possibile palese che il diritto ha a che fare con il trattamento che noi riserviamo agli altri, più che con l'atteggiamento che abbiamo verso l'apparato statale – ci aiuta ad essere più sensibili nei confronti delle degenerazioni del diritto.

⁽²²⁾ ID., *op. cit.*, 120.

⁽²³⁾ E. PULCINI, *Tra cura e giustizia. Le passioni come risorsa sociale*, Torino, 2020.

Quando il diritto diviene ingiusto, siamo noi che diventiamo ingiusti, traducendone le prescrizioni in comportamenti verso gli altri»⁽²⁴⁾.

Mi è subito venuto in mente un passo di Hélèn Berr, ebrea parigina che inizia a scrivere un diario nell'aprile del 1942 e lo prosegue sino al 15 febbraio del 1944. Nel marzo è arrestata e morirà a Bergen Belsen nell'aprile del 1945, qualche giorno prima della liberazione del campo.

Nel suo diario scrive che alla base del male deve esserci questo: il non pensare. Annichilire il pensiero personale, la reazione della coscienza individuale: è quello che chiama «*le premier pas du nazisme, la force sur laquelle s'appuie ce régime*». Solo così si spiega perché il soldato tedesco che le apre la porta del metrò sia lo stesso che l'indomani potrà condurla alla deportazione. E il motivo per cui, quando l'ispettore di polizia verrà ad arrestare tredici ragazzi dell'orfanatrofio (il maggiore di tredici anni e il più piccolo di cinque), potrà dire: «*Que voulez-vous, madame, je fait mon devoir!*». Questo è il punto, annota Hélène: che si sia arrivati a concepire il dovere come una cosa indipendente dalla coscienza, dalla giustizia, dalla bontà, dalla carità. «*C'est la preuve de l'inanité de notre prétendue civilisation*»⁽²⁵⁾.

Anche Tommaso Greco ricorda le leggi razziali e sottolinea come altri esempi potrebbero essere tratti dal nostro banale quotidiano. Basterebbe pensare ai lager libici e non solo: mi viene in mente Destiny, la giovane donna incinta di origine nigeriana, affetta da un grave linfoma, che era stata respinta alla frontiera di Bardonecchia dalle autorità francesi. Ricoverata in Italia, è morta, a 31 anni, all'ospedale Sant'Anna di Torino dopo il parto cesareo⁽²⁶⁾. È solo uno

⁽²⁴⁾ T. GRECO, *op. cit.*, 152.

⁽²⁵⁾ H. BERR, *Journal 1942-1944*, Paris, 2008, 233.

⁽²⁶⁾ Il confine è lo stesso su cui, pochi giorni prima, una guida alpina francese aveva salvato una migrante, anch'ella incinta, rischiando una condanna fino a cinque anni.

dei tanti esempi che potrebbero farsi di casi che ancora oggi si ag-ganciano al dilemma eterno sull'obbedienza alla legge ingiusta.

Ritrovo allora l'eco della frase di Hélène Berr nelle parole di Tommaso Greco: «Ammettere che nel diritto esiste una dimensione orizzontale fondata sul riconoscimento dell'altro è l'unica via per includere in esso le dimensioni della relazionalità, della solidarietà e della fraternità che una teoria del diritto esclusivamente coattivistica sarà costretta sempre a rincorrere ma non riuscirà mai a catturare. Forse proprio il nostro tempo ci può aiutare a riconoscere che questi non sono valori esterni al diritto, ma suoi valori interni, direi addirittura costitutivi. È come se l'uomo entrasse nel diritto, finalmente, con tutta la sua umanità, e non solo con i suoi interessi e le sue paure» (27).

Penso che questa immagine dell'essere umano che entra nel diritto in tutta la sua complessità sia la pista più profonda che Tommaso Greco ci apre. Certo, occorrono politiche adeguate che promuovano la dimensione orizzontale e non solo quella verticale dei rapporti giuridici, ma una responsabilità particolare spetta, come avverte Tommaso Greco, ai giuristi e ai teorici del diritto.

È vero, non è più possibile relegare i loro ruoli in una rassicurante quanto inesistente riduzione della giustizia al diritto positivo, delegando agli operatori sociali nella più larga accezione tutto quello che significa: solidarietà, rispetto della dignità, soccorso. Anche i giuristi hanno qualcosa da dire al riguardo, alla luce della Costituzione repubblicana e i principi personalistici in essa contenuti (28) e delle Carte sovranazionali (29).

(27) T. GRECO, *op. cit.*, 153.

(28) Nel volume *Il diritto civile tra legge e diritto*, Milano, 2017, Niccolò Lipari invita a rileggere la Costituzione per coglierne fino in fondo la vena personalistica ed il patrimonio di valori che vede in cima la dignità della persona, unico vero pre-diritto che sovrasta e innerva tutti gli altri.

(29) Sulla solidarietà come regola di diritto, si veda dello stesso T. GRECO, *La solidarietà nel diritto. Sui fondamenti teorici dell'istituzionalismo*, in *Quaderni fiorentini*, 2022, 31 ss.

Il diritto, in fondo, è uno strumento creato dall'essere umano, che ha inclinazioni gerarchiche e disegualitarie quanto positive e cooperative. Un ordinamento giuridico non può costituirsi se non tenendo conto di entrambe queste componenti essenziali ⁽³⁰⁾.

La fiducia, scriveva Kennet Arrow, è l'istituzione invisibile di una società. L'invito di Tommaso Greco di immetterla nel circuito giuridico, così come in quello sociale è anche un appello perché ciascuno di noi faccia la sua parte.

Luciana Breggia

Già magistrata del Tribunale di Firenze

⁽³⁰⁾ ID., *op. cit.*, 148.

