

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. I

2021

N. 2

RIVISTA SEMESTRALE

INDICE

SAGGI

- Silvia Barona Vilar
Sfide e pericoli delle ADR nella società digitale e algoritmica del secolo XXI 249
- Amy J. Schmitz, Lola Akin Ojelabi and John Zeleznikow
Researching Online Dispute Resolution to Expand Access to Justice 269
- Marco Gradi
Teoria dell'accertamento consensuale: storia di un'incomprensione 303
- Cristina M. Mariottini
The Singapore Convention on International Mediated Settlement Agreements: A New Status for Party Autonomy in the Non-Adjudicative Process 347

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

- Ivan Cardillo
Recenti sviluppi della mediazione in Cina 365

- Angela D'Errico
Le Alternative Dispute Resolution nelle controversie pubblicistiche: verso una minore indisponibilità degli interessi legittimi? 385

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA

- Domenico Dalfino
Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo, tra vizi di fondo e ipocrisia del legislatore 427

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

- Andrea Marighetto and Luca Dal Pubel
Consumer Protection and Online Dispute Resolution in Brazil 447

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

- Antoine Garapon e Jean Lassègue, *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* (Maria Rosaria Ferrarese) 469

SFIDE E PERICOLI DELLE ADR
NELLA SOCIETÀ DIGITALE E ALGORITMICA
DEL SECOLO XXI (*)

*Silvia Barona Vilar (**)*

SOMMARIO: 1. Dall'emersione delle ADR 'out of Justice' alla loro inarrestabile espansione 'in-Justice'. – 2. Il valore dell' 'intangibile' nelle ADR. – 3. Alcune sfide e alcuni pericoli. – 3.1. Il crescente *favor* verso l'obbligatorietà. – 3.2. Il rischio di una privatizzazione della giustizia. – 3.3. La sfida dell'imprescindibile formazione degli operatori ADR. – 3.4. Il cammino verso un sistema aperto di ADR, con un punto di partenza ineludibile: la negoziazione. – 4. E arrivò la digitalizzazione, le ODR e l'Intelligenza Artificiale.

1. *Dall'emersione delle ADR 'out of Justice' alla loro espansione 'in-Justice'*. – Per lungo tempo nella storia giuridica il sistema eterocompositivo è stato il modello protagonista nella soluzione dei conflitti, un modello fondato sull'intervento di un terzo che 'impone' la decisione alle parti confliggenti, e sui principi dell'ideologia sociale ed ecclesiale che aveva accompagnato le società antiche, medievali e moderne. Un modello basato sulla gerarchia dell'autorità, secondo cui 'alcuni pensavano, gli altri obbedivano; alcuni legiferavano, gli

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 249-268. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Traduzione di Silvana Dalla Bontà.

(**) Professoressa Ordinaria Dr. Dr. *h.c. mult.* di Diritto Processuale nell'*Universitat de València* (Spagna), *Vocal Permanente de la Sección de Derecho Procesal de la Comisión Nacional de Codificación*, Presidentessa della *Corte de Arbitraje y Mediación (Cámara Valencia)* e Direttrice della *Cátedra Institucional para Cultura de la Mediación UV*. Questo scritto si inserisce nel quadro del Progetto di Eccellenza PROMETEO 2018/111.

altri rispettavano le norme'. Un modello piramidale che attribuiva *autorità e imperio* a coloro che risolvevano le differenze con cui le persone si confrontano. Per questo, le soluzioni di quelle differenze da costoro proposte venivano investite di autorità, che doveva essere rispettata ed adempiuta.

Questa visione gerarchica e piramidale richiedeva, parallelamente, esperti che assumessero una tale missione, con la conseguente graduale ma inarrestabile professionalizzazione dei 'solutori di conflitti'; professionalizzazione che, con la progressiva creazione delle università a partire dal secolo XI, portò alla necessità, per chi quella professione praticava, di possedere conoscenze giuridiche. Nascevano così vari protagonisti di questo campo ⁽¹⁾: per un verso, gli avvocati (che offrono le conoscenze tecniche necessarie per 'muoversi' entro un tale modello, essendo questo complesso e molto tecnico), i giudici (che impongono le decisioni dei conflitti, cui si attribuisce l'autorità e il potere per farlo, e che realizzano questo compito in nome dello Stato, in quanto suoi rappresentanti nell'esercizio di una tale missione), e infine i pubblici ministeri (nei casi in cui concorra l'interesse pubblico, dal momento che essi agiscono in sua difesa). Questi operatori giuridici, unitamente a tutti gli altri che gradualmente sono emersi nell'attuazione della giustizia nella modernità,

⁽¹⁾ S. BARONA VILAR, *Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI*, in *La Ley Mediación y Arbitraje*, n. 1, gennaio-marzo 2020, 43, dove si evidenzia come «Nel corso dei secoli abbiamo visto delinearsi il modello di 'Stato paternalistico', con la configurazione in cui esso si declinava di caso in caso. Una formula, questa, che ha trovato sistemazione perfetta a partire dal ruolo decisivo e influente della Chiesa, in tutte le sue manifestazioni. La Chiesa e lo Stato si consacrano secondo un modello piramidale, alla cui base vi sono le congregazioni, gli amministratori o la cittadinanza, e al cui apice si colloca la gerarchia ecclesiale o i governanti. Il modello è di ordine e controllo. Il profilo cambia quando si consolida l'idea del contratto sociale, in cui lo Stato assume un ruolo di protezione dei cittadini in cambio della cessione della loro libertà e dei loro diritti, o, se si preferisce, in cambio di una cessione su come, quando e avanti a chi esercitare i loro diritti. In breve, questo è il modello sociale che abbiamo accettato per secoli, liberamente o per imposizione».

formano parte dell'*habitat* soggettivo imprescindibile perché si possa spiegare l'apparato statale della giustizia.

La conformazione, la struttura e la modalità di attuazione di siffatto apparato sono stati attuati, a seconda dei casi, con maggior o minor enfasi su un maggior o minor controllo statale del compito di pacificazione sociale; in ogni caso, però, con una chiara vocazione monopolizzatrice, con la conseguenza che le forme conciliative della lite, benché esistenti sin dai tempi antichi, sono state via via relegate 'in secondo piano'. In una cultura della gerarchia e dell'obbedienza, propria del feudalesimo e alimentata al contempo dalla Chiesa, le differenze, le divergenze trovavano la propria migliore forma di soluzione nella decisione imposta piuttosto che in quella consensuale.

Così, in seno a questo modello eterocompositivo, pensare al consenso era quasi un'utopia. Incluso quando, a fronte dell'evoluzione della società e in essa dei conflitti, iniziò il timido movimento di ricerca delle soluzioni ADR: voci contrarie si sono levate contro tali forme di soluzione, sostenendo esse fossero meno garantiste di quelle offerte dal potere giudiziale, fino a dire che fossero soltanto un'«ombra del diritto».

In quel primo momento, le ADR si mostravano come «alternative» al potere giudiziale. Nel bilanciamento tra potere giudiziale e ADR prevalevano le corti e il processo giurisdizionale. Un cambiamento iniziò ad aversi allorché le ADR cessarono di essere viste come *fuga* dal potere giudiziale per porsi invece come meccanismi complementari, e financo, in certi casi, quali meccanismi integrati nello stesso sistema giudiziario ⁽²⁾, con il fine di rinvenire la solu-

⁽²⁾ Per questo chi scrive ha difeso l'idea di una *giustizia integrale*. Si vis, v. a riguardo S. BARONA VILAR, «*Justicia Integral*» y «*Access to Justice*». *Crisis y evolución del «paradigma»*, in ID., (a cura di), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia*, Madrid, 2016, 31-56; ID., *Justicia civil a debate: qué, por qué y cómo – pasado, presente y retos de futuro del proceso civil*, in AA.VV., *XIII Congreso panameño de Derecho Procesal*, Panamá, 2016, 45-68; ID., *Justicia integral y tutela sin proceso*, in J.F. HERRERO PEREZAGUA (a cura di), *Las transformaciones del proceso civil*, Pamplona, 2016, 19-43; ID., *Justicia civil en el Siglo*

zione più appropriata alla materia, al conflitto, ai soggetti coinvolti, al tempo della lite, e così via; o, semplicemente, per alleviare l'inefficienza del potere giudiziale del secolo XX.

Il processo giurisdizionale e le corti statali si sono mostrati, d'altronde, da molti decenni, sempre più 'esausti': sopraffatti e sottodimensionati in tutti i settori dell'ordinamento giuridico (sotto il profilo personale, materiale e di bilancio). A ciò è andato accompagnandosi un parallelo aumento della complessità della litigiosità, che ha reso impossibile assicurare al diritto, con tutte le garanzie dovute, una tutela giurisdizionale effettiva. Una realtà, questa, che fu chiaramente illustrata da Walter K. Olson, allorché nel 1991 parlava di *litigation explosion* ⁽³⁾. Una litigiosità trasbordante, complessa, cui risulta molto difficile dare risposta – cosa che ha provocato, in modo graduale ma inarrestabile, un'enorme frustrazione nella cittadinanza e ha suscitato insoddisfazione e disincanto. Sentimenti che si sono andati diffondendo nella maggior parte dei sistemi giuridici.

E come causa od effetto di questa realtà, sono emersi così nuovi protagonisti e nuovi mezzi per affrontare la diffusa conflittualità che ci accompagna. Alle corti statali e al processo giurisdizionale si sono pertanto venuti affiancando altri metodi di soluzione del conflitto: le ADR e le ODR, quali vie complementari o alternative alla giustizia statale e processuale ⁽⁴⁾. Vie che promuovono sistemi diversi, dentro e fuori le corti, con o senza queste, attraverso cui si possono presentare, discutere, risolvere e gestire i conflitti o le liti. Questi sistemi emersero, in forma preponderante, negli ordinamenti giuridici anglosassoni, e in particolare lì si sono distinti quali 'movimento': il movimento delle ADR (che nacquero quali *Alter-*

XXI, in A. MANTECÓN RAMOS (a cura di), *Gestión de conflictos jurídicos (Abogacía y Derecho)*, La Habana, 2016, 7-33.

⁽³⁾ W.K. OLSON, *The Litigation Explosion: What Happened when America Unleashed the Lawsuit*, New York, 1991.

⁽⁴⁾ S. BARONA VILAR, *Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI*, cit., 39.

native Dispute Resolution, e si sono andate trasformando progressivamente in *Adequate Dispute Resolution*). La ragione di ciò sta nel fatto che le ADR, disegnate inizialmente come mezzi di soluzione ‘contro il sistema’ (dei tribunali, del processo giurisdizionale, dei professionisti dello Stato), e cioè contro il modello statualmente configurato, sono andate gradualmente integrandosi nel sistema stesso.

Questa evoluzione degli ordinamenti occidentali ha portato con sé un avvicinamento, minimo ma reale, al modello giuridico asiatico, in cui l’inversione del *favor* per le vie di soluzione del conflitto – i meccanismi consensuali si prediligono a quelli giudiziali – ha portato a considerare il ricorso al processo, quale primo strumento di soluzione della lite, una manifestazione del fallimento di chi è incapace di risolvere le proprie liti da se medesimo – convinzione, questa, che si fonda sullo spirito confuciano di ricerca della persuasione prima che della coercizione.

Nell’orizzonte testé descritto sono tuttavia ancora numerosi i pericoli che le ADR incontrano e molti i rischi che si corrono nella loro incorporazione negli ordinamenti giuridici. È dato riscontrare infatti come ancorché si assista oggi ad una propensione per l’uso delle ADR nella gestione e/o soluzione dei conflitti, ed esse si integrino sempre più nel nuovo paradigma della giustizia, la trasformazione a livello pratico continui ad essere lenta. Si deve comprendere, infatti, che con l’impiego delle ADR non si tratta di «sostituire», bensì di «integrare» la giustizia del secolo XXI.

Possiamo così affermare, senz’ombra di dubbio, che le ADR *sono venute per restare*: i legislatori stanno adottando normative, specifiche o integrate in norme già vigenti, sulle ADR e si riscontra una maggiore convinzione sul loro impiego da parte degli operatori giuridici. Pur tuttavia, una delle sfide ancora attuali è quella di vincere le posizioni per così dire negazioniste, che più che attaccare la bontà degli strumenti ADR nascono dal timore che un loro utilizzo comporti una perdita di onorari e benefici economici.

Ne consegue che una delle sfide della società odierna consiste nel promuovere non solo la regolamentazione e così l'integrazione delle ADR negli ordinamenti giuridici, ma anche la disseminazione con riguardo ai loro benefici. Disseminazione che può realizzarsi per il tramite di campagne pubbliche indirizzate alla società civile, ma al contempo per il tramite della realizzazione di *workshop*, corsi, seminari che consentano, a chi deve operare dentro e a partire da questi metodi di soluzione del conflitto, di acquisire gli strumenti adeguati per il suo buon funzionamento. In questo senso, il ruolo dell'università nella formazione dei professionisti delle ADR è essenziale ed è perciò imprescindibile che i piani di studio universitari offrano i lineamenti teorici delle ADR e la loro messa in pratica.

2. *Il valore dell'«intangibile» nelle ADR.* – Unitamente a questa necessità di 'conoscere' le ADR, si rende imprescindibile abbandonare l'assurda convinzione per cui «ciò che non porta denaro, non è reale, non è utile», considerazione, questa, che evoca le riflessioni di Nuccio Ordine sulla «utilità dell'inutile»⁽⁵⁾, intendendosi per inutile ciò che dia risultati non 'sostanziosi' da un punto di vista economico, bensì in forma intangibile.

Probabilmente negli ultimi tempi alcuni procedimenti ADR, come l'arbitrato e le mediazioni ad alto grado di complessità, sono entrati nel mondo del *business* e di fatto si sono rivelati essi stessi un *business*, il che ha determinato una fascinazione nei grandi studi legali per questi metodi di soluzione delle liti, allorché possano diventare una fonte di guadagno. Un tale fenomeno, però, a ben vedere, ha reso 'un cattivo favore' alle ADR. La loro estesa diffusione, infatti, si dà solo allorché i cittadini inizino a realizzare che esse comportano dei vantaggi nella loro vita quotidiana, che sono vie meno aggressive, meno avversariali di soluzione della lite, che consentono di lavorare con e a partire dalle persone non solo sul singo-

(5) N. ORDINE, *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*, Barcelona, 2013, 74.

lo conflitto, ma anche sul loro modo di saper affrontare i conflitti nel futuro.

In origine le ADR venivano ricondotte all'idea romantica di trovare soluzioni per aumentare la pace sociale, la convivenza, l'interesse all'ascolto onde convertire il conflitto in qualcosa di positivo, con il partecipare alla sua soluzione, sottomettersi volontariamente alla collaborazione, inclusa l'imposizione di una decisione di un terzo che non fosse un giudice statale. In origine, cioè, le ADR convissero perfettamente con l'ideologia del movimento «hippie» di ricerca della pace sociale e interiore, e in questo senso il movimento che le ebbe ad oggetto si legò anche a certi gruppi religiosi, etnici e di immigrati, che risolvevano i loro contrasti in seno alle loro stesse comunità attraverso la mediazione dei ministri delle loro chiese o dei loro anziani. Questa percezione iniziale è andata però cambiando nel tempo, legandosi invece a strategie politiche ed economiche che hanno mutato significato ed obiettivi delle ADR, sino a convertirle in strumenti non 'contro' le corti statali e i processi giurisdizionali. Un destino di armonica convivenza che consente di offrire qualcosa di più e di migliore.

Le ADR costituiscono vie di accesso alla giustizia. L'inclusione delle ADR nel sistema giuridico è chiara reazione al significativo incremento qualitativo e quantitativo della litigiosità che ha condotto ad inoperatività e insufficienza della risposta della rigida giustizia statale. La promozione delle ADR convive con questa ricerca di favorire i cittadini nell'accesso ad una giustizia più effettiva, eseguibile e prevedibile⁽⁶⁾. Questo è il grande valore che le ADR offrono: la garanzia di un diritto fondamentale e, soprattutto, l'offerta della migliore delle vie possibili di soluzione del conflitto – la più adeguata, la più appropriata – cosa che consente agli individui e alla società di credere ancora nello spirito della giustizia. Pretendere di 'usare' le ADR soltanto come '*business*' non solo è destinato al fal-

⁽⁶⁾ S. BARONA VILAR, C. ESPLUGUES MOTA, *ADR Mechanisms and Their Incorporation into Global Justice in the Twenty-First Century: Some Concepts and Trends*, in EID. (a cura di), *Global Perspectives on ADR*, Cambridge, 2014, 5 ss.

limento, ma risponde ad una visione di breve termine e miope. È ferma convinzione di chi scrive che solo muovendo da questo modo di intendere le ADR, quali vie di accesso ad una giustizia poliedrica, sarà possibile sviluppare e promuovere una cultura su tali metodi di soluzione del conflitto.

Si è assistito all'introduzione delle ADR in numerosi ordinamenti⁽⁷⁾, che le hanno incorporate e convertite in una parte integrante del sistema di giustizia statale⁽⁸⁾, tanto a livello interno che internazionale⁽⁹⁾. Non solo. Pur a fronte della tradizionale idea per cui esse rappresenterebbero mezzi di soluzione di controversie strettamente private, le ADR si stanno estendendo a settori del diritto pubblico nei quali il consenso, i patti, le mediazioni, le conciliazioni e gli arbitrati cominciano a trovare posto nell'ordinamento giuridico⁽¹⁰⁾.

Si ripeta, i considerevoli benefici delle ADR non possono misurarsi sulla base di criteri meramente economicistici, ma alla luce dei considerevoli risultati intangibili che offrono. Solo così, in linea con le riflessioni di Nuccio Ordine, è possibile considerarle, anziché un mero 'business', veri strumenti di riscatto del rispetto dell'altro, di credibilità dell'essere umano, in un contesto sociale segnato oggi dal disincanto e da una grande frustrazione – nelle parole dell'autore, un contesto in cui l'uomo è «condannato a convertirsi in una macchina senza anima».

⁽⁷⁾ K.J. HOPT, *Mediation. Eine Einführung*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, vol. 74, 725 ss.

⁽⁸⁾ N. ALEXANDER, *Four Mediation Stories from Across the Globe*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2010, vol. 74, 733.

⁽⁹⁾ C. ESPLUGUES MOTA, *El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones*, in AA.VV., *Tratado de Arbitraje comercial interno e internacional en Iberoamérica*, Colección Tirant Arbitraje, n. 1, Valencia, 2019, 53.

⁽¹⁰⁾ ID., *General Report: New Developments in Civil and Commercial Mediation – Global and Comparative Perspective*, in C. ESPLUGUES MOTA, L. MARQUIS, *New Developments in Civil and Commercial Mediation*, Berlin, 2015, 25-28.

3. *Alcune sfide e alcuni pericoli.* – In questa inarrestabile evoluzione dei meccanismi stragiudiziali di soluzione dei conflitti (ADR, *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos*: MASC, *Resolución Alternativa de Conflictos*: RAC) si presentano però molte sfide, in ragione della loro lunga storia in seno agli ordinamenti giuridici. Tuttavia, parallelamente, non mancano in questo loro sviluppo i rischi, dovuti in taluni casi all'incertezza, in altri all'assenza di una cornice giuridica adeguata, in altri ancora in ragione dell'indiscutibile cambiamento del modello globale di giustizia che essi comportano. Ci si riferirà qui di seguito a taluni di questi rischi.

3.1. *Il crescente favor verso l'obbligatorietà.* – Uno dei grandi dibattiti che anima fori nazionali ed internazionali in tema di ADR è quello inerente al tema 'volontarietà *versus* obbligatorietà delle ADR'. È un dibattito complesso che presenta molte spigolature e che emerge nel tentativo di bilanciare la volontarietà, quale principio che informerebbe le stesse ADR, e la sempre maggiormente accettata loro obbligatorietà, come mezzo per garantirne l'efficacia.

In origine e nel loro fondamento le ADR si legavano all'autonomia della volontà e alla disponibilità di decidere lo strumento più adeguato per cercare di gestire e risolvere, a seconda dei casi, le divergenze o i conflitti insorti. Questo atto di volontà non implica un'esclusione assoluta della giurisdizione, bensì la possibilità di ricorrere ad altre istituzioni che non siano giurisdizionali. Si è tuttavia assistito ad una virata, ad un cambiamento verso l'obbligatorietà. Questo atteggiamento si è mostrato particolarmente interessante con riferimento alla mediazione.

Così, il documento del Parlamento europeo del 2014 intitolato *Rebooting the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of Its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU*, esprimeva disagio per l'esiguo impatto che la direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della me-

diiazione nelle cause civili e commerciali ⁽¹¹⁾ aveva avuto a livello pratico nell'ambito europeo. In quel documento si considera «sconfortante» la situazione esistente, nel constatare, oltre al resto, che il numero di mediazioni è notevolmente inferiore a quello sperato; e ugualmente si sostiene allorché si guardi alla maggior o minor efficacia delle misure adottate dagli Stati membri per incrementare l'uso della mediazione ⁽¹²⁾. Tra le proposte che il documento menziona per migliorare gli indici della mediazione si cita la possibilità di introdurre l'obbligatorietà del ricorso alla mediazione, adducendo a favore di questa scelta il numero di mediazioni che ne deriverebbero e la conseguente riduzione della litigiosità. Il documento si riferisce alla possibile introduzione della mediazione obbligatoria in alcune categorie di controversie, con possibilità per la parte di uscire (*opt-out*) dalla mediazione nel primo incontro, con costi ridotti o nulli – ancorché si diano opinioni favorevoli ad evitare la facoltà di uscita dal procedimento mediativo in questo momento, sottolineando *pro* e *contra* di entrambe le opzioni.

Alcuni ordinamenti sono giunti ad accettare la mediazione obbligatoria. In Austria la si prevede nelle controversie di vicinato e in quelle relative ai portatori di *handicap*; in Germania i diversi *Länder* prevedono in alcuni casi e per alcune materie l'obbligatorietà della mediazione; in Romania è contemplata la partecipazione obbligatoria a una sessione informativa sulla mediazione prima di iniziare la via giurisdizionale in un numero legislativamente previsto di controversie; a Malta la mediazione obbligatoria è stabilita in determinate controversie familiari; in Croazia in materia di cause familiari e di lavoro; in Italia si è introdotta la mediazione obbligatoria per determinate controversie. Ugualmente, in alcuni ordinamen-

⁽¹¹⁾ Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in *Gazz. Uff. UE*, L 136 del 24.5.2008, 3-8.

⁽¹²⁾ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *El (limitado) impacto de la Directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción*, in S. BARONA VILAR (diretto da), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia*, Madrid, 2016.

ti dell'America Latina si è contemplata l'obbligatorietà di impiegare la mediazione quale prima via di soluzione del conflitto in certi ambiti e settori (familiari, sanitari, assicurativi, ecc.)⁽¹³⁾.

In Spagna viviamo un momento di proposte di cambiamento. Se originariamente, infatti, si stabilì con la legge n. 5 del 2012 la volontarietà della mediazione, sempre più si riscontrano voci a favore della sua obbligatorietà in determinati ambiti. Si adducono argomenti a favore e contro la mediazione obbligatoria. Invero, si tratta di argomenti che si sono sviluppati intorno all'istituto della mediazione, ma che si possono estendere alla maggior parte degli strumenti di soluzione stragiudiziale dei conflitti. In questo momento si sta discutendo del c.d. *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal (2020)*, tra i cui obiettivi vi è quello di spingere per l'introduzione obbligatoria di questi strumenti stragiudiziali di soluzione del conflitto, senza però preferire l'uno all'altro. Si disegna quindi un modello di ADR aperto, ma al contempo si richiede che, prima di adire la via giudiziale, si sia tentata almeno una di quelle stragiudiziali.

Uno degli argomenti che si spendono a favore dell'obbligatorietà è che questa faciliterebbe la creazione di una cultura delle ADR, una loro maggiore conoscenza nella popolazione e dei valori di cui esse sarebbero portatrici: la responsabilità, l'ascolto dell'altro/a, il riconoscimento dell'altro/a, il perdono, ecc.; tutti valori che porterebbero con sé, inevitabilmente, una riduzione della litigiosità, dei processi e dei costi giudiziali, nonché la promozione della pace sociale.

In senso contrario, si argomenta che l'obbligatorietà dei metodi ADR potrebbe provocare un effetto inverso a quello atteso: rivelarsi un mero ostacolo da superare (un presupposto processuale), che

⁽¹³⁾ *Si vis*, v. l'esautiva opera di C. ESPLUGUES MOTA, *Mediación Civil y Comercial. Regulación Internacional e Iberoamericana*, Valencia, 2019, in cui si esaminano i diversi modelli di mediazione e le varie posizioni assunte dagli ordinamenti in merito a volontarietà od obbligatorietà della mediazione.

provoca una dilatazione dei tempi processuali, genera più costi e induce ad esacerbare il conflitto.

3.2. Il rischio di una privatizzazione della giustizia. – Se si parla di un sistema di giustizia integrato dai meccanismi ADR e in questi ultimi operano professionisti privati, si realizza uno spostamento del senso paradigmatico di ‘giustizia’, quale parte del potere pubblico dello Stato, verso percorsi di privatizzazione. Non v’è dubbio che *a priori* aprire l’ambito soggettivo di intervento di soggetti privati non è necessariamente cosa negativa. La concentrazione del potere in capo ai giudici nell’ambito proprio della tutela (parrebbe che possa essere effettiva solo quella giudiziale) porta a vedere questa rottura come qualcosa di traumatico. Ma così non è, se l’integrazione dei meccanismi ADR avviene nel rispetto di garanzie e conduce ad una rapida, agile e accessibile tutela della cittadinanza.

Rovescio della medaglia di questa rottura è che gli Stati finiscano per ridurre il *budget* indirizzato alla giustizia. Se si assume, infatti, che le ADR sono giustizia, che esse possono realizzare un certo ‘*business*’ che trova copertura economica nella società civile, allora si può arrivare a sovvertire il modello di giustizia pubblica e di servizio, che dovrebbe invece accompagnare le ADR, svalutando il ruolo che la giustizia ha nella società, nella vita delle persone e nella ricerca della pace e della convivenza civile.

3.3. La sfida dell’imprescindibile formazione degli operatori ADR. – Non v’è dubbio che il successo delle ADR dipenda necessariamente dalla formazione di chi guida e gestisce i meccanismi di soluzione stragiudiziale delle liti. Se si vuole effettivamente ridurre il modello di *società generatrice di e soggetta a conflitti* in cui ci siamo trasformati, non vi è niente di meglio, come sottolinea Carlos Esplugues Mota, che elaborare un nuovo modo di intendere la nozione di «ac-

cesso alla giustizia»⁽¹⁴⁾, in cui debbono inevitabilmente includersi le ADR – le MASC come posologia palliativa del conflitto. Queste ADR richiedono però un personale qualificato che sappia appropriatamente impiegare gli strumenti della gestione e soluzione del conflitto. Di qui, il valore della loro formazione e della sua necessità negli ordinamenti giuridici.

3.4. Il cammino verso un sistema aperto di ADR, con un punto di partenza ineludibile: la negoziazione. – Assistiamo sempre più al superamento del vecchio paradigma secondo cui, nel momento di rinvenire la soluzione dei conflitti, la prima, essenziale e indispensabile via è quella di adire le corti statali e rivolgersi al processo giurisdizionale. Pur tuttavia, l'integrazione nel modello statale di altri metodi e di un altro *modus operandi* esige non solo di disseminare la conoscenza dei benefici di questi metodi 'altri', ma anche di offrire ai consociati un buon impiego degli strumenti di gestione del conflitto e della sua soluzione per vie non avversariali-bellicose. Strumenti che implicano una volontà politica di educazione e che consentano di generare la consapevolezza che, oltre alle corti statali e al processo giurisdizionale, esistono altri metodi che permettono di lavorare, a partire da e con le persone, alla ricerca di una soluzione *win-win*. E questo richiede uno sforzo di apprendimento, una volontà politica e destinazione di un *budget* a tal fine.

La società del secolo XXI ha intrapreso questo cammino, non senza ostacoli. Si riscontra una tendenza a introdurre una pluralità di metodi che possono realizzarsi complementariamente, ma con un obiettivo essenziale: la ricomposizione delle relazioni personali e giuridiche, il che significa lavorare sulla comunicazione e, con l'aiuto di un professionista o meno, cercare vie di soluzione del conflitto che non necessariamente provengono dalla decisione giudiziale.

⁽¹⁴⁾ C. ESPLUGUES MOTA, *El arbitraje comercial en Iberoamérica: una realidad consolidada no exenta de tensiones*, cit., 49.

In questo scenario, pare emergere con enorme difficoltà la negoziazione; una negoziazione che, lo si ripete, necessita di uno specifico apprendimento. Infatti, stiamo assistendo all'introduzione di questa materia nelle Facoltà di Economia e Commercio, con lo scopo di insegnare abilità, capacità e tecniche di negoziazione onde giungere alla soluzione del conflitto. Una formazione che è assolutamente necessaria per gestire al meglio la negoziazione, dal momento che il negoziatore non nasce tale, ma lo diventa. Di qui l'importanza di acquisire conoscenze teoriche e pratiche a riguardo ⁽¹⁵⁾.

Questo non significa, tuttavia, che si debba disciplinare legalmente la negoziazione, bensì, all'opposto, che essa non deve essere regolata negli ordinamenti. La sua mancata disciplina, però, non significa sua mancata applicazione. L'integrazione della negoziazione nel mondo delle relazioni giuridiche e nel quadro delle possibilità di intervenire in caso di conflitto o divergenza offre un maggior grado di rafforzamento della società. E questo è possibile sia quando si tratta di negoziazione personale, diretta, sia quando si ha negoziazione svolta con l'intervento di terzi, esperti di negoziazione, che agiscono parzialmente a difesa degli interessi di ciascuna parte del conflitto. In ogni caso, è importante promuovere la negoziazione come strumento sociale; cosa che la cultura asiatica è andata dimostrando, dal momento che la negoziazione costituisce la base su cui fondare non solo la relazione *per se*, ma anche l'evoluzione che questa può arrivare ad avere, ancorché in essa siano emersi una divergenza, una differenza o un conflitto.

4. *E arrivò la digitalizzazione, le ODR e l'Intelligenza Artificiale.* – Una delle caratteristiche attribuite alla società contemporanea è il suo tratto digitale. Dalla rivoluzione industriale 3.0, che ha ruotato intorno ad *internet*, lo sviluppo tecnologico non si è arrestato. An-

⁽¹⁵⁾ S. BARONA VILAR, *Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI*, cit., 51.

zi, esso ha promosso quella che è stata denominata «la quarta rivoluzione industriale o rivoluzione 4.0», a partire dalla quale si è assistito ad un processo dirompente, capace di sbalordire l'essere umano ed introdurre nel nostro *habitat* sociale strumenti e mezzi che permettono l'inimmaginabile, vale a dire, non solo il dono dell'ubiquità, in uno spazio in presenza o nello *cyberspace*, ma anche la realizzazione dell'utilizzo di sistemi digitali strumentali e algoritmi di assistenza – o sostitutivi – delle attività svolte dagli esseri umani.

In primo luogo, siamo passati dalle ADR alle ODR (*Online Dispute Resolution*). Inizialmente si incominciò con l'ammissibilità di compiere *online* alcuni atti procedurali. Poco a poco l'uso della rete si è esteso a tutto il procedimento. In questo senso è stato particolarmente importante quanto realizzato e promosso dall'Unione europea nella materia consumeristica⁽¹⁶⁾. Per quanto *a priori* la rete appaia soltanto un modo strumentale di canalizzazione degli atti del procedimento e del processo, è certo che quanto realizzato dall'Unione europea produce gradualmente un mutamento dei principi attuativi, un cambiamento del *modus operandi* nonché dei protagonisti che intervengono nello svolgimento del procedimento ADR. E, soprattutto, questo genera un'enorme dipendenza dalla tecnologia, con la conseguenza che questa si trasforma in un elemento imprescindibile per lo svolgersi di qualsiasi via che si voglia avvantaggiare della sua applicazione. È per questo che l'emersione delle ODR si adatta perfettamente al contesto dell'era digitale.

Un contesto caratterizzato dal fenomeno di masse tecnologiche; senza la tecnologia non c'è società, né umanità. La tecnologia ha promosso esponenzialmente la «società del consumo»⁽¹⁷⁾, il pensiero acritico, e una riuscita invasione della sfera privata attraverso i

⁽¹⁶⁾ Molto interessante, su evoluzione e *status quo* in materia di soluzione extragiudiziale del contenzioso consumeristico in ambito euro-unitario, il contributo di S. DALLA BONTÀ, *Una giustizia «co-esistenziale» online nello spazio giuridico europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in questa *Rivista*, 2021, 192 ss.

⁽¹⁷⁾ Z. BAUMAN, *Vida líquida*, Barcelona, 2013, 109.

mezzi di comunicazione, in particolare mediante l'immensa vetrina che offrono i *social network* ⁽¹⁸⁾. In effetti, si tratta di una società *liquida* che anela a perdere la sua identità, la sua riservatezza, la sua intimità, che cerca di conoscere la vita degli altri come nel film *The Truman Show*, sfruttando i *social network*, i messaggi istantanei, le soluzioni, i servizi, i prodotti in tempo reale ⁽¹⁹⁾.

Stiamo assistendo ad un'inarrestabile espansione del capitalismo globale ad oltranza, sotto la grande influenza esercitata dalla *Silicon Valley* e dalle grandi multinazionali tecnologiche quali, tra le altre, *Google*, *Apple*, *Facebook*, *Amazon*, *Microsoft*, *Twitter*, *Linkedin*, che offrono tecnologia, digitalizzazione e algoritmizzazione per salvare l'umanità. Siamo assistendo ad una mutazione sociale sistemica. L'apparizione di *internet* e della sua consistente espansione (la rivoluzione 3.0) con l'irruzione dello *cyberspace* e il successivo consolidamento di concetti come algoritmi, *Big Data*, *software*, soluzioni tecnologiche, *Machine Learning*, *Deep Learning*, *ciborg* ⁽²⁰⁾ o *biofakte* ⁽²¹⁾, *robot*, la vita *Smart*, il transumanesimo, e molti altri concetti, hanno penetrato il nostro *habitat* ibrido, il nostro contesto ibrido e la nostra vita ibrida, intendendo l'ibridazione nella sua mi-

⁽¹⁸⁾ K. HABERMAS, *Problemas de legitimación del capitalismo tardío*, Ed. Cátedra, 1973.

⁽¹⁹⁾ S. BARONA VILAR, *Una justicia «digital» y «algorítmica» para una sociedad en estado de mudanza*, in ID. (a cura di), *Justicia algorítmica y neuroderecho. Una mirada multidisciplinar*, Valencia, 2021, 23-25.

⁽²⁰⁾ M.E. CLYNES, N.S. KLEIN, «*Cyborgs and Space*», *Astronautics*, settembre 1960, 26 ss. V. anche E. PARK, *Digitalisierung geht unter die Haut. Perspektiven eines Cyborgs*, in R.A. FÜRST (a cura di), *Gestaltung und Management der digitalen Transformation. Ökonomische, kulturelle, gesellschaftliche und technologische Perspektiven*, Berlin, 2019, 243. Alcuni lo indicano anche come il «sostituto dell'*Homo sapiens*»: v. D. ROTTER, *Transhumanismus: Die Zukunft gehört den Maschinen*, *Sein*, 28 marzo 2013, <<https://www.sein.de/transhumanismus-die-groesste-gefahr-fuer-die-menschheit/>> (24 dicembre 2021), che considera che questa sia una «*Über-Spezies*» costituita da persone bianche e di classe sociale medio-alta.

⁽²¹⁾ N. KARAFYLLIS (a cura di), *Biofakte. Versuch über den Menschen zwischen Artefakt und Lebewesen*, Paderborn, 2003.

gliore accezione⁽²²⁾. Senza o con limiti? Nella risposta a questa domanda entriamo noi giuristi. Fintantoché noi giuristi lotteremo per le libertà e le garanzie, l'equilibrio continuerà ad esistere⁽²³⁾.

Il momento è affascinante e inquietante. Magia algoritmica, simbiosi tecnologico, ibridazione sociale, umanità aumentata sono molte, tra le altre, le idee che convergono in questo momento, in cui la collettività difende l'apparizione della «sovraumanità» (o transumanesimo)⁽²⁴⁾, o quello che John Von Neumann o Ray Kurzweil⁽²⁵⁾ denominano «*Singularity*», che trova il suo significato negli ideologi della *Silicon Valley*⁽²⁶⁾. È, questo, un ideale che pretende di garantire che la tecnologia governi l'umanità in modo più agile, rapido e intelligente. Abbiamo riempito le nostre vite con artefatti, strumenti (applicazioni), *software*, *robot*, che ci rendono la vita 'apparentemente' più semplice. Difficile negarsi in una società senza troppi appigli – al di là dell'aspetto pecuniario – vacua, liquida e magra. Una nuova magia ci riscalda, ci incanta, ci affascina, ci evita di assumere il fastidioso compito di dover 'decidere' da noi. Appare

⁽²²⁾ S. MANN, H. NIEDZVIECKI, *Cybor: Digital Destiny and Human Possibility in the Age of the Wearable Computer*, Canada, 2001.

⁽²³⁾ Y.N. HARARI, *Homo Sapiens. A Brief History of Humankind*, London, 2014, 464.

⁽²⁴⁾ O. BENDEL, «*Cyborg*», *Gabler Wirtschaftslexikon. Das Wissen der Experten*, Springer Gabler, <<https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/cyborg-54197>>, (24 dicembre 2021).

⁽²⁵⁾ R. KURZWEIL, *The Singularity Is Near*, New York, 2005, spec. 28-35, che si riferisce alla necessità di coniugare la computazione con la nanotecnologia, la biotecnologia e la scienza dei materiali e a riguardo predice due momenti diversi: da un lato, quello di apparizione dell'Intelligenza Artificiale, che sarà capace di replicare l'intelligenza umana, in modo indistinguibile da un essere umano (2029), dall'altro, quale secondo momento, quello in cui si raggiungerà la Super Intelligenza (2050), più intelligente di un essere umano e così più potente. Egli parla poi del risveglio dell'universo, che si produrrà allorché l'intelligenza umana si espanderà in tutto il cosmo in forma di energia e materia satura.

⁽²⁶⁾ F.H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, 2018, 97.

quel che Mauricio Lazzarato ⁽²⁷⁾ e Srečko Hovart ⁽²⁸⁾ chiamano una *servitù meccanica*; emerge una nuova ideologia vitale nel pianeta, che, secondo Markus Gabriel ⁽²⁹⁾, nasce per «tenere sotto controllo il *proletariato digitale*» o quello che Byung-Chul Han definisce *sciame digitale* ⁽³⁰⁾, o quel che Eric Sadin ⁽³¹⁾ denomina *umanità aumentata*.

Questa mutazione dell'umanità si espande e raggiunge il diritto e la giustizia ⁽³²⁾. La tecnologia può favorire, garantire, semplificare ed offrire un maggior accesso alla giustizia, però al contempo può negare, restringere o limitare i diritti e può *decostruire* lo stesso modello di giustizia. Abbiamo assistito all'irruzione nel mondo della giustizia dell'Intelligenza Artificiale, dei programmi computerizzati, degli algoritmi e della programmazione dei dati, del *software* e della sua implementazione nella materia dei sistemi di esperti, di consulenza, di predittività, ecc. L'incorporazione di questi modelli e sistemi computazionali offre maggiore efficienza e, in certi casi, più garanzie; per altro verso, genera l'inquietante proiezione verso la creazione della macchina intelligente o del *robot* giudiziale, che sostituisce la persona-giudice. Il paradigma della giustizia si trasforma. L'era digitale è qui per restare ⁽³³⁾. E raggiunge la funzione di assistenza di avvocati, giudici, arbitri, negoziatori, mediatori e così via.

L'avanzamento è inarrestabile. Si lavora con criteri standardizzati che, convertiti in strumenti algoritmici, offrono *software* con la

⁽²⁷⁾ M. LAZZARATO, *El capital odia a todo el mundo. Fascismo o revolución*, Honduras, 2020.

⁽²⁸⁾ S. HOVART, *Poesía del futuro*, Barcelona, 2020.

⁽²⁹⁾ M. GABRIEL, *El sentido del pensamiento*, II ed., Barcelona, 2020.

⁽³⁰⁾ B-CH. HAN, *En el enjambre*, Barcelona, 2014.

⁽³¹⁾ E. SADIN, *La humanidad aumentada. La administración digital del mundo*, Buenos Aires, 2017.

⁽³²⁾ Sul punto diffusamente v. S. BARONA VILAR, *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Valencia, 2021.

⁽³³⁾ S. BARONA VILAR, *Psicoanálisis de las ADR. Retos en la sociedad global del siglo XXI*, cit., 53-54.

funzione di esperti degli effetti delle decisioni umane che si prendono. Il cammino verso la sostituzione dell'essere umano da parte della macchina procede inesorabilmente. Una situazione che avanza unitamente alle ADR e alle ODR. Si usano algoritmi e Intelligenza Artificiale come «Giustizia-macchina perfetta», o *machine learning*, nello stesso esercizio della funzione decisoria, tanto nelle corti di giustizia come nella negoziazione, nella mediazione e nell'arbitrato. Sono molteplici i compiti autocompositivi o eterocompositivi che iniziano ad essere svolti dalle macchine. Un movimento verso l'algoritmizzazione della giustizia in cui nell'ultimo passaggio vi è il «robot» che si sostituisce all'essere umano, fino alla presa della decisione attraverso uno dei *criteri* che vanno poco a poco a darsi riscontri da se medesimi, senza alcun intervento umano.

Viviamo un momento di trasformazione e mutamento sociale. L'era digitale è venuta per restare, così come il mondo della giustizia e delle ADR-ODR. Nelle nostre mani è che *il futuro si converta in una tragedia o in una commedia* (Markus Gabriel *dixit*)⁽³⁴⁾. Non possiamo rimanere accecati dalla fascinazione, come non possiamo ancorarci al passato che ci abbandona ad una velocità vertiginosa. Mantenere una posizione negazionista della realtà tecnologica è assurdo. La Scienza Giuridica deve utilizzare la tecnologia e offrire il supporto e la conoscenza del diritto per raccogliere questa sfida, affinché il progresso tecnologico possa portare con sé maggior equilibrio, maggiore solidarietà e maggiore umanità.

Abstract

La soluzione del conflitto è stata caratterizzata nel secolo XXI dal predominio delle corti statali, uno scenario che è andato però gradualmente mutando. A segnare il cambiamento di prospettiva sono sopraggiunte la modernità e la globalizzazione, accompagnate dalla ricerca di vie per ridurre

⁽³⁴⁾ M. GABRIEL, *El sentido del pensamiento*, cit., 361.

la conflittualità nelle relazioni sociali ed economiche e risolvere le liti che in esse sorgano.

ADR – e ODR – hanno ricevuto un impulso decisivo nell'ultimo decennio, al punto da essere oggi integrate nella società digitale del secolo XXI. Gli strumenti ADR sono oramai ritenuti vie per assicurare l'accesso alla giustizia ed al contempo favorire la pace sociale e la soddisfazione della cittadinanza. Pur tuttavia, incertezze rimangono intorno a tali strumenti, incertezze che possono pregiudicare il loro impiego e consolidarsi nel futuro: tra queste, l'ancora ridotta cultura della negoziazione quale via di soluzione del conflitto, la necessità di assicurare un'indispensabile educazione e formazione in tema di tecniche negoziali e l'imprescindibile urgenza di un intervento dello Stato in questo nuovo contesto di giustizia poliedrica ed avanzamento dell'Intelligenza Artificiale tanto *soft* (mediante l'uso di *software*) che *hard* (tramite la sostituzione dell'essere umano con una macchina robotica intelligente in grado di pensare da sola).

The 20th century has been characterized in the dispute resolution arena by the leading role played by state courts. However, this situation is starting to change. Modernity and globalization come accompanied by the search of ways to deconflictive social and economic relations and solve conflicts arising out of them.

ADR – and now ODR – has got a decisive impulse in the last decades and it is now enshrined in the digital society of the 21st century. ADR devices are approached as ensuring access to justice, favouring at the same time social peace and citizen's satisfaction. Nevertheless, some uncertainties remain and they may affect their impulse and future consolidation: the still scarce negotiation culture for conflict resolution, the need to ensure the necessary training for acquiring negotiation tools, the absolute need for involvement State in these new scenario of a polyhedral justice as well, as growingly, the attentive look at the artificial intelligence soft (welfare) or hard (replacement of the human being by the intelligent robot machine that thinks for itself), are some of them.

RESEARCHING ONLINE DISPUTE RESOLUTION
TO EXPAND ACCESS TO JUSTICE

Amy J. Schmitz (*), *Lola Akin Ojelabi* (**)
and *John Zeleznikow* (***)

TABLE OF CONTENTS: PART I. Introduction. – PART II. Access to Justice in the Digital Age. – PART III. Considerations of Culture and Inclusivity in Dispute Resolution. – PART IV. Governance of ODR to Foster Fairness. – PART V. Evaluating Whether ODR Expands A2J. – PART VI. Conclusion.

PART I

Introduction

There is a global access to justice crisis. ⁽¹⁾ Individuals do not have uniform access to lawyers, courts and remedies – with the most vulnerable individuals generally having the least and worst access. ⁽²⁾ With this in mind, scholars and policymakers have argued

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 269-301. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) John Deaver Drinko-Baker & Hostetler Chair in Law, Michael E. Moritz College of Law at The Ohio State University. Thank you to Claire Mendez and Emily Bergman for their research assistance.

(**) Associate Professor, La Trobe Law School, La Trobe University, Melbourne, Australia.

(***) Professor, La Trobe Law School, La Trobe University, Melbourne, Australia.

⁽¹⁾ L.R. SANDEFUR, *Access to What?*, in *148 Daedalus*, 49-55 (Jan. 1, 2019) at <https://doi.org/10.1162/daed_a_00534>.

⁽²⁾ A.J. SCHMITZ, *Measuring ‘Access to Justice’ in the Rush to Digitize*, in *88 Fordham L. Rev* 2381-2406 (2020); A.J. SCHMITZ, *Secret Consumer Scores and*

for ‘online dispute resolution’ (ODR) to expand access to justice (A2J). Although there is no generally accepted definition of ODR, it includes use of the Internet to prevent and/or resolve disputes. This means that ODR includes online problem diagnosis and self-help tools, as well as technologies to promote online negotiation, mediation, arbitration, community courts, and variations thereof.⁽³⁾

Alternative dispute resolution (ADR) processes, particularly mediation, have been the subject of criticisms spanning from the privatization of justice to the delivery of second-hand justice.⁽⁴⁾ To improve A2J despite these criticisms, ADR and ODR processes must address inequality by catering to the needs of the most vulnerable and addressing disadvantage that may result in procedural and substantive unfairness.⁽⁵⁾ It is only then that ODR can properly expand A2J.

It is not enough that ODR provides promise for opening new low-cost avenues to remedies, as it saves the costs of travel and time that exist in traditional in-person processes.⁽⁶⁾ ODR can also eliminate the stress of entering a courthouse or facing a third party decision-maker who may harbor implicit (or in some cases, explicit) biases. Well-designed ODR should be user-friendly and empower

Segmentations: Separating Consumer ‘Haves’ from ‘Have-Nots’, in *Mich. St. L. Rev.* 1411, 1411-74 (2014).

⁽³⁾ A.J. SCHMITZ, ‘Drive-Thru’ Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers through Regulated ODR, in *62 Baylor L. Rev.* 178-244 (2010).

⁽⁴⁾ E. WALDMAN, L. AKIN OJELABI, *Mediators and Substantive Justice: A View from Rawls’ Original Position*, in *30 Ohio St. J. on Disp. Resol.* 391 (2016).

⁽⁵⁾ M.A. NOONE, L. AKIN OJELABI, ‘Ensuring Access to Justice in Mediation within the Civil Justice System’, in *40(2) Monash University Law Review* 528-563 (2016).

⁽⁶⁾ A.J. SCHMITZ, C. RULE, *The New Handshake: Online Dispute Resolution and the Future of Consumer Protection*, (American Bar Association Section on Dispute Resolution 2017). See also, A.J. SCHMITZ, *Building on OArb Attributes in Pursuit of Justice*, in M. PIERS, C. ASCHAUER and K. FRANZENS (eds.), *Arbitration in the Digital Age: The Brave New World of Arbitration*, Cambridge University Press, 2018, 182-208.

individuals through online ‘wizards’ for case diagnostics. It also allows for quickly filling out forms and uploading related documents to obtain timely resolutions. Importantly, it allows provision of relevant information that will support users in making informed decisions about options for resolution. In this way, ODR can expand access to remedies for self-represented litigants (SRLs) who cannot afford lawyers. Furthermore, problem diagnosis built into ODR programs may prevent disputes from escalating into lawsuits, and online negotiation and mediation may lead to consensual resolutions that generate party satisfaction. This also saves the courts from the costs and administrative burden of trial proceedings. ⁽⁷⁾

At the same time, the Covid-19 pandemic has shed light on the need for digital access to remedies. ⁽⁸⁾ With citizens in most communities forced into isolation, disputants are no longer meeting face-to-face (F2F). Nevertheless, justice systems must function in these circumstances – especially for issues of bail, domestic conflict, and family violence. That said, public courts and administrative tribunals are adopting ODR in the Covid-19 pandemic to deal with judicial and administrative process backlogs. ⁽⁹⁾

This rush to digitize has created valid concerns about the fairness of these processes. We cannot assume that all ODR projects are ‘fair,’ inclusive, and effective. It is essential that we ask whether these ODR projects are in fact promoting A2J. Are these ODR programs accessible (broadly defined)? Are they easy to use? Are

⁽⁷⁾ ID. See also A.J. SCHMITZ, *A Blueprint for Online Dispute Resolution System Design*, in 21(7) *J. Internet L.* 3-11 (2018); ID., *There’s an ‘App’ for That: Developing Online Dispute Resolution to Empower Economic Development*, in 32 *Notre Dame J. L. Ethics & Pub. Pol’y* 1-45 (2018); republished in Russian with permission at Эми Дж. Шмитц «Для этого есть приложение!» // *Посредничество и примирение. Медиация и право*. 2018. №1-2 (45). С. 6-51.

⁽⁸⁾ T. SOURDIN, J. ZELEZNIKOW, ‘Courts, mediation and COVID-19’, in 48(2) *Australian Business Law Review*, *Australian Business Law Review* 138-158 (2020).

⁽⁹⁾ A.J. SCHMITZ, *Expanding Access to Remedies through E-Court Initiatives*, in 67 *Buffalo L. Rev.* 101-173 (2019).

they expanding access to courts and other resolutions for the most vulnerable?

These are just a few of the key questions we must ask. However, there is a lack of empirical analysis of ODR programs and what potential users want in ODR systems. Instead, most publications present ideas and hypotheses without solid research, and many system designers have simply adopted video mediation as their ‘ODR program’ without considering what other technologies may be most helpful for users.

Accordingly, this article makes the argument for an empirical analysis of court and other government connected ODR. Such analysis should ask what potential users want out of government sanctioned ODR programs to assess the claim of expanding A2J. Through appropriate research, we also can identify ways to make ODR programs procedurally and substantively fair, more accessible, and user friendly. Measures should include accessibility, appropriateness, equity, efficiency, and effectiveness. ⁽¹⁰⁾

PART II

Access to Justice in the Digital Age

The institution of online courts and dispute resolution has been motivated by two primary goals: increasing court efficiency and improving A2J. However, are these two goals of fairness and efficiency being realized? ⁽¹¹⁾ Colin Rule argued that through longitu-

⁽¹⁰⁾ ACCESS TO JUSTICE TASKFORCE, ATTORNEY-GENERAL’S DEPARTMENT, COMMONWEALTH, *A Strategic Framework for Access to Justice in the Federal Civil Justice System* (2009) ix (‘Access to Justice Taskforce’). These measures are developed further in M.A. NOONE, L. AKIN OJELABI, *Ensuring Access to Justice in Mediation within the Civil Justice System*, in 40(2) *Monash University Law Review* 528-563 (2016).

⁽¹¹⁾ J. ZELEZNIKOW, *Can Artificial Intelligence and Online Dispute Resolution Enhance Efficiency and Effectiveness in Courts*, in *IJCA*, Vol. 8, 2016.

dinal research, ODR outcomes may be eventually shown to be fairer, more equitable and more durable, but in the short term the biggest factors driving rapid adoption are convenience, cost, and accessibility.⁽¹²⁾ Rule asked whether ODR processes deliver the same quality of justice as F2F resolution systems.⁽¹³⁾ Condlin argued that the outcomes generated by ODR processes should be evaluated against outcomes generated by F2F processes to understand how online mechanisms may change the nature of resolutions achieved.⁽¹⁴⁾ Abedi et al examined issues of fairness for Ecommerce in ODR systems.⁽¹⁵⁾ O’Sullivan also considered issues of A2J in ecommerce.⁽¹⁶⁾ Zeleznikow examined how machine learning and artificial intelligence can become more integrated into ODR systems.⁽¹⁷⁾ Larson claimed that outcome measurement will become more important, because the internal workings of an artificially intelligent algorithm may be too complicated for humans to evaluate for procedural justice.⁽¹⁸⁾

At the same time, scholars began to call for data regarding user experience. If non-professionals are to use software in legal domains, then such software must be user-friendly. Brown⁽¹⁹⁾

⁽¹²⁾ C. RULE, *Using Online Dispute Resolution to Expand Access to Justice*, in *OBJ 26* (2019).

⁽¹³⁾ C. RULE, *Online Dispute Resolution and the Future of Justice*, in *16 Annual Review of Law and Social Science* 277-292 (2020).

⁽¹⁴⁾ R.J. CONDLIN, *Online Dispute Resolution: Stinky, Repugnant, or Drab*, in *18 Cardozo J. Conflict Resol.* 717 (2016).

⁽¹⁵⁾ F. ABEDI, J. ZELEZNIKOW and C. BRIEN, *Universal Standards for the Concept of Fairness in Online Dispute Resolution in B2C E-Disputes*, in *34 Ohio St. J. on Disp. Resol.* 357 (2019).

⁽¹⁶⁾ T. O’SULLIVAN, *Developing an Online Dispute Resolution Scheme for New Zealand Consumers Who Shop Online – Are Automated Negotiation Tools the Key to Improving Access to Justice?*, in *24(1) International Journal of Law and Information Technology* 22-43 (2016).

⁽¹⁷⁾ J. ZELEZNIKOW, *Using Artificial Intelligence to provide Intelligent Dispute Resolution Support*, in *Group Decision and Negotiation* 1-24 (2021).

⁽¹⁸⁾ D.A. LARSON, *Artificial Intelligence: Robots, Avatars, and the Demise of the Human Mediator*, in *25 Ohio St. J. on Disp. Resol.* 105 (2010).

⁽¹⁹⁾ T. BROWN, 2008. *Design thinking*, in *86(6) Harvard Business Review* 84.

claimed that human-centered design is a methodology that is primarily concerned with the user's experience. It uses these experiences to develop new solutions that are both experimental and iterative. While investigating user centric support in the legal domain, Hagan ⁽²⁰⁾ examined how judicial systems can be made more comprehensible and useable to unrepresented laypeople, or *pro-se* litigants. This is especially essential in cases related to debt, employment, family relationships, and a wide spectrum of other life problems. Human-centered design in these cases calls for interventions by developing question/answer protocols that generate shortlists of vetted ideas to support decision-making with respect to legal questions.

Twenty years ago, Branting and Zeleznikow proposed the use of the internet to support SRLs. ⁽²¹⁾ Recently, Sela claims that online courts and tribunals have enabled SRLs to electronically complete the entire court (or tribunal) process, from filing through final disposition. ⁽²²⁾ She proposes that the unique nature of online courts as digital interfaces enables them to implement Diversity by Design, to improve access to justice and procedural justice for a diverse population of SRLs. Reflecting a human-centered legal design approach and building on research in human-computer interaction and digital choice architecture, this strategy entails embedding diversity accommodating features in the technological design of court platforms. Building on the empirical relationship between users' demographic attributes and their digital usability and aesthetics

⁽²⁰⁾ M. HAGAN, 2018. *A Human-Centered Design Approach to Access to Justice: Generating New Prototypes and Hypotheses for Interventions to Make Courts User-Friendly*, in 6 *Ind. JL & Soc. Equal.* 199.

⁽²¹⁾ K.L. BRANTING, *An Advisory System for Pro Se Protection Order Applicants*, in 14(3) *Int'l Rev. L., Computers, & Tech.* 357 (2000) and J. ZELEZNIKOW, *Using Web-Based Legal Decision Support Systems to Improve Access to Justice*, in 11 *Info. & Comms. Tech. L.* 15 (2002).

⁽²²⁾ A. SELA, *Diversity by Design: Improving Access to Justice in Online Courts with Adaptive Court Interfaces*, in *The Law & Ethics of Human Rights* 15.1, 125-152 (2021).

judgments, Sela suggests that online courts can dynamically adapt their interfaces according to the attributes of a given user in ways that help diverse SRLs engage with online courts, support their effective participation in proceedings, and improve their procedural experiences. The potential impacts include enhancing SRLs' confidence and trust in using online courts and ameliorating their ability to process information, deliberate, make informed decisions, and communicate those decisions. ⁽²³⁾

In addressing the fairness concerns about online courts and ODR, Sela argues that such concerns are not solely limited to SRLs. In ODR, processes such as mediation and conciliation are conducted online and can involve vulnerable parties. Disadvantage may result from lack of familiarity with language, age, lack of information, lack of communication skills, health issues, lack of confidence in engaging with, or fear of authorities, and where there is power disparity between the parties. There is also usually real or perceived disadvantage resulting from being a member of a minority group. The foregoing makes it imperative to consider a spectrum of users when designing ODR. It is important to consider the range of ODR 'users' and their specific needs. Inclusivity is an important criterion for measuring fairness in ODR. The next part explores the importance of considering culture and inclusivity in researching and designing ODR programs.

PART III

Considerations of Culture and Inclusivity in Dispute Resolution

'Equal justice under law' ⁽²⁴⁾ is one of the most firmly embedded

⁽²³⁾ ID.

⁽²⁴⁾ The notion of 'Equal Justice Under Law' are the words inscribed on the front of the U.S. Supreme Court Building in Washington, D.C. The words are derived from the 14th Amendment to the U.S. Constitution, which states that no state

and widely violated legal principles.⁽²⁵⁾ Millions of people lack any access to the justice system, let alone equal access. In the US, an estimated four-fifths of the civil legal needs of the poor, and the needs of an estimated two- to three fifths of middle-income individuals, remain unmet. In Australia, unmet legal needs due to lack of A2J is a recognized problem.⁽²⁶⁾ Strategies for improving A2J include user-friendly self-help courts, services from qualified and/or licensed nonlawyers, and technological innovations⁽²⁷⁾ including ODR.

The extent to which ADR processes have been inclusive and culturally appropriate has been the subject of academic literature generating debate around the role of ADR in improving A2J. While it has been argued that ODR removes some of the inconvenience of in-person ADR, there is a need for empirical research into how ODR alleviates these concerns. ADR processes have been criticized as providing second-hand justice and being biased against minorities and the disadvantaged. Disadvantage is multidimensional and can result from: age, poverty, discrimination, disability, poor health, geographic isolation, poor language skills, illiteracy, cognitive impairment, homelessness, and a range of other factors resulting in a lack of/limited capacity.⁽²⁸⁾

As noted by Noone and Akin Ojelabi, limited capacity ‘can affect participation, informed decision-making, understanding of the process, and the consequences of possible solutions to the dis-

shall ‘deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.’ The 14th Amendment, ratified in 1868, granted citizenship to all persons born or naturalized in the United States – including former enslaved people – and guaranteed all citizens ‘equal protection of the laws.’

⁽²⁵⁾ D.L. RHODE, *Access to justice*, Oxford University Press, 2004.

⁽²⁶⁾ LAW AND JUSTICE FOUNDATION OF NEW SOUTH WALES, (2012) *Access to Justice and Legal Needs*, in 7 *Legal Australia-Wide Survey: Legal Need in Australia*, Sydney: Law and Justice Foundation of New South Wales.

⁽²⁷⁾ D.L. RHODE, L.C. SCOTT, *Access to Justice: Looking Back, Thinking Ahead*, in 30 *Geo. J. Legal Ethics* 485 (2017).

⁽²⁸⁾ M.A. NOONE, L. AKIN OJELABI, *Alternative Dispute Resolution and Access to Justice*, in 16 *Int’l J. of L. in Context* 108, 112 (2020).

pute,'⁽²⁹⁾ making it important to ensure relevant support is available for parties who may require it. Any research into how ODR improves A2J must explore how ODR caters to the need of vulnerable parties and the support available to cross-sections of users with varied needs. In F2F mediation, practitioners undertake an assessment for suitability through the intake or pre-mediation process. This practice could also include an assessment of the suitability of ODR for parties. As ODR involves technology, however, and depending on the type of ODR used, factors that may impact on participation and outcomes may be hidden from parties and practitioners.

One of these factors relates to the cultural practices, norms, and values that inform ODR processes and platforms. Rainey and Jadallah suggest that, given that ODR was first developed and applied to cross-border consumer disputes where issues were quite narrow, the difficulties that cultural differences could present did not manifest.⁽³⁰⁾ In comparison, Femenia has argued that culture drives conflict behavior, which may also manifest on online platforms.⁽³¹⁾ In a further paper, Rainey argued for a more careful assessment of how culture affects ODR, noting that with no culturally homogenous group, taking cultural differences into consideration in designing ODR systems will be complex.⁽³²⁾ In addition,

⁽²⁹⁾ ID. at 113.

⁽³⁰⁾ D. RAINEY, A.A. JADALLAH, *The Culture in the Code*, in *Proc. of the 4th Int'l Forum on Online Dispute Resolution* (2006), <<https://docs.google.com/a/danielrainey.us/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGFuaWVscmFpbmV5LnVzfHJhaW5leS1wdWJsaWNhdGlvbi1maWxILWNhYmluZX R8Z3g6YTtk1YTQwMjVmZDYxOTBl>> (last visited 24 December 2021).

⁽³¹⁾ N. FEMENIA, *ODR and the Global Management of Customers' Complaints: How Could ODR Techniques be Responsive to Different Social and Cultural Environments*, Presented at the Joint Conference of the OECD, HCOPII, ICC (Dec. 12, 2000). <<https://www.mediate.com/articles/femenia.cfm>> (last visited 24 December 2021).

⁽³²⁾ D. RAINEY, *ODR and Culture*, in M.S.A. WAHAB, M.E. KATSH and D. RAINEY (eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice: A Treatise On Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Pub., 2012, 197, 197-213.

Rainey argues that a new ‘online culture’ has developed and people from different cultures ‘flex’ into that culture.⁽³³⁾ In other words, ODR is culture-blind but at the same, it has developed or is developing a culture of its own.

The cultural appropriateness of dispute resolution processes is called into question in pluralist societies with mainstream and minority cultures. Processes in those societies tend to be built on mainstream cultural principles and can be exclusionary. Suitability and appropriateness on the basis of cultural norms and practices of potential minority users are largely ignored. Those from minority cultures do not access processes that reflect mainstream cultural practices and values, and when they do, they can find the processes quite uncomfortable and discriminatory.⁽³⁴⁾

The manner in which dispute resolution processes developed in the West can be biased against people from minority groups is well documented.⁽³⁵⁾ The bias is not always explicit and cannot always be eliminated through process design and neutrality principles because of human elements.⁽³⁶⁾ It has been argued that technological online processes of dispute resolution can address this bias through the removal of the human element, but it is also acknowledged that algorithmic bias is real, and completely eliminating the human element is impossible.⁽³⁷⁾ Biased perceptions about personal characteristics, attributes, backgrounds, beliefs and values, race, and gender, ultimately fed into decision-making algorithms, form the bases

⁽³³⁾ ID. at 199.

⁽³⁴⁾ L. AKIN OJELABI, T. FISHER, H. CLARK, A. VERNON and N. BALVIN, *A Cultural Assessment of Family Dispute Resolution: Findings About Cultural Appropriateness from the Evaluation of a Family Relationship Centre*, in 18 *J. Fam. Stud.* 76, 76-89 (2012).

⁽³⁵⁾ C. BELL, D. KAHANE (eds.), *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts*, UBC Press, 2004.

⁽³⁶⁾ C. IZUMI, *Implicit Bias and the Illusion of Mediator Neutrality*, in 34 *WasWeWeb. U. J. Law & Pol’y* 71, 71 (2010).

⁽³⁷⁾ M. MARTINI, *Regulating Algorithms*, in M. EBERS, S. NAVAS (eds.), *Algorithms and the Law*, Cambridge Press, 2020, 102.

of bias. ⁽³⁸⁾ The universalizing tendencies of technology also point to the possibility that ODR platforms and technological processes can reflect the biases and discriminatory tendencies of F2F dispute interactions. ⁽³⁹⁾

Research into cultural appropriateness of family dispute resolution (FDR) has identified cultural barriers to accessing dispute resolution processes. These barriers include religious, linguistic and social norms, which can differ significantly among participants. ⁽⁴⁰⁾ These can have implications for communication, the way parties understand issues in dispute, and how they perceive options for resolution. ⁽⁴¹⁾ Norms embedded in a dispute resolution process, be it in person or online, may remain unnamed, unspoken, and unseen by parties, but will have significant influence on process outcomes. Furthermore, online processes may be incapable of addressing these issues in comparison with processes with cultural advisors ⁽⁴²⁾ who can serve as intermediaries between parties and between the process and parties/users from minority cultural groups. For example, in considering technological implementations for Aboriginal and Torres Strait Islander peoples, Wilson-Evered and Zeleznikow identified the need for awareness of cultural diversity, along with acute attention to the digital divide (particularly for those in remote areas where the internet may be unstable and associated costs). Any adoption of ODR must take into consideration not only access to

⁽³⁸⁾ L. AKIN OJELABI, *Dignity and Culture in Dispute Resolution*, in 8 *Griffith J. L. & Human Dignity* 52, 52-84 (2020).

⁽³⁹⁾ S. COSTANZA-CHOCK, *Design Justice: Community-Led Practices to Build the Worlds We Need*, The MIT Press, 2020.

⁽⁴⁰⁾ L. AKIN OJELABI *et al.*, *supra* note 34, at 79-80.

⁽⁴¹⁾ L. AKIN OJELABI, *Communication and Culture: Implications for Conflict Resolution Practitioners*, in 19 *Australasian Dispute Resol. J.* 189, 189-197 (2008).

⁽⁴²⁾ Cultural advisors are engaged in FDR to address cultural barriers. See L. AKIN OJELABI *et al.*, *supra* note 34, at 79-80.

technology, but also the social and cultural contexts of the individuals and disputes involved. ⁽⁴³⁾

The influence of mainstream cultural and social norms in any process cannot be addressed simply by drawing a universalizing blanket over ODR platforms. There are human elements everywhere. AI cannot invent itself; online platforms and technological processes are human creations. The ethical concerns raised in relation to F2F dispute resolution processes, including the impartiality of the third party, implicit or unconscious bias, and racial profiling are all ethical concerns that also raise their ugly heads in ODR, with implications for access to justice.

De La Rosa Estaban and Zeleznikow argue for use of AI to assist SRLs. ⁽⁴⁴⁾ AI tools have mainly been used to enable legal professionals (lawyers and mediators) to better perform their tasks. Today, some jurisdictions have begun to provide justice users with truly useful intelligent-user centric ODR systems incorporating assessment and diagnosis AI tools. ⁽⁴⁵⁾ Nonetheless, there are dangers, as noted above. First, Machine Learning systems are not transparent, and the data and the software on which they are based may be manipulated. Again, there is also inherent danger due to human bias and error in structuring and inputting data. Furthermore, there is a concern that the automated use of Machine Learning will worsen biases against minorities or deepen the divide between those who can afford quality legal assistance and those who cannot. ⁽⁴⁶⁾

⁽⁴³⁾ E. WILSON-EVERED, J. ZELEZNIKOW, *Online Family Dispute Resolution: Evidence for Creating the Ideal People and Technology Interface*, Springer, 2021, 100-2.

⁽⁴⁴⁾ F.E. DE LA ROSA, J. ZELEZNIKOW, *Making Intelligent Online Dispute Resolution Tools Available to Self-Represented Litigants in the Public Justice System: Towards and Ethical Use of The AI Technology in the Administration of Justice*, in *Proceedings of the Eighteenth International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Association for Computer Machinery, New York, 2021, 195-9.

⁽⁴⁵⁾ J. ZELEZNIKOW, *Using Artificial Intelligence to Provide Intelligent Dispute Resolution Support*, in *30 Group Decision & Negot.* 789, 789 (2021).

⁽⁴⁶⁾ P.K. YU, *The Algorithmic Divide and Equality in the Age of Artificial Intelligence*, in *72 Fla. L. Rev.* 331 (2020).

Algorithms may perpetuate biases against vulnerable groups because the algorithms are largely copying and amplifying the decision-making trends embedded in the legal system. This is why it is imperative to ensure the traceability and cleanliness of the data with which the machine operates, and to continually audit such use of data through rigorous empirical research. Some argue that ethics should be embedded in Machine Learning, but it is unclear what this means. It is also unclear how Machine Learning systems can provide intelligent explanations.⁽⁴⁷⁾ What kind of explanations can be made when using an inductive processes inherent in Machine Learning?⁽⁴⁸⁾

At least when a human is directly responsible for mediating a dispute, research shows that human mediators are aware of ethical issues and, depending on the gravity of the ethical concern from their perspective, will withdraw from mediating where an ethical issue arises.⁽⁴⁹⁾ Parties in dispute may come from different cultural backgrounds. They also may come from different cultural backgrounds to the mediator; thus, the mediator must be culturally aware, sensitive, and display relevant values such as respect and recognition.⁽⁵⁰⁾ This may not be the case when ODR is used. Ensuring cultural awareness and sensitivity in online platforms could be problematic and research is clearly needed to address these issues to ensure ODR facilitates A2J. It has been noted that a cross-cultural approach to systems design and usability is required and

⁽⁴⁷⁾ For an initial discussion about how Stranieri and Zeleznikow incorporated Toulmin Argument Structures to provide explanations for the hybrid rule based/neural network system Split-Up see A. STRANIERI, J. ZELEZNIKOW, *Knowledge Discovery from Legal Databases*, Vol. 69, Springer Science & Business Media, 2006.

⁽⁴⁸⁾ R.E. SUSSKIND, *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford University Press, 2019.

⁽⁴⁹⁾ M.A. NOONE, L. AKIN OJELABI and L. BUCHANAN, *Ethics and Justice in Mediation*, Thomson Reuters Australia, 2018, 101-117.

⁽⁵⁰⁾ L. AKIN OJELABI, T. SOURDIN, *Using a Values-Based Approach in Mediation*, in 22 *Australasian Disp. Resol. J.* 258, 258-266 (2011).

that ‘continuing to ignore the role of culture in system design is likely to perpetuate inequity and disadvantage.’⁽⁵¹⁾ Clearly, there is no consensus on how to address cultural differences in ODR, and the extent to which cultural differences manifest on ODR systems and influence processes and outcomes is unknown. This is especially acute when AI and data analytics are used to drive or assist decisions in dispute resolution.

PART IV

Governance of ODR to Foster Fairness

Ebner and Zeleznikow consider the governance of ODR.⁽⁵²⁾ They argue that the ODR environment is similar to the ‘Wild West.’ Unless there is appropriate governance of ODR, users may have very little trust in the processes and hence be reluctant to engage with them. ODR generally knows little or no regulation, authority, standards, or monitoring. Within the field itself, governance is virtually non-existent: no body monitors quality control, no well-recognized and accepted standards of practice exist, no one deals with complaints or investigates bad practices.

Because ODR practice is by nature Internet-based, any external supervision, such as that stemming from consumer protection laws, is weak, and subject to jurisdictional shortcomings. Most of the early ODR providers, and many of the current ones, have chosen the organizational/commercial model of ‘service provider company.’ In this model, the management team behind the company is not personally identified (or even named at all). Many, perhaps most, service providers do not relate substantively to the identity, qualifications, or training of their neutrals. They do not share their code of

⁽⁵¹⁾ E. WILSON-EVERED, J. ZELEZNIKOW, *supra* note 43, at 107.

⁽⁵²⁾ N. EBNER, J. ZELEZNIKOW, *No Sheriff in Town: Governance for Online Dispute Resolution*, in 32(4) *Negotiation Journal* 297-323 (2016).

practice, even if they have one; they do not share whether they subscribe to codes of practice formulated by organizations in other fields.

Ebner and Zeleznikow claim there are four potential governance models: ⁽⁵³⁾

‘1. A no-governance model: This model would recognize ODR as a free-market activity and not one that any central body of practitioners chooses to regulate. In this model, actors’ norms would be regulated by externally imposed laws; the less external regulation, or the weaker its enforcement, the stronger would be the impact of market forces on actors’ activity.

2. A self-governance model: This model would recognize that normative, ethical behavior is preferable for all, but would choose not to engage with or monitor individual actors’ activities in this regard. A central voluntary entity would recommend best practices, ethical standards, or competency baselines and invite anybody identifying with the field to conform to them. Such compliance would be completely voluntary, with the recommended norms having no binding force, and without a monitoring body or enforcement measures. Compliance would be subjectively self-enforced – each member entity would determine whether it was complying with the standards.

3. An internal governance model: by industry groups. This model would create structures and organizations to set practice standards, create accreditation schemes, conduct monitoring of practitioners, and enforce compliance. This could follow a guild or association model in which elected representatives interact with external stakeholders to advance policies seen as beneficial to the field, to limit the activity of actors unidentified with the organized field, and to advance the field’s status to that of an independent profession.

⁽⁵³⁾ ID. at 316.

4. An external governance model: should and would the courts or governments regulate ODR? This model would recognize that the field is best organized from the outside. Individual actors in the field could provide expertise to external bodies directly or indirectly regulating ODR activity, and the field as a whole could seek greater external engagement that could increase ODR's adoption and institutionalization across a wide range of industries, jurisdictions, and contexts. Under this model, the field would not seek to create internal structures, promote standards, or create qualifications, independent of these external contexts.'

To be accepted by users, ODR providers must subscribe to a rigorous governance model. For example, Schmitz and Wing consider ethical practices for family ODR.⁽⁵⁴⁾ They point out that The International Center for Online Dispute Resolution (ICODR) has ODR Standards⁽⁵⁵⁾ which require that ethical ODR systems must be: Accessible, Accountable, Competent, Confidential, Equal, Fair/Impartial/Neutral, Legal, Secure, and Transparent. ODR providers must explicitly disclose in advance (a) the form and enforceability of dispute resolution processes and outcomes, and (b) the risks and benefits of participation. Data in ODR must be gathered, managed, and presented in ways to ensure it is not misrepresented or out of context.

In the document *Paths Forward for Online Mediation*, the Final Report of the Mediate.com Online Mediation Training Task Force, the authors claimed that it is essential to update mediator practice and ethical standards to fully embrace online mediation and online mediation training. Online privacy and security issues need to be addressed in addition to mediation confidentiality. Issues of participant communicational preferences, and platform equity and access

⁽⁵⁴⁾ A.J. SCHMITZ, L. WING, *Beneficial and Ethical ODR for Family Issues*, in 59(2) *Family Court Review* 250-267 (2021).

⁽⁵⁵⁾ <<https://icodir.org/standards/>> (last visited 24 December 2021).

also need to be addressed. ⁽⁵⁶⁾ Without appropriate ethics and governance procedures for ODR, users and professionals will be reluctant to engage in the ODR process.

PART V

Evaluating Whether ODR Expands A2J

With the background illustrated above in mind, it is especially important to pursue research around ODR. This is true for private and public ODR. However, we pay particular attention to public (court or other governmental programs) ODR because of the state action involved and particular collisions with due process.

Research around public ODR programs to promote user centric design must, of course, take into account culture and inclusivity and not simply cost. For example, it is important to examine how ODR affects cost for the courts and their users, but it is even more important to learn whether ODR goes beyond saving time and money to expand real access for those of all background and cultures. This includes expansion of the types of people obtaining remedies, as well as how these individuals can access these remedies and other assistance. ⁽⁵⁷⁾ This includes asking whether ODR is inclusive and culturally sensitive. Of course, further research will be necessary with broader scope, but this essay aims to focus on spe-

⁽⁵⁶⁾ <<https://www.mediate.com/onlinetraining//OnlineTaskForceReportAug6c.pdf>> at 88-9 (last visited 24 December 2021).

⁽⁵⁷⁾ Again, cost is of course a factor. Individuals will have greater access to court procedures when they are less costly. However, it is not always true that individuals 'feel satisfied' with whatever is least expensive. Moreover, it seems that the A2J crisis is related to an overall distrust and disengagement with the government and related institutions. Even our political discourse has degenerated as a result. Accordingly, it is vital to address ways to provide greater satisfaction and comfort with the government and A2J through government funded institutions, such as the courts.

cific ways in which ODR advances A2J – including inclusivity, process satisfaction, access to just remedies, and feelings of trust in the solutions provided.

A. Existing Research around ODR. – Current research regarding court ODR is limited, fairly basic, and is sometimes supported by software developers primarily to be used for their own research and development. It also may practically serve as marketing materials for a program, calling the depth and independence into question. Moreover, data privacy standards often limit the extent or scope of information gathered about ODR users and the settlements they reach. Nonetheless, as Schmitz has argued in prior publications, research can provide valuable insights.⁽⁵⁸⁾ It is helpful to consider and learn from current projects.

1. *PEW Projects.* – The PEW Charitable Trust in the United States is currently researching ODR as part of its ‘Civil Legal System Modernization’ project.⁽⁵⁹⁾ PEW states that the project aims to do the following:

⁽⁵⁸⁾ Some of the content herein incorporates and builds on material from A.J. SCHMITZ, *Measuring “Access to Justice” in the Rush to Digitize*, in 88 *Fordham L. Rev* 2381-2406 (2020).

⁽⁵⁹⁾ THE PEW CHARITABLE TRUSTS, *Civil Legal System Modernization*, at <<https://www.pewtrusts.org/en/projects/civil-legal-system-modernization>> (last visited 24 December 2021). See in particular *Researchers Can Help Courts Understand Whether Litigants Think the Civil Legal System Is Fair – and Why (or Why Not)*, at <<https://www.pewtrusts.org/en/research-and-analysis/articles/2021/06/14/researchers-can-help-courts-understand-whether-litigants-think-the-civil-legal-system-is-fair>> (last visited 24 December 2021). In the interview with Donna Shetowsky, Professor of Law at the University of California, Davis, Professor Shetowsky says ‘Innovations can be wonderful. But courts need to invest in resources that educate parties about new alternatives so they can make informed decisions about whether to use those options. Surveys can help to uncover knowledge gaps and identify solutions to improve the litigant experience.’

- ‘Increase the availability and quality of free online legal tools that help everyone navigate complex problems and connect to resources.
- Develop, promote, and evaluate technologies that improve how people interact with state and local courts.
- Conduct research to identify policies that can improve outcomes for people involved in the civil legal system.
- Build partnerships with the private sector, policymakers, and other stakeholders to advance comprehensive improvement to the civil legal system.’⁽⁶⁰⁾

This research includes plans to work with selected group(s) and the National Center for State Courts (NCSC) with respect to Request for Proposals (RFP) No. CLSM-2019-01.⁽⁶¹⁾ The RFP lists many research questions with a central focus on whether and how ODR makes a difference. PEW has selected three research groups, in consultation with NCSC, and will conduct its own research in conjunction with the selected grant recipients.⁽⁶²⁾ Furthermore, NCSC may conduct process evaluations on a sample of pilot courts, although the Covid crisis has stymied some of this research and many await reports. The hope is that further research will be forthcoming and NCSC and PEW will assist with stakeholder engagement, changes to business processes, and other aspects of court ODR platforms.⁽⁶³⁾

PEW’s interest in court ODR provides a starting place to begin a much deeper empirical analysis. At this point, very little of the data has been released. Also, it should not be the sole study or ‘only game in town.’ Varied research regarding A2J more generally, and

⁽⁶⁰⁾ ID.

⁽⁶¹⁾ *Outcome Evaluation for Online Dispute Resolution in State Courts*, May 31, 2019 (as amended), at <<https://www.pewtrusts.org/-/media/assets/2019/04/2019-clsm-rfp-01-amended.pdf>> (last visited 24 December 2021).

⁽⁶²⁾ ID. Again, as noted above, this article is not associated with the Pew project and none of the authors is one of the selected PEW researchers. However, this article may be helpful for those who are conducting the research.

⁽⁶³⁾ ID.

with respect to ODR in particular, is essential for promoting change. We have a justice crisis, which leads to disengagement and distrust. This is problematic for not only those that lack access to remedies, but also for society as a whole. Negative consequences emerge when individuals no longer trust the rule of law or communal institutions charged with protecting justice.

2. *The Franklin County Ohio ODR System.* – In 2016, the Franklin County Municipal Court Dispute Resolution Department in Columbus, Ohio started an ODR program using a platform called Matterhorn for small claims cases focused mainly on city tax disputes.⁽⁶⁴⁾ The program has expanded since its inception and has boasted success in helping individuals to upload files and view, accept, or decline settlement offers.⁽⁶⁵⁾ It also has collected data on its program, providing a glimpse into research that has been completed with respect to ODR.

First, Franklin County's experience indicated that it is especially important to gather data regarding the cases at issue to compare outcomes and process facts from the time before the ODR pilot began with the same data after the ODR pilot was conducted. This 'pre-ODR vs. post-ODR' information can be very informative. For example, with respect to the relevant tax disputes studied in Ohio, in the nine months before the ODR pilot began, 39% of cases were dismissed; 12% agreed to a judgment; and 49% were default judgments.⁽⁶⁶⁾ After the pilot began, 58% were dismissed; 17% agreed to a judgment; and 25% were default judgments.⁽⁶⁷⁾ This seems to

⁽⁶⁴⁾ *Online Dispute Resolution Franklin County Municipal Court*, CourtInnovations.com, <<https://www.courtinnovations.com/ohfcmc>> (last visited 24 December 2021).

⁽⁶⁵⁾ ID.

⁽⁶⁶⁾ *Memorandum from the Franklin County Municipal Court Dispute Resolution Department to Municipal Court Judges 2* (last visited 24 December 2021).

⁽⁶⁷⁾ ID.

indicate that ODR led to a 20% increase in dismissals and 24% decrease in default judgments. ⁽⁶⁸⁾

Second, Franklin County's experience shows that it is important to incentivize participation in surveys in order to gather broader data. For example, in the Ohio study, the Department surveyed only ODR users and captured only 60 responses out of over 400 cases.

Third, data regarding user demographics in F2F vs. ODR processes is important and should be gathered in a careful manner that respects privacy and anonymity. The Ohio pilot's demographic information was mainly limited to broad categories of income. However, researchers would benefit from gathering and studying deeper demographic data regarding those using the ODR programs versus those who opted out. Previous court experience, gender, race, education level, and more would be helpful in exploring whether ODR is assisting vulnerable populations and those who have not been served by F2F processes. Of course, however, there are privacy parameters that remain important, and very careful protocols must be in place for proper data collection. Nonetheless, the data collection has continued and continues to improve over time. ⁽⁶⁹⁾

3. *Observing the British Columbia Civil Resolution Tribunal (CRT)*. – The British Columbia Ministry of Justice has created a robust ODR court called the Civil Resolution Tribunal (CRT). ⁽⁷⁰⁾

⁽⁶⁸⁾ ID. Interview of Alex Sanchez, Manager, Small Claims and Dispute Resolution, Franklin County Municipal Court, to Professor Amy Schmitz (June 20, 2018, 07:29 EDT) (on file with Professor Schmitz). In a further interview Mr. Sanchez discusses the court's online platform for City Tax and Small Claims resolution, <<https://getmatterhorn.com/online-court-qa-2-civil-small-claims-cases/>> (last visited 24 December 2021).

⁽⁶⁹⁾ ID.

⁽⁷⁰⁾ S. SALTER, *Online Dispute Resolution and Justice System Integration: British Columbia's Civil Resolution Tribunal*, in 34(1) *Windsor Yearbook of Access to Justice/Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice* 112-129 (2017).

The CRT ODR program covering small claims and condominium, or 'strata,' disputes was one of the first judicial ODR projects in the world and has served as an example for others to follow.⁽⁷¹⁾ The CRT follows a stepped ODR process, beginning with a problem-solving wizard that helps complainants assess their problem and decide the best option to proceed in solving the issue. If the user cannot resolve the issue through the wizard, the process moves to an ODR portal, which begins with party-to-party negotiations and moves to mediation if that fails.⁽⁷²⁾ If the parties are still unable to reach a mutually agreeable solution, an online arbitrator will make the ultimate decision after online or telephonic hearings.⁽⁷³⁾ If hearings are not needed, the arbitrator may render a decision based solely on party submissions.

This ODR program expands access to remedies in that it is available at any time of the day or night. Parties can access the portal on computers or mobile phones, and the CRT also provides telephone services for oral presentations when requested.⁽⁷⁴⁾ Users pay nominal fees of \$0 to \$200 CAD, and obtain judgments that are enforced by the court.⁽⁷⁵⁾ Moreover, the process typically takes sixty to ninety days, with overall costs that are much lower than they are for F2F proceedings.⁽⁷⁶⁾ Additionally, the CRT seeks to ease costs for those with little income or assets by exempting them from filing and other fees in most cases.⁽⁷⁷⁾

⁽⁷¹⁾ GOVERNMENT OF BRITISH COLUMBIA, <<http://www2.gov.bc.ca/gov/content/housing-tenancy/strata-housing/resolving-disputes/the-civil-resolution-tribunal>> (last visited 24 December 2021).

⁽⁷²⁾ ID.

⁽⁷³⁾ ID.; See also THE CIVIL REVOLUTION TRIBUNAL, <<https://civilresolutionbc.ca/how-the-crt-works/>> (last visited 24 December 2021), which has pages in Chinese, Persian and Punjabi.

⁽⁷⁴⁾ ID.

⁽⁷⁵⁾ GOVERNMENT OF BRITISH COLUMBIA, <<https://news.gov.bc.ca/factsheets/civil-resolution-tribunal>> (last visited 24 December 2021).

⁽⁷⁶⁾ ID. at 13.

⁽⁷⁷⁾ ID. at 13.

The CRT anonymously surveys people who have gone through the tribunal process. They use this feedback to improve the way they serve the public. They report the cumulative results every month on a blog.⁽⁷⁸⁾ The CRT had 49 responses to their March 2021 user satisfaction survey.⁽⁷⁹⁾ The satisfaction rates included: 94% agreed that CRT staff were professional in each interaction; 92% felt the CRT's online services were not difficult to use; 84% agreed the CRT provided information that prepared them for dispute resolution; 78% felt their CRT dispute was handled in a timely manner; 88% didn't find the CRT process difficult to understand; and 82% felt the CRT treated them fairly throughout the process. In summary, 73% would recommend the CRT to others.

Again, whilst this research is limited due to low response rates, data seems to indicate user satisfaction. Deeper survey and focus group research, coupled with comparative analysis, could help researchers see whether ODR is in fact opening doors to the courthouse for the disenfranchised. There are important questions left unanswered: Is the CRT bringing in those who would not otherwise access the courts? How do ODR programs serve older adults? What about accessibility in rural areas with less connectivity? Is the process culturally sensitive and appropriate?

4. *Research Around E-commerce ODR.* – Rule⁽⁸⁰⁾ has looked at cost and user satisfaction in e-commerce ODR. He argues that one of the biggest challenges for dispute resolution has been demonstrating the economic benefit of investments in fair and effective redress systems. He argues that many studies have demonstrated that

⁽⁷⁸⁾ <<https://civilresolutionbc.ca/participant-satisfaction-survey-march-2021/>> (last visited 24 December 2021).

⁽⁷⁹⁾ ID. The CRT notes that this was not a particularly high response rate, as the surveys are voluntary. This leads one to ask about self-selection bias.

⁽⁸⁰⁾ E. KATSH, C. RULE, *What We Know and Need to Know about Online Dispute Resolution*, in 67 *S. C. L. Rev.* 329 (2016).

ADR delivers high satisfaction scores, but user-reported satisfaction can be an unreliable metric to measure success. Plus, it is difficult to translate satisfaction scores into specific economic benefit. He uses results culled from very large e-commerce data sets (those of eBay) to demonstrate the quantifiable benefit of investments in effective dispute resolution processes. This data is not based on user-reported satisfaction, but on an analysis of the actual behavior of users before and after a dispute event. His analysis revealed that satisfaction was often correlated directly with outcome, so users who got what they wanted (or ‘won’) in a dispute were satisfied, and users who ‘lost’ were dissatisfied. This is a problem when using user satisfaction as a metric for the suitability of ADR and ODR.

Katsh and Rule⁽⁸¹⁾ focus on three large-scale, data-producing ODR ventures. The first and most well-known involves the online auction site eBay, a web site that handles approximately sixty million disputes a year. The second is the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) domain name arbitration process that, in the last sixteen years, has handled over 50,000 disputes between owners of a domain name and holders of a trademark that is identical or similar to the domain name. The third is a more recent experiment involving online property tax appeals, a local process in North America that affects every homeowner. These three examples provide data both on what the authors know or are learning as well as on what questions await answers. Nonetheless, the data was generally favorable for ODR – but left room for deeper research, especially in the civil justice domain.⁽⁸²⁾

⁽⁸¹⁾ ID.

⁽⁸²⁾ F. ABEDI, J. ZELEZNIKOW and C. BRIEN, *Universal Standards for the Concept of Fairness in Online Dispute Resolution in B2C E-Disputes*, in 34 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 357 (2019); F. ABEDI, J. ZELEZNIKOW and C. BRIEN, *Developing Regulatory Standards for the Concept of Security in Online Dispute Resolution Systems*, in 35(5) *Computer Law & Security Review* 105328 (2019); and F. ABEDI, J. ZELEZNIKOW and E. BELLUCCI, *Universal Standards for the Concept of Trust in Online Dispute Resolution Systems in E-commerce Disputes*, in 27(3) *International Journal of Law and Information Technology* 209-237 (2019).

B. Necessary Future Research Required to Ensure the Use of ODR Enhances A2J. – Ebner and Zeleznikow⁽⁸³⁾ claim that ODR systems must address issues of fairness, trust, and security. Accordingly, it is important to test ODR systems to ensure they are living up to these ideals. This is especially important as ODR systems have moved beyond operating in e-commerce to often replacing in-person processes in courts and other government domains. Again, research must go beyond examining costs for both the courts and litigants to include the quality of interpersonal interactions, how we can ensure procedural fairness in processes, the quality of outcomes, the underlying principles and values that form the bases of the development of platforms and processes, and how we can ensure that such systems are culturally appropriate. The following sections dive deeper into framing this research.

1. *User Centric ODR.* – We have previously indicated the benefits of using user centric ODR, especially for SRLs. But do we have empirical data to support such arguments? It is very important to gather both quantitative, as well as qualitative, data around ‘how’ users access and engage with ODR processes, especially compared to F2F processes. This research should include conducting surveys and focus groups with ODR users and developers. ‘Users’ must include non-professionals so that developers understand how to make ODR user-friendly for those without legal training. Moreover, careful attention must be paid to whether and how ODR results in different outcomes than occurs with traditional F2F processes. Not only do we need to focus upon users, but we also have to consider how ODR is designed, funded, administered, and regulated. This means that it is important to investigate the designers, practitioners and funders of ODR, and to enquire into the regulation, values, principles, norms, and objectives of ODR.

⁽⁸³⁾ N. EBNER, J. ZELEZNIKOW, *Fairness, Trust and Security in Online Dispute Resolution*, in 36 *Hamline J. Pub. L. & Pol’y* vi (2015).

It is also important to gather data on age, income, gender, education, race, representation, and other allowable factors regarding users to shed more light on who is opting in and who is opting out of using ODR. Of course, this research must be in accordance with privacy policies, which could create some difficulties. Nonetheless, research that strips personally identifying information can be executed.

This data should be assessed from an ODR vs. F2F perspective. Research also should track overall comparative analysis of the attitudes of in person vs. ODR users before and after their involvement in a public dispute resolution program. Furthermore, we need to investigate whether ODR programs are being used by SRLs, and how ODR processes compare with ADR processes that are conducted F2F. In particular, do online processes remove barriers to accessing courts for obtaining justice? Moreover, it would be novel but significant to examine how people of different cultures, ethnicities, and education levels access remedies or seek solutions in general. Focus groups and interviews with legal aid staff, consumer protection agencies, and other such group participants may help explain why some individuals refuse to use *any* sort of government programs to access remedies or assistance. Furthermore, it would be helpful to interview these individuals to learn what an ODR program would need to include for them to use it. Indeed, it is important to learn more about those who never engage with the courts, often for reasons beyond court costs.⁽⁸⁴⁾

It is also useful to conduct pre-ODR vs. post-ODR, surveys and make F2F vs. ODR comparisons along variables such as time to disposition. It is important to study the types of engagements (be they text-based, video hearings, or document deposits) within the

⁽⁸⁴⁾ Schmitz's empirical research regarding consumers' likelihood to bring issues to court has highlighted how merely the 'tip of the iceberg' of consumer complaints ever reach the courts due to the time, effort and costs of pursuing court claims. A.J. SCHMITZ, *Access to Consumer Remedies in the Squeaky Wheel System*, in 39 *Pepperdine L. Rev.* 279-366 (2012).

process. Comparisons of drop-out rates and timing of when individuals engage with the process are also important. Questions to be discussed could include ‘Are F2F or online litigants more likely to drop out?’. ‘When do individuals engage with ODR?’ Tracking user ‘clicks’ and the time spent undertaking the process would help uncover information related to these questions.

Research should also focus on whether users can find, understand, and act on information provided through the ODR process. For example, most ODR processes provide guided questionnaires or ‘wizards’ that help guide users to find answers and remedies for their problems. Some have also called these ‘solution explorers,’ ‘information sifters’ or ‘Turbotax for dispute resolution.’⁽⁸⁵⁾ One should not just assume that these processes are effective, but should survey ODR users and conduct focus groups to explore whether parties find the processes to be both effective and user-friendly.

With A2J at the core of the focus, it is especially important to compare experiences of those with and without legal representation. Furthermore, researchers should ask whether ODR users experience fewer procedural errors and dismissals (i.e. for failure to prosecute or due to documentary errors) than those using in-person processes. Some argue that AI can be built into ODR processes to ‘check’ documents for errors, which may prevent such dismissals – but it is important to test this hypothesis. Furthermore, research should focus upon whether ODR increases court users’ sense of procedural fairness, and if so, whether such views vary among different categories of users. In particular, it is important to survey both new and repeat users to understand their different experiences with ODR. There is an inherent lack of trust in court systems for those who already feel disenfranchised and thus ODR system designers must learn how to best craft systems that make users feel comfortable and welcome. ODR fails when individuals feel

⁽⁸⁵⁾ See A.J. SCHMITZ, *Introducing the ‘New Handshake’ to Expand Remedies and Revive Responsibility in E-commerce*, in 26 *University Of St. Thomas L. Rev.* 522, 548 (2014).

pressured to use it, and then become frustrated with its operation. For claimants who already distrust the courts, an ineffective ODR process is like adding insult to injury.

As noted above, surveys should be coupled with focus groups for deeper qualitative analysis. It is important to know how users of the system ‘felt’ about the manner in which the process worked, whether ODR improved parties’ use of court procedures, as well as court users’ sense of procedural fairness. We must also examine whether and how individuals feel they can be ‘heard’ online.

There is concern that eliminating F2F contacts with courts will diminish the trust-building attributes of court processes. While ODR creates that danger, it should be noted that online communications have over time become more capable of expressing emotions.⁽⁸⁶⁾ Emotion plays a role in conflicts, and dispute resolution systems should take those emotions into account.⁽⁸⁷⁾ For example, ODR may hamper a disputant’s ability to observe contextual clues and body language, which may reduce the level of understanding between the disputants.⁽⁸⁸⁾ However, individuals are learning to better express themselves online, and ODR may actually promote honest communication because it provides ‘space’ for individuals to ‘calm down’ and rationally approach a problem – especially in high conflict disputes such as divorce mediation.⁽⁸⁹⁾

Wing and Rainey observe that ‘many in the ADR field continue to lament the loss of non-verbal cues and the unsuitability or awkwardness of using text-based technology for dispute resolution.’⁽⁹⁰⁾ They conclude that the use of technology to convey

⁽⁸⁶⁾ D. THOMPSON, *Interacting with Disputants’ Emotions in Online Dispute Resolution*, *CanLII Authors Program*, in 2019 *CanLIIDocs* 24 <<http://www.canlii.org/t/2fc3>> (last visited 124 December 2021).

⁽⁸⁷⁾ ID. at 2.1.

⁽⁸⁸⁾ ID. at 2.2.

⁽⁸⁹⁾ A.J. SCHMITZ, L. WING, *Beneficial and Ethical ODR for Family Issues*, in 59 *Family Court Review* 250 (2021).

⁽⁹⁰⁾ L. WING, D. RAINEY, *Online Dispute Resolution and the Development of Theory*, in M. WAHAB, E. KATSH and D. RAINEY (eds.), *Online Dispute Resolu-*

emotions, improve relationships, and build trust are seen to be ‘deeply antithetical to the cultural value’ placed on F2F contact within the field of dispute resolution.⁽⁹¹⁾ Hammond reports that 70 % of disputants said they were able to overcome the lack of nonverbal cues.⁽⁹²⁾ She also found that 80 % of the disputants felt they had no difficulty conveying their emotions during the online process, a fact that was confirmed by mediators.⁽⁹³⁾ Some of these participants felt they were actually able to express themselves more clearly in an online, text-based environment than they would have been able in a F2F context.⁽⁹⁴⁾

To further examine this conundrum, user feedback on their satisfaction with the ODR process should be tested with real-time surveys. For example, it may be advisable to insert emotional feedback collection points into an ODR process, which would stop a disputant at a certain point in the ODR process and ask about their emotional state.⁽⁹⁵⁾ This could be less onerous if made available through a research ‘app’ embedded in the process, which would also help gauge when in the process the user feels a certain way. Additionally, even if a court is not willing to inject such research into a court ODR program, real-time ‘testers’ of an ODR process could be equipped with such an emotional feedback app to assist the research. Furthermore, the research should be enhanced with randomized control trials, which could also include emotional test points to better inform our understanding of whether ODR is enhancing users’ experiences with the courts.

tion: Theory and Practice: A Treatise on Technology and Dispute Resolution, Eleven Publishing, 2012, 35, 42.

⁽⁹¹⁾ ID. at 42.

⁽⁹²⁾ A.M. HAMMOND, *How Do You Write ‘Yes’?: A Study on the Effectiveness of Online Dispute Resolution*, in *20 Conflict Resolution Quarterly* 261, 276 (2003).

⁽⁹³⁾ ID., 277-278.

⁽⁹⁴⁾ ID., 277-278.

⁽⁹⁵⁾ D. THOMPSON, *Interacting with Disputants’ Emotions in Online Dispute Resolution*, CanLII Authors Program, in *2019 CanLIIDocs* <<http://www.canlii.org/t/2fc3>> (last visited 24 December 2021) at 3.3.

It is likewise essential to consider whether a process is truly consensual. Does a new ODR process close other F2F doors to the courthouse? Is it ‘opt in’ or ‘opt out’? Is there pressure to settle through the process, as has been a complaint regarding court-annexed mediation? As Professor Nolan-Haley astutely noted:

[W]e need to engage our imagination and begin to reflect on what it means to cultivate an ‘access to justice consciousness’ from an ADR perspective. In my view, a preliminary sketch begins with fidelity to informed consent principles. Although this in itself does not assure access to justice, its absence signals vulnerability in the search for access to justice. ⁽⁹⁶⁾

Indeed, A2J principles should demand that any use of alternative processes remain consensual and protect self-determination.

2. *How ODR Affects Case Outcomes.* – Does ODR, as compared to ADR, affect case outcomes? There should be data points within case files that can be aggregated and assessed to obtain an understanding of procedurally fair outcomes, or some sort of baseline comparisons to assess ODR outcomes as they compare with similar F2F cases. For example, it would be interesting to compare ODR vs. F2F in high power imbalance cases, such as debt collection, in which most case dispositions are by default with the debtor being ordered to pay the full sum. Does ODR used in such cases result in fewer defaults and more resolutions for less than what the lender first demanded?

It is also important to study whether there is a difference in outcomes between those cases in which clients have representation and cases where clients do not have representation. Additionally, researchers should ask whether a judge or some other court representative reviews the ODR decisions for enforceability and validity.

⁽⁹⁶⁾ J. NOLAN-HALEY, *Does ADR’s “Access to Justice” Come at the Expense of Meaningful Consent?*, in 33 *Ohio St. J. On Disp. Resol.* 373, 395 (2018).

Again, it is essential to examine case types more generally to determine overall trends from a pre-ODR vs. post-ODR program perspective.

Comparing case outcomes can be complicated. Whilst it is fairly simple to gather the ODR dispositions and learn whether a judge (or other officer) reviewed outcomes within the ODR program, it is more difficult to delineate those proper comparison cases from outside of the ODR program. Nonetheless, researchers should be able to find a best means to undertake this task, in consultation with courts using ODR. For example, Ohio researchers were able to capture data comparison by creating a ‘sample’ of non-ODR cases to use in their research. Similarly, using some form of randomized control trials would assist with this research.

In sum, the precise methodologies used would depend on the case type, particular ODR process used, and which court is implementing the scheme. However, a mixture of methods can be very useful in appropriate circumstances. ODR outcomes should be transparent in order to foster fairness and trust. Transparency must be encouraged.⁽⁹⁷⁾ ODR is ripe for study, which will benefit the users, the courts, A2J, and even the providers, who hope to gain the public trust and secure lucrative contracts.

PART VI

Conclusion

At the start of the century Branting⁽⁹⁸⁾ and Zeleznikow⁽⁹⁹⁾ argued

⁽⁹⁷⁾ N.A. WELSH, *Dispute Resolution Neutrals’ Ethical Obligation to Support Measured Transparency*, in 71 *Okla. L. Rev.* 823, 863-64 (2019).

⁽⁹⁸⁾ K.L. BRANTING, *An Advisory System for Pro Se Protection Order Applicants*, in 14(39 *Int’l Rev. L., Computers, & Tech.* 357 (2000).

⁽⁹⁹⁾ J. ZELEZNIKOW, *Using Web-Based Legal Decision Support Systems to Improve Access to Justice*, in 11 *Info. & Comms. Tech. L.* 15, (2002).

that technology could assist SRLs in obtaining remedies. But if we were to advocate the use of Information Technology to support SRLs, we need to investigate whether SRLs have the skills to appropriately use AI and Information Technology to support them in resolving their conflicts. The use of user centric computing has addressed the issue of building decision support tools for non-professionals, to help them address such problems. At the same time, the Covid-19 pandemic has moved ODR to the forefront of ADR, although the empirical research regarding ODR remains limited.⁽¹⁰⁰⁾ Unfortunately, research into the best techniques for developing ODR to support A2J has not focused upon drawing conclusions by analyzing data.

Thus, it is important that we conduct an empirical analysis of court and government connected ODR – asking what potential users want out of these types of government sanctioned ODR programs in order for ODR systems to be useable by SRLs and thus, expand A2J. It is only through conducting appropriate research that we also can identify ways to make these ODR programs procedurally and substantively fair, more accessible, and most importantly user friendly. As we have noted in this article, measures that should be included in our research include accessibility, appropriateness, equity, efficiency, and effectiveness. Indeed, this research is essential to assist in designing user centric ODR systems and strengthening ODR governance and ethics.

Abstract

In this paper, the authors argue that Online Dispute Resolution (ODR) may expand Access to Justice (A2J) if properly designed, implemented, and continually improved. The article sets the stage for this argument by providing background on ODR research, as well as theory, to date. How-

⁽¹⁰⁰⁾ T. SOURDIN, J. ZELEZNIKOW, 2020 *Courts, Mediation and COVID-19*, in 48(2) *Australian Business Law Review* 138-158.

ever, the authors note how the empirical research has been lacking and argue for more robust and expansion of studies. Moreover, they propose that research must include consideration of culture, as well as measures to address the needs of self-represented litigants and the most vulnerable. It is one thing to argue that ODR should be accessible, appropriate, equitable, efficient, and effective. However, ongoing research is necessary to ensure that these ideals remain core to ODR design and implementation.

TEORIA DELL'ACCERTAMENTO CONSENSUALE: STORIA DI UN'INCOMPRESIONE

Marco Gradi (*)

SOMMARIO: 1. Giudizio e contratto. – 2. L'accertamento privato come paradossoso. – 3. Il dibattito sul carattere dichiarativo o costitutivo del negozio di accertamento. – 4. Negozio di accertamento e accordi di composizione delle liti. – 5. Per il superamento dell'incomprensione. – 6. Disposizione e accertamento dei diritti. – 7. Accertamento giuridico e rappresentazione della realtà. – 8. Accertamento consensuale e giudizio delle parti. – 9. L'accertamento come incontestabilità del giudizio. – 10. Il negozio di accertamento come contratto ad effetti processuali. – 11. La questione della retroattività dell'accertamento consensuale. – 12. Ulteriori equivoci in tema di incertezza della lite e causa del negozio di accertamento. – 13. Transazione, conciliazione e accertamento consensuale. – 14. Giudizio concorde delle parti e giudizio arbitrale. – 15. L'accertamento consensuale nella teoria degli equivalenti giurisdizionali.

1. *Giudizio e contratto*. – L'idea che l'accertamento di una situazione giuridica, tipico esito del processo giurisdizionale contenuto nella sentenza pronunciata dal giudice, possa essere conseguito anche per mutuo consenso dei litiganti, ossia mediante un contratto risolutivo della lite, ha affascinato intere generazioni di studiosi del diritto e del processo civile, che hanno affrontato questo sfuggente

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 303-346. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Associato di Diritto Processuale civile nell'Università di Messina.

rompicapo giuridico cercando in vario modo di costruire la nozione di «negozio o contratto di accertamento» ⁽¹⁾.

L'intuizione, tanto semplice quanto rivoluzionaria, consiste in ciò, che l'accertamento del diritto possa essere compiuto non soltanto da un terzo imparziale, ma anche dalle parti stesse, nel qual caso però la decisione sarà vincolante per i soggetti coinvolti alla condizione che vi sia unanimità di consensi al riguardo: tutti gli interessati devono insomma convergere nel medesimo giudizio. Per dirla con le suggestive parole di Francesco Carnelutti, «il fenomeno, un poco misterioso, dell'accertamento negoziale» si spiega riconoscendo «alla mutua dichiarazione delle parti il valore di una concorde opinione», ossia ammettendo «che il comando contrattuale abbia il carattere di un giudizio, cioè la funzione dell'accertamento» ⁽²⁾.

Questa possibilità, che subito apre una complessa alternativa filosofica in ordine al rapporto fra giudizio e contratto, è stata tuttavia severamente avversata da una nutrita schiera di studiosi, in par-

⁽¹⁾ Si vedano innanzitutto G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, 132 ss.; R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Regia Università di Messina*, VII, 1932-1933, 377 ss., che consulto nella versione pubblicata in estratto, Messina, 1934, 3 ss., spec. 10 ss. e 35 ss.; M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, Milano, 1939, 3 ss., spec. 33 ss.; F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1940, I, 3 ss.; R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, Torino, 1942, 5 ss., spec. 94 ss.; A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss., spec. 211 ss.; L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, Milano, 1958, 2 ss., spec. 132 ss.; E. MINERVINI, *Il problema dell'individuazione del «negozio di accertamento»*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, 581 ss.; A. CATRICALÀ, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.; M. DI PAOLO, *Negozio di accertamento*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 54 ss.; L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, Milano, 1996, 5 ss., spec. 140 ss.; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, Padova, 1997, 15 ss., spec. 116 ss.; L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, Padova, 2000, 1 ss., spec. 71 ss.; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002, 326 ss.; R. FER- CIA, *Accertamento (negozio di)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Agg., VII, 2012, 33 ss.

⁽²⁾ Così F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 6 s.

ticolare da Francesco Santoro Passarelli, il quale liquida bruscamente la scomoda questione affermando che il potere di disporre delle parti sarebbe «incompatibile» con il potere di accertare: accertamento e contratto sarebbero insomma caratterizzati da una relazione di «diversità irriducibile»⁽³⁾.

In analoga prospettiva, secondo Enrico Tullio Liebman, un «accertamento proveniente da una persona che non sia il giudice, come atto intellettuale, non ha alcuna valenza giuridica»⁽⁴⁾. Assai incisiva è anche l'opinione di Carlo Furno, per il quale, «quando si tratta di formulare un giudizio (...), non c'è barba di contratto né di negozio che possa servire allo scopo», in quanto «nessuno può esprimere giudizi giuridici vincolanti relativamente ad interessi che lo riguardano, nessuno cioè può essere giudice in causa propria»⁽⁵⁾.

2. *L'accertamento privato come paradosso.* – Si tratta ovviamente di critiche insidiose ed altisonanti, tuttora ampiamente ribadite nella nostra dottrina, al punto che Aurelio Gentili ha di recente afferma-

⁽³⁾ F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1 ss., spec. 4 ss., il quale chiosa inoltre: «Il negozio, essendo per sua natura dispositivo, cioè idoneo a modificare la situazione giuridica preesistente, non può essere che dispositivo, poiché è destinato a valere anche se il regolamento da esso dettato non sia congruente alla situazione che le parti avevano inteso di accertare». Dello stesso a., v. anche *Negozio e giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1956, 1157 ss., spec. 1171, ove si legge che «il negozio giuridico vale, di fronte all'ordinamento, come libera determinazione della volontà dell'autore o degli autori; nella sentenza la volontà del giudice conta come volontà essenzialmente fondata su un accertamento, cioè non come volontà autonoma, ma vincolata al giudizio».

⁽⁴⁾ E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, 260 ss., spec. 274 ss.

⁽⁵⁾ Così C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, 30 ss., spec. 34 ss., il quale giunge conseguentemente a negare la vincolatività dinnanzi al giudice dell'accordo delle parti che riconoscono l'esistenza di un diritto: in altre parole, il giudice «non può essere vincolato mai, ad opera di nessuno, rispetto all'accertamento del diritto, che è suo compito e dovere d'ufficio applicare d'autorità, nei limiti di controversia fissati dalle parti» (46).

to che «l'infelice» figura del negozio di accertamento sarebbe «una delle categorie concettuali più improprie mai inventate»⁽⁶⁾. Nella medesima linea di pensiero si è espresso, da ultimo, anche Massimo Franzoni, per il quale l'accertamento contrattuale sarebbe un autentico paradosso giuridico⁽⁷⁾.

L'obiezione fondamentale consiste in ciò, che il contratto quando accerta non modifica la realtà giuridica, e quindi non è un contratto, perché quest'ultimo – giusta la lettera dell'art. 1321 c.c. – è per definizione «l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale». Il contratto insomma dispone con lo sguardo verso il futuro, mentre soltanto la sentenza accerta ciò che è stato, fotografando il passato.

Viceversa, laddove si ritenga che il c.d. contratto di accertamento comporti effettivamente una modificazione della realtà giuridica, sarebbe sì un vero e proprio contratto, ma in tal caso non avrebbe la funzione di accertamento, bensì appunto soltanto quella di disporre dei diritti delle parti, secondo la loro libera e concorde determinazione. Eccoci dunque arrivati ad un inestricabile *cul-de-sac*, dal quale sembrerebbe impossibile uscire.

Si afferma così che la *vexata quaestio* dell'accertamento privato sarebbe il «frutto di una malattia del linguaggio», nel senso che il c.d. negozio di accertamento «dove è negozio non accerta, dove accerta non è negozio»⁽⁸⁾. A tutto voler concedere, l'accertamento privato potrebbe riguardare esclusivamente il fatto storico, ma in tal caso si avrebbe semplicemente una confessione stragiudiziale, che il giudice avrebbe poi il potere-dovere di tenere in considerazione sul piano probatorio⁽⁹⁾.

⁽⁶⁾ In questo modo, con incisiva *vis polemica*, A. GENTILI, *Autonomia privata e poteri di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, 1367 ss., spec. 1378.

⁽⁷⁾ In tal senso, v. M. FRANZONI, *Il contratto di accertamento: un paradosso*, in *Riv. dir. priv.*, 2021, 183 ss.

⁽⁸⁾ Così ancora A. GENTILI, *Autonomia privata e poteri di accertamento*, cit., 1368 e 1379.

⁽⁹⁾ È questa, come noto, l'originale impostazione di C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 152 ss. e 261 ss.; in modo piena-

3. *Il dibattito sul carattere dichiarativo o costitutivo del negozio di accertamento.* – Dal canto loro, gli autori favorevoli al riconoscimento alla categoria del negozio di accertamento, che sono ancora oggi assai numerosi⁽¹⁰⁾, hanno percorso entrambe le alternative, sia quella della natura dichiarativa di tale accordo risolutivo della lite, sia quella della sua natura costitutiva e quindi innovativa della situazione giuridica preesistente, giungendo così ad elaborare costruzioni assai diverse dello stesso istituto.

È soprattutto Francesco Carnelutti a rivendicare il «contenuto dichiarativo» del negozio di accertamento, osservando che «quando le parti si mettono d'accordo su un certo regolamento della situazione», l'efficacia del loro accordo «supera ogni questione relativa al giudizio di ciascuna di esse»⁽¹¹⁾. Questa tesi trova però anche ulteriori sostenitori, fra cui Michele Giorgianni, secondo il quale il negozio di accertamento «non fa nascere una nuova situazione giuridica, ma si limita ad accertare (...) il contenuto di quella preesistente, né ad esso si accompagna alcun intento modificativo»⁽¹²⁾.

mente conforme, v. inoltre G. FABBRINI, *L'accertamento privato (a proposito di una recente pubblicazione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, 631 ss.

⁽¹⁰⁾ Si vedano, anche per riferimenti, M. FORNACIARI, *Il negozio di accertamento*, in E. GABRIELLI, F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, I, 3 ss.; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, in L. RUGGERI, E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, in P. PERLINGIERI (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato*, Napoli, 2016, 185 ss.

⁽¹¹⁾ Per questa opinione, v. F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 7 s., il quale collega peraltro la natura dichiarativa del negozio di accertamento alla sua efficacia retroattiva: su questo ulteriore profilo del problema, v. *infra*, par. 11.

⁽¹²⁾ Così, testualmente, M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 231 ss., spec. 234, sul cui articolato pensiero v. anche *infra* nel testo, in corrispondenza della nota 18; in precedenza, aveva riconosciuto «efficacia dichiarativa al negozio di accertamento» anche G. STOLFI, *Natura giuridica del negozio di accertamento*, cit., 136 e 177, sia pure con la precisazione che il trasferimento della cosa oggetto dell'accertamento privato avrebbe comunque natura dispositiva.

Al fine di sostenere questa soluzione, si potrebbe valorizzare il fatto che il contratto può essere stipulato dalle parti non soltanto per costituire un nuovo rapporto giuridico, ma anche per regolarlo. Tuttavia, come è stato puntualmente osservato, anche la regolamentazione di un rapporto giuridico comporta in realtà un'innovazione nella relazione in essere fra le parti ⁽¹³⁾, con la conseguenza che il richiamo a questa possibile funzione contrattuale non vale a dare sicuro fondamento alla teoria dichiarativa del negozio di accertamento ⁽¹⁴⁾.

Sulla base di questa constatazione, è stata allora concepita la teoria costitutiva del negozio di accertamento, la quale riconosce che il contratto di composizione della lite comporti necessariamente una modificazione del rapporto giuridico in precedenza in essere fra le parti ⁽¹⁵⁾. Questa impostazione soddisfa ovviamente il requisito del carattere dispositivo del contratto, ma porta con sé il problema di conciliare la portata innovativa dell'accordo con la funzione propria dell'accertamento, che è stata tradizionalmente intesa come verifica di una situazione giuridica preesistente.

Al fine di aggirare questo problema, alcuni autori hanno allora affermato che, con il negozio di accertamento, le parti darebbero origine ad una mera inversione dell'onere della prova in ordine

⁽¹³⁾ Secondo E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 218 ss., la modifica consiste nell'estinzione di un rapporto giuridico e nella costituzione di uno nuovo, mentre la regolamentazione comporta una variazione di disciplina che conserva però immutato, nei suoi elementi caratteristici e caratterizzanti, il rapporto preesistente.

⁽¹⁴⁾ In modo assai incisivo sul punto, v. A. GENTILI, *Autonomia privata e poteri di accertamento*, cit., 1383 s., il quale afferma lapidariamente: «dire (...) che 'regolare' non è costituire o modificare è surrettizio: chi 'regola' pone, non constata la regola. Del resto le parti di un negozio di accertamento non vogliono affatto 'regolarla': è già regolata. Si gioca sulle parole. Dunque 'regolare' non è constatare, è porre: disporre».

⁽¹⁵⁾ In questa prospettiva, v. in particolare R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., 94 ss.; e, più di recente, E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 217 ss., spec. 220, ove si afferma che «il negozio di accertamento ha sempre efficacia dispositiva».

all'esistenza e al contenuto del loro rapporto giuridico, secondo lo schema dell'atto ricognitivo⁽¹⁶⁾. Si tratta però di una soluzione alla quale si ricorre per esclusione, che non pare in realtà corrispondere all'effettivo tenore dell'accordo raggiunto fra le parti, che è quello di determinare in modo certo il contenuto del loro rapporto, ponendo fine alla controversia, non invece quello di limitarsi a pattuire un semplice capovolgimento del rischio probatorio in vista di un eventuale e successivo giudizio.

Un indubbio passo in avanti si compie invece con la proposta ricostruttiva formulata da Rosario Nicolò, secondo il quale il contratto di riconoscimento di un diritto avrebbe carattere dichiarativo del rapporto originario, non comporterebbe cioè uno spostamento della situazione giuridica preesistente, ma al tempo stesso sarebbe anche idoneo a creare un nuovo obbligo fra le parti, consistente nel dover intendere il rapporto solo come è stato concordemente stabilito⁽¹⁷⁾. Sulla scia di questo insegnamento, Michele Giorgianni ha affermato che nel negozio di accertamento la «funzione (dichiarativa) si raggiunge attraverso uno strumento avente natura costituti-

⁽¹⁶⁾ Per questa posizione, che si fonda in sostanza sugli artt. 1988 e 2720 c.c., v. in particolare F. CARRESI, *Note critiche in tema di accertamento negoziale*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, 62 ss., spec. 82; e, più di recente, V. ROPPO, *Il contratto*, in G. IUDICA, P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2011, 494 ss., secondo il quale anche il contratto di accertamento determinerebbe «una presunzione circa l'esistenza della posizione, come accertata e riconosciuta», nell'ottica di una «semplificazione probatoria di una posizione soggettiva preesistente»; questa costruzione è ritenuta ammissibile, sia pure in via subordinata, anche da M. MARTINO, *Vincolo e astrazione nella teoria del negozio di accertamento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 523 ss., spec. 552 s., il quale la considera però una «scialba riduzione del negozio di accertamento».

⁽¹⁷⁾ L'opinione riportata nel testo è espressa in R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., 10 ss., spec. 23, dove si afferma, in conclusione, che «il riconoscimento ha efficacia dichiarativa quanto alla funzione che è destinato a realizzare, ma ha, quanto alla struttura, efficacia costitutiva solo però nel senso che esso crea l'obbligo di intendere il rapporto, oggetto del negozio di riconoscimento e contenuto del negozio originario, esclusivamente nei limiti e nella configurazione che le parti gli hanno data col riconoscimento».

va»: la concorde dichiarazione delle parti in ordine alla situazione preesistente, pur non modificandola né estinguendola, «produrrà tuttavia in essa una *novità*», consistente nel conferire al rapporto la certezza ⁽¹⁸⁾.

Questa prospettiva, che era stata in qualche modo anticipata da Tullio Ascarelli ⁽¹⁹⁾, appare tuttavia ancora segnata da un'ambiguità di fondo: da un lato, resta confinata soltanto sul piano del diritto sostanziale, lasciando in ombra le conseguenze processuali del contratto risolutivo della lite; dall'altro lato, non chiarisce quale sia l'effettiva portata dell'obbligo di rispettare il concorde accertamento o in che cosa consista in concreto la novità della certezza. È stato quindi osservato, in senso critico, che la costruzione in esame farebbe ricorso ad «espediti per non affermare il carattere dispositivo» del negozio di accertamento ⁽²⁰⁾.

4. *Negoziato di accertamento e accordi di composizione delle liti.* – La qualificazione del negozio di accertamento influenza anche il correlato problema della sua esatta collocazione nell'ambito degli accordi di composizione della lite, con i quali le parti pongono fine ad una controversia fra loro in essere, oppure prevengono il sorgere di una

⁽¹⁸⁾ Così M. GIORGIANNI, *Il negozio d'accertamento*, cit., 51 ss., spec. 55.

⁽¹⁹⁾ Si veda, in particolare, T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori. Gli arbitrati liberi*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1929, I, 308 ss., spec. 331, ove si afferma che il negozio di accertamento utilizza «lo strumento tipicamente costitutivo del negozio giuridico per una funzione tipicamente dichiarativa»; dello stesso a., v. anche *La letteralità nei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 237 ss., spec. 255 ss.

⁽²⁰⁾ In tal senso, v. M. FRANZONI, *Il contratto di accertamento*, cit., 197, testo e nota 56. V. anche le critiche di L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 111 ss., secondo la quale la tesi della dissociazione fra struttura ed effetti del negozio di accertamento sarebbe inaccettabile sul piano sostanziale; nello stesso senso, già F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., 6, il quale ritiene che «un atto avente natura costitutiva non possa avere se non una funzione corrispondente».

controversia futura, come avviene in particolare con il contratto di transazione ⁽²¹⁾.

La prima alternativa consiste nel ritenere che il negozio di accertamento sia necessariamente un contratto atipico, così da doversi distinguere dai contratti tipici di risoluzione della lite, quale è ad esempio la transazione: quest'ultima avrebbe carattere innovativo rispetto alla situazione giuridica pregressa, mentre il negozio di accertamento avrebbe come contenuto soltanto quello di accertare la situazione giuridica preesistente ⁽²²⁾. Come è facile intendere, questa impostazione risulta coerente con la teoria dichiarativa del negozio di accertamento.

Siffatta classificazione non è però l'unica possibile, perché il negozio di accertamento può anche essere concepito come una categoria generale, comprensiva di una pluralità di modelli contrattuali, alcuni espressamente disciplinati dalla legge ed altri di carattere atipico ⁽²³⁾. Secondo l'originale impostazione carneluttiana, le ipotesi di accertamento negoziale sarebbero addirittura totalmente coinci-

⁽²¹⁾ Sulla transazione, che è oggetto di una vastissima letteratura, v. innanzitutto S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in E. BRUNORI (a cura di), *Libro delle obbligazioni*, II, 2, in M. D'AMELIO, E. FINZI (diretto da), *Codice civile: commentario*, Firenze, 1949, 448 ss., ripubblicato in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 2010, 1135 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, I, rist., Napoli, 1970, 3 ss.; E. VALSECCHI, *La transazione*, in ID., *Il giuoco e la scommessa. La transazione*, II ed., in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1986, 173 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, Padova, 2001, 1 ss.; T. GALLETTO, *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1379 ss.; E. DEL PRATO, *Fuori dal processo. Studi sulle risoluzioni negoziali delle controversie*, Torino, 2016, 1 ss.

⁽²²⁾ È questa, ad esempio, la prospettiva di A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 217; M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., 230 ss.; M. FRANZONI, *Il contratto di accertamento*, cit., 191 ss.

⁽²³⁾ Per la discussione di questo tema, v. le considerazioni critiche di S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, 31 ss.; e L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 205 ss.

denti con gli strumenti tipici di risoluzione delle liti, quali la rinuncia, il riconoscimento e la transazione ⁽²⁴⁾.

5. *Per il superamento dell'incomprensione.* – Le profonde divergenze di opinione relative al negozio di accertamento meritano, a mio avviso, di essere superate, non foss'altro perché la giurisprudenza appare del tutto insensibile alle obiezioni avanzate dalla dottrina, accogliendo con naturalezza la figura dell'accertamento privato basato sul consenso delle parti, sia pure senza il particolare *pathos* sistematico che invece affligge le ricostruzioni degli studiosi ⁽²⁵⁾.

A ben vedere, tutte le critiche mosse nei confronti del negozio di accertamento, così come le discussioni sulla sua natura e sui suoi confini, muovono dall'idea che l'accertamento debba sempre consistere in una fotografia della situazione giuridica preesistente, alla quale si giunge mediante una preliminare attività volta alla verifica dei suoi presupposti ⁽²⁶⁾. L'accertamento consterebbe così di due

⁽²⁴⁾ Per questa opinione, v. F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 4, 10 s. e 14 s., secondo il quale, mentre la rinuncia e il riconoscimento sono «soluzioni estreme» di composizione della lite, con la transazione le parti adottano una «soluzione intermedia» con riguardo alle rispettive pretese.

⁽²⁵⁾ Per l'ammissibilità del negozio di accertamento, nella giurisprudenza, v. ad esempio Cass., sez. III, 15 gennaio 2002, n. 375, in *Foro it.*, Rep., voce *Assicurazione (contratto di)*, n. 100 (relativa ad un accordo riguardante la determinazione del danno risarcibile a seguito di un illecito); Cass., sez. II, 24 agosto 2012, n. 14618, in *Notariato*, 2013 ss., con nota di P.E. MERLINO, *La in iure cessio in forma extraprocessuale: brevi note sul negozio di accertamento dei diritti reali* (relativa ad un accordo di riconoscimento dell'esistenza di un rapporto di società e dei beni ad essa spettanti); Cass., sez. II, 20 ottobre 2014, n. 22183, in *Foro it.*, Rep., 2014, voce *Successione ereditaria*, n. 120, sulla quale v. il commento di P. CRISCUOLI, *Negoziato di accertamento e volontà del testatore*, in *Immobili & proprietà*, 2015, 315 ss. (relativa all'accordo di individuazione dei beni immobili spettanti a ciascuna delle parti in forza di un testamento); Cass., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1636, in *Foro it.*, Rep., voce *Contratto in genere, atto e negozio giuridico*, n. 212 (relativa all'accordo finalizzato all'esatta individuazione dei confini di due terreni contigui).

⁽²⁶⁾ V., ad esempio, F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., 6, secondo il quale l'accertamento consiste in «un'attività meramente conoscitiva» della situazione giuridica preesistente; nello stesso senso, C.

elementi, quello (preparatorio) della conoscenza e quello (successivo) della rappresentazione della realtà giuridica: è in questa convinzione, implicita in tutti gli autori che a vario titolo avversano la figura del negozio di accertamento, che si annida la causa autentica dell'incomprensione⁽²⁷⁾.

Se si ritiene che l'accertamento implichi necessariamente la verifica di una situazione giuridica del passato, e non soltanto la sua descrizione, allora è giocoforza concludere che i contratti di composizione della lite non possano contenere alcun tipo di accertamento. Si veda, ad esempio, quando afferma Mauro Bove, tanto con riferimento al contratto di transazione, quanto con riguardo all'accordo di conciliazione: secondo questo autore, mediante tali tipologie contrattuali, «i litiganti risolvono il conflitto senza un'operazione di sussunzione giuridica, ossia senza un accertamento della realtà giuridica preesistente»⁽²⁸⁾.

Pur partendo dalla medesima idea secondo cui l'accertamento implichi sempre la conoscenza della realtà preesistente, Giovanni

FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 29, il quale afferma che l'idea dell'accertamento è «naturalmente e ovviamente legata all'idea di qualcosa che già esiste»; per M. FRANZONI, *Il contratto di accertamento*, cit., 192, «si può accertare solo qualcosa che esisteva già»: entrambi questi aa. danno inoltre per scontato che l'accertamento consista nella conoscenza di tale preesistente realtà giuridica. L'idea è presente anche in coloro che ammettono la figura del negozio di accertamento, che conseguentemente distinguono nettamente il negozio di accertamento dalla transazione: fra questi, v. in particolare A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 217; nonché E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 205, ove si legge: «Il momento della conoscenza della situazione preesistente rappresenta (...) un dato necessario di ogni figura di accertamento».

⁽²⁷⁾ Secondo L. PUCCINI, *Contributo allo studio dell'accertamento privato*, cit., 125 ss., il disaccordo fra gli studiosi è innanzitutto di «natura terminologica», proprio con riguardo al concetto di «accertamento»; in senso analogo, v. già E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 274, il quale osserva che «le parole accertare e accertamento possono essere usate a significare cose diverse, e il non averne tenuto conto può essere stata la causa di qualche confusione nello studio di questa materia».

⁽²⁸⁾ Così M. BOVE, *L'accordo conciliativo*, in *Soc.*, 2012, 82 ss., spec. 82 e 84; in termini analoghi, v. anche ID., *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 1065 ss., spec. 1067 ss.

Battista Ferri ha cercato di aggirare il problema, osservando che accertare e disporre non sarebbero, sotto il profilo dell'autonomia negoziale, termini antitetici, bensì sostanzialmente complementari, nel senso che «ogni *atto di disposizione* è preceduto da un pur minimo processo conoscitivo, che necessariamente si concretizza in un *giudizio* che, dopo averli conosciuti per *quello che sono*, e cioè nella loro dimensione di *certezza*, tende a *valutare* la realtà di cui si vuole *disporre* e gli interessi che si intendono regolare»: in altre parole, anche nella transazione, «i soggetti debbono prendere decisioni; per decidere, debbono valutare, per valutare debbono conoscere e, dunque, accertare la situazione rispetto a cui intendono compiere scelte»⁽²⁹⁾.

Questo tentativo, che pure ha trovato sostegno in dottrina⁽³⁰⁾, non mi pare tuttavia condivisibile, perché implica necessariamente di dover parlare di un'attività di accertamento in relazione ad ogni tipo di contratto, ivi incluso quello di vendita, locazione o mutuo, come lo stesso Ferri è alla fine costretto ad ammettere⁽³¹⁾. Ogni attività umana richiede invero un momento di conoscenza individuale, che serve ad indirizzare le scelte dei soggetti agenti, per cui non può essere questo il tratto distintivo dell'accertamento giuridico, ché altrimenti l'accertamento sarebbe dappertutto. L'accertamento, insomma, non può coincidere *sic et simpliciter* con l'attività del conoscere, ma implica necessariamente la rappresentazione della realtà

⁽²⁹⁾ La tesi è esposta in G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, 1 ss., spec. 7 ss., il quale aggiunge che, anche quando il contratto risolutivo della lite si limiti a dichiarare l'esistenza di una situazione preesistente, senza l'apporto delle reciproche concessioni proprio della transazione, tale dichiarazione costituirebbe comunque «sempre una situazione giuridica nuova rispetto a quella accertata».

⁽³⁰⁾ Per un'adesione a questa impostazione, v. L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 118, la quale afferma, proprio con riguardo al negozio di accertamento, che l'*iter* logico negoziale comprende «un momento conoscitivo e un momento dispositivo, il quale non potrebbe esserci senza quello precedente», giungendo alla conclusione che «per disporre (...) è sempre necessario conoscere, accertare».

⁽³¹⁾ G.B. FERRI, *Decisione negoziale e giudizio privato*, cit., 10.

giuridica, che travalica la sfera meramente individuale del singolo soltanto laddove l'ordinamento giuridico attribuisca un effetto vincolante a tale risultato.

6. *Disposizione e accertamento dei diritti.* – Credo che il rapporto fra accertamento e disposizione debba essere in realtà invertito, nel senso che, nei contratti risolutivi della lite, l'attività dispositiva può casomai precedere l'accertamento, ossia la concorde determinazione del contenuto del rapporto giuridico *inter partes*, che prima dell'accordo era un rapporto litigioso o comunque ancora potenzialmente contestabile.

La successione logica fra disposizione e accertamento è peraltro solo eventuale, perché non è affatto detto che i paciscenti modifichino la realtà giuridica preesistente mediante il contratto risolutivo della lite. Una volta che tale accordo sia stato raggiunto, viene invece sempre dichiarata l'esistenza o l'inesistenza di un determinato rapporto giuridico fra i contraenti. In altre parole, le parti riconoscono concordemente quali siano i diritti e gli obblighi spettanti a ciascuna di esse, mentre la modificazione sostanziale del rapporto è soltanto una possibilità, perfino quando le parti stipulano un contratto di transazione.

È bene, a questo proposito, rimuovere un diffuso equivoco in merito alle «reciproche concessioni» che, ai sensi dell'art. 1965 c.c., costituiscono il presupposto dell'accordo transattivo. Queste concessioni non sono invero necessariamente dispositive, non implicano cioè sempre una modifica dei diritti preesistenti, ben potendo riguardare esclusivamente le pretese delle parti, che potrebbero anche essere integralmente infondate⁽³²⁾. Occorre insomma distinguer-

⁽³²⁾ Non può dunque essere accolta la tesi, assai diffusa nella dottrina e nella giurisprudenza, del carattere necessariamente innovativo della transazione, ossia della idoneità di tale accordo risolutivo della lite a modificare sul piano sostanziale il rapporto giuridico preesistente fra le parti: per questa non condivisibile prospettiva, v. per tutti E. VALSECCHI, *La transazione*, cit., 246 ss., spec. 254 ss.; E. DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XLIV, Milano, 1992, 829 ss.; T.

re fra la rinuncia ad un diritto incontroverso e la rinuncia ad una pretesa contestata. Quest'ultima ben può costituire una concessione nella trattativa che conduce alla transazione, ma senza comportare necessariamente la disposizione di un proprio diritto ⁽³³⁾.

La modificazione del rapporto sostanziale può, ad esempio, verificarsi nel caso del riconoscimento di un diritto altrui a fronte di una contropartita come il versamento di una somma di denaro, oppure quando si sostituisce alla situazione litigiosa una situazione completamente nuova, attinente a diritti ed obblighi del tutto diversi ⁽³⁴⁾. Se invece le parti nulla stabiliscono in ordine alla modificazione del loro rapporto, limitandosi a determinare il contenuto di quello già in essere, mediante una parziale o totale rinuncia alle proprie rispettive pretese e contestazioni, non è possibile ravvisare con certezza in questo accordo una disposizione di diritti.

GALLETTO, *La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione*, cit., 1401 ss.

⁽³³⁾ Come osserva F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, XI ed., Milano, 2021, V, 16, «le reciproche concessioni attengono alle pretese quali esse sono state *avanzate*, e non alle pretese *fondate*: sicché le reciproche concessioni sussistono anche in relazione ad una transazione il cui contenuto coincida perfettamente con il contenuto di un'eventuale sentenza». Anche per E. DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, cit., 823 s., la concessione ai fini della transazione può consistere «nell'abbandono da parte di uno dei contendenti, senza corrispettivo, della propria posizione», ossia nella «rinuncia alla pretesa, la quale va tenuta distinta dalla rinuncia al diritto e, più specificamente, dalla rimessione del debito proprio perché queste ultime presuppongono l'esistenza del diritto stesso». Ciò nonostante, questo a. arriva alla seguente, non condivisibile, conclusione: «Disponendo della pretesa e della contestazione, le parti dispongono del rapporto sostanziale sul quale è incentrata la controversia».

⁽³⁴⁾ Traggo questi esempi da M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 312; per un'analogha esemplificazione, v. anche D. TESSERA, *I contratti per la risoluzione delle controversie*, Torino, 2019, 5 ss., spec. 9 s., che ravvisa in queste ipotesi una «transazione mista», con la quale «si va a creare, modificare o estinguere un rapporto diverso da quello dedotto in lite»: tale contratto risolutivo della lite va dunque chiaramente distinto alla c.d. transazione pura, basata semplicemente sulla reciproca rinuncia alle rispettive pretese delle parti.

La verità è insomma che, nel momento in cui le parti stabiliscono quali sono i loro diritti ed obblighi mediante un contratto risolutivo della lite, senza contestualmente apportare esplicite innovazioni al loro rapporto giuridico, non è possibile sapere se abbiano implicitamente disposto dei propri diritti sostanziali o se abbiano invece raggiunto una pattuizione pienamente conforme con la situazione giuridica preesistente, proprio a causa dell'impossibilità di una verifica del passato dopo il raggiungimento del loro accordo.

7. *Accertamento giuridico e rappresentazione della realtà.* – In ogni caso, la determinazione del contenuto del rapporto giuridico in essere fra le parti è un aspetto essenziale del contratto risolutivo della controversia, mentre la previa verifica dei presupposti di fatto e di diritto di tale rapporto non è affatto necessaria ai fini della composizione consensuale della lite, non solo nel caso della transazione, ma anche quando i contraenti abbiano inteso qualificare il proprio accordo come negozio di accertamento.

In tale evenienza, si potrebbe parlare di «accertamento senza accertamento»: questa affermazione, all'apparenza paradossale, ha però il solo fine di rendere chiaro al lettore che, nella risoluzione consensuale di una lite, la dichiarazione sul modo di essere della situazione giuridica (c.d. accertamento-rappresentazione) non richiede preliminarmente la verifica della sussistenza del fatto costitutivo del diritto né dell'insussistenza dei fatti impeditivi, modificativi o estintivi (c.d. accertamento-conoscenza).

Proprio imboccando audacemente questa prospettiva, Michele Fornaciari ha affermato che l'accertamento giuridico consiste nella «fissazione (...) di una determinata ricostruzione della realtà preesistente», che tuttavia non richiede necessariamente una puntuale verifica circa il modo di essere di quella realtà, la quale costituisce l'oggetto dell'accertamento stesso ⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ V. le meditate pagine di M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 75 ss., spec. 77, il quale ammette che la ricostru-

Al fine di comprendere meglio questa peculiare fenomeno, appare assai utile meditare sulla distinzione, elaborata da Francesco Paolo Luiso, fra «accertamento descrittivo» e «accertamento prescrittivo». Il primo consiste in una ricostruzione dei diritti e degli obblighi delle parti fondata sul passato, che implica dunque necessariamente l'esame della situazione giuridica anteriore; l'accertamento prescrittivo, invece, «consente alle parti di darsi regole di condotta per il futuro che prescindono da una verifica della realtà sostanziale preesistente»⁽³⁶⁾.

Tale *distinguo* chiarisce assai efficacemente che la fissazione del rapporto fra le parti, *id est* di quello che Luiso chiama «accertamento prescrittivo del futuro», non richiede necessariamente la verifica della realtà sostanziale preesistente, potendo cioè prescindere da un «accertamento descrittivo del passato». È questa, peraltro, una circostanza che non è affatto esclusiva dell'accertamento consensuale, potendo invero riguardare anche l'accertamento giurisdizionale, sia pure in casi del tutto eccezionali: si pensi alla decisione presa sulla base della regola dell'onere della prova, con la quale il giudice riconosce espressamente di non aver potuto ricostruire con certezza un fatto storico, relativo al titolo della pretesa o ad un'eccezione impe-

zione dallo stesso prospettata, «indubbiamente forte, apparirà probabilmente balzana, forse addirittura assurda»; e tuttavia, per l'a., essa sarebbe l'unica strada possibile per approdare ad un'adeguata teoria dell'accertamento giuridico, capace di rimuovere incertezze e fraintendimenti, nonché di risolvere il tormentato problema dell'accertamento negoziale.

⁽³⁶⁾ Questa distinzione è compiutamente formulata in F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, XI ed., cit., V, 14 s. (e già nella VI ed., Milano, 2011, V, 12 s.), il quale osserva altresì: «Sta qui l'equivoco di quella parte della dottrina che ha negato la possibilità di un accertamento negoziale (...): questa dottrina ha inteso l'accertamento non come risultato, sibbene come giudizio, come ricognizione dell'esistente. Ma l'accertamento idoneo a risolvere la controversia non è in alcun modo l'accertamento storico di ciò che è stato, il quale è solo strumentale a ciò che conta, e cioè all'accertamento prescrittivo del futuro, di ciò che dovrà essere». Per un'adesione a questo *distinguo* fra le due forme di accertamento, v. D. NOVIELLO, *Mediation. Composizione contrattuale delle controversie e intervento del terzo*, Torino, 2012, 43; F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 15.

diente, contestualmente statuendo sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto controverso fra le parti⁽³⁷⁾; oppure all'ipotesi in cui la sentenza si fondi sul giuramento decisorio della parte, laddove si ritenga, con Salvatore Satta e Carmine Punzi, che esso non sia un semplice mezzo di prova, bensì «un mezzo sostitutivo della decisione del giudice»⁽³⁸⁾.

La ricostruzione di Luiso presenta tuttavia una sottile ambiguità di fondo nella parte in cui associa, con correlazione biunivoca, il c.d. «accertamento prescrittivo» del rapporto giuridico al «futuro», così implicitamente escludendo la possibilità per le parti di fissare concordemente il contenuto della loro relazione con riguardo al passato⁽³⁹⁾. Al contrario, va ribadito che il negozio di accertamento

⁽³⁷⁾ Come si afferma in M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 52 s.: «Il sistema processuale è (...) perfettamente consapevole che talvolta non è nemmeno possibile raggiungere, con un adeguato grado di certezza, la conoscenza degli accadimenti storici: erano queste le ipotesi nelle quali il giudice romano dell'epoca classica poteva emettere una pronuncia di *non liquet*, ma che nell'ordinamento vigente sono invece risolte attraverso il ricorso alla regola di giudizio dell'onere della prova, la quale consente appunto di decidere la controversia, con un determinato contenuto, proprio quando non sia possibile conoscere, in concreto, la verità».

⁽³⁸⁾ Per tale prospettiva, v. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 1, rist., Milano, 1966, 227 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova, 2000, 341; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, II ed., Torino 2010, II, 127; a questa costruzione hanno aderito anche G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, VII ed., Assago-Padova, 2015, I, 445 s.; e F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, XI ed., cit., II, 148 s., dal quale è tratta l'espressione riportata fra virgolette nel testo. Per la tesi del giuramento decisorio come mezzo di prova legale, che appare prevalente in dottrina, v. invece, anche per riferimenti, L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, III ed., Torino, 2010, 715 ss.

⁽³⁹⁾ Questa possibilità è esclusa in modo chiaro da E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 274 ss., secondo il quale la sentenza del giudice accerta l'esistenza o l'inesistenza del diritto con riferimento al momento anteriore al processo, perché «il diritto considera che la volontà di legge sia sempre stata riguardo al rapporto accertato così come il giudice l'ha dichiarata e indiscutibilmente affermata»; viceversa, «ciò non si può ripetere riguardo al negozio giuridico», che come atto di volontà può solo produrre un effetto giuridico per il futuro: «Ma appunto perché effetto di un atto di volontà, l'accertamento esiste dal momento in cui esiste la volontà stessa. La volontà attuale non può produrre un effetto per il

può sicuramente determinare il modo di essere della situazione giuridica preesistente, pur prescindendo da una puntuale verifica dei presupposti di fatto e di diritto di tale situazione.

Per convincersi di questa possibilità, basti pensare all'accordo con il quale i paciscenti stabiliscono esattamente i confini dei terreni confinanti a far data dal giorno in cui gli stessi ne sono divenuti proprietari ⁽⁴⁰⁾, oppure al contratto con il quale i contraenti riconoscono che un determinato bene immobile sia stato in precedenza usucapito da uno di essi ⁽⁴¹⁾. In queste ipotesi, le parti non verificano i presupposti di fatto e di diritto dei loro diritti ed obblighi, ma sicuramente ne fissano il contenuto anche con riguardo al passato.

8. *Accertamento consensuale e giudizio delle parti.* – La riflessione di Francesco Paolo Luiso pone un'ulteriore e fondamentale questione laddove l'illustre studioso afferma che l'accertamento consensuale, proprio perché prescinde dalla ricognizione del passato, non avrebbe il valore di un giudizio. Questa osservazione si fonda ovviamente su una scelta lessicale restrittiva che identifica tale attività nel giudizio di fatto e di diritto, ossia nella valutazione della ragione e del torto, che viene compiuta dal giudice per giustificare la sua decisione.

passato, perché non vi è alcuno che possa volere oggi che un determinato fatto sia avvenuto o non avvenuto in un momento precedente».

⁽⁴⁰⁾ Ricavo questo esempio dal caso affrontato e deciso da Cass., sez. II, 22 gennaio 2019, n. 1636, cit., già richiamato *supra*, par. 5, nota 25.

⁽⁴¹⁾ Su questa fattispecie, che oggi assume notevole rilevanza pratica e sistematica in virtù della possibilità di trascrizione degli accordi raggiunti nell'ambito delle procedure di mediazione, ai sensi dell'art. 2643, n. 12 *bis*, c.c., v. G. BARALIS, *L'accertamento negoziale dell'usucapione nell'ambito della mediazione «riformata»: il senso della trascrizione e i problemi connessi*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 1369 ss.; M. SANNINO, *Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento*, Studio approvato dalla Commissione Studi civilistici del Consiglio nazionale del Notariato, n. 4-2017/C, 1 ss.; in precedenza, su questo tema, v. le considerazioni di D. DALFINO, *Note in tema di negozio di accertamento e trascrivibilità dell'accordo di conciliazione sull'intervenuta usucapione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 1297 ss.

Lo stesso Luiso non può tuttavia negare che, quando i paciscenti risolvono la controversia per mutuo consenso, devono comunque compiere una «valutazione positiva della convenienza dell'assetto» raggiunto, ossia una «valutazione dell'idoneità dell'accordo a soddisfare i bisogni e gli interessi delle parti»⁽⁴²⁾. Ebbene, è mia convinzione che anche questa «valutazione» possa essere considerata un «giudizio», sia pure non necessariamente fondato sulla ricostruzione della concreta vicenda storica, sull'applicazione della legge al caso concreto e sull'interpretazione dei testi normativi, bensì sulle convergenti valutazioni di convenienza o di opportunità delle parti.

È stato soprattutto Salvatore Satta, tanto magistralmente quanto poeticamente, a rivendicare l'esistenza, accanto al giudizio pubblico compiuto dal giudice, del giudizio privato espresso concordemente dalle stesse parti del rapporto, osservando che entrambe queste tipologie del giudizio sono idonee a realizzare l'ordinamento giuridico: «La pratica, e prima ancora il buon senso, hanno sempre ammesso quello che si è convenuto chiamare negozio di accertamento, col quale appunto la volontà del soggetto si determina nel senso di dichiarare la realtà, cioè sostanzialmente nel senso di un giudizio»; e lo stesso vale per la transazione, con la quale «le parti stabiliscono l'ordinamento come vogliono, ma è sempre l'ordinamento che esse stabiliscono, ed è quindi un giudizio che esse compiono»⁽⁴³⁾.

⁽⁴²⁾ V. ancora F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, XI ed., cit., V, rispettivamente, 14 e 15. In senso analogo, anche F. LANCELLOTTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1981, 844 ss., spec. 850 ss., il quale contrappone «una giustizia 'strumentale alla normativa' (cioè una giurisdizione di attuazione, secondaria e sostitutiva, di norme preesistenti) ed una giustizia 'di convenienza' per l'appagamento di interessi assunti, più che in confronto all'ordinamento prestabilito, in una loro primordiale rilevanza economica e/o sostanziale».

⁽⁴³⁾ Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, rist., Milano, 1966, 34 ss., spec. 36 s.; si veda anche F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 7, per il quale l'accertamento negoziale è un «comando in funzione di giudizio»; nonché ID., *Teoria generale del diritto*, III ed., Roma, 1951, 370 s., laddove, nell'ambito dell'esame del «giudizio giuridico», l'illustre studioso osserva che l'accertamento è un «giudizio imperativo» volto ad eliminare l'incertezza, pre-

E ancora, sempre con riferimento alla transazione: «non è detto che nelle ‘reciproche concessioni’ non ci sia un vero giudizio; che la volontà delle parti non esprima, con le ‘reciproche concessioni’, il giudizio che nel profondo ciascuna di esse fa della lite, e l’ordinamento sia quindi espresso da questo giudizio». Conclusione questa che vale, *a fortiori*, per il negozio di accertamento: «Se c’è un momento in cui si celebra il dominio della volontà è quello in cui le parti affermano e riconoscono il *loro* ordine: e così facendo esse giudicano, a meno che non si voglia convenzionalmente riservare questa parola all’accertamento del terzo»⁽⁴⁴⁾.

Con ciò però – prosegue Satta – «il problema si riduce ad un mero verbalismo», a un dissidio puramente terminologico. La verità è che tanto il giudizio del giudice terzo ed imparziale, quanto quello delle parti che converge in una soluzione unanime, sono delle forme di giudizio, di valutazione, di apprezzamento. La differenza fra l’uno e l’altro riposa soltanto nel criterio di giudizio e, correlativamente, nella forma delle rispettive giustificazioni.

Il giudizio del terzo si fonda di regola sulla verifica della situazione giuridica preesistente, per cui richiede la ricostruzione dei fatti storici giuridicamente rilevanti, la sussunzione della fattispecie concreta nel fatto giuridico e, infine, l’interpretazione della legge. La decisione del giudice, che vincola necessariamente i litiganti, deve conseguentemente trovare la sua giustificazione in una motivazione razionale⁽⁴⁵⁾.

cisando inoltre che «accanto all’accertamento *giudiziale* si è ormai scoperto l’accertamento *negoziale*».

⁽⁴⁴⁾ Sono qui riportati alcuni passi tratti da S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, rist., Milano, 1971, rispettivamente, 170 s. e 172 s.

⁽⁴⁵⁾ La motivazione della sentenza è necessaria anche nei casi eccezionali, di cui si è detto *supra*, par. 7, nei quali la verifica della situazione preesistente non è possibile nel processo, vuoi per insufficienza delle prove, vuoi per il deferimento del giuramento decisorio. Con riferimento a quest’ultima ipotesi, si può peraltro osservare che, mediante la sfida del giuramento, una delle parti rimette la decisione della causa al «giudizio» dell’altra, appellandosi alla coscienza di questa e alla minaccia della sanzione penale in caso di spergiuro; in proposito, v. però quanto affermano S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., cit., 341, secondo i

Viceversa, il giudizio concorde delle parti trova la sua giustificazione proprio nella coincidente volontà dei paciscenti. Siffatta intesa è sufficiente ad escludere la necessità di fornire una giustificazione motivata della decisione, la quale può dunque prescindere dalla ricostruzione del passato. L'unanimità dei consensi rende insomma irrilevante, per l'ordinamento giuridico, sapere se le parti abbiano effettivamente giudicato che quelli erano proprio i diritti e gli obblighi loro spettanti, oppure se si siano abbandonate a valutazioni di mera convenienza economica, al fine di raggiungere la pace con l'avversario, evitando la fatica e l'alea del processo.

Quando entrambe le parti dicono «vogliamo che sia così», regolando il rapporto litigioso, il loro concorde giudizio è per ciò solo vincolante. È tuttavia fondamentale che tutte le parti si trovino d'accordo, perché se un solo litigante volesse imporre il suo giudizio all'altro, tutto si risolverebbe in un nulla di fatto ⁽⁴⁶⁾.

quali, con il deferimento del giuramento, si attribuirebbe alla dichiarazione della parte chiamata a giurare il potere di decidere la controversia, «superando il giudice e il giudizio»: si può tuttavia leggere questa affermazione, nella stessa logica sattiviana, come superamento del giudizio del giudice e sostituzione dello stesso con il giudizio della parte chiamate a giurare, al quale l'altra parte si è sostanzialmente rimessa in via preventiva.

⁽⁴⁶⁾ Questa osservazione fa così cadere anche l'obiezione di C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, cit., 34 (di cui si è già dato conto *supra*, par. 1, nota 5 e testo corrispondente), secondo il quale il negozio di accertamento non sarebbe concepibile perché *nemo iudex in re sua*: questa sacrosanta regola impedisce che il giudizio di un litigante possa valere contro il suo avversario, ma certamente non esclude che entrambe le parti convergano nel medesimo giudizio. Non è nemmeno condivisibile l'altra critica di C. FURNO, *op. cit.*, 46 (anche questa già rammentata *supra*, par. 1, nota 5), secondo il quale le parti non potrebbero usurpare il giudizio spettante al giudice: il giudizio non è infatti una prerogativa statale, ma può anche essere compiuto privatamente e concordemente dalle parti della controversia, ferma restando la possibilità di porre dei limiti a tale prerogativa privata con riferimento ai diritti indisponibili. Per la rivendicazione del potere dei privati di accertare concordemente i loro diritti ed obblighi, non essendovi un monopolio statale della giurisdizione, v. ancora S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, cit., 34 ss., spec. 36; nonché IV, 2, cit., 170 ss.

9. *L'accertamento come incontestabilità del giudizio.* – Resta ovviamente ancora da risolvere il problema della natura dispositiva del negozio di accertamento, che è un requisito necessariamente imposto dall'art. 1321 c.c. per tutti i contratti, e che non può dirsi integrato semplicemente affermando che l'accertamento consensuale sia di tipo «prescrittivo». Come si è già osservato, infatti, la situazione accertata concordemente dai paciscenti può pienamente coincidere con la realtà preesistente, con la conseguenza che il contratto risolutivo della lite non implica necessariamente una modificazione sostanziale dei diritti delle parti.

Questa lacuna può tuttavia essere colmata, sviluppando una preziosa intuizione di Carnelutti, secondo il quale l'accertamento consiste nella «imperatività di un giudizio», ossia – nella sostanza – nel vincolo delle parti ad una determinata ricostruzione della situazione giuridica fra loro in essere⁽⁴⁷⁾. Si tratta di una prospettiva che a me pare assolutamente fondamentale, valida tanto per l'accertamento giurisdizionale, quanto per l'accertamento consensuale: essa induce insomma a considerare l'accertamento giuridico come un mezzo per conseguire certezza legale intorno ad una vicenda storica fra le parti, nel senso che – assai semplicemente – viene ad essere impedita in futuro la libera contestazione del giudizio così raggiunto, vuoi per decisione del terzo, vuoi per comune consenso delle parti.

Tale possibile concezione dell'«accertamento giuridico» è stata invero presa in considerazione da Francesco Santoro Passarelli, il quale ha però parlato al riguardo di una forma di accertamento improprio⁽⁴⁸⁾, mentre è stata duramente avversata da Aurelio Gentili,

⁽⁴⁷⁾ Richiamo ancora F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 10.

⁽⁴⁸⁾ Si veda F. SANTORO PASSARELLI, *Negozio e giudizio*, cit., 1172, il quale osserva: «Se poi per accertamento s'intende l'eliminazione della litigiosità od anche della semplice incertezza della situazione esistente, attraverso un negozio da cui risulta che la situazione resta *stabilita* in un certo modo, è chiaro che non si tratta di un accertamento in senso proprio, e comunque dell'accertamento caratteristico dell'attività giurisdizionale». In termini analoghi, v. M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie*, cit., 1070, secondo il quale nel

che ha contrapposto l'accertamento del vero all'incontestabilità di un giudizio ⁽⁴⁹⁾.

Quest'ultima obiezione può in realtà essere facilmente superata, perché anche l'accertamento giudiziale, pur fondandosi sulla ricerca del vero, non si limita alla mera ricostruzione dei fatti: di regola, l'oggetto del processo civile riguarda i diritti, che non sono né veri né falsi, mentre soltanto i fatti storici esistono o non esistono ⁽⁵⁰⁾. La contrapposizione formulata da Gentili appare quindi una fuorviante approssimazione, che non risulta utile al fine di distinguere l'accertamento giurisdizionale dall'accertamento consensuale.

È pur vero che soltanto l'accertamento giurisdizionale si fonda su una ricostruzione motivata della situazione giuridica preesistente fra le parti, la quale implica non solo un giudizio di fatto, ma anche un giudizio di diritto. Allo stesso tempo, appare però possibile trovare una definizione comune dell'accertamento giuridico, comprensiva anche dell'ipotesi della decisione per consenso ⁽⁵¹⁾: questa con-

contratto risolutivo della lite «manca quell'operazione di sussunzione giuridica (l'accertamento, appunto) tipica della sentenza, per cui parlare di un contratto di accertamento è del tutto improprio».

⁽⁴⁹⁾ Per questa critica, v. A. GENTILI, *Autonomia privata e poteri di accertamento*, cit., 1377, ove si legge che «si accerta il vero; ma le situazioni giuridiche soggettive, che con il negozio si vorrebbe accertare, sono diritti e obblighi, e i diritti e obblighi non sono né veri né falsi»; nonché 1397, dove l'a. conclude il suo ragionamento affermando: «I negozi di 'accertamento' dovrebbero accertare la realtà giuridica. Ma la realtà giuridica è solo una comoda metafora. Non si accertano metafore. (...) Si può imporre la pace, non si può imporre la verità». Altrove, lo stesso a. afferma, con riguardo ai negozi di accertamento: «Se non parlassimo a priori di 'accertamento' vedremmo che laddove dispongono non producono certezza, dichiarando il vero ma 'incontestabilità' bloccando chi potrebbe contestare» (1368); «nelle questioni giuridiche non vi è altro 'accertamento' che la sottrazione a contestazione del giudizio sulla situazione» (1382).

⁽⁵⁰⁾ Si rinvia, per tutti, a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 1 ss., spec. 17 ss., per il rilievo secondo cui la ricerca della verità sia un obiettivo intermedio del processo civile, che non esaurisce il compito del giudice, il quale – dopo l'accertamento dei fatti storici – deve altresì applicare la legge al caso concreto, nonché interpretare gli stessi testi normativi.

⁽⁵¹⁾ Secondo la prospettiva meritevolmente intrapresa da M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 81 ss.

cezione unitaria si rinviene, appunto, nel vincolo derivante dal giudizio, sia esso quello del terzo, oppure quello consensuale delle parti.

Nel suo significato più ampio ed omnicomprensivo, accertare significa rendere certo, dare certezza⁽⁵²⁾: e questa certezza, se non si vuole confinare il giudizio nella mera opinione, è possibile soltanto rendendo vincolante il giudizio, o se vogliamo dirla con Carnelutti, riconoscendo al giudizio un carattere imperativo, ossia un valore di incontestabilità. Siffatta incontestabilità è peraltro sempre relativa, perché ogni accertamento può essere impugnato, beninteso nei limiti previsti dall'ordinamento giuridico, compreso quello contenuto nella sentenza passata in giudicato. L'accertamento vincolante comporta però indubbiamente un impedimento giuridico alla libera contestazione delle parti, le quali dovranno quindi canalizzare le loro obiezioni nell'ambito di procedure formali quali, rispettivamente, l'impugnazione della sentenza e l'impugnazione del contratto risolutivo della lite⁽⁵³⁾.

In questa prospettiva, si coglie – se non m'inganno – anche il significato della modificazione del rapporto giuridico in essere fra le parti a seguito della stipulazione del contratto risolutivo della lite.

⁽⁵²⁾ Nel dizionario di N. ZANICHELLI, *Vocabolario della lingua italiana*, XI ed., a cura di M. Dogliotti e L. Rosiello, Bologna, 1989, 14, alla voce «accertare», accanto al significato tradizionale di «appurare con certezza», vi è appunto quello di «rendere certo, dare per certo, assicurare»; nello stesso senso, v. anche G. DEVOTO, G.C. OLI, *Vocabolario della lingua italiana*, a cura di L. Serianni e M. Trifone, Firenze, 2006, 19, dove oltre alla più tradizionale concezione di «riscontrare mediante controlli e verifiche la corrispondenza di qualcosa a verità, appurare, assodare, verificare», alla parola «accertare» si trova associato il significato di «rendere qualcuno certo di una cosa, assicurare, garantire»: è bene peraltro precisare che, in entrambi i dizionari consultati, quest'ultima accezione è la prima presa in considerazione.

⁽⁵³⁾ In proposito, v. ancora i rilievi di M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 226 s., per il quale «l'accertamento, per poter assurgere a fenomeno giuridico, deve necessariamente produrre un qualche vincolo», che secondo l'a. può invero essere «assoluto o limitato»: in tale ultimo caso, «per la sua rimozione può essere sufficiente la prova contraria, oppure può essere necessaria una specifica impugnazione».

Con l'accertamento consensuale, sorge sempre un mutamento nella relazione fra i paciscenti, indipendentemente dalla disposizione dei diritti sostanziali in contesa: questa modificazione consiste proprio nell'impossibilità per le parti di contestare liberamente la configurazione data concordemente al loro rapporto. Si tratta, come subito vedremo, di una modificazione che ha effetti processuali, non sostanziali.

10. *Il negozio di accertamento come contratto ad effetti processuali.*

– Le considerazioni fino a qui svolte consentono di raggiungere una prima conclusione, tanto semplice quanto lungamente sofferta: il negozio di accertamento è un contratto ad effetti processuali, così come lo è la transazione. Si tratta insomma di contratti che, oltre a determinare concordemente il contenuto della situazione giuridica sostanziale, producono un indubbio effetto sul processo, impediscono cioè che l'accertamento della medesima *res* possa essere liberamente compiuto dal giudice laddove una delle parti, violando l'accordo risolutivo della controversia, portasse la lite in sede giudiziaria.

Che questi contratti possano essere stipulati è assolutamente evidente, considerato che la legge regola espressamente la convenzione di arbitrato, fra cui in particolare il compromesso⁽⁵⁴⁾, della cui natura contrattuale, così come della sua efficacia meramente processuale, non si può certo dubitare⁽⁵⁵⁾. Allo stesso modo, sono

⁽⁵⁴⁾ Per la classificazione del compromesso fra i contratti ad effetti processuali, v. per tutti C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., Padova, 2012, I, 331 ss.; e già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1923, 105 ss.

⁽⁵⁵⁾ Si veda, in particolare, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 34, il quale osserva: «Il compromesso è un 'contratto'» con il quale le parti «dispongono, *in parte qua*, del loro patrimonio (oggetto della controversia), affidandosi e vincolandosi alla volizione del terzo, anch'essa privata»; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 417 ss., spec. 422, per il quale: «Ancorché produca effetti processuali, il patto compromissorio è un contratto». Per la verità, secondo una risalente tesi formulata da F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir.*

certamente negozi ad effetti processuali, per limitarsi alle fattispecie più note, anche gli accordi sulla giurisdizione o sulla competenza⁽⁵⁶⁾.

Proprio nell'efficacia processuale del negozio di accertamento si deve ravvisare l'elemento di novità, o se vogliamo l'aspetto dispositivo, dell'accordo in esame. Si comprende così appieno l'ambiguità che segnava le costruzioni prettamente sostanziali del negozio di accertamento, che erano costrette a parlare di struttura costitutiva con funzione dichiarativa di tale contratto risolutivo della lite⁽⁵⁷⁾. Nella prospettiva qui accolta, non c'è invece alcun bisogno di percorrere questa forzatura concettuale: il negozio di accertamento ha funzione dichiarativa della situazione giuridica esistente fra le parti e produce inoltre l'effetto innovativo, di carattere prettamente processuale, di rendere vincolante il giudizio concordemente espresso dai contraenti in ordine alla loro relazione giuridica.

proc. civ., 1924, I, 129, il patto compromissorio sarebbe non già un «contratto» bilaterale, bensì un «accordo» derivante dalla confluenza di manifestazioni unilaterali di volontà. Fermo restando che un contratto deriva sempre dall'accordo delle parti, ossia dall'incontro delle loro volontà individuali, mi pare comunque dirimente l'osservazione di G. VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in ID. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, III ed., Torino, 2005, 71 s., secondo il quale la questione non appare di fondamentale importanza, per lo meno ai nostri fini, tenuto conto che l'art. 1324 c.c. estende agli atti unilaterali le regole che disciplinano i contratti. Inoltre, è bene rammentare che Carnelutti poneva questo *distinguo* al solo fine di precisare che, con il patto compromissorio non si conclude la lite, ma ci si mette d'accordo sul modo di litigare, a differenza della transazione, che è invece un contratto risolutivo della controversia.

⁽⁵⁶⁾ Con riferimento a questi ultimi, v. ad esempio A. LEVONI, *Competenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, 126; sugli accordi di deroga o proroga della giurisdizione italiana, v. invece L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione fra parti e terzi*, I, Padova, 2012, 83 ss., il quale presta ampia attenzione al problema della qualificazione di tali accordi in termini sostanziali o processuali, che assume rilievo in tale contesto al fine della determinazione della legge applicabile alla stregua delle norme del diritto internazionale privato.

⁽⁵⁷⁾ Secondo la tesi formulata per primo da R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., 10 ss., di cui si è dato conto *supra*, par. 3.

Questo effetto processuale consiste, più precisamente, nel divieto per le parti di ridiscutere liberamente in un successivo processo della medesima lite, da cui consegue l'obbligo per il giudice di dichiarare inammissibile una semplice contestazione o eccezione proveniente da uno dei litiganti⁽⁵⁸⁾. Si è insomma in presenza di una vera e propria preclusione processuale, così che risulta inevitabile ed immediato il richiamo alla celebre teoria dell'efficacia preclusiva di Angelo Falzea, che lo stesso autore collega proprio al fenomeno dell'accertamento, ivi incluso quello di origine negoziale⁽⁵⁹⁾.

L'accostamento è tuttavia soltanto apparente, perché – come è noto – l'originale tesi di Falzea concerne la c.d. «efficacia preclusiva sostanziale», mentre la preclusione che qui viene proposta costituisce un fenomeno squisitamente processuale⁽⁶⁰⁾: è precluso tanto al-

⁽⁵⁸⁾ Non si tratta quindi di un obbligo sostanziale consistente nel vincolo ad intendere il rapporto come accertato convenzionalmente, che ancora di recente è sostenuta da M. MARTINO, *Vincolo e astrazione nella teoria del negozio di accertamento*, cit., 552, sempre sulla scia del pensiero di R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel fenomeno della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, cit., 23. Come osserva giustamente M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 239 s., questa costruzione potrebbe al massimo garantire un obbligo risarcitorio a carico della parte che, violando il negozio di accertamento, invochi una diversa raffigurazione della realtà preesistente.

⁽⁵⁹⁾ La tesi è stata esposta in A. FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, cit., 211 ss.; e poi successivamente sviluppata dall'a. in ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss., spec. 498 ss.; per una significativa adesione a questa teoria, v. F.D. BUSNELLI, *Considerazioni sul significato e sulla natura della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 1317 ss., spec. 1343 ss.

⁽⁶⁰⁾ Non mi pare un caso che la tesi dell'efficacia preclusiva sostanziale propugnata da Falzea, che pure gode di ampio credito nella dottrina sostanzialista, sia stata invece aspramente criticata dai processualisti: v. soprattutto le incisive obiezioni di A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, 25 s., nota 68; ma anche, con ampia varietà di impostazioni, delle quali non si può dare conto in questa sede, M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano, 1958, 106 s.; C. VOCI-NO, *Considerazioni sul giudicato*, Milano, 1963, 64 ss., nota 136 bis; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 434 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, 827 s.; M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 246 ss., spec. 252 ss.

le parti, quanto al giudice, di ridiscutere liberamente in un successivo processo il contenuto della situazione ormai accertata consensualmente o giudizialmente. Che quest'ultima sia invero la prospettiva corretta mi pare confermato dal rilievo secondo cui una transazione o un giudicato non precludono al contrario alle parti di stipulare un nuovo e diverso accordo transattivo sulla medesima lite ⁽⁶¹⁾.

11. *La questione della retroattività dell'accertamento consensuale.* – L'accertamento consensuale di una situazione giuridica controversa impedisce alle parti di ridiscutere liberamente il contenuto del loro rapporto e preclude al giudice di un successivo processo di riesaminare la lite già risolta per mutuo consenso non soltanto con riferimento all'arco temporale successivo alla stipulazione del predetto accordo, ma anche con riguardo al passato, se così hanno voluto i paciscenti.

⁽⁶¹⁾ Possibilità che, per coerenza, è invece negata da A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, cit., 507, il quale ritiene «nulla (...) la transazione di una situazione accertata giudizialmente». In senso contrario, v. M. GRADI, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020, 229 s., secondo cui, «dopo la formazione della cosa giudicata, ciascuna parte ha la facoltà di stipulare una transazione con il proprio avversario o di effettuare una rinuncia unilaterale al diritto attribuitogli da una sentenza passata in giudicato»: prospettiva, questa, che mi pare suffragata dallo stesso art. 1974 c.c., il quale dispone la mera annullabilità della «transazione fatta su lite già decisa con sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non avevano notizia». Su questa norma, che conferma appunto la piena validità di una transazione compiuta dalle parti a conoscenza del giudicato anteriore, v. per tutti G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 299 ss., secondo il quale il vizio in esame consente di travolgere la transazione soltanto qualora si dimostri «che una delle parti, se avesse conosciuto il giudicato, non avrebbe *transatto* la 'lite già decisa'». Anche l'altra ipotesi sostenuta nel testo, relativa alla possibilità di stipulare una seconda transazione sostitutiva della precedente, è suffragata in dottrina: v. L. RUGGERI, *La transazione*, in L. RUGGERI, E. MINERVINI, *Contratti transattivi e negozi di accertamento*, cit., 121, secondo la quale è «configurabile una transazione sulla *res* conciliata o transatta, il che dimostra anche sotto questo profilo l'inaccoglibilità della tesi che imputa alla transazione effetti preclusivi in modo assoluto».

In altre parole, al negozio di accertamento va riconosciuta efficacia naturalmente retroattiva fra le parti, come aveva felicemente colto Francesco Carnelutti⁽⁶²⁾. È questo un tratto necessariamente distintivo della composizione della lite mediante accertamento, perché i litiganti – nel momento in cui cessano di essere tali facendo la pace – non possono più mettere in discussione la fattispecie giuridica in precedenza controversa. È dunque naturale che tale effetto operi anche per il passato, salvo ovviamente che le parti non abbiano espressamente pattuito una deroga a questo principio, stabilendo che la determinazione del loro rapporto valga soltanto a far data da un certo momento, così lasciando impregiudicata la questione con riguardo al tempo anteriore.

L'efficacia retroattiva del negozio di accertamento vale ovviamente solo *inter partes*, ossia esclusivamente fra coloro che hanno raggiunto tale accordo, perché soltanto tali soggetti hanno accettato consensualmente di stare ad una certa configurazione della realtà preesistente. La tesi della retroattività dell'accertamento consensuale non può quindi essere efficacemente negata, come faceva Enrico Tullio Liebman, osservando che non ci può essere retroattività del contratto in danno dei terzi⁽⁶³⁾. Questo limite è assolutamente pacifico, come si ricava oggi dall'art. 1372, 2° comma, c.c., a norma del quale – salvo i casi previsti dalla legge – i contratti non producono

⁽⁶²⁾ Per questa posizione, v. F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 7 s., il quale peraltro lega in modo biunivoco la retroattività degli effetti dell'accertamento consensuale alla funzione dichiarativa del negozio di accertamento. Analoga conclusione è tuttavia talvolta raggiunta anche da chi attribuisce natura costitutiva a tale contratto risolutivo della lite: v., in particolare, R. CORRADO, *Il negozio di accertamento*, cit., 94.

⁽⁶³⁾ In questa prospettiva, v. E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 275 s., secondo il quale il negozio di accertamento non potrebbe determinare il contenuto del rapporto giuridico preesistente, ma potrebbe solo modificarlo *pro futuro*, non solo per presunta «impossibilità logica» (della quale si è invece già fatta giustizia *supra*, par. 7), ma anche al fine di «salvaguardare i terzi acquirenti dal pregiudizio che loro deriverebbe da un'eventuale antedatazione» degli effetti degli accordi contrattuali raggiunti dalle parti.

effetti in danno dei terzi ⁽⁶⁴⁾: pertanto, di regola, i contratti stipulati *inter alios* non possono certamente pregiudicare i terzi in via retroattiva.

Sia pure con questa limitazione, che appare invero assolutamente ragionevole, la retroattività dell'accertamento consensuale fra i contraenti mantiene un significato autonomo e pregnante: essa significa che la determinazione della situazione giuridica compiuta per mutuo consenso dai paciscenti vale ad impedire, *inter partes*, qualsiasi libera contestazione anche con riferimento al passato.

12. *Ulteriori equivoci in tema di incertezza della lite e causa del negozio di accertamento.* – L'impostazione accolta consente di superare facilmente due ulteriori equivoci nei quali è incorsa la dottrina sostanzialistica che ha cercato di contrastare la categoria del negozio di accertamento: mi riferisco al requisito dell'incertezza della lite e a quello, ad esso in parte correlato, della causa di tale contratto risolutivo della lite.

Più precisamente, si è affermato che, ai fini della valida stipulazione di un negozio di accertamento, sarebbe necessaria l'incertezza della situazione giuridica e si è cercato di definire in vario modo lo stesso concetto di incertezza, intendendola in senso oggettivo o in senso soggettivo ⁽⁶⁵⁾. Il problema dell'incertezza come requisito del negozio di accertamento appare tuttavia mal posto.

Se l'accertamento giuridico consiste nel rendere incontestabile, sia pure in modo relativo, la fissazione del modo di essere di una situazione giuridica, l'incertezza non può certamente essere una con-

⁽⁶⁴⁾ In argomento, proprio con riferimento al negozio di accertamento, v. per tutti M. FRANZONI, ID., *Il contratto di accertamento*, cit., 195.

⁽⁶⁵⁾ Su questo tema, v. E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 192 ss., al quale si rinvia anche per amplissimi riferimenti. Si veda però, in particolare, M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., 240, secondo il quale nel negozio di accertamento «manca la causa se la situazione preesistente esisteva, ma era certa».

dizione dell'accertamento ⁽⁶⁶⁾: al contrario, la sua eliminazione o la sua prevenzione ne è l'effetto. In altre parole, il vincolo preclusivo derivante dall'accertamento giuridico, sia esso giurisdizionale o consensuale, impedisce alle parti di contestare liberamente la configurazione del rapporto così raggiunta, ossia di rendere incerta mediante una semplice contestazione la situazione giuridica ormai accertata ⁽⁶⁷⁾: se le parti vogliono attaccare l'accertamento consensuale ormai formatosi, devono utilizzare i canali formali previsti dall'ordinamento giuridico, ossia i rimedi impugnatori nei confronti del contratto risolutivo della lite.

Si tratta allora di vedere non già se l'incertezza sia un presupposto dell'accertamento consensuale, bensì se ci siano margini di contestazione del negozio di accertamento, in particolare quando l'avversario abbia consapevolmente avanzato una pretesa o una contestazione priva di qualsiasi fondamento, assumendo una posizione meramente strumentale al fine di lucrare un accordo più vantaggioso ⁽⁶⁸⁾.

Un'analogia sorte merita l'obiezione dell'astrazione dalla causa, che ha tormentato gli studiosi del diritto sostanziale, per i quali il negozio di accertamento sarebbe viziato in caso di mancata corrispondenza fra la situazione accertata e la situazione reale, perché in

⁽⁶⁶⁾ In modo conforme, con estrema chiarezza v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 95 ss., spec. 123 ss.

⁽⁶⁷⁾ Assai efficacemente E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, 1935, 22, osserva che l'incertezza è «quella provocata dalla contestazione della parte controinteressata». È inoltre inevitabile il riferimento a F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 53 ss., spec. 57, secondo il quale l'incertezza deriva dal disaccordo delle parti in ordine ad una situazione giuridica, ossia sostanzialmente dalla lite, che nel pensiero dell'a. coincide con la pretesa contestata, indipendentemente dalla pendenza di un processo al riguardo.

⁽⁶⁸⁾ È quanto avviene nell'ipotesi di transazione su lite temeraria, che ai sensi dell'art. 1971 c.c., consente l'annullamento dell'accordo transattivo: in proposito, fra le molte possibili indicazioni, v. F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, I, cit., 187 ss.; E. DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, cit., 859 s.; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 386 ss.; L. RUGGERI, *La transazione*, cit., 35 ss.

tal modo le parti attuerebbero dei trasferimenti patrimoniali privi di causa ⁽⁶⁹⁾.

Anche in questo caso si è in presenza di un clamoroso fraintendimento. Si tratta in realtà di vedere se, nel caso di divergenza consapevolmente voluta dalle parti, il negozio di accertamento possa essere attaccato mediante un'azione di simulazione ⁽⁷⁰⁾. Viceversa, in caso di divergenza non voluta dalle parti, occorre semplicemente valutare se il negozio di accertamento possa essere impugnato per errore ⁽⁷¹⁾.

L'eventuale difformità fra il contenuto dell'accertamento consensuale e l'effettivo modo di essere della situazione giuridica preesistente non può in ogni caso implicare l'inammissibilità del negozio di accertamento ⁽⁷²⁾, al quale deve definitivamente riconoscersi piena cittadinanza nel nostro sistema giuridico.

⁽⁶⁹⁾ In tal senso, v. ancora M. GIORGIANNI, *Accertamento (negozio di)*, cit., 240, il quale afferma che, «se le parti (...) hanno, per errore o volutamente, accertato una situazione inesistente, l'accertamento sarà privo di causa»; in termini analoghi, v. R. FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, cit., 36.

⁽⁷⁰⁾ Per questo rilievo, v. in particolare V. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, in *Corr. giur.*, 2006, 1617.

⁽⁷¹⁾ Per la tesi positiva, v. E. DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, cit., 819 ss.; E. PAOLINI, *Il contratto di accertamento*, cit., 156 e 164; R. FERCIA, *Accertamento (negozio di)*, cit., 44, secondo i quali si dovrebbe ricorrere alla generale impugnativa negoziale per errore di cui agli artt. 1427 ss. c.c., i quali richiedono la rilevanza dell'errore ai fini della formazione della volontà e la sua riconoscibilità in capo all'altro contraente; per la negativa, v. invece F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, I, cit., 141 ss., spec. 156 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 314, i quali invocano la disposizione speciale prevista dalla dall'art. 1969 c.c., a norma del quale la transazione non può essere annullata per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia fra le parti; secondo L. BOZZI, *Accertamento negoziale e astrazione materiale*, cit., 237 s., l'errore delle parti nel negozio di accertamento sarebbe un falso problema perché le parti avrebbero dato il loro consenso anche in merito ad un'eventuale difformità fra il contenuto dell'accertamento pattuito e l'effettivo stato di fatto della situazione giuridica accertata.

⁽⁷²⁾ In termini analoghi, v. M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 59.

13. *Transazione, conciliazione e accertamento consensuale.* – Si può a questo punto finalmente collocare la figura del negozio di accertamento nell'ambito dei contratti risolutivi delle liti. Anche su questo versante, la conclusione a cui si perverrà potrà apparire sorprendente: è infatti da respingere la tesi più accreditata nella dottrina e nella giurisprudenza, secondo la quale il contratto di transazione si distinguerebbe dal negozio atipico di accertamento per la presenza delle reciproche concessioni, presenti nel primo e assenti nel secondo ⁽⁷³⁾.

A ben riflettere, infatti, l'accordo transattivo esaurisce tutte le fattispecie del contratto di accertamento, sebbene con la transazione le parti abbiano la possibilità non solo di accertare una situazione giuridica preesistente, ma anche di innovare il loro rapporto, nel qual caso si avrà una transazione innovativa ⁽⁷⁴⁾. In altre parole, il contratto di accertamento rientra nello schema tipico della transazione, benché tale modello contrattuale possa essere impiegato anche ad altri fini.

È stato Francesco Carnelutti a rilevare che gli «esemplari tipici» dell'accertamento privato sono la rinuncia, il riconoscimento e la transazione ⁽⁷⁵⁾. Con la rinuncia una parte abdica alla propria pretesa, così di fatto ammettendo l'inesistenza del proprio diritto, mentre con il riconoscimento dichiara espressamente l'esistenza di un

⁽⁷³⁾ Per questa posizione, v. in particolare M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 314, il quale ritiene che «fra la transazione ed il contratto di accertamento vi sia una differenza causale, per di più nessuno dei due costituisce una specie rispetto all'altro»; E. MINERVINI, *Il negozio di accertamento*, cit., 260 ss., per il quale «la transazione è caratterizzata funzionalmente dall'intento delle parti di comporre la lite mediante reciproche concessioni, prescindendo completamente dall'accertamento della situazione giuridica controversa, come realmente preesistente. Il negozio di accertamento è invece caratterizzato funzionalmente dall'intento delle parti di eliminare l'incertezza, prescindendo completamente dalle pretese eventualmente formulate».

⁽⁷⁴⁾ Per alcuni esempi al riguardo, v. *supra*, par. 6, nota 34 e testo corrispondente.

⁽⁷⁵⁾ Per questa costruzione, v. F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 4 ss., spec. 14 s.

diritto altrui, contestualmente rinunciando ad ogni contestazione al riguardo ⁽⁷⁶⁾.

Si tratta dunque di soluzioni che si trovano ai due estremi della lite, nei confronti delle quali la transazione si colloca invece in una posizione intermedia, richiedendo la reciprocità delle concessioni, che può essere ravvisata in una combinazione di rinuncia e riconoscimento, oppure di due rinunce o ancora di due riconoscimenti, attraverso cui i paciscenti trovano un punto d'incontro delle rispettive vedute ⁽⁷⁷⁾. Se invece mancano le reciproche concessioni, allora si avrà una rinuncia totale alla propria pretesa o un riconoscimento totale della pretesa altrui, in ogni caso proveniente da una sola parte, che così integra un negozio unilaterale *contra se*, del quale l'altra parte può semplicemente prendere atto ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ Si tratta di temi assai controversi in dottrina: sulla figura della rinuncia alla pretesa, ovvero della rinuncia all'azione, v. B. SASSANI, *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 530 ss., spec. 533 ss.; A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999, 10 ss. e 27 ss.; e, sulla nozione di riconoscimento del diritto, ovvero del riconoscimento della pretesa avversaria, E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi di diritto processuale civile in onore di G. Chiovenda*, Padova, 1927, 491 ss., consultabile anche in ID., *Problemi del processo civile*, Napoli, 1962, 177 ss.; E. LA ROSA, *Riconoscimento dei diritti*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 584 ss.; su questi temi, v. inoltre G.A. MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa nella dottrina italiana (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, 354 ss.

⁽⁷⁷⁾ In tal senso, v. F. CARNELUTTI, *Note sull'accertamento negoziale*, cit., 15; ma anche ID., *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 185 ss., spec. 188, ove l'illustre studioso osserva che la transazione «è una combinazione di una rinuncia e di un riconoscimento, dei quali ciascuno è condizionato alla esistenza dell'altro», oppure una «combinazione (...) tra due rinunce integrali» e reciproche, cui *adde* – come già rilevato nel testo – una combinazione fra due riconoscimenti contrapposti; in senso convergente, v. inoltre M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 315, per il quale «ciò che caratterizza la transazione è dato dalla *corrispettività* della rinuncia e del riconoscimento».

⁽⁷⁸⁾ Per questa puntualizzazione, v. S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, cit., 44.

Ne esce così confermata l'idea che la transazione, nel suo modello base, «si configura come un accertamento dal contenuto condizionato alla sussistenza della reciproche concessioni»⁽⁷⁹⁾. La transazione pura ha pertanto una natura dichiarativa, stabilisce cioè quale sia l'assetto del rapporto giuridico preesistente fra le parti⁽⁸⁰⁾.

Lo stesso può dirsi dell'accordo di conciliazione, raggiunto grazie all'apporto del *consilium* di un terzo all'esito di una procedura di mediazione, il cui contenuto «non si distingue dai vari tipi di negozio, aventi ciascuno una propria figura (transazione, rinuncia, riconoscimento), di cui le parti possono servirsi per raggiungere la composizione della lite»⁽⁸¹⁾. Pertanto, laddove le parti – senza adottare soluzioni creative – si facciano reciproche concessioni rispetto alle proprie rispettive posizioni, il loro accordo risolutivo della lite avrà il valore di una transazione, mentre qualora si abbia il totale accoglimento della posizione di una di esse, si avrà rinuncia alla pretesa o riconoscimento dell'altrui diritto: in ogni caso, l'accordo conciliativo avrà un'indubbia funzione di accertamento, ossia di fissazione della realtà giuridica preesistente⁽⁸²⁾.

⁽⁷⁹⁾ La citazione è tratta da M. FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, cit., 138, il quale aggiunge che «non è affatto vero che transazione ed accertamento siano due istituti diversi»; nello stesso senso, v. S. D'ANDREA, *Sul problema del negozio atipico di accertamento*, cit., 42, per il quale «il negozio atipico di accertamento non è mai una specie del contratto tipico di transazione (...): ogni decisione che ponga fine ad una situazione di incertezza, sciogliendo il dubbio con una soluzione che non sia interamente favorevole ad alcuna delle parti, integra una transazione».

⁽⁸⁰⁾ Si veda altresì S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, rist., cit., 37, ove si legge: «L'intuizione che la transazione abbia natura dichiarativa è antichissima (...) ed è intuizione esatta».

⁽⁸¹⁾ Così F. SANTORO PASSARELLI, *La transazione*, I, rist., cit., 46 s.

⁽⁸²⁾ Non a caso F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, spec. 1201 ss., spec. 1216 ss., distingue la conciliazione «aggiudicativa», basata sulla valutazione dei diritti delle parti (a cui si fa riferimento nel testo), dalla conciliazione «facilitativa», basata invece sulla valutazione degli interessi dei paciscenti, nella quale non è rilevante la fondatezza delle rispettive posizioni giuridiche e che può pertanto condurre a soluzioni più creative, ossia innovative, del rapporto giuridico fra le parti.

La distinzione dell'accordo di conciliazione rispetto agli altri negozi di composizione della controversia non può insomma riguardare il contenuto del negozio, ma soltanto il procedimento di formazione dell'accordo, che è ovviamente facilitato dall'intervento del mediatore ⁽⁸³⁾.

14. *Giudizio concorde delle parti e giudizio arbitrale.* – Il tratto distintivo dell'accertamento consensuale consiste nel fatto che la fissazione della situazione giuridica preesistente è compiuta direttamente dalle parti, così differenziandosi nettamente anche dalla risoluzione della lite che si raggiunge mediante l'arbitrato. Infatti, il giudizio arbitrale, pur trovando il suo fondamento nell'accordo dei litiganti che stipulano un'apposita convenzione di arbitrato, è sempre pronunciato da uno o più soggetti diversi dalle parti, ossia dagli arbitri.

Questa innegabile differenza vale tanto per l'arbitrato rituale, quanto per l'arbitrato irrituale, sebbene una nutrita dottrina co-

⁽⁸³⁾ Su questo tema, sul quale vi è una letteratura sterminata, v. F. LANCELLOTTI, *Conciliazione delle parti*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, 397 ss.; S. CHIARLONI, *La conciliazione stragiudiziale come mezzo alternativo di risoluzione delle dispute*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 694 ss.; C. PUNZI, *Conciliazione e tentativo di conciliazione*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 327 ss.; R. CAPONI, *La conciliazione stragiudiziale come metodo di ADR («Alternative Dispute Resolution»)*, in *Foro it.*, 2003, V, 165 ss.; F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 19 ss.; F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 271 ss.; ID., *La mediazione*, Torino, 2012, 146 ss.; M. GRADI, *La mediazione e la conciliazione delle controversie civili*, in C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche, Le riforme del quinquennio 2010-2014*, Torino, 2015, 403 ss.; D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 3 ss.; un diverso strumento di ausilio per il raggiungimento dell'accordo risolutivo della controversia si rinviene invece nella negoziazione assistita, in cui ciascuna delle parti conduce la trattativa mediante il ricorso ad un proprio avvocato, anziché direttamente: in proposito, v. F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civili comm.*, 2015, 649 ss.; A. TRINCHI, *La negoziazione assistita*, I, in *Studium iuris*, 2017, 19 ss.

struisca quest'ultimo fenomeno come mandato a comporre la lite il cui contenuto viene riempito dagli arbitri in forza di una delega in bianco ⁽⁸⁴⁾. Da qui il passo è stato allora breve per ravvisare nel lodo irrituale un particolare tipo di negozio di accertamento ⁽⁸⁵⁾.

Una tale prospettiva non può tuttavia essere accolta, perché – anche al di là della tormentata questione dell'unitarietà del fenomeno arbitrale ⁽⁸⁶⁾ – sia nell'arbitrato rituale che in quello irrituale gli arbitri sono chiamati a compiere un giudizio sul modo di essere della situazione giuridica preesistente, verificando i relativi presupposti di fatto e di diritto e giustificando la propria decisione mediante una motivazione razionale. La funzione di accertamento è insomma, in entrambi i casi, affidata ad un terzo in forza del patto compromissorio. Ciò basta, dunque, a distinguere nettamente l'accertamento arbitrale dall'accertamento consensuale ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁴⁾ In questa prospettiva, sia pure con varietà di sfumature, v. ad esempio T. ASCARELLI, *Arbitri e arbitratori*, cit., 334 ss.; C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, II, 157 ss., spec. 165; F. SANTORO PASSARELLI, *Negoziato e giudizio*, cit., 1162 ss.; L. BIAMONTI, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 939 ss.; M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino, 2002, 103 ss.; S. BOCCAGNA, *L'arbitrato irrituale dopo la «svolta» negoziale della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 759 ss., spec. 770; e, ancora di recente, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, XII ed., Torino, 2019, I, 520 s.; M. BOVE, *La giustizia privata*, V ed., Milano, 2021, 255 ss.

⁽⁸⁵⁾ Si vedano, in particolare, L. DAMBROSIO, *Il negozio di accertamento*, cit., 191 ss.; V. TAVORMINA, *Sul contratto di accertamento e sulla tutela, anche cautelare ed esecutiva, a mezzo di arbitri irrituali*, cit., 1614 ss.

⁽⁸⁶⁾ Sostenuta condivisibilmente, per tutti, da C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., cit., I, 217 ss., spec. 238 ss.

⁽⁸⁷⁾ L'unico possibile punto di contatto fra lodo arbitrale e accertamento consensuale si ha nel caso di *award by consent*, conosciuto in alcuni ordinamenti, mediante il quale la soluzione della lite raggiunta per mutuo consenso dalle parti viene trascritta nel lodo arbitrale sottoscritto dagli arbitri: si pensi al *laudo por acuerdo de las partes* di cui all'art. 36 *Ley de arbitraje* spagnola, ma anche alle disposizioni contenute in molti regolamenti arbitrali di istituzioni permanenti. Sul tema, v. P. BERNARDINI, *Sentenze arbitrali e convenzione di New York*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 98 ss., il quale osserva significativamente che il lodo fondato sull'accordo delle parti non richiede la motivazione.

15. *L'accertamento consensuale nella teoria degli equivalenti giurisdizionali*. – Il negozio di accertamento basato sul consenso delle parti, pur differenziandosi chiaramente tanto dalla sentenza quanto dal lodo arbitrale, può essere considerato un «equivalente giurisdizionale» secondo la nota teoria sviluppata da Francesco Carnelutti⁽⁸⁸⁾, perché l'accertamento consensuale ha una funzione analoga a quella della sentenza pronunciata al giudice statale: una volta che la controversia sia stata risolta *per consensus*, non può infatti essere validamente avviato un processo giurisdizionale sul medesimo oggetto.

Non si può quindi condividere l'opinione, del resto meramente classificatoria, di Friedrich Carl von Savigny, secondo il quale la transazione non poteva essere considerata, al pari della rinuncia, un «surrogato della sentenza», anche se lo stesso autore ammetteva al riguardo una «importante somiglianza colla sentenza», osservando che i contratti risolutivi delle liti «non solo fanno cessare la lite attuale, ma impediscono ancora di rinnovarla in qualsiasi tempo futuro»⁽⁸⁹⁾. Pertanto, il negozio di accertamento può essere sicuramente considerato un «equivalente negoziale della sentenza»⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ Per una prima compiuta formulazione della teoria degli equivalenti giurisdizionali, v. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 154 ss., secondo il quale la transazione, la rinuncia e il riconoscimento sarebbero «equivalenti giurisdizionali», cioè strumenti idonei a raggiungere lo stesso scopo del processo davanti al giudice statale, mentre «con l'arbitrato siamo ormai sul terreno del processo», con la conseguenza che non dovrebbe essere compreso nella categoria degli equivalenti giurisdizionali (179); per una rielaborazione della sua costruzione, v. inoltre ID., *Istituzioni del processo civile italiano*, V ed., Roma, 1956, I, 60 ss., dove invece l'a. inserisce fra gli equivalenti giurisdizionali «non solo l'autocomposizione, ma anche l'eterocomposizione ottenuta (...) con il processo arbitrale».

⁽⁸⁹⁾ Secondo F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, VII, Berlin, 1848, 1 ss., che consulto nella trad. it., a cura di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, VII, Torino, 1896, 7 ss., si avrebbe un «surrogato della sentenza» soltanto «quando effettivamente si ottiene la *decisione* di una controversia, benché per altra via che per la sentenza del giudice», il che avverrebbe per l'a. esclusivamente nelle ipotesi di confessione giudiziale (*confessio* e *interrogatio in iure*) e di giuramento. Questi casi andrebbero tenuti «ben distinti» da quelli in cui,

Questa equivalenza non implica ovviamente che vi sia una piena identità di effetti e di regime fra i tre strumenti di risoluzione delle controversie ⁽⁹¹⁾. Un'adeguata teoria dell'accertamento consensuale deve ovviamente tenere conto di questa *differentia* e quindi affrontare una serie di problemi, innanzitutto quello dell'oggetto di tale accertamento, soprattutto in un'epoca, come quella attuale, in cui vi è una diffusa tendenza ad estendere la soluzione consensuale alle materie in precedenza indisponibili, prevedendo al contempo meccanismi di omologazione giudiziale o comunque di tipo pubblico ⁽⁹²⁾.

mediante una transazione o una rinuncia, si verifica «un effetto esteriormente simile, cioè l'evitare la lite, ma peraltro non già col deciderla, ma col toglierla di mezzo ponendo, mediante una trasformazione, un nuovo rapporto giuridico in luogo di quello fin qui controverso». Il lettore avrà subito compreso che qui si ripropone il problema della natura del negozio di accertamento, il quale non va però inteso come accordo dispositivo, bensì come mezzo di fissazione della realtà giuridica preesistente e, pertanto, funzionalmente equivalente alla sentenza: al riguardo, v. i rilievi già svolti *supra*, parr. 6-9.

⁽⁹⁰⁾ In senso critico, v. invece E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, cit., 283 ss., al quale si deve però il conio dell'espressione riportata fra virgolette nel testo.

⁽⁹¹⁾ In proposito, v. F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, cit., 1202, il quale ammette la diversità di regime fra sentenza, lodo e contratto, ma riconosce a tutti questi strumenti risolutivi della lite un'identità di effetti. In realtà non vi è una piena coincidenza della loro efficacia, ma soltanto un'equivalenza della funzione, come dimostra l'ampio dibattito sull'efficacia del lodo rituale rispetto all'efficacia della sentenza: in proposito, v. le diverse posizioni di E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351 ss.; C. PUNZI, *«Efficacia di sentenza» del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, 819 ss.; F.P. LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2010, 235 ss.; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e gli effetti del lodo arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a G. Verde*, 2010, 699 ss.; G. RUFFINI, *L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. arb.*, 2019, 239 ss.; per un esame critico al riguardo, v. anche M. GRADI, *Natura ed effetti del lodo arbitrale in Germania e Austria*, in C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., cit., III, 845 ss.

⁽⁹²⁾ A questo proposito, occorre innanzitutto menzionare l'ipotesi della transazione sui giudizi civili di falso, che ai sensi dell'art. 1968 c.c. deve essere omologata. Più di recente, si possono richiamare gli accordi sulla gestione della crisi coniugale

Occorre altresì studiare l'efficacia dell'accertamento consensuale in un successivo processo, nella prospettiva dei limiti oggettivi, temporali e soggettivi dell'accertamento medesimo ⁽⁹³⁾, nonché la natura e il regime della relativa *exceptio rei per consensus finitae* ⁽⁹⁴⁾. Sotto il profilo dell'efficacia, non si può inoltre trascurare la possibilità di far valere l'accordo risolutivo della controversia come titolo esecutivo, anche in questo caso con o senza previa omologazione giudiziale ⁽⁹⁵⁾.

Ma soprattutto occorre prendersi carico di una questione teorica fondamentale: quella della giustizia dell'accertamento consensuale, che a prima vista non può che suscitare ammirazione e dissenso. Il punto non è però quello di applicare al negozio di accertamento il criterio di giustizia proprio della sentenza o del lodo arbitrale, perché in questo modo avrebbero indubbiamente ragione coloro che ritengono paradossale parlare di «soluzione negoziale giusta» ⁽⁹⁶⁾.

raggiunti a seguito della negoziazione assistita fra avvocati, che a seconda dei casi devono essere omologati dal pubblico ministero o dal giudice, oppure essere confermati davanti al sindaco: in argomento, v. E. D'ALESSANDRO, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. it.*, 2015, 1278 ss.; J. POLINARI, *La negoziazione assistita*, in C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche, Le riforme del quinquennio 2010-2014*, cit., 447 s.

⁽⁹³⁾ Una prospettiva di questo tipo, con riferimento alla transazione, si rinviene in particolare in G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 337 ss.

⁽⁹⁴⁾ Il problema riguarda la qualificazione dell'eccezione (come eccezione di merito o di rito), il regime della sua rilevanza (riservata alla parte o estesa al giudice) e il sindacato in ordine alla sua interpretazione, soprattutto in sede di giudizio di cassazione. Alcuni studi in proposito, pervenuti a risultati divergenti, sono stati compiuti con riferimento all'*exceptio rei per transactionem finitae*: v. G. GITTI, *L'oggetto della transazione*, cit., 356 ss.; M. FRANZONI, *La transazione*, cit., 242 ss.; L. RUGGERI, *La transazione*, cit., 116 ss.

⁽⁹⁵⁾ Tema, questo, che assume oggi rilievo per i contratti di composizione della lite raggiunti all'esito della mediazione o della negoziazione assistita: in argomento, v. M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. «decreto del fare»*, in *Soc.*, 2013, 1230 ss., spec. 1234 ss.; M. GRADI, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, Messina, 2014, 98 ss.

⁽⁹⁶⁾ Secondo F. SANTORO PASSARELLI, *L'accertamento negoziale e la transazione*, cit., 5, si può parlare «di sentenza ingiusta, mentre non avrebbe senso, in relazione alla situazione giuridica preesistente, parlare di negozio *ingiusto*»; per F.P.

Tuttavia, non si può negare che vi sia un legame fra il contenuto dell'accordo consensuale e le contrapposte pretese giuridiche delle parti, che indubbiamente «sono idonee ad essere giudicate in termini di fondatezza e infondatezza»: infatti, al fine di decidere o meno se stipulare un accordo risolutivo della controversia, ciascuna parte tiene inevitabilmente «conto anche delle possibilità di accoglimento delle proprie o delle altrui pretese in sede giurisdizionale», facendo una «*prognosi* dell'eventuale contenuto di una decisione eteronoma della controversia»⁽⁹⁷⁾.

La questione della giustizia dell'accertamento consensuale si traduce allora, nella sostanza, nello studio del sistema di impugnazione del contratto risolutivo della lite, che non a caso trova una disciplina specifica proprio con riguardo alla transazione. Siffatta disciplina presenta maglie indubbiamente assai strette, ma al tempo stesso consente in alcune ipotesi di ribaltare l'accertamento consensuale raggiunto, in particolare nel caso di temerarietà della pretesa di una parte oppure di illiceità del contratto⁽⁹⁸⁾.

LUISO, *Diritto processuale civile*, XI ed., cit., V, 15, discorrere «di una soluzione negoziale 'giusta' è una vera e propria contraddizione in termini, un vero e proprio ossimoro»; anche M. BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie*, cit., 1068, afferma lapidariamente che il negozio giuridico con il quale le parti pongono fine ad una controversia «non è qualificabile come 'ingiusto'».

⁽⁹⁷⁾ Come riconosce lo stesso F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, XI ed., cit., V, 16, dal quale sono tratte tutte le citazioni riportate nel testo.

⁽⁹⁸⁾ Più precisamente, la legge esclude l'impugnazione di tale accordo per errore di diritto o per lesione (artt. 1969 e 1970 c.c.), mentre l'ammette, oltre che nei già ricordati casi di ignoranza di un precedente giudicato e di temerarietà della pretesa avanzata da una delle parti (su cui v. *supra*, rispettivamente par. 10, nota 61; e par. 12, nota 68), nelle ipotesi di transazione su contratto illecito, di transazione stipulata sulla base di documenti falsi e di scoperta di documenti sconosciuti, che erano stati occultati dall'avversario o che dimostrano che una delle parti non aveva alcun diritto (artt. 1972, 1973 e 1975 c.c.): in argomento, v. M. SEGNI, *Natura della transazione e disciplina dell'errore e della risoluzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1982, I, 250 ss.; L. LAUDISA, *La contestazione della transazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 421 ss.; E. DEL PRATO, *Transazione (diritto privato)*, cit., 845 ss.; G. GITTI, *La transazione*, in E. GABRIELLI, F.P. LUIISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, cit., I, 114 ss.

Queste possibilità si incentrano su vizi relativi alla formazione della concorde volontà delle parti o sui limiti all'autonomia privata, ma sullo sfondo presuppongono sempre lo spettro dell'errore, direi di una profonda ingiustizia⁽⁹⁹⁾. Senza quindi dover scomodare le emergenti teoriche sulla «giustizia contrattuale»⁽¹⁰⁰⁾, questo rilievo appare sufficiente per parlare, come fa chiaramente Giuseppe Ruffini, di «negozio di giusta composizione della controversia»⁽¹⁰¹⁾. La

⁽⁹⁹⁾ Del resto, anche il lodo arbitrale è impugnabile in modo piuttosto limitato, laddove le parti non abbiano espressamente pattuito la possibilità di impugnazione nel merito, oppure quando al loro silenzio non sopperisca la legge: eppure, non mi sembra che, per ciò solo, diventi un assurdo parlare di lodo arbitrale ingiusto. Sui limiti all'impugnazione del lodo rituale, v. in particolare S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.*, 2005, 843 ss., spec. 857 ss.; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2009, 19 ss., spec. 36 ss.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 247 ss.; M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016, 213 ss.; per un'ampia trattazione dell'impugnazione del lodo per contrarietà all'ordine pubblico, che è sempre consentita per espressa previsione di legge, v. inoltre S. TURATTO, *L'impugnazione del lodo rituale per contrarietà all'ordine pubblico*, Torino, 2020, 184 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ Su cui v., in particolare, A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, III, 11 ss.; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 21 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 7 ss.; ID., *Contratto giusto*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, Agg., III, 1, Torino, 2007, 384 ss.; F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, 1 ss.; F. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. e impresa Europa*, 2005, 509 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, 16 ss.; V. ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione delle teorie del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 451 ss.; G. SMORTO, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, 219 ss.; M. GRONDONA, *Diritto dispositivo contrattuale. Funzioni, usi, problemi*, Torino, 2011, spec. 198 ss.; V. CALDERAI, *Giustizia contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, VII, Milano, 2014, 447 ss.; N. LIPARI, *Intorno alla giustizia del contratto*, in ID., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, 235 ss.; P. CORRIAS, *Giustizia contrattuale e poteri conformativi del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 345 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Così G. RUFFINI, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 3. Come si è già ricordato *supra*, par. 8, nota 42, anche F. LANCELLOTTI, *Vicende e natura della conciliazione giudiziaria*, cit.,

sfida del futuro, per gli studiosi di questa nuova ed affascinante materia, «ancora bisognosa di ricostruzione sistematica» ⁽¹⁰²⁾, richiederà dunque di affrontare anche questo arduo compito.

Abstract

Lo studio esamina la figura del negozio di accertamento, mediante il quale le parti pongono fine ad una controversia giuridica determinando consensualmente il contenuto del loro rapporto, non solo per il futuro, ma anche per il passato. L'autore offre un contributo per superare le incomprensioni che da sempre hanno caratterizzato il dibattito nella letteratura giuridica, concependo l'accertamento giuridico come un giudizio vincolante in ordine al modo di essere della realtà giuridica preesistente, così ponendo le basi per la costruzione di una compiuta teoria dell'accertamento consensuale.

This article examines the Italian doctrine of 'negotiation of ascertainment', by means of which the parties put an end to a legal dispute by consensually determining the content of their relationship. Notably, by characterizing legal ascertainment as a binding judgment vis-à-vis the parties' pre-existing legal relationship, the author contributes to overcoming the misunderstandings that have always denoted the debate in legal scholarship, thus laying down the foundations towards a complete theory on consensual ascertainment.

851, associava il concetto di giustizia ai contrattati risolutivi della lite, parlando appunto di «giustizia di convenienza».

⁽¹⁰²⁾ Come osserva S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in questa *Rivista*, 2021, 3 s., con riferimento al «rapporto fra giustizia ed autonomia delle parti».

THE SINGAPORE CONVENTION
ON INTERNATIONAL MEDIATED SETTLEMENT
AGREEMENTS:
A NEW STATUS FOR PARTY AUTONOMY
IN THE NON-ADJUDICATIVE PROCESS

Cristina M. Mariottini (*)

TABLE OF CONTENTS: PART I. Introductory Remarks. – PART II. The Singapore Convention: Core Features. – PART III. Filling the Gap in International Consent-Based Dispute Resolution Mechanisms. – PART IV. Concluding Remarks.

PART I

Introductory Remarks

Adopted on 20 December 2018 in the framework of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Working Group II (Dispute Settlement) ('WGII') and opened for signature on 7 August 2019, the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the 'Singapore Convention' or 'Convention') is a multilateral treaty de-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 347-363. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Senior Research Fellow at the Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law, formerly Senior Legal Officer and consultant to the Hague Conference on Private International Law during the negotiations that led to the adoption of the 2019 HCCH Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. The views expressed in this article are solely those of the author.

signed to offer a uniform and efficient framework for the enforcement and invocation of international settlement agreements resulting from mediation. ⁽¹⁾

In keeping with the general mandate of UNCITRAL to further the progressive harmonization and unification of the law of international trade, ⁽²⁾ the Convention is intended to facilitate international trade and commerce in particular by enabling disputing parties to enforce and invoke mediated settlement agreements across borders. Notably, the Convention applies to international mediated settlement agreements ('IMSAs') concluded by parties to resolve a commercial dispute and is designed to set up a system in accord-

⁽¹⁾ At its forty-seventh session in July 2014, the UNCITRAL Commission agreed that the Working Group II (Dispute Settlement) should consider the issue of enforcement of international settlement agreements resulting from conciliation proceedings, and report to the Commission at its forty-eighth session, in 2015, on the feasibility and possible form of work in that area. In July 2015, the Commission took note of the consideration of the topic by WGII, and agreed that WGII should commence work to identify relevant issues and develop possible solutions, including the preparation of a convention, model provisions, or guidance texts. The Commission also agreed that the mandate of WGII with respect to the topic should be broad, to take into account the various approaches and concerns. Eighty-five Member States and thirty-five non-governmental organisations participated in the deliberations, which took place over six sessions. The Commission expressed support for WGII to finalise its work by preparing: a draft convention on international settlement agreements resulting from mediation, as well as a draft amendment to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (2002). The Singapore Convention was finalised at the fifty-first UNCITRAL Commission session, in July 2018. See the Resolution adopted by the UN General Assembly on 20 December 2018 [on the report of the Sixth Committee (A/73/496)], accessible at <<https://daccess-ods.un.org/tmp/7313504.21905518.html>>. More information on the history of the Convention is available at <www.singaporeconvention.org/convention/about>. The amended Model Law (the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2018)) was adopted at the same session. On the Model Law see, esp., I. BANTEKAS, P. ORTOLANI, S. ALI, M.A. GOMEZ, M. POLKINGHORNE, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary*, Cambridge University Press, 2020.

⁽²⁾ See UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, Resolution 2205 (XXI) of 17 December 1966. Section I.

ance to which commercial IMSAs are enforceable without going through the cumbersome and potentially uncertain conversion of the settlement into a judgment or an award.

Forty-six States, including the United States of America and the People's Republic of China, signed the Convention on the very day it opened for signature. Another twenty-four States attended the signing ceremony in Singapore to convey their support for the Convention. On 25 February 2020, Singapore and Fiji became the first two States to deposit their respective instruments of ratification of the Convention at the United Nations Headquarters in New York. Subsequently to the deposition of the third instrument of ratification by Qatar on 12 March 2020, the Convention entered into force on 12 September 2020. As of 30 November 2021, the Convention counts fifty-five signatories, eight of which are also Parties to the Convention.⁽³⁾

The notion that mediation is gaining momentum in the cross-border setting seems to find strength and support also in the responses that international institutions offering mediation services have put in place and the services that they are in the process of offering in the aftermath of the adoption of the Convention. For instance, the London Court of International Arbitration (LCIA) has recently modernized its LCIA Mediation Rules, which became effective on 1 October 2020.⁽⁴⁾ Similarly, on 18 May 2020, the Singapore International Mediation Centre (SIMC) launched the SIMC

⁽³⁾ The full list of signatories and Parties to the Convention is available at <www.singaporeconvention.org/jurisdictions>. It is worth to remind that, by signing the Singapore Convention, a State merely expresses its intention to comply with the treaty, which is not binding in itself. Only once it is ratified, accepted, acceded to, approved under the State's internal procedure, does the treaty formally become binding on that State. See Article 14 of the Convention and Articles 2 and 11 et seq, of the U.N. Convention on the Law of Treaties, done at Vienna on 23 May 1969 and entered into force on 27 January 1980, UNITED NATIONS, *Treaty Series*, vol. 1155, 331.

⁽⁴⁾ <<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/LCIA-Mediation-Rules-Effective-1-October-2020.pdf>>.

COVID-19 Protocol, offering expedited mediation in response to the pressing need to resolve cross-border disputes in a swift and inexpensive manner, in light of the COVID-19 pandemic. ⁽⁵⁾

Against this background, this article offers an overview of the critical provisions and underlying rationale of the newly adopted Convention, before delving into the relationship of the Singapore Convention with existing treaties on the cross-border circulation of judgments and awards in civil and commercial matters. Focus will be placed, in particular, on illustrating the complementarity of these instruments as well as on demonstrating how, with the adoption and entry into force of the Singapore Convention, commercial IMSAs are warranted a new formal status in the realm of cross-border dispute resolution systems.

PART II

The Singapore Convention: Core Features

By laying down the framework for the enforcement of IMSAs, the Singapore Convention may be construed, to some extent, as parallel and complementary to the 1958 UN Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards ('New York Convention') ⁽⁶⁾ and the 2005 HCCH Convention on Choice of Courts Agreements ('Choice of Court Convention'). ⁽⁷⁾ The Singa-

⁽⁵⁾ <<https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/2020-Press-Release-SIMC-COVID-19-Protocol.pdf>>.

⁽⁶⁾ See, esp., G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Wolters Kluwer, 2014; R. WOLFF, *New York Convention: Article-by-Article Commentary*, 2nd ed., Verlag C.H. Beck, 2019.

⁽⁷⁾ T. HARTLEY, M. DOGAUCHI, *Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements. Explanatory Report*, in *Proceedings of the Twentieth Session (2005)*, Tome III, *Choice of Court Agreements*, Intersentia, 2010; R.A. BRAND, P.M. HERRUP, *The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements: Commentary and Documents*, Cambridge University Press, 2008.

pore Convention, the New York Convention and the Choice of Court Convention are, in fact, all premised on party autonomy, the full effectiveness of which they pursue as their ultimate goal. ⁽⁸⁾

1. *Scope of Application.* – The Singapore Convention unifies, in particular, the framework for enforcing mediated settlement agreements connected to international commercial matters. In accordance with Article 1(1), the Convention applies to settlement agreements ‘resulting from mediation and concluded in writing by parties to resolve a commercial dispute,’ which are ‘international’ in nature at the time of their conclusion.

The requirement that the settlement agreement be ‘international’ is satisfied provided at least two parties to the settlement agreement have their places of business in different States or, alternatively, the State in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either: (i) the State in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is performed; or (ii) the State with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected. However, unlike what occurs with arbitration in accordance with the New York Convention, under the Singapore Convention the seat of mediation is irrelevant: it follows that no single jurisdiction has the power to vacate or set aside a commercial IMSA under the Convention.

As set out at Article 1(2), the material scope of application of the Convention is limited to commercial disputes: consequently, the

⁽⁸⁾ In this respect, it should however be noted that, unlike in choice of court instruments – where party autonomy plays a role solely within the limits of the designation of a court as the one having jurisdiction to rule on certain disputes that may arise in connection with a given relationship –, under the Singapore Convention and the New York Convention party autonomy permeates the whole procedure and, to the extent that the interface with national procedure permits it, its outcome. See C.M. MARIOTTINI, B. HESS, *The Notion of ‘Arbitral Award’*, in F. FERRARI, F. ROSENFELD (eds.), *Autonomous versus Domestic Concepts under the New York Convention*, Kluwer Law International, 2020, 27-54, esp. 54.

Convention does not apply to settlement agreements arising out of transactions for family, personal or household purposes or relating to family, inheritance or employment law, nor to court-approved settlement agreements enforceable as a court judgment or arbitral awards.

Finally, within the meaning of Article 2(3) the term ‘mediation’ is defined as ‘a process, irrespective of the expression used or the basis upon which the process is carried out, whereby parties attempt to reach an amicable settlement of their dispute with the assistance of a third person or persons (‘the mediator’) lacking the authority to impose a solution upon the parties to the dispute.’

2. *The Obligation to Enforce an IMSA.* – Article 3 embodies the main obligation established under the Convention, i.e., that Contracting Parties enforce (para. 1) and recognize (para. 2) ⁽⁹⁾ IMSAs that fall within the scope of the Convention. Minimal procedural requirements for the enforcement of a commercial IMSA are then set out at Article 4. Such requirements, which are akin to the formalities that govern court enforcement procedures, are designed to satisfy the need for some form of verification, in light of the fact that the settlement agreement is going to be enforced without any scrutiny by a court. Such requirements, although minimal, are meant to ensure that the settlement agreement has been reached in a legal framework characterized by general fairness and cognition by

⁽⁹⁾ The provision avoids using the terms ‘recognition’ or ‘recognize’: the inclusion of such terms, as commonly understood in private international law, was opposed by some delegations that argued that the notion of *res judicata* should be used only in regards to matters stemming from acts of States, e.g., court judgments. See WORKING GROUP II, SIXTY-FOURTH SESSION, 4 February 2016, audio-recording available at <www.uncitral.org/uncitral/audio/meetings.jsp>, at 10.00-13.00. See also N. ROSNER, *The New UNCITRAL Instruments on International Commercial Settlement Agreements Resulting from Mediation – An Insider’s View*, in 22(4) *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflict management* 30, 33 (2018).

the parties to the dispute of the consequences of their actions. It follows that agreements negotiated outside of mediation do not fall within the scope of the Convention.

Against this backdrop, it should be noted that the requirement that a mediator participate in the process is particularly flexible, as evidenced by the broad notion of mediator under Article 2(3). In particular, the requirement that a mediated settlement be reached with the assistance of a third party who lacked the authority to impose a solution (the mediator) does not define the level and depth of involvement of such party: for instance, such requirement may be deemed to be satisfied also in case the mediator assists the parties overcome a contentious aspect and then leaves the parties to sort out the remaining issues arisen as between them. ⁽¹⁰⁾

Furthermore, while the participation of a mediator in the dispute resolution process is paramount in the general scheme of the Singapore Convention and it amounts to the fundamental (albeit broadly framed) element on which the benefits that arise from the Convention are premised, additional flexibility in this respect is brought forth by the 2018 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation which, in defining its scope of application, opens to the possibility that a State may consider (subject to the necessary adjustments of the relevant articles) enacting the Model Law to apply to agreements settling a dispute, irrespective of whether they resulted from mediation. ⁽¹¹⁾

⁽¹⁰⁾ T. SCHNABEL, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, in 19(1) *Pepperdine Disp. Resol. L.J.* 1, 17 (2019); N. ALEXANDER, S. CHONG, *The Singapore Convention on Mediation. A Commentary*, Wolters Kluwer, 2019, 79.

⁽¹¹⁾ See Section 3, note 5, 2018 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation. For a comment on this Section of the 2018 Model Law see, in part., I. BANTEKAS, P. ORTOLANI, S. ALI, M.A. GOMEZ, and M. POLKINGHORNE, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: A Commentary*, Cambridge University Press, 2020.

The requirements under Article 4 are exclusive, in the sense that additional requirements (e.g., notarization) may not be imposed either by Contracting States under their national law or by the court seised with a request for enforcement. Notably, a party seeking to enforce a settlement agreement must produce to the competent authority the settlement agreement signed by the parties and evidence that the settlement agreement resulted from mediation. Such evidentiary requirement may be satisfied, for instance, by means of the mediator's signature on the settlement agreement; by a document signed by the mediator indicating that the mediation was carried out; via an attestation by the institution that administered the mediation; or, absent these evidentiary means, by any other evidence acceptable to the competent authority.

A translation of the settlement agreement or 'any necessary document in order to verify that the requirements of the Convention have been complied with' may be requested by the competent national court (Article 4(3) and (4) of the Convention). Also, all national enforcement courts 'shall act expeditiously' when considering the request for relief (Article 4(5) of the Convention).

3. Grounds for Refusal of Enforcement. – Provided the IMSA satisfies the requirements at Article 4, it is deemed to be binding on the parties and eligible for enforcement, in accordance with Article 3, unless an interested party succeeds in rebutting this presumption. Article 5 lays down the limited defences that may be invoked against enforcement. Such defences may be grouped in two main categories: defences that may be invoked and proven by a party (Article 5(1)) and defences that may be taken into account by the competent court on its own motion (Article 5(2)).

Defences relating to incapacity (Article 5(1)(a)), illegality (Article 5(1)(b)(i)), lack of finality and unenforceability (Article 5(1)(b)(ii) and (iii)), satisfaction (Article 5(1)(c)), conflict with the public policy of the State addressed (Article 5(2)(a)) and eligibility

of the matter for settlement (Article 5(2)(b)) are customary in the area of enforcement law. However, more remarkable and less traditional defences are those found in Article 5(1) paragraphs (d), (e) and (f).

Notably, Article 5(1)(d) of the Convention permits an objection on the grounds that ‘granting relief would be contrary to the terms of the settlement agreement’: consequently, in line with the underlying principle of enhancing and implementing party autonomy, this provision allows commercial parties to expressly opt-out of the Singapore Convention. Furthermore, mirroring – but also partly departing from – the approach adopted internationally in respect of arbitral awards where allegations of impropriety or bias by the arbitrator called the validity of an award into question, Article 5(1)(e) of the Singapore Convention provides for a defence where there was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation without which breach that party would not have entered into the settlement agreement.

On similar premises, Article 5(1)(f) provides for a defence where there was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator’s impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement.

While these provisions partly take inspiration from Article V of the New York Convention, they also rely on and underscore the fundamental distinction between mediation and arbitration whereby a mediator facilitates the parties to achieve their consensual solution whereas an arbitrator decides, with binding character, the issues between parties. Notably, in this framework the Singapore Convention takes into account that, while bias, improper behaviour, or a non-disclosed personal interest may affect an arbitrator’s decision to the detriment of one party, such behaviour by a mediator can only be relevant provided it vitiates a party’s consent to a settlement. Article 5(1)(e), in particular, demands cumulative proof

by the party seeking to recede from the IMSA that a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation occurred, without which breach that party would not have entered into the settlement agreement.

Conversely, to succeed under Article 5(1)(f) the party has to satisfy – again, by means of cumulative requirements – the court that there was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator’s impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party without which failure that party would not have entered into the settlement agreement. By relying on ‘justifiable’ doubts, the provision rules out arguments based on a subjective assessment by the party seeking to raise it and, by mandating that the failure to disclose have ‘material’ impact or undue influence on the party, the provision denies any relevance to trivial effects.

4. *Modelling the Application of the Convention.* – Pursuant to Article 8 of the Singapore Convention, Contracting Parties have the possibility to make two reservations, i.e., that a State: (a) ‘shall not apply this Convention to settlement agreements to which it is a party, or to which any governmental agencies or any person acting on behalf of a governmental agency is a party, to the extent specified in the declaration;’ and/or (b) ‘shall apply this Convention only to the extent that the parties to the settlement agreement have agreed to the application of the Convention.’ No other reservations are permitted, except the two specified above. States are allowed to make reservations at any time, i.e., upon the signature, the ratification or after the ratification of the Singapore Convention. ⁽¹²⁾

⁽¹²⁾ Belarus, Iran and Saudi Arabia have made reservations under Article 8 of the Singapore Convention (the Convention status as of December 2021 is available at <https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status>).

Quite interestingly – and to a certain degree in contrast with the underlying notion of enhancing party autonomy – the opportunity to influence, to some extent, the application of the Convention is limited to Contracting Parties. In fact, while at Article 8(b) the Convention warrants Contracting Parties the opportunity to declare that they will subject the application of the Singapore Convention to the parties' agreement that their IMSA be regulated and ultimately circulate in accordance with the Convention, no comparable authority is granted to the parties to the dispute themselves. Ultimately – unlike, for example, what is established under Article 6 of the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) – the Singapore Convention does not give the parties the possibility to exclude the application of the Convention or derogate from, or vary the effect of, any of its provisions.⁽¹³⁾

Finally, departing from the 1958 New York Convention, the 2005 HCCH Choice of Court Convention and the 2019 HCCH Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments on Civil or Commercial Matters ('Judgments Convention'), the Singapore Convention is not based on reciprocity. It follows that the settlement agreement reached in the context of a mediation situated anywhere in the world could be recognized and enforced in a Contracting State, subject to the requirements laid out under the Convention.

⁽¹³⁾ See in part. G. CARDUCCI, *La Convention de Singapour des Nations-Unies sur l'efficacité des accords en matière de médiation internationale – Débats*, in *Travaux du comité français de droit international privé*, séance du 5 octobre 2019, 2018-2019, 2019-2020, Éditions Pedone, 2021, 51.

PART III

*Filling the Gap in International Consent-Based
Dispute Resolution Mechanisms*

1. *The Singapore Convention as the New ‘Piece of the Puzzle’ in Cross-Border Dispute Resolution Mechanisms...* – As pertains to scope, the relationship between the Singapore Convention, on the one hand, and the New York Convention and the Judgments Convention, on the other hand, has been taken into careful consideration by the negotiators. In fact, in order to foster predictability and uniform interpretation,⁽¹⁴⁾ the negotiators of these instruments, and notably of the Singapore, Choice of Court and Judgments Conventions, have strived to ensure complementarity and prevent overlapping at once in the scope of application of the Conventions.

This objective has materialised in a series of provisions. On the one hand, the Singapore Convention provides at Article 1(3) that it shall not apply to settlement agreements that are enforceable as a court judgment or as an arbitral award: in fact, enforcement in those two scenarios would normally fall under the scope of the Judgments Convention (for a court judgment or a judicial settlement) or the New York Convention (for an arbitral award). On the other hand, Article 1(3) of the Singapore Convention is wholly consistent with and complementary to Article 12 of the Choice of Court Convention and Article 11 of the Judgments Convention, according to which judicial settlements (*transactions judiciaires*) which a court of a Contracting State has approved, or which have been concluded in the course of proceedings before a court of a Contracting State, and which are enforceable in the same manner as

⁽¹⁴⁾ On the pivotal role of uniform treaty interpretation see recently J. RIBEIRO-BIDAOU, *The International Obligation of the Uniform and Autonomous Interpretation of Private Law Conventions: Consequences for Domestic Courts and International Organisations*, in 67 *Netherlands International Law Review* 139-168 (2020).

a judgment in the State of origin, shall be enforced under the Choice of Court or Judgments Convention, respectively, in the same manner as a judgment. ⁽¹⁵⁾

The mechanism whereby each Convention defers to the others on the grounds of their respective scopes of application is to be embraced as fostering predictability and advancing each Convention as the international instrument of reference which is more highly specialized and appropriately framed to treat and govern each different instance.

2. ... *and in the Framework of Party Autonomy.* – Among the reasons for which the adoption of the Singapore Convention is to be welcomed is also the fact that this Convention closes a gap in the context of consent-based dispute resolution mechanisms. Party autonomy has garnered remarkable appreciation in the past decades and even more so in recent years: this is evidenced, in particular, by the striking success of the New York Convention which ensures the effectiveness as between Contracting Parties of arbitration clauses and arbitral awards in cross-border commercial contracts and which currently counts as many as 168 Contracting Parties. ⁽¹⁶⁾

Designed to translate into the realm of litigation the system established for arbitration with the New York Convention, the 2005 HCCH Choice of Court Convention creates the premises to ensure the effectiveness of choice of court agreements both at the litigation and at the recognition and enforcement phases. However, subject to a declaration made by a Contracting Party in accordance

⁽¹⁵⁾ See F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, G. SAUMIER, *Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters: Explanatory Report*, The Hague Conference on Private International Law – HCCH Permanent Bureau, 2020, sub Article 11.

⁽¹⁶⁾ <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2>.

with Article 22, the Choice of Court Convention applies to exclusive choice of court agreements, only.

Against this backdrop and limitedly to the recognition and enforcement phases, the 2019 HCCH Judgments Convention regulates indirect jurisdiction based on consent in its remaining variations in a manner that may be described as perfectly complementary to the Choice of Court Convention. Notably, Article 5(1)(e) of the Judgments Convention governs recognition and enforcement of judgments based on express consent given during the course of the proceedings before the court of origin; subparagraph (f) of the same provision regulates cases where the same occurrence arises as a result of implicit consent; the claimant's implicit consent is also the rationale for the recognition and enforcement basis of the provision at sub-paragraph (c); finally, the recognition and enforcement of judgments based on non-exclusive choice of court agreements are regulated at sub-paragraph (m).⁽¹⁷⁾ Conversely, and to avoid any overlaps in the scope of application of the Conventions, exclusive choice-of-court agreements do not constitute a basis for recognition and enforcement of a foreign judgment under the Judgments Convention, the regulation of such agreements being purposely left entirely to the Choice of Court Convention.

In this framework, the Singapore Convention designs a new non-adjudicative, party-autonomy based asset in the context of cross-border dispute resolution. On the one hand, the Convention creates a system in accordance to which agreements that would otherwise amount to a private contractual act are converted into an instrument eligible for cross-border circulation in Contracting States (similarly to a judgment or an arbitral award); on the other

⁽¹⁷⁾ A. BONOMI, C.M. MARIOTTINI, *A Game Changer in International Litigation? Roadmap to the 2019 Hague Judgments Convention*, in *Yearbook of Private International Law*, Otto Schmidt, vol. XX, 2018/2019, 537-567, esp. 554 et seq. Some restrictions apply to the relevance of jurisdiction based on party autonomy, notably vis-à-vis the circulation of, on the one hand, judgments rendered against a consumer or an employee (Article 5(2) of the Judgments Convention) and, on the other hand, judgments on rights *in rem* in immovable property (Article 6).

hand, it sets up an international, legally binding and partly harmonized system for such circulation. ⁽¹⁸⁾

The desirability and likelihood of concrete success of such an instrument stems from the fact that mediation is increasingly used in international and domestic commercial practice as an alternative to litigation. ⁽¹⁹⁾ In particular, the use of mediation in the cross-border setting results in meaningful benefits to commercial disputes: on the one hand, it reduces costs related to dispute resolution, on the other hand, it facilitates the prosecution of harmonious relations, both as between the commercial parties involved in a dispute and as between States. ⁽²⁰⁾

Prior to the adoption of the Singapore Convention (and, to date, outside the geographical scope of the Convention), commercial IMSAs were not enforceable by their own nature. Consequently, the case where a settlement debtor refused to comply with the outcome of a mediation entailed (and still entails, outside of the territorial scope of application of the Convention) that the settlement creditor should resort to arbitration or court proceedings for breach of contract, and should subsequently enforce the resulting arbitral award or judgment to seek concrete satisfaction of its claim.

⁽¹⁸⁾ For a detailed report on the negotiations that led to the adoption of the Convention, see T. SCHNABEL, *The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements*, in *19(1) Pepperdine. Disp. Resol. L.J.* 1-60 (2019). On the general issue of enforcement of mediated settlement agreements see: G. PALAO MORENO, *Enforcement of Foreign Mediation Agreements within the European Union*, in J.S. BERGÉ, S. FRANCO and M. GARDEÑES SANTIAGO (eds.), Bruylant, 2015, 79 et seq.; F. OSMAN (dir.), *La médiation en matière civile et commerciale*, Larcier, 2013; X. VUITTON, *Quelques réflexions sur l'office du juge de l'homologation dans le livre V du code de procédure civile*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 771 et seq. (2019).

⁽¹⁹⁾ With respect to the prospects of success of the Convention in particular in Asia, where mediation is traditionally viewed as a valuable tool to solve commercial disputes, see esp. E. CHUA, *The Singapore Convention on Mediation. A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, in *9 Asian Journal of International Law* 195-205 (2019).

⁽²⁰⁾ In this regard, see also the Preamble to the Convention.

Conversely, with the ratification and entry into force of the Singapore Convention, enforcement of such settlement agreements is ensured in Contracting States, to the benefit of predictability and a smooth (and less costly) administration of justice. By joining the Convention, Contracting States are in fact bound to enforce settlement agreements resulting from mediation via a simplified procedure, as set out in the Convention. Accordingly, by means of the Singapore Convention the traditional hesitancy of commercial parties towards mediation may be overcome and mediation becomes an effective and entrusted dispute resolution system in commercial matters, alongside arbitration and litigation.

PART IV

Concluding Remarks

The benefits that stem from the Singapore Convention may be described as twofold: on the one hand, the Convention has succeeded in elevating the outcome of a non-adjudicative process to a new formal status acknowledged in accordance with international law; on the other hand, it has ensured the circulation of such outcome, subject to minimal formal and substantial requirements.⁽²¹⁾

While the ultimate success of this recently enacted instrument remains to be verified, the Singapore Convention's adoption and entry into force should overall be welcomed in that the Convention contributes to a smooth, and time and cost efficient cross-border dispute resolution system whilst also creating the premises for the parties involved to maintain a reasonably good relationship, as well as for reducing the burden on the judicial systems of States.

Against this background, in the forthcoming future it shall be interesting to see how the national courts of the Contracting Parties

⁽²¹⁾ See N. ALEXANDER, S. CHONG, *The Singapore Convention on Mediation. A Commentary*, Wolters Kluwer, 2019, 74.

acknowledge and enforce commercial IMSAs in accordance with the Convention in light of the interplay of domestic and international provisions.

Abstract

The United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the ‘Singapore Convention’), adopted in 2018 and entered into force in 2020, is designed to facilitate cross-border trade and commerce, in particular by enabling disputing parties to enforce and invoke settlement agreements in the cross-border setting without going through the cumbersome and potentially uncertain conversion of the settlement into a court judgment or an arbitral award. Against this background, the Convention frames a new status for mediated settlements: namely, on the one hand it converts agreements that would otherwise amount to a private contractual act into an instrument eligible for cross-border circulation in Contracting States and, on the other hand, it sets up an international, legally binding and partly harmonized system for such circulation. After providing an overview of the defining features of this new international treaty, this article contextualizes the Singapore Convention in the realm of international consent-based dispute resolution mechanisms.

RECENTI SVILUPPI DELLA MEDIAZIONE IN CINA

Ivan Cardillo (*)

SOMMARIO: 1. Nuove regole sulla mediazione popolare e giudiziale. – 2. La mediazione nell’esperienza giuridica cinese. – 3. Il Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035. – 3.1. Caratteri e significato dell’esperienza di Fengqiao. – 4. Le Opinioni guida della Suprema Corte del Popolo. – 4.1. Le piattaforme di mediazione.

1. *Nuove regole sulla mediazione popolare e giudiziale.* – Con il presente contributo si intendono analizzare i più recenti sviluppi registrati nell’ordinamento giuridico cinese in tema di mediazione. Il discorso ruota intorno a due importanti documenti: il «Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035» ⁽¹⁾ e le «Opinioni

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 365-384. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) *Senior Lecturer* di Diritto comparato e Vice-Direttore dell’Istituto per il Diritto Straniero e Comparato nella *Zhongnan University of Economics and Law* (Wuhan, Cina), *Visiting Professor* titolare del corso di Introduzione al Diritto Cinese nell’Università di Trento, *Senior Advisor* per il ‘Faren’, *think tank* del *Legal Daily*, Quotidiano di Informazione Giuridica del Governo cinese. Il presente lavoro si è avvalso del sostegno dei «*Fundamental Research Funds for the Central Universities*», *Zhongnan University of Economics and Law* (2722021FX002).

⁽¹⁾ Il testo integrale è disponibile al sito <http://www.gov.cn/xinwen/2021-03/13/content_5592681.htm> (26.12.2021). Il Piano quinquennale è il più importante piano di sviluppo economico e sociale del Governo cinese fin dal 1953. La sua importanza è data sia dalla sua capacità progettuale di lungo termine (l’attuale Piano fissa obiettivi fino al 2035) sia dalla generalità e complessità delle politiche adottate, che puntano a considerare il maggior numero di elementi e variabili pos-

guida della Suprema Corte del Popolo relative all'accelerazione dei passi per motivare le piattaforme di mediazione dei tribunali ad operare nei villaggi, nelle comunità residenziali e nelle comunità telematiche»⁽²⁾.

Entrambi i documenti guardano alla dimensione locale della mediazione. Quanto emerge è il complesso tema del rapporto tra mediazione popolare e mediazione giudiziale, del loro coordinamento e della loro importanza per la *governance* e la stabilità sociale.

2. *La mediazione nell'esperienza giuridica cinese.* – Il presente contributo si indirizza alle recenti iniziative adottate nell'ordinamento cinese in tema di giustizia consensuale. Si rende tuttavia doverosa una pur breve premessa sul ruolo della mediazione nella tradizione giuridica cinese, e quindi nella cultura giuridica cinese nel suo complesso, in modo da tracciare l'orizzonte storico culturale di un istituto da sempre centrale nell'esperienza della Cina.

Nella tradizione assistiamo ad una spaccatura tra l'ideale di una società armoniosa senza contenziosi e la realtà di una società complessa, dove le dispute rischiano di congestionare la burocrazia. Nel manuale per magistrati del XVII secolo «*Fu-hui Ch'uan-shu*» di Huang Liuhung si rinviene un'intera sezione dedicata al processo e all'amministrazione della giustizia. Nel paragrafo introduttivo si ricorda come la società del passato fosse idealmente governata dalla suprema virtù e dalla saggezza⁽³⁾. Si menziona a tal proposito la celebre frase di Confucio: «Nel giudicare le cause sono come chiun-

sibili, e quindi non solo politiche economiche, ma anche riforme del sistema giuridico, innovazione legislativa e *governance* sociale, salute, tecnologia, ecc.

⁽²⁾ Il testo completo è disponibile all'indirizzo <<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-326921.html>> (26.12.2021).

⁽³⁾ Si veda la traduzione inglese di DJANG CHU, *A Complete Book Concerning Happiness and Benevolence. A Manual for Local Magistrates in Seventeenth-Century China*, The University of Arizona Press, 1984, 252.

que altro, ma preferirei che non ci fossero cause» (4). Nella stessa frase, tuttavia, si cita un altro passaggio dei «Dialoghi» di Confucio: «C'è solo un uomo che con mezza parola riesce a risolvere una controversia: questi è Yu» (5), a testimonianza di una reale ed intensa attività giurisdizionale.

Il paragrafo prosegue denunciando l'aumento generale delle controversie, e le difficoltà del giudice nell'accertare la verità. Accanto ad un ideale di armonia generale, quindi, troviamo una realtà diversa, dove liti, processi, e figure professionali legali (come i maestri del contenzioso, *songshi*) non mancano.

I magistrati locali, nei loro manuali, ricevono istruzioni per dissuadere le parti dall'azione processuale. Recita il manuale «*Fu-hui Ch'uan-shu*»: «*Although the magistrate is empowered to adjudicate lawsuits, he is powerless to stop people from instituting them. All he can do is advise people to avoid such actions as much as possible. The best way to persuade people to avoid litigation is to teach them to control their emotions and practice forbearance*» (6). Questa necessità era avvertita per via dell'estrema litigiosità del popolo cinese.

La spaccatura del diritto tradizionale cinese tra una visione ideale di assenza del contenzioso (*wusong*), fondata sull'armonia e sulla mediazione, ed una visione pratica, fondata sul contenzioso, è frutto, anche, della diversa metodologia di ricerca utilizzata. Gli storici delle dottrine e del pensiero, e con loro la scuola confuciana del diritto, tendono a dare risalto alla visione ideale espressa da Confucio, alla sua teoria di un diritto fondato sulla virtù, sui riti, sulla conciliazione, e quindi ad un rifiuto del conflitto e del processo. Gli storici-sociologi del diritto, al contrario, svolgono un'intensa ricerca d'archivio, guardano alla prassi, e ci riportano una società affatto diversa, dove il contenzioso c'è, è ammesso e regolato. Le figure professionali coinvolte nel processo, come ad esempio i maestri del

(4) Il riferimento è a CONFUCIO, *Dialoghi, Libro dodicesimo Yanyuan*, verso 13.

(5) CONFUCIO, *op. cit.*, verso 12.

(6) DJANG CHU, *op. cit.*, 258.

contenzioso, sono, di conseguenza, interpretate in modi opposti. Per alcuni si tratta di legulei, per altri, di figure nobili ed importanti per il sistema giudiziario cinese ⁽⁷⁾.

Seppur nella sua brevità, questi cenni introduttivi premettono di intuire il ruolo svolto dalla mediazione nella storia della Cina imperiale. Non si tratta di un mero strumento nelle mani dell'amministrazione, ma essa rappresenta un vero e proprio ideale di giustizia, un metro di misurazione della distanza tra il reale e l'ideale, e tra il confucianesimo e le altre scuole di pensiero.

3. *Il Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035*. – L'11 marzo 2021, la quarta sessione della tredicesima Assemblea Nazionale del Popolo ha votato e approvato le risoluzioni sul «Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035» (di seguito il Piano).

Il Piano affronta il tema della mediazione nel capitolo 55, dedicato alla protezione della stabilità e della sicurezza sociale, ovvero alla «corretta gestione delle nuove forme di contraddizione interne al popolo, al rafforzamento della prevenzione e al controllo della sicurezza pubblica sociale, alla creazione di una rete sociale sicura,

(7) Ottimi punti di riferimento sul tema della mediazione nella Cina imperiale si rinvencono in FUMA SUSUMU, *Litigation Masters and the Litigation System of Ming and Qing China*, in 4(1) *International Journal of Asian Studies*, 79-111 (2007), che evidenzia l'esistenza di un'intensa attività giurisdizionale e l'importanza dei maestri del contenzioso. HUANG, PHILIP C., *Chinese Civil Justice, Past and Present*, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2010, sottolinea, invece, il ruolo dominante della mediazione nel sistema giuridico cinese tradizionale e moderno. Su questione metodologica ed evoluzione della storiografia nello studio dell'ordinamento giuridico cinese si veda YOU CHENJUN, *Riflessione sul 'rinascimento' dello studio della storia giuridica e sociale cinese, attraverso l'analisi del contenzioso e degli studi sociali nelle dinastie Ming e Qing (Zhōngguó fǎlù shèhuì shǐ yánjiū de "fùxīng" jí qí fānsī , jīyú míng qīng sùsòng yǔ shèhuì yánjiū língyǔ de fēnxi)*, in 147(3) *Law and Social Development*, 190-208 (2019).

intelligente, solida». All'interno di questo capitolo troviamo la sezione 1, dedicata al rafforzamento dei meccanismi di gestione della composizione delle contraddizioni sociali⁽⁸⁾. Il tema centrale dell'intera sezione è la mediazione (*tiáojiě*).

Dice il testo integrale: «Perseverare e sviluppare l'esperienza di Fengqiao' di nuova epoca, costruire dei meccanismi di gestione della composizione delle controversie sociali di prevenzione e controllo a monte, di ispezione ed organizzazione, di risoluzione delle controversie, di gestione delle emergenze. Sbloccare e standardizzare i canali di espressione dei ricorsi, di bilanciamento degli interessi, di garanzia dei diritti e degli interessi legittimi, perfezionare il sistema di lavoro congiunto tra mediazione popolare, mediazione amministrativa e mediazione giudiziale. Rafforzare i meccanismi di risoluzione diversificata delle controversie e dei conflitti, dare ampio spazio al ruolo della mediazione, dell'arbitrato, del giudizio amministrativo, del riesame amministrativo e del contenzioso nella prevenzione e risoluzione dei conflitti sociali. Perfezionare e implementare il sistema delle lettere di petizione, rispondere, in modo tempestivo e sul posto, alle richieste ragionevoli e conformi alla legge del Popolo. Migliorare i meccanismi di coordinamento nella prevenzione del rischio e dei conflitti sociali. Migliorare il sistema dei servizi psicologici e sociali e i meccanismi di intervento in casi di crisi».

Sempre nel testo del Piano, la mediazione compare anche nelle disposizioni sulla proprietà intellettuale (capitolo 7 sezione 2), quale strumento aggiuntivo per garantirne la tutela, e in quelle sul sistema dei servizi pubblici di impiego, quale strumento di risoluzione delle controversie di lavoro (capitolo 47 sezione 2).

3.1. Caratteri e significato dell'esperienza di Fengqiao. – L'esperienza di Fengqiao' è centrale per il modello di gestione sociale

⁽⁸⁾ La seconda, ed ultima sezione del capitolo, si occupa invece di crimini e pene.

promosso nel 2017 in occasione del XIX Congresso Nazionale del Partito Comunista Cinese. L'espressione si riferisce alla gestione delle comunità di base, ai livelli amministrativi più prossimi alla vita quotidiana del Popolo.

Da questo punto di vista, la gestione della base sociale è cruciale per l'attuazione delle politiche centrali, per la conservazione della stabilità sociale, e per la costruzione di una società improntata allo stato di diritto ⁽⁹⁾. Nella sua relazione del 2017, Xi Jinping ha parlato di «costruzione di un modello di *governance* sociale basato sulla cooperazione, cogestione, condivisione» ⁽¹⁰⁾. Lo scopo è quello di innovare l'intero sistema di gestione sociale per far fronte ad una diversità crescente. Per il Segretario Generale questo è possibile solo attraverso il miglioramento della capacità di indirizzo del Partito, e dalla qualità del lavoro dei suoi funzionari. Parallelamente, ulteriore importanza è riconosciuta ai mezzi di prevenzione delle tensioni sociali, e quindi al ruolo delle comunità quali strumento di *governance* locale fondate sull'autogoverno e sull'autoregolamentazione.

Lo «Schema attuativo per la costruzione di una società di stato di diritto (2020-2025)» ⁽¹¹⁾ lega il tema della risoluzione efficace e legale delle controversie e dei conflitti sociali all'«esperienza di Fengqiao». Dice il testo: «Risolvere efficacemente, e in conformità alla legge, i conflitti e le controversie sociali. Aderire e sviluppare l'«esperienza di Fengqiao» di nuova epoca, sbloccare e standardizzare i canali di espressione dei ricorsi, di bilanciamento degli interessi, di garanzia dei diritti e degli interessi legittimi, rafforzare le indagini sui conflitti e le analisi del rischio, perfezionare i meccanismi gene-

⁽⁹⁾ In cinese: *fǎzhì shèhuì*, concetto fondamentale per il pensiero di Xi Jinping sullo stato di diritto e per il nuovo impianto politico-ideologico.

⁽¹⁰⁾ In cinese: *Dǎzào gòng jiàn gòng zhì gòngxiǎng de shèhuì zhìlǐ géjù*. Il testo completo della relazione di Xi Jinping in occasione del XIX Congresso Nazionale del Partito è disponibile <<https://www.12371.cn/2017/10/27/ARTI1509103656574313.shtml>> (26.12.2021).

⁽¹¹⁾ Il testo completo è disponibile all'indirizzo <http://www.gov.cn/zhengce/2020-12/07/content_5567791.htm> (26.12.2021).

rali di risoluzione e di prevenzione diversificata delle controversie e dei conflitti sociali, lavorare alla risoluzione delle controversie e dei conflitti alla base. Praticare la separazione del sistema delle lettere di petizione dal contenzioso, approfondire il ricorso alla legge per la classificazione e gestione delle lettere di petizione e del contenzioso. Dare pieno spazio al ruolo della mediazione popolare quale primo strumento di difesa, perfezionare il sistema di lavoro congiunto tra mediazione popolare, mediazione amministrativa e mediazione giudiziale. Dare spazio al ruolo degli avvocati nella mediazione, costituire e rafforzare i meccanismi di garanzia e di finanziamento della loro attività di mediazione. Le contee (città e distretti) devono sperimentare meccanismi di risoluzione delle controversie ‘in una seduta’ nei settori in cui le controversie ed i conflitti sono più frequenti. Rafforzare la mediazione e l’arbitrato nelle controversie relative ai contratti di gestione delle terre rurali e nelle controversie di lavoro e del personale. Rafforzare il riesame amministrativo, la mediazione amministrativa e il giudizio amministrativo, dare pieno spazio al ruolo delle agenzie amministrative nella risoluzione delle controversie. Incoraggiare i collegi arbitrali a partecipare attivamente alla risoluzione delle controversie sociali di base e sostenere l’integrazione dell’arbitrato nella *governance* sociale di base».

Il 10 gennaio del 2019, il Ministero di Giustizia adotta la «Decisione sul progetto pilota di adesione e sviluppo dell’esperienza di Fengqiao’ per evitare che i conflitti raggiungano le autorità superiori»⁽¹²⁾. Il Ministero, in occasione del cinquantacinquesimo anniversario dalla creazione dell’esperienza di Fengqiao’ ad opera di Mao Zedong, e del quindicesimo anniversario dalle dichiarazioni in merito di Xi Jinping, aggiorna il lavoro di mediazione popolare attra-

(12) Il testo completo è reperibile all’indirizzo <http://www.moj.gov.cn/pub/sfbgw/fzgz/fzgzggflfwx/fzgzrmcyjz/202101/t20210122_159093.html> (26.12.2021). Anche la Suprema Corte del Popolo, in occasione del medesimo anniversario di cui nel testo, pubblica un comunicato di incoraggiamento allo studio dell’esperienza di Fengqiao’ per una migliore amministrazione della giustizia. Il comunicato è disponibile all’indirizzo <<http://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-5731.html>> (26.12.2021).

verso un progetto pilota, operativo da maggio ad agosto dello stesso anno.

Nelle città e provincie di Beijing, Tianjin, Heilongjiang, Jiangsu, Zhejiang, Anhui, Sichuan, Yunnan, Ningxia, vengono create delle organizzazioni di mediazione popolare incaricate di stabilire ed incoraggiare il ricorso agli strumenti della mediazione, diffondendo la cultura della mediazione in base alle esigenze locali. Solo nel distretto di Chaoyang a Pechino, vengono premiati, per il lavoro svolto, circa duecento progetti realizzati dalle organizzazioni di mediazione popolare.

In cosa consiste l'«esperienza di Fengqiao»? Negli anni '60, all'alba della rivoluzione culturale, la comunità di Fengqiao, parte della città di Zhuji, nella provincia dello Zhejiang, è riuscita a guidare e a trasformare con la persuasione i «quattro tipi di elementi» (in cinese *sì lèi fēnzi*, ovvero i proprietari terrieri, i contadini ricchi, i controrivoluzionari, e i cattivi elementi) in qualificati edificatori del socialismo, riuscendo a mobilitare le masse, a risolvere prontamente i conflitti, e a preservare efficacemente la stabilità sociale. Questi tre obiettivi sono diventati costitutivi ed emblematici del concetto di «esperienza di Fengqiao». Il suo motto diceva «mobilitare e affidarsi alle masse, non inviare ai superiori le controversie, risolvere sul posto, realizzare l'esperienza dell'arrestare poche persone e gestire bene l'ordine pubblico»⁽¹³⁾.

Mao, nel 1963, ha trasformato questa esperienza in un modello virtuoso da dover replicare in tutto il Paese. Con la politica di riforma e di apertura del 1978 di Deng Xiaoping, l'«esperienza di Fengqiao» si è rinnovata e ha assunto, quale dovere principale, quello di risolvere i conflitti tra il Popolo, seguendo il principio per cui «le piccole questioni non lasciano il villaggio, le grandi questioni

⁽¹³⁾ Si veda GUO SHENGKUN, *Aderire e sviluppare l'«esperienza di Fengqiao» di nuova epoca per promuovere la modernizzazione della governance sociale di base* (*Jiānchí fāzhǎn xīn shídài "fēng qiáo jīngyàn" tuījìn jīcéng shèhuì zhìlì xiàndàihuà*), in *Legal Daily* disponibile all'indirizzo <<http://theory.people.com.cn/n1/2018/1113/c40531-30398214.html>> (26.12.2021).

non lasciano le città, i conflitti non raggiungono le alte autorità»⁽¹⁴⁾. La mediazione è sempre più considerata come lo strumento principale di risoluzione dei conflitti e di gestione sociale.

Nel 2003, Xi Jinping, allora Segretario del Comitato provinciale del Partito Comunista Cinese nella provincia dello Zhejiang, ha ribadito che l'«esperienza di Fengqiao» deve essere apprezzata, promossa, perfezionata, e considerata un paradigma di gestione sociale, un modello da replicare nei vari contesti locali⁽¹⁵⁾.

Il modello di Fengqiao ha istituzionalizzato il metodo della mediazione quale strumento di autogoverno ed amministrazione delle comunità sociali di base, la cui stabilità è fondamentale per la stabilità del Governo centrale. La prassi, le consuetudini, e le buone pratiche diventano modelli da sistematizzare e riproporre altrove⁽¹⁶⁾.

Le principali criticità riguardano la sistematicità e uniformità delle varie prassi esistenti, la gestione del livello culturale e della capacità di comprensione dei membri della comunità, la corretta conoscenza degli usi e delle consuetudini locali, già esistenti ed espressione di un'identità culturale, da parte dei vari funzionari che si succedono alla guida della comunità, e, infine, la recezione e applicazione di modelli di gestione sviluppati in altre comunità⁽¹⁷⁾. Tale processo di standardizzazione e istituzionalizzazione di prassi è an-

⁽¹⁴⁾ In cinese: *xiǎoshì bù chū cūn, dàshì bù chū zhèn, máodùn bù shàng jiāo*.

⁽¹⁵⁾ CHU CHENGE, *Studi sulla standardizzazione della governance sociale di base, l'esempio dell'«esperienza di Fengqiao»* (*Jīcéng shèhuì zhìlì de biāozhǔnhuà yánjiū, yǐ "fēng qiáo jīngyàn" wéi lì*), in *1 Law Science Magazine* 17 ss. (2019).

⁽¹⁶⁾ Xi Jinping, già in qualità di Segretario del Comitato di Partito provinciale dello Zhejiang, aveva sottolineato l'importanza della standardizzazione quale strumento strategico di gestione del lavoro. Si veda GUO ZHANHENG, *Il pensiero di Xi Jinping sulla strategia di standardizzazione e la prassi nello Zhejiang* (*Xījīnpíng biāozhǔnhuà zhànlüè sīxiǎng yǔ zhèjiāng shíjiàn*), in *2 Renming Luntan Xueshu Qianyan* 78 ss. (2018).

⁽¹⁷⁾ CHEN YICHEN, ZHANG XIN, LU FANGXIA, *Lezione e prassi della standardizzazione per la promozione della governance sociale di base, l'esempio dell'«esperienza di Fengqiao» nello Zhejiang* (*Biāozhǔnhuà tuīdòng jīcéng shèhuì zhìlì de shíjiàn yǔ qīshì—yǐ zhèjiāng "fēng qiáo jīngyàn" wéi lì*), in *23 China Standardization* 140 ss. (2017).

cora in corso, ed è considerato fondamentale per migliorare la vita amministrativa locale ⁽¹⁸⁾. Al fine di facilitare la circolazione delle buone pratiche, e guidarne la diffusione, il Partito ha creato un sito *internet*, denominato ‘esperienza di Fengqiao’, una vera e propria banca dati, allo scopo di raccogliere e promuovere storie ed esperienze edificanti ⁽¹⁹⁾.

Fengqiao è diventata l’emblema di un modello di condotta, e contribuisce a creare il contesto culturale entro il quale i comitati locali devono adempiere ai propri obblighi legislativi di mediazione e mantenimento dell’ordine sociale. Basti ricordare l’art. 3 della «Legge organica dei comitati residenziali cittadini» ⁽²⁰⁾ che riconosce in capo ai comitati il dovere di mediare i conflitti tra i residenti. A questa norma fa da cornice l’art. 111 della Costituzione che recita: «I comitati dei residenti (cittadini) e i comitati degli abitanti nei villaggi, costituiti tra i residenti urbani e rurali sulla base del loro luogo di residenza, sono organizzazioni di massa di autogestione a livello di base. Il presidente, i vicepresidenti e i membri di ciascun comitato di residenti (cittadini) o abitanti di villaggio sono eletti dai rispettivi residenti. Il rapporto tra i comitati dei residenti (cittadini) e degli abitanti di villaggio con gli organi di base del potere statale è disciplinato dalla legge.

⁽¹⁸⁾ Si veda TIAN HAOYU, *Teoria giuridica della standardizzazione della governance sociale di base. Il caso dell’esperienza di Fengqiao* (Fǎlǐ shìjiāo xià jīcéng shèhuì zhìlǐ biāozhǔnhuà tàntǎo, yǐ “fēng qiáo jīngyàn” wéi lì), in 4 *Journal of Hainan Normal University* 134 ss. (2021).

⁽¹⁹⁾ Il testo completo è reperibile all’indirizzo <<http://cpc.people.com.cn/GB/67481/422249/index.html>> (26.12.2021).

⁽²⁰⁾ Il testo integrale è disponibile all’indirizzo <http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/1989-12/26/content_1481131.htm> (26.12.2021).

I comitati dei residenti (cittadini) e degli abitanti di villaggio istituiscono sottocomitati per la mediazione popolare, la sicurezza pubblica, la sanità pubblica e per le altre questioni al fine di gestire gli affari pubblici e i servizi sociali nelle loro aree, mediare controversie civili, aiutare a mantenere l'ordine pubblico e trasmettere le opinioni e le richieste dei residenti, e insieme proporre suggerimenti, al governo popolare».

L'esperienza di Fengqiao' ha acquistato anche un significato generale per il funzionamento dell'intero ordinamento giuridico e politico cinese, diventando espressione della capacità di integrazione e di bilanciamento. Mi riferisco ai principi della «Integrazione delle tre *governance*» (*sān zhì róng hé*) e del «Piano integrato delle cinque sfere» (*wǔ wèi yī tǐ*), entrambi concetti essenziali per il socialismo con caratteristiche cinesi. Il primo, «Integrazione dei tre governi», si riferisce al modello di gestione previsto per i villaggi, basato su «autogoverno», «governo in base alla legge», e «governo in base alla virtù»⁽²¹⁾. Il secondo, «Piano integrato delle cinque sfere», enunciato nel 2012 in occasione del XVIII Congresso Nazionale del Partito, prevede l'integrazione dello sviluppo economico con lo sviluppo politico, culturale, sociale ed ecologico, al fine di realizzare uno sviluppo generale scientifico e sostenibile.

4. *Le Opinioni guida della Suprema Corte del Popolo.* – Lo scorso ottobre, con il documento numero 247 (2021), la Suprema Corte del Popolo ha adottato le «Opinioni guida relative all'accelerazione dei passi per motivare le piattaforme di mediazione dei tribunali ad operare nei villaggi, nelle comunità residenziali e nelle comunità te-

⁽²¹⁾ Si veda YANG PING, WANG XINMAN, *La trasformazione dell'esperienza di Fengqiao' di nuova era in un'efficace governance sociale* (*Xīn shídài "fēng qiáo jīngyàn" xiàng shèhuì zhìlǐ xiàonéng de zhuǎnhuà*), in 38 *Journal of Jiangnan University (Social Science Edition)* 26 ss. (2021).

lematiche»⁽²²⁾ (in seguito le Opinioni), al fine di dare ulteriore attuazione alle disposizioni del Comitato Centrale del Partito Co-

⁽²²⁾ Definire il valore delle Opinioni guida non è agevole, e ciò è in parte dovuto al complesso quadro delle fonti del diritto cinese. Le Opinioni, in genere, sono classificate come documenti interni di lavoro e hanno come scopo quello di organizzare, regolare e guidare la struttura amministrativa. Non hanno valore di legge, ma solo un'efficacia amministrativa più o meno forte in base al livello dell'organo che le ha adottate. L'«Avviso dell'Ufficio generale del Comitato centrale del Partito Comunista Cinese e dell'Ufficio generale del Consiglio di Stato sulla pubblicazione dei regolamenti di gestione dei documenti ufficiali del Partito e degli organi di Governo» del 2012 individua, all'art. 8, le Opinioni quali strumento per inviare suggerimenti e metodi di gestione per importanti questioni, o per indirizzare gli apparati amministrativi di livello inferiore (art. 15).

Il contenuto delle Opinioni oggetto di analisi riguarda l'organizzazione delle piattaforme di mediazione: si può dunque ritenere che l'aggettivazione 'guida' è qui utilizzato per indicare che si tratta di un'Opinione rilasciata da un organo superiore per regolare il lavoro di un organo inferiore, e non, come, ad esempio, nei 'Casi-guida', per dare istruzioni sull'uso della legge prossime all'interpretazione legislativa.

Tuttavia, il ricorso alle Opinioni guida non si limita a quanto sopra descritto. La «Risoluzione del Comitato Permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo sul miglioramento dell'interpretazione della legge (*fālù jiěshì*)» del 1981 riconosce alla Suprema Corte del Popolo la competenza nel rilascio di interpretazioni legislative, quando si rende necessario chiarire la portata applicativa di leggi e decreti in sede processuale (punto 2). La «Legge organica dei tribunali del Popolo» (adottata nel 1979 ed emendata da ultimo nel 2018) riprende questa regola, individuando come organo competente all'interno della Corte il Comitato giudiziale (art. 37).

La Risoluzione e la Legge sono alla base delle «Previsioni della Suprema Corte del Popolo sul lavoro di interpretazione giudiziale (*sīfǎ jiěshì*)» adottate dalla stessa Corte nel 2006 ed emendate nel 2021.

Con riferimento alla generale competenza di risolvere i problemi applicativi della legge in sede processuale, l'art. 2 segna il passaggio terminologico da 'interpretazione legislativa' a 'interpretazione giudiziale', e l'art. 5 ne statuisce il valore di legge. L'art. 6 indica in modo tassativo le cinque forme delle interpretazioni giudiziali: interpretazioni (*jiěshì*), previsioni (*guīdìng*), regole (*guīzè*), risposte ufficiali (*pīfù*), decisioni (*juédìng*). È da notare l'assenza dei Casi-guida e dei Casi-modello. Tuttavia, è la Suprema Corte stessa a generare confusione sulla natura delle Opinioni guida e sugli strumenti di interpretazione giudiziale. In un altro documento «Avviso della Suprema Corte del Popolo e della Suprema Procura del Popolo di divieto per i tribunali e le procure locali di formulare documenti aventi natura di interpretazione giudiziale» pubblicato nel 2012, la Corte fa riferimento

munista Cinese sul rafforzamento della modernizzazione del sistema di *governance* e della capacità di *governance* dei tribunali popolari di primo livello, dando priorità al meccanismo di risoluzione delle controversie senza contenzioso per risolvere i conflitti e le controversie il prima possibile e a livello della base sociale.

Le Opinioni dispongono che i tribunali di base devono seguire le indicazioni dei comitati locali del Partito e dei governi locali, collaborare alla gestione sociale all'interno del quadro generale predisposto dai comitati locali per gli affari politici e legislativi, e promuovere l'utilizzo delle piattaforme di mediazione e degli strumenti telematici per la gestione e prevenzione dei contenziosi.

Lo strumento di lavoro indicato dalla Suprema Corte del Popolo è quello delle piattaforme di mediazione, cui devono essere invitati tutti i soggetti e le risorse di gestione sociale, e dove si svolge l'intera attività di coordinamento dei diversi approcci alla risoluzione delle liti. Si incentiva il ricorso a strumenti telematici per tutti i passaggi relativi alla gestione del conflitto quali avvisi preliminari, separazione dei casi, risoluzione, mediazione, conferma giudiziale, tracciamento dello stato di avanzamento dei lavori, resoconto dei risultati.

Le entità di governo a livello base elencate dalle Opinioni, a titolo esemplificativo e non esaustivo, quali organi competenti per

all'attività di interpretazione legislativa disciplinata dalla Risoluzione del 1981, e ne rivendica a sé la competenza esclusiva, vietando ai tribunali locali la «formulazione di qualsiasi documento di interpretazione giudiziale come le 'Opinioni guida' [...]». Le Opinioni guida, che non comparivano tra le forme tassative di cui all'art. 6 delle «Previsioni della Suprema Corte del Popolo sul lavoro di interpretazione giudiziale», sono qui indicate come strumento di interpretazione giudiziale.

Il testo delle Previsioni (*guīdīng*), che giova ricordare sono un documento con natura di interpretazione giudiziale (dunque si tratta di un documento della stessa Suprema Corte del Popolo che fa ricorso ad una forma di interpretazione giudiziale per la cui legittimazione esso stesso viene adottato) è rimasto immutato nel corso dei vari emendamenti, continuando ad escludere le 'Opinioni guida' come fonti di interpretazione giudiziale anche nel testo riformato del 2021. Quanto descritto è un altro esempio del forte grado di pragmatismo ed attivismo della Suprema Corte del Popolo nell'amministrazione della giustizia e nell'interpretazione della legge.

l'esercizio di attività di mediazione, sono i centri di governo, centri di mediazione dei conflitti, uffici giudiziari, stazioni di polizia, unioni commerciali, federazioni femminili, uffici lavorativi, dipartimenti per gli affari civili, dipartimenti di regolamento del mercato, uffici di gestione della terra, governi cittadini sub-distrettuali, comunità di villaggio.

All'interno delle rispettive giurisdizioni, i tribunali sono responsabili per il lavoro di incoraggiamento delle piattaforme di mediazione ad operare in villaggi, comunità residenziali, reti di comunità (composte da almeno tre unità di lavoro). Tale lavoro di incoraggiamento si sostanzia: nello sviluppo di procedure di registrazione per mediatori presso le piattaforme di mediazione (le informazioni da raccogliere sono nome, recapiti, competenze professionali, e giurisdizione di riferimento); nell'organizzazione di programmi di formazione di personale qualificato; in un'attenta attività di coordinamento e di assistenza del personale; nella preparazione di linee guida, di casi modello, e nella garanzia di un efficace meccanismo di comunicazione; nell'assicurare la conferma giudiziale dell'esito della mediazione direttamente presso il centro o l'entità locale di mediazione.

I tribunali devono anche occuparsi della gestione dell'assegnazione delle controversie e della loro catalogazione, individuando il centro di mediazione più adatto alla natura della controversia. I tribunali, aditi dalle parti, prima della costituzione del fascicolo, devono assegnare il caso alla piattaforma di mediazione, la quale, confermata la nomina dei mediatori, procede con una gestione ibrida, *online* e *offline*, del caso. La gestione è regolata dal principio della mediazione congiunta, in base al quale il mediatore sul posto è sostenuto da un giudice da remoto. Qualora le parti, invece, non acconsentissero alla procedura di mediazione, il tribunale deve procedere con la costituzione delle parti in giudizio.

Le piattaforme di mediazione ricevono i casi dai tribunali, e procedono all'effettiva assegnazione dei lavori, registrando i mediatori incaricati e l'esito del procedimento di mediazione. Le piattaforme

hanno a disposizione vari tentativi di assegnazione del medesimo caso a diversi centri di mediazione, qualora la prima assegnazione fallisse. In questo caso ogni nuovo tentativo di assegnazione impone la scelta di un centro di mediazione sempre più specializzato e di più alto livello. In caso di fallimento di tutti i tentativi, la controversia viene inoltrata al tribunale competente, che costituisce le parti in giudizio e apre il relativo fascicolo.

I tempi della mediazione sono relativamente brevi. I centri o enti di mediazione, individuati dal tribunale, devono accettare l'incarico entro tre giorni lavorativi dalla nomina, tramite il sistema telematico delle piattaforme di mediazione. Dalla data di accettazione e conferma inizia il computo di trenta giorni entro i quali il lavoro di mediazione deve essere concluso. Tale limite resta valido anche in caso di trasferimento della lite presso altri centri o enti di mediazione. Le Opinioni riconoscono alle parti la possibilità di accordo per estendere di ulteriore trenta giorni il periodo di mediazione. Alla scadenza del termine, la lite non mediata diventa un regolare processo davanti al tribunale competente.

Gli organi locali di governo devono assicurare sostegno economico alle piattaforme di mediazione e più in generale a tutta l'attività di mediazione.

Infine, le Opinioni stabiliscono un sistema di controllo delle prestazioni e un meccanismo premiale. Maggiore è il numero di controversie mediate, maggiore sarà il premio riconosciuto. Si dispone, inoltre, che la mediazione venga ampiamente pubblicizzata in TV, nei giornali e nei principali siti *internet*.

Al quadro appena descritto, così come previsto dalle Opinioni, si aggiunge un'altra novità legislativa. La bozza di revisione della legge di procedura civile, pubblicata lo scorso 19 ottobre, riforma ampiamente la disciplina relativa alla conferma giudiziale dell'accordo di mediazione. Il nuovo art. 202, che in caso di approvazione della riforma modificerebbe il vecchio art. 194, recepisce lo spazio assegnato dalle recenti riforme alle organizzazioni e ai comitati di mediazione, e riconosce in capo a questi le competenze di coordi-

namento con il tribunale per il riconoscimento giudiziale dell'accordo di mediazione.

La Suprema Corte del Popolo continua nel suo lavoro di sviluppo e perfezionamento dell'amministrazione della giustizia, nella scia di quanto programmaticamente previsto nel documento numero 14 (2016) «Opinioni della Suprema Corte del Popolo relative ai tribunali del Popolo per approfondire ulteriormente la riforma dei meccanismi diversificati di risoluzione delle controversie»⁽²³⁾, che a sua volta recepisce le disposizioni adottate dal Consiglio di Stato «Opinione sul miglioramento dei meccanismi di risoluzione diversificata dei conflitti e delle controversie»⁽²⁴⁾, e più in generale quanto fissato dal Partito nella «Decisione del Comitato Centrale del Partito Comunista Cinese su diverse importanti questioni relative alla promozione generale dello Stato di diritto»⁽²⁵⁾, dove la mediazione è legata ai temi della garanzia dell'equità della giustizia, del rafforzamento della credibilità pubblica della giustizia, della garanzia della partecipazione del Popolo alla giustizia.

4.1. Le piattaforme di mediazione. – Le piattaforme di mediazione, istituite il 28 febbraio del 2018, costituiscono un tentativo di risposta alla richiesta della Suprema Corte del Popolo di fare pieno uso della tecnologia dell'informazione per costruire una rete di mediazione efficiente, conveniente, flessibile e aperta. Le piattaforme collegano le risorse di mediazione a disposizione dei tribunali con le risorse sociali di risoluzione delle controversie, al fine di promuovere un lavoro congiunto di mediazione.

⁽²³⁾ Il testo completo è disponibile all'indirizzo <<http://www.court.gov.cn/fabu-xiangqing-22742.html>> (26.12.2021).

⁽²⁴⁾ Il testo completo è disponibile all'indirizzo <<https://www.dyh.zdl.cn/k/doc/6b318198ae45b307e87101f69e3143323868f542.html>> (26.12.2021).

⁽²⁵⁾ Il testo completo è disponibile all'indirizzo <<http://cpc.people.com.cn/n/2014/1029/c64387-25927606.html>> (26.12.2021).

Le piattaforme offrono servizi di mediazione *online* e *offline*, possono organizzare il lavoro di mediazione in modo flessibile, ed operano come una sorta di sportello unico in grado di garantire l'efficacia dell'intero processo.

Le piattaforme sono operative presso i tribunali del Popolo ed hanno il compito di facilitare la risoluzione delle controversie attraverso il ricorso alla mediazione. La Suprema Corte del Popolo ha predisposto un sito *internet* dedicato esclusivamente alla mediazione⁽²⁶⁾. Dal sito si evince che attualmente sono operative 3.502 piattaforme di mediazione, 57.192 sono le organizzazioni specializzate nella mediazione, e 220.899 sono i mediatori qualificati. Le dispute esaminate ammontano a 22.312.220⁽²⁷⁾. Il sito offre la possibilità di scegliere la città di interesse oppure il tribunale e verificare l'attività di mediazione nello specifico.

Attraverso il sito *internet* è inoltre possibile avviare e gestire l'intero processo di mediazione. Il primo passaggio è l'inserimento dei dati nel sistema: scelta del tribunale di riferimento, scelta della categoria della controversia (codice della strada, prestiti privati, diritto del lavoro, diritto di famiglia, diritti reali e prestazioni di servizi, altre controversie civili), indicazione del valore economico della lite, del nome e cognome o denominazione della persona giuridica delle parti, allegazione delle prove, indicazione dello stato del processo e delle circostanze della controversia. Il sito è disponibile anche sotto forma di applicazione per dispositivi mobili e presenta diverse modalità di accesso e gestione. Possono entrare nel sistema attraverso canali dedicati i tribunali, i comitati e i ministeri, le organizzazioni di mediazione, le amministrazioni di base, i mediatori.

I passaggi del procedimento di mediazione sono i seguenti: 1. Richiesta di mediazione di una parte; 2. Scelta del mediatore ad opera della parte sulla piattaforma di mediazione del tribunale; 3. Inizio del lavoro di mediazione; 4. Mediazione *online* (telefono, vi-

⁽²⁶⁾ V. <<http://tiaojie.court.gov.cn/>> (26.12.2021). Il sito è disponibile solo in lingua cinese.

⁽²⁷⁾ I dati indicati sono quelli ufficiali pubblicati sul sito in data 29 ottobre 2021.

deo, fax, ecc.) oppure mediazione in presenza; 5.A. La mediazione ha esito positivo e l'accordo di mediazione è firmato; 5.B. La mediazione ha esito negativo; 5.A-B.1. Fine della mediazione; 5.A-B.1.1. Le parti valutano il lavoro di mediazione; 5.A.1. Accordo raggiunto e adempimento automatico; 5.A.2. Richiesta al tribunale competente di un documento legale; 5.B.1. Inizio del processo presso il tribunale competente; 5.B.2. Rinuncia all'azione civile. Tali passaggi possono verificarsi tutti interamente *online*. Il *software* prevede meccanismi di riconoscimento e verifica dell'identità delle parti e di certificazione delle firme. La stessa conferma giudiziale dell'accordo avviene tramite il *software*.

In conclusione, le piattaforme di mediazione costituiscono uno strumento informatico alternativo ai meccanismi di mediazione già presenti sul territorio, e, al tempo stesso, costituiscono un sistema di gestione efficiente del lavoro di mediazione *offline* svolto dai vari centri e soggetti autorizzati.

La mediazione in Cina segue un doppio canale. Da un lato, la mediazione popolare, e, dall'altro, la mediazione promossa dai tribunali. Il Partito cerca costantemente di creare un sincretismo tra queste due possibilità, in nome di una migliore *governance* sociale, capace di arrivare fino alle comunità di base più remote, e di una giustizia più agile ed efficiente. Il tema centrale per il futuro riguarda la capacità di bilanciare l'obiettivo della risoluzione rapida del conflitto tra le parti con quello della tutela delle garanzie fondamentali. In tal senso, la dottrina avverte sempre più la necessità di una combinazione tra mediazione popolare e strumenti processuali⁽²⁸⁾. Se in passato il parziale sviluppo del sistema giuridico cinese giustificava, per il Partito, il ricorso alla mediazione popolare, oggi il sistema giuridico è un sistema completo e complesso. Un'istitu-

⁽²⁸⁾ Una buona sintesi del dibattito in corso è offerta da YU HAO, *Limiti e possibilità dell'istituzionalizzazione della mediazione popolare* (*Rénmín tiáojiě fāzhì huà: Kěnéng jí xiàndù*), in 35 *Legal Forum* 140 ss. (2020). Si veda anche WU YUANYUAN, *Riflessioni sul ruolo istituzionale del mediatore del popolo* (*Rénmín tiáojiě yuán de zhìdù juésè kǎo*) in 4 *Chinese Legal Digest* 267 ss. (2021).

zionalizzazione della mediazione popolare come strumento del tribunale, all'interno dei meccanismi diversificati di risoluzione delle controversie, è considerata coerente con il piano di sviluppo di uno stato di diritto cinese.

Abstract

Il contributo analizza i più recenti sviluppi registrati nell'ordinamento giuridico cinese in tema di mediazione. L'indagine ruota intorno a due importanti documenti: il «Quattordicesimo Piano quinquennale per lo sviluppo economico e sociale nazionale e lo schema degli obiettivi per il 2035» e le «Opinioni guida della Suprema Corte del Popolo relative all'accelerazione dei passi per motivare le piattaforme di mediazione dei tribunali ad operare nei villaggi, nelle comunità residenziali e nelle comunità telematiche». In particolare, viene esaminata la c.d. esperienza di Fengqiao, che, sviluppatasi a partire dagli anni '60 nella comunità di Fengqiao, si è imposta quale paradigma di una giustizia di prossimità, e che resta la prassi di riferimento per lo sviluppo di un modello basato sui tre principi dell'autogoverno, del governo in base alla legge, e del governo in base alla virtù.

In questo quadro, la mediazione è sempre più considerata come lo strumento principale di risoluzione dei conflitti e di gestione sociale ed un ruolo centrale ha assunto il crescente ricorso alla tecnologia nello sviluppo di piattaforme di mediazione e nell'efficienza dell'intero sistema giudiziario.

Cruciale rimane tuttavia la questione del rapporto tra mediazione popolare e mediazione giudiziale, del loro coordinamento e della loro importanza per la *governance* e la stabilità sociale, questione che porta con sé, nel futuro, la necessità di un bilanciamento tra celerità nella soluzione del conflitto e la tutela delle garanzie fondamentali.

This article examines the most recent developments on mediation in China. The analysis revolves around, in particular, two prominent documents: namely, the ‘14th Five-Year Plan for National Economic and Social Development and Long-Range Objectives for 2035’ and the ‘Guiding Opinions of the Supreme People’s Court on Accelerating Steps to Motivate the Mediation Platforms of the People’s Courts to Enter Villages, Residential Communities and Community Grids.’ In particular, the so-called ‘Fengqiao experience’ – which developed as of the 1960s in the Fengqiao community and has become a model of proximity justice – remains the benchmark practice for the development of a model based on the three principles of self-government, government by law, and government by virtue.

In this framework, mediation is increasingly identified as the main mechanism for dispute resolution and social management: in this respect, the increasing use of technology proves to be crucial for the development of mediation platforms and the efficiency of the entire judicial system.

Against this background, the complex relationship becomes apparent between popular and judicial mediation, their coordination and their importance for governance and social stability: arguably, such a relationship will carry with it in the future the need to balance the swift dispute resolution with the protection of fundamental rights.

LE *ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*
NELLE CONTROVERSIE PUBBLICISTICHE:
VERSO UNA MINORE INDISPONIBILITÀ
DEGLI INTERESSI LEGITTIMI?

Angela D'Errico (*)

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Cenni sull'evoluzione delle forme di ADR. – 2.1. Rimedio aggiudicativo: l'arbitrato. – 2.2. Rimedi convenzionali: transazione, mediazione, negoziazione assistita e conciliazione. – 3. ADR e diritto amministrativo nel contesto odierno. – 4. Le autorità amministrative indipendenti e i poteri giustiziali. – 5. Conclusioni.

1. *Considerazioni introduttive.* – Nell'ordinamento processuale italiano, negli ultimi decenni, sono stati valorizzati i metodi alternativi per la prevenzione e risoluzione delle controversie, definiti con l'acronimo inglese di ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ⁽¹⁾, al fine di garantire maggiore effettività alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini rispetto a quella offerta dalla tute-

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 385-425. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Cultrice della materia in Giustizia amministrativa nel Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

⁽¹⁾ Per un'ampia panoramica sulle radici storiche delle ADR in ambito internazionale, si vedano O.G. CHASE, *Law, Culture, and Ritual*, New York, 2005, 100 ss.; E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in G. ALPA, R. DANOVÌ (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie ed il ruolo dell'avvocatura*, Milano, 2004, 155 ss.

la giurisdizionale caratterizzata da costi eccessivi ⁽²⁾ e da un'estesa dilatazione delle tempistiche processuali ⁽³⁾.

I rimedi di natura giustiziale, che parallelamente si affiancano ai ricorsi innanzi alle autorità giurisdizionali, nascono con l'obiettivo di garantire una duplice tipologia di tutela, ad interesse sia dell'apparato processuale nazionale, vista la necessità di deflazionare il contenzioso nel rispetto di una maggiore celerità della risoluzione della controversia; sia dei cittadini, grazie ad un maggiore apprezzamento dei dati sostanziali della lite mediante l'uso di regole non giuridiche e minor costi di giustizia.

Le ADR compaiono originariamente nei sistemi di *common law* ⁽⁴⁾, di matrice e tradizione ampiamente antigjurisdizionale – dove il ricorso alle *courts* viene visto solo come *extrema ratio* – e,

⁽²⁾ Sul punto F. CINTIOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa delle parti)*, in *Riv. dir. proc. amm.*, 2012, 8 ss., in cui emerge che uno dei motivi per cui risulta necessario deflazionare il contenzioso in materia di appalti pubblici è l'innalzamento eccessivo del contributo unificato; F.G. SCOCA, *Il 'costo' del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, *ivi*, 2014, 1414 ss. Si veda sull'elevata tassazione dell'accesso alla giustizia in materia di appalti pubblici, Corte di Giustizia UE, Sez. V, 6 ottobre 2015, *Orizzonte Salute c. Azienda Pubblica di Servizi alla Persona San Valentino et al.*, causa C-61/14; Id., Sez. IX, 7 aprile 2016, *Antonio Tita et al. c. Ministero della Giustizia et al.*, causa C-495/14.

⁽³⁾ La *European Commission for the Efficiency of Justice* (Cepej), nata in seno al Consiglio d'Europa, pubblica rapporti contenenti dati statistici sull'andamento e sull'efficienza degli organi giurisdizionali dei singoli Stati membri. Dall'ultimo rapporto pubblicato nell'ottobre 2018, in ordine ai dati del 2016, emerge che per la giustizia civile la durata media di un processo che giunge sino all'ultimo grado di giudizio è di circa otto anni (per il primo grado, 514 giorni; per il secondo, 993 giorni; per il terzo, 1.442 giorni), mentre per quanto riguarda le tempistiche della giustizia amministrativa, che si snoda su due gradi di giudizio, essa impiega circa cinque anni per la definizione del processo (925 giorni, in primo grado, e 986, in secondo grado) (*CEPEJ Studies No. 26 2018 Edition 2016 data*).

⁽⁴⁾ A tal fine, v. N. ANDREWS, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie in Inghilterra*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia*, Milano, 2007, 1 ss.

per mezzo del diritto europeo ⁽⁵⁾, hanno trovato applicazione negli ordinamenti degli Stati membri ⁽⁶⁾.

Nell'ambito nazionale, una delle peculiarità più evidenti che ha favorito l'introduzione delle forme di ADR è stata la capacità di tali strumenti di porsi come rimedio per deflazionare il contenzioso. Infatti, la mancata capacità da parte del sistema giurisdizionale italiano di ridurre il carico giudiziario e garantire il rispetto delle tempistiche processuali è stato oggetto di vari ammonimenti da parte degli organi europei ed internazionali per la lesione del diritto del giusto processo ⁽⁷⁾.

Altresì, occorre precisare che seppur emergano diversi aspetti positivi in favore dell'impiego delle ADR, di fatto, nell'ordinamento italiano, essi non hanno goduto di una lineare e concorde applicazione. Giurisprudenza e dottrina, sin dai primi anni No-

⁽⁵⁾ Alcuni esempi in Europa di rimedi non giurisdizionali in ambito amministrativo sono la procedura d'infrazione contro gli Stati membri inadempienti avviata dalla Commissione UE (artt. 258-259 TFUE); l'istituzione della figura del Mediatore nel 1992 per i casi di *maladministration* (art. 228 TFUE); il Libro Verde in tema di accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico; le reti europee di organismi nazionali 'Fin.net' e 'EEJ-Net'. Sul punto v. B. RAGANELLI, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Torino, 2012, 237 ss.; M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, 680 ss.; B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, in *Riv. dir. pubb. com.*, 2017, 423 ss.; P. CRAIG, *UK, EU and Global Administrative Law. Foundations and Challenges*, Cambridge University Press, 2015.

⁽⁶⁾ I rimedi di natura giustiziale nei rapporti con la pubblica amministrazione, nel contesto nazionale, hanno avuto origine con l'esperienza preunitaria per poi essere ridimensionati con l'avvento dell'unità d'Italia, quando venne preferito un modello di tutela delle situazioni giuridiche soggettive prettamente basato sulla tutela giurisdizionale. A tal riferimento G. MANNA, *Principi di diritto amministrativo (1839-1842)*, vol. II, Napoli, 1876, 244 ss.

⁽⁷⁾ Corte di Giustizia EDU, sez. II, 2 marzo 2010, cause riunite C-175/08, C-176/08, C-178/08 E C-179/08. Per un approfondimento sul punto v. P. FERRUA, *Il giusto processo*, Bologna, 2012; M. MENGOZZI, *Giusto processo e processo amministrativo: profili costituzionali*, Milano, 2009.

vanta, hanno discusso circa l'ammissibilità di tali strumenti all'interno del nostro sistema giuridico nazionale.

Sul punto, la Corte costituzionale ⁽⁸⁾ si è pronunciata sancendo il principio secondo cui i sistemi alternativi alla giurisdizione sono ammissibili nell'ordinamento italiano, nel rispetto dei principi costituzionali e sovranazionali, in quanto gli eventuali affievolimenti delle garanzie previste per la tutela giurisdizionale, che non trovano applicazione nel caso degli strumenti di ADR, ambiscono ad un obiettivo di interesse comune: la riduzione del contenzioso. In particolare, si è affermato che l'introduzione di un eventuale onere – quale il previo esperimento di una forma di ADR – a carico delle parti che intendano avviare un procedimento giurisdizionale è ammissibile e non contrastante con il diritto di difesa sancito dall'art. 24 Cost. allorquando «l'onere suddetto non costituisc[a] un adempimento vessatorio di difficile osservanza, né un'insidiosa complicazione processuale» ⁽⁹⁾.

Il riconoscimento da parte del Giudice delle leggi dell'ammissibilità delle ADR quale condizione di procedibilità per l'accesso alla giustizia hanno, dunque, aperto una nuova strada alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel sistema processuale italiano.

Per mezzo dell'influenza europea sui sistemi ordinamentali interni, gli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale sono stati attentamente analizzati, in particolar modo a partire dal Libro Verde della Commissione UE del 19 aprile 2002, il quale ha tratteggiato una distinzione tra le varie tipologie e caratteristiche delle ADR.

Tra queste si annoverano, da un lato, i metodi ADR negoziali, in cui l'attenzione è principalmente rivolta alle modalità con le quali il conflitto si manifesta e alla volontà delle parti di risolvere il rapporto litigioso: tra esse possono menzionarsi la mediazione, la negoziazione assistita e la conciliazione; dall'altro, i metodi ADR aggiudi-

⁽⁸⁾ In tal senso Corte cost., 20 aprile 1977, n. 73; Id., 21 gennaio 1988, n. 73; Id., 6 luglio 2000, n. 276; Id., ord., 26 ottobre 2007, n. 355; Id., 18 gennaio 2009, n. 51.

⁽⁹⁾ Cfr. Corte cost., 20 aprile 1977, n. 73.

cativi, in cui sono osservate e analizzate le cause e i motivi del conflitto, come, ad esempio, avviene nell'arbitrato, il quale condivide con la tutela processuale la rigidità delle procedure.

Inoltre, le ADR si distinguono in infraprocessuali, qualora vengano esperite all'interno di un procedimento giurisdizionale già in corso, ed esoprocessuali, allorché si esperiscano fuori dall'orbita giurisdizionale.

Un'ultima differenziazione riguarda le ADR obbligatorie, ossia poste come condizione di procedibilità della domanda giudiziale, o le ADR propriamente alternative all'instaurazione di un procedimento innanzi all'autorità giudiziale.

Non da ultimo si rammentano, tra le procedure ADR, anche alcuni strumenti che seguono uno schema misto, e cioè che prevedono, a titolo esemplificativo, una fase iniziale di negoziazione o mediazione, cui fa seguito, in caso di esito totalmente o parzialmente negativo, una seconda fase di arbitrato, nella quale le parti volontariamente rimettono la decisione ad un soggetto terzo. È riconducibile allo schema di ADR misto (o c.d. multi-fase) il procedimento esperibile innanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni⁽¹⁰⁾.

In definitiva, si può affermare che rientra nella categoria delle ADR una serie di meccanismi solutori eterogenei, caratterizzati da differenti declinazioni, non riconducibili ad un unico schema.

Pur in tale varietà, la caratteristica che accomuna le *Alternative Dispute Resolution* è data dalla consensualità delle parti nel risolvere una futura o già intercorsa lite, favorendo l'elaborazione di una soluzione condivisa del rapporto litigioso e una maggiore promozione del benessere collettivo⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ Si fa riferimento al procedimento di conciliazione disciplinato dal Regolamento per la soluzione delle controversie tra utenti e operatori di comunicazioni elettroniche (delibera n. 203/18/CONS).

⁽¹¹⁾ In tal senso v. S. SHAVELL, *Alternative Dispute Resolution: An Economic Analysis*, in *Journal of Legal Studies*, 1995, 1 ss.

Tali molteplici strumenti, pur avendo ricevuto attenzione in sede europea, non vedono riconosciuto in Italia un tendenziale e comune impiego nelle varie aree del diritto, al punto da occasionare nel corso degli anni vari dibattiti circa il loro utilizzo.

2. *Cenni sull'evoluzione delle forme di ADR.* – Ampio spazio nell'ultimo decennio è stato riconosciuto a favore di diverse forme di ADR in ambito civile e commerciale, anche per la tutela dei consumatori e dei lavoratori, al fine di garantire una piena applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà⁽¹²⁾.

Molto meno chiara e lineare, invece, è stata l'introduzione di tali strumenti nell'alveo del diritto amministrativo⁽¹³⁾, dove si sono registrati solo timidi tentativi in tale direzione, volti principalmente a regolare la figura dell'amministrazione pubblica agente *iure privatorum*.

⁽¹²⁾ Sul punto v. M. GOLIA, *I costi della negoziazione assistita obbligatoria alla prova del diritto UE: un limite all'accesso alla giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 350 ss.

⁽¹³⁾ Sulle ADR nel diritto amministrativo v. S. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 269 ss.; L.P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 591 ss.; R. DANOVÌ, *Le ADR (alternative dispute resolutions) e le iniziative dell'Unione europea*, in *Giur. it.*, 1997, 326 ss.; S. DE FELICE, *Le A.D.R. (alternative dispute resolution) nei confronti della pubblica amministrazione*, in <https://www.giustizia-amministrativa.it>, 2004; R. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e testi strutturali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 844 ss.; C. PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.*, 2003, 385 ss.; E. SILVESTRI, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 321 ss.; M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, *ivi*, 1999, 779 ss.; M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 ss.; M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di soluzione delle controversie amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 1 ss.; B. MARCHETTI, *La tutela non giurisdizionale*, *cit.*, 1 ss.

Il dilemma che affligge l'introduzione di rimedi di natura alternativa alla giurisdizione nell'ambito del diritto amministrativo ruota attorno ai soggetti della controversia, e tra questi la pubblica amministrazione, come all'oggetto della lite, che si caratterizza per la indisponibilità⁽¹⁴⁾ del potere amministrativo e degli interessi legittimi⁽¹⁵⁾, ossia di quelle situazioni soggettive strettamente connesse alla tutela del pubblico interesse⁽¹⁶⁾.

Per comprendere le reali complessità che segnano le controversie di natura pubblicistica bisogna *in primis* distinguere la modalità d'azione con cui la pubblica amministrazione esercita i propri poteri.

Difatti, qualora essa agisca secondo logiche privatistiche⁽¹⁷⁾, ossia per attività compiute al di fuori delle sue incombenze istituzio-

⁽¹⁴⁾ Sul concetto di disponibilità delle situazioni giuridiche soggettive v. M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, in *Riv. arb.*, 2017, 523 ss.

⁽¹⁵⁾ La dottrina ha ampiamente analizzato la tematica orientandosi sull'indisponibilità degli interessi legittimi. A riguardo si vedano G. PANZARINI, *Diritti disponibili, specialità di materie e tipi di arbitrato per la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, 1999, 123 ss.; L. ACQUARONE, C. MIGNONE, *Arbitrato nel giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ed., vol. I, Torino, 1987, 367 ss.; P. DE LISE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, 1169 ss.

⁽¹⁶⁾ Sugli ostacoli all'impiego delle ADR nelle materie pubblicistiche v., per tutti, M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., 7 ss.; ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.

⁽¹⁷⁾ In tal senso v. Cass., sez. III, 6 giugno 2008, n. 15042, in *Foro it.*, 2008, 2823, con nota di A. PALMIERI, *Custodia di beni demaniali e responsabilità: dopo il tramonto dell'insidia ancora molte incertezze sulla disciplina applicabile*; Cass., sez. un., 20 ottobre 2006, n. 22521, in *Corr. giur.*, 2007, 41 ss., con nota di A.M. DE LUCA, *I «comportamenti» non sorretti da alcun potere*, che affronta ancora dubbi sulla giurisdizione, e secondo la quale la domanda di risarcimento danni dovuto a dissesto del suolo pubblico (nel caso di specie per incuria dell'amministrazione che aveva favorito uno smottamento, causativo di danni sull'edificio del ricorrente) deve essere proposta davanti al giudice ordinario giacché «la domanda non investe scelte o atti autoritativi dell'amministrazione, ma attività soggetta al principio del *neminem laedere*». Con visione conforme v. anche Cass., sez. un., 14 gennaio 2005,

nali, essa soggiacerà *tout court* alle norme di diritto privato⁽¹⁸⁾; al contrario, se l'esercizio delle funzioni della p.a. è dettato dalla legge per il perseguimento di un pubblico interesse, essa agirà *iure imperii*.

Da questa importante distinzione discendono due differenti effetti: il primo, che riguarda l'amministrazione pubblica agente *iure privatorum*, in cui le controversie sono liberamente arbitrabili e transigibili al pari di quelle nascenti tra privati, in quanto le situazioni giuridiche ad esse sottostanti sono di diritto soggettivo pieno, mancando qui l'esercizio di un pubblico potere in veste autoritativa⁽¹⁹⁾; il secondo, invece, riguarda le controversie prettamente pubblicistiche, che sorgano allorché l'amministrazione agisca nell'esercizio di pubblici poteri, in cui le ADR restano inapplicabili in ragione dei limiti riguardanti il concetto di indisponibilità dell'interesse legittimo e del potere amministrativo.

Occorre sin d'ora evidenziare come le problematiche riguardanti l'utilizzo delle ADR in ambito amministrativo sono determinate, in primo luogo, dalla mancanza di un'espressa disciplina che regolamenti tali strumenti volta a superare le menzionate limitazioni circa la natura degli interessi in gioco.

L'indagine di seguito svolta prende in considerazione i meccanismi ADR riconducibili al paradigma della consensualità e partecipazione delle parti nel dirimere la lite. Si tralasceranno, invece, i

n. 599; Id., 18 ottobre 2005, n. 20117; Id., 21 ottobre 2005, n. 20346; Id., 28 novembre 2005, n. 25035.

⁽¹⁸⁾ L'art. 1 *bis* l. n. 241 del 1990 ha espressamente previsto che «La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente». Sul punto v. B.E.G. FUOCO, *L'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990. Alla ricerca delle proprietà alchemiche del diritto privato*, in <<http://www.lexitalia.it>>, n. 6 del 2005 (26.12.2021).

⁽¹⁹⁾ Nel qual caso restano ferme le indicazioni normative concernenti la responsabilità per danno erariale *ex art. 28 Cost.* A tal fine, in generale, v. M. LASALVIA, *La responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti*, Roma, 2007, 1 ss.

ricorsi amministrativi⁽²⁰⁾, rimedi di tutela non giurisdizionale⁽²¹⁾, che non condividono però con le ADR la peculiarità della partecipazione dei soggetti in conflitto, bensì rappresentano una forma autoritaria e anacronistica di autotutela della pubblica amministrazione.

Per completezza, si deve peraltro rammentare come, nel quadro delle ADR, si annoverino anche i rimedi giustiziali esperibili innanzi alle autorità amministrative indipendenti⁽²²⁾, ossia quelle entità amministrative istituite per essere svincolate da qualsiasi legame con l'apparato del Governo centrale, e funzionali alla regolazione e tutela di interessi costituzionalmente rilevanti. Esse esercitano anche poteri definiti para-giurisdizionali, che richiamano i procedimenti proponibili innanzi alle autorità giurisdizionali, in particolare con riferimento alla risoluzione di controversie tra soggetti privati (controversie tra imprese e utenti/clienti, e controversie tra imprese)⁽²³⁾.

Come detto, qui di seguito si analizzeranno i meccanismi alternativi alla giurisdizione e gli ostacoli che essi incontrano nella loro applicabilità ai rapporti conflittuali in cui è parte l'amministrazione

⁽²⁰⁾ Sui ricorsi amministrativi v. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, X ed., Torino, 2012, 47 ss.; F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2014, VI ed., 631 ss.

⁽²¹⁾ Più specificamente i ricorsi amministrativi rappresentano lo strumento mediante cui la p.a. esercita una funzione giustiziale. Sul punto si vedano V. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991; M.P. CHITI, *L'effettività della tutela avverso la pubblica amministrazione nel procedimento e nell'amministrazione giustiziale*, in *Scritti in onore di P. Virga*, Milano, 1994, 543 ss.; A. PAJNO, *Amministrazione giustiziale*, in *Enc. giur.*, vol. IX, Roma, 2000; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012.

⁽²²⁾ Sul punto v. G. DELLA CANANEA, *Le procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità amministrative indipendenti*, in *Relazione al Convegno 'Diritti, interessi e autorità amministrative indipendenti'*, Siena, 2002.

⁽²³⁾ Tra esse possono annoverarsi l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), l'Autorità garante per l'energia elettrica e il gas (AEEG), l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), Consob.

pubblica, specie in riferimento ai rapporti segnati da natura pubblicistica.

2.1. Rimedio aggiudicativo: l'arbitrato. – L'arbitrato, strumento dalle antiche origini⁽²⁴⁾, è un mezzo di risoluzione privato delle controversie alternativo alla giurisdizione, che ha determinato un superamento del principio dell'unicità dell'ordinamento statale, ammettendo la compresenza di più ordinamenti autonomistici per la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati⁽²⁵⁾.

Tale strumento, in quanto metodo aggiudicativo, rientra nel concetto più rigoroso di alternatività rispetto alle forme di giustizia tradizionale, giacché è proprio la similitudine tra i rimedi giurisdizionali e i metodi ADR aggiudicativi a garantire ai soggetti coinvolti di giungere ad una composizione della lite ritenuta equa e giusta. In altre parole, soltanto quando si intraprendono percorsi quantomeno analoghi alla giustizia tradizionale (caratterizzati, per esempio, da regole procedurali ben predeterminate e dalla presenza di un soggetto terzo che si pronunci sull'oggetto della lite) può effettivamente argomentarsi di aver intrapreso una via alternativa per la composizione della lite nel senso etimologico del termine⁽²⁶⁾.

L'obiettivo a cui mira l'arbitrato è di deferire la lite a soggetti privati, volontariamente scelti dalle parti della controversia, i quali

⁽²⁴⁾ M. MORRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in *Riv. arb.*, 1996, 1 ss.

⁽²⁵⁾ 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, ora in F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, vol. V, *Articoli e altri scritti (1984-1999)*, Milano, 2006, 4236 ss.

⁽²⁶⁾ Sul punto v. M. DI ROCCO, A. SANTI, *La conciliazione. Profili teorici ed analisi degli aspetti normativi e procedurali del metodo conciliativo*, Milano, 2003, 82, secondo cui, al contrario, i metodi aggiudicativi risultano essere troppo simili al rimedio giurisdizionale per essere considerati alternativi. Alla luce di tale tesi, rientra, dunque, nelle ADR esclusivamente «quella categoria di metodi puramente consensuali, realmente alternativi al giudizio (estranei, quindi, alla prospettiva giudiziale ...)».

si pronunciano sull'oggetto della lite mediante l'emanazione del lodo arbitrale, parificato negli effetti alla sentenza.

La disciplina dell'arbitrato è dettata dal codice di procedura civile, il quale prevede che tale via di soluzione della lite sia esperibile per quelle relative ai diritti disponibili, salvo specifico divieto di legge (art. 806 c.p.c.), con la conseguenza che escluse dalla sua applicazione sono le controversie riguardanti diritti indisponibili⁽²⁷⁾.

Per una più penetrante comprensione del rapporto fra arbitrato e interessi legittimi⁽²⁸⁾ è necessario dare atto di un concetto fondamentale, che introduce alla più complessa trattazione delle forme alternative alla giurisdizione nella branca del diritto amministrativo⁽²⁹⁾.

Il riferimento è alla distinzione della situazione giuridico-soggettiva vantata dal privato nei confronti dell'amministrazione

⁽²⁷⁾ Secondo Cass., sez. un., 5 agosto 1948, n. 1384, in *Foro it.*, 1948, I, 820 ss., «si potrebbe obiettare che non sono compromettibili le vertenze, per la cui risoluzione sia stato, dal legislatore, predisposto un organo giurisdizionale speciale, come nel caso attuale. Ciò non è esatto. Non esiste, né nel nostro diritto processuale, né nel nostro diritto sostanziale, un principio generale, in base al quale dovrebbe escludersi la compromettibilità delle vertenze devolute ad un organo giurisdizionale speciale. (...) Dall'art. 806 cod. proc. civ., per contro, si deduce un principio generale diverso; e, cioè, che sono compromettibili tutte le controversie, eccettuate quelle tassativamente indicate nell'art. 806; ed, in particolar modo, quelle non transigibili, perché relative a diritti indisponibili».

⁽²⁸⁾ In materia di arbitrato e diritto amministrativo v. A. PAJNO, *Arbitrato nelle controversie amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 2005; M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, 197 ss.; S. CASSESE, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1996, 311 ss.; A. SANDULLI, *L'arbitrato nel codice del processo amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 205 ss.; 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 *AIPDA*, Annuario 2009, Milano, 2010, 209 ss.; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 238 ss.; C. SELVAGGI, *L'arbitrato nelle controversie devolute alla giurisdizione amministrativa*, in *Riv. arb.*, 1992, 455 ss.

⁽²⁹⁾ Sull'ambito oggettivo dell'arbitrato per le controversie rientranti nella giurisdizione amministrativa v. M. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. it.*, 2019, 7 ss.

pubblica, e cioè se si tratti di un diritto soggettivo o un interesse legittimo.

Le questioni riguardo all'applicabilità dell'arbitrato – e di tutti gli strumenti ADR – nel diritto amministrativo, e quindi all'ammissibilità o meno di tale meccanismo deflattivo, nel passato, si ponevano in relazione al giudice adito. Infatti, nel passato, secondo il costante orientamento giurisprudenziale, non era ammesso l'arbitrato nelle materie devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo. L'orientamento restrittivo, pertanto, riguardava non solo le controversie in materia di interessi legittimi, ma anche quelle in tema di diritti soggettivi incardinate innanzi all'autorità giurisdizionale amministrativa. Il quadro normativo precedente alla l. n. 205 del 2000⁽³⁰⁾ fissava, dunque, una serie di limitazioni all'ammissibilità dell'arbitrato in sede amministrativa a prescindere dalla natura della posizione giuridica in gioco.

La progressiva attenzione per tale ambito ha portato all'introduzione dell'arbitrato in tema di pubblica amministrazione con la l. n. 205 del 2000, recante «Disposizioni in materia di Giustizia amministrativa», che in maniera esplicita ha sancito la possibilità di devolvere ad arbitri le controversie sorte nell'ambito dei rapporti tra privati e pubblica amministrazione, limitatamente a quei rapporti conflittuali aventi ad oggetto la tutela di un diritto soggettivo. Infatti, il secondo comma dell'art. 6 l. n. 205 cit. afferma che «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto». Tale norma è stata poi inserita all'interno dell'art. 12 c.p.a., emanato nel 2010⁽³¹⁾, (rubricato «Rapporti con l'arbitrato»), il quale dispone che «le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo

⁽³⁰⁾ L. 21 luglio 2000, n. 205 recante «Disposizioni in materia di giustizia amministrativa».

⁽³¹⁾ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 recante «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante la delega al Governo per il riordino del processo amministrativo».

possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del Codice di procedura civile».

Gli ostacoli all'impiego dell'arbitrato – e a maggior ragione degli strumenti aventi natura negoziale: mediazione, negoziazione assistita e conciliazione – nei rapporti riguardanti interessi pubblicistici venivano però in questo modo solo parzialmente risolti.

Nei fatti veniva impedita la compromettibilità delle controversie aventi natura pubblicistica sia in ragione dell'indisponibilità unilaterale del potere amministrativo da parte della pubblica amministrazione, sia alla luce del concetto di intrasferibilità del pubblico interesse⁽³²⁾.

Dunque, con l'introduzione del codice sul processo amministrativo si è definitivamente ammessa la possibilità di deferire ad arbitri le materie concernenti diritti soggettivi – e quindi con riguardo alle sole materie in cui il giudice amministrativo agisce con giurisdizione esclusiva – e si è al contempo dogmatizzato il concetto dell'incompromettibilità degli interessi legittimi, visione però in contrasto con quella parte della giurisprudenza amministrativa e dei giudici di legittimità che da anni⁽³³⁾, invece, sanciscono la necessità di un cambio di paradigma.

In materia amministrativa, uno dei primi contesti di applicazione delle forme di ADR in cui è parte l'amministrazione è stato il settore degli appalti pubblici mediante il riconoscimento dell'ammissibilità di forme di arbitrato⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Sul punto v. nota a Coll. Arb. Roma, 15 novembre 2011 di G. LUDOVICI, *Le posizioni giuridiche di interesse legittimo possono considerarsi disponibili ai sensi dell'art. 1966 c.c. e quindi astrattamente compromettibili*, in *Riv. arb.*, 2012, 150 ss.

⁽³³⁾ Si veda, a titolo esemplificativo, T.A.R. Lazio III-ter, 3 giugno 2005, n. 4362, in cui è contestata l'incompromettibilità degli interessi legittimi alla luce della disciplina innovativa degli accordi ex art. 11 l. n. 241 del 1990.

⁽³⁴⁾ S. SCOCA, *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 1160 ss.; C. GENTILI, G. MONTEDORO, *Il futuro dell'arbitrato in materia di lavori pubblici fra interventi della giurisprudenza e lacune della normazione*, *ivi*, 2005, 537 ss.

Dalla nascita del Regno d'Italia sino al più recente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016)⁽³⁵⁾, l'arbitrato ha avuto un'ampia e più pregnante applicazione in tale materia, ma limitatamente alla fase di esecuzione del contratto pubblico, ossia ove l'amministrazione agisce in una situazione di parità con il cittadino, seguendo, per tale motivo, le regole di diritto privato⁽³⁶⁾. Infatti, nel titolo V del codice dei contratti pubblici (artt. 100-113) sono state

⁽³⁵⁾ Sull'arbitrato disciplinato dal d.lgs. n. 50 del 2016 v. G. IMPAGNATIELLO, C.I. BUONOCORE, *L'arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in M. GIORGETTI, G. IMPAGNATIELLO (a cura di), *Manuale sintetico dell'arbitrato*, Pisa, 2017, 297 ss.; F. TIZI, *La costituzione del tribunale arbitrale nel recente codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2016, 375 ss.; I. LOMBARDINI, *Arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali*, Bologna, 2016, 339 ss.; ID., *L'arbitrato nel nuovo «codice dei contratti pubblici» (d.lgs. n. 50 del 2016) (Parte I)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 283 ss.; ID., *Il nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?*, in *Riv. arb.*, 2016, 715 ss.; C.I. BUONOCORE, *Arbitrato e contratti pubblici*, in D. GAROFALO (a cura di), *Appalti e lavoro*, vol. I, Torino, 2017, 811 ss.; P. MANTINI, G. CAPUTI, *Contenzioso dinanzi al giudice amministrativo e rimedi alternativi al ricorso giurisdizionale*, in F. CARINGELLA, P. MANTINI e M. GIUSTINIANI (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, Roma, 2016, 529; C. CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 516; A. FAVALE, *L'arbitrato*, in F. GARELLA E M. MARIANI (a cura di), *Il codice dei contratti pubblici. Commento al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, Torino, 2016, 474.

⁽³⁶⁾ V. Corte cost., 19/23 novembre 2007, n. 401 al punto 6.8 in diritto, in cui si dice «l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la esistenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale. Nella prima fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce secondo predefiniti moduli procedimentali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico (...). Nella seconda fase – che ha inizio con la stipulazione del contratto (si veda art. 11, comma 7, del Codice) – l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Tale fase, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo (...) si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali».

previste specifiche disposizioni che vertono sulla possibilità di risolvere le controversie nascenti nella fase di esecuzione del contratto mediante arbitrato ⁽³⁷⁾.

Con riguardo al tema che rappresenta qui specifico punto d'indagine, bisogna tuttavia sottolineare come nulla di particolarmente rilevante sia stato invece regolamentato per quella che viene definita la fase propriamente pubblicistica, contraddistinta, cioè, dall'esercizio di un potere amministrativo della p.a. controbilanciato dalla nascita, in capo ai privati, di un interesse legittimo.

Il mancato sviluppo dell'arbitrato nell'ambito del diritto amministrativo è dato quindi dalla prevista limitazione della sua applicabilità alle sole controversie in cui rilevino diritti soggettivi, cosa che ne determina un esiguo impiego. Inoltre, lo spazio applicativo dell'istituto è notevolmente ridimensionato dalla persistente scissione tra diritto soggettivo e interesse legittimo nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Infatti, a seconda della ricostruzione sin qui evidenziata, esclusivamente i diritti soggettivi sono conoscibili dal giudice amministrativo e compromettibili in arbitrato, riguardando, dunque, solo, o per lo meno essenzialmente, ambiti di giurisdizione esclusiva.

Tale giurisdizione risulta essere derogatoria, nell'ambito delle diverse giurisdizioni di cui è chiamato a conoscere il giudice amministrativo. Difatti, la giurisdizione esclusiva in quanto eccezionale rispetto al tradizionale criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla suddivisione della *causa petendi* è limitata da precise disposizioni legislative che la rendono ammissibile esclusivamente con riferimento a determinate materie.

2.2. *Rimedi convenzionali: transazione, mediazione, negoziazione assistita e conciliazione.* – Le criticità riscontrate nell'impiego del-

⁽³⁷⁾ M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in *Riv. arb.*, 2019, 361 ss.

l'arbitrato – rimedio alternativo parificato negli effetti alla tutela giurisdizionale – risultano essere molto più accentuate per i rimedi di ADR convenzionali.

Tra questi si annovera la transazione ⁽³⁸⁾, che ai sensi dell'art. 1965, 1° comma, c.c., è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevenendo una lite che può insorgere tra loro.

Con specifico riferimento al contratto di transazione, il codice civile disciplina solo la capacità di agire, che diventa capacità di transigere all'art. 1966, 1° comma, c.c. e con il quale è disposto che «per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite», aggiungendo al 2° comma che «la transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti».

Dalla lettura codicistica, pertanto, l'oggetto della transazione è la controversia che trae origine da un rapporto litigioso cui le parti –

⁽³⁸⁾ A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, Napoli, 2020, 111 ss.; G. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1987, 509, che, pur seguendo percorsi diversi, ammettono l'applicabilità dell'istituto anche ai rapporti di diritto pubblico. Si confronti, altresì, A. MASSERA, *I rimedi non giurisdizionali contro la pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010; G. GRECO, *Transazioni e pubblica amministrazione (problemi teorici e pratici)*, in M.P. CHITI, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, 2009; F. GOISIS, *Compromettibilità in arbitri (e transigibilità) delle controversie relative all'esercizio del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 243; G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (apunti per un nuovo studio)*, in *Dir. amm.*, 2005, 223 ss.; M. D'ORSOGNA, *Gli accordi transattivi*, in S. CIVITARESE MATTEUCCI e L. DEL FEDERICO (a cura di), *Azione amministrativa ed azione impositiva tra autorità e consenso. Strumenti e tecniche di tutela dell'amministrato e del contribuente*, Milano, 2002; P. CHIRULLI, P. STELLA RICHTER, voce *Transazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, Milano, 1992, 867 ss.; G. MIELE, *La transazione nei rapporti amministrativi*, in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1987, E. GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Arch. dir. pubb.*, 1936.

comprese le pubbliche amministrazioni, salvo che non vi sia un'espressa esclusione di legge ⁽³⁹⁾ – intendono mettere fine con il riconoscimento di reciproche concessioni.

Alla luce delle espresse previsioni normative risulta, dunque, non essere oggetto di transazione quella situazione giuridica definita *ex lege* indisponibile.

Quando ci si riferisce al contratto di transazione di cui è parte la pubblica amministrazione, occorre evidenziare come, accanto alle statuizioni codicistiche, si pongano altresì una serie di discipline settoriali ⁽⁴⁰⁾ e norme speciali ⁽⁴¹⁾ che necessariamente segnano delle differenze tra la normativa applicabile ai singoli privati e quella rivolta all'amministrazione pubblica. In tale ambito, quindi, si deve procedere a forme di integrazione tra regolamentazione generale in materia di transazione dettata dal codice civile e disciplina di settore applicabile all'amministrazione, al fine di individuare il regime più appropriato per la singola fattispecie di riferimento.

Tale diversità è giustificata dalla necessaria considerazione che l'amministrazione pubblica è tenuta a salvaguardare la tutela dell'interesse pubblico coinvolto giacché, oltre alla ragione economica sociale sottesa al contratto di transazione, la p.a. è tenuta a perseguire gli interessi pubblici posti alla base della propria azione amministrativa. Pertanto, accanto alla disciplina codicistica, si è sviluppata la c.d. transazione amministrativa, la quale, in via derogatoria e con carattere specialistico, regola l'accordo transattivo per i rapporti di cui è parte la p.a., affiancandosi, di fatto, al contrat-

⁽³⁹⁾ V. Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365; Id., sez. IV, 6 giugno 2001, n. 3045; T.A.R. Bologna, 30 ottobre 1984, n. 462; Id. Catanzaro, sez. I, 4 maggio 2006, n. 485.

⁽⁴⁰⁾ In materia di contratti pubblici, sanità e tutela ambientale.

⁽⁴¹⁾ A titolo esemplificativo si rammenta il t.u. Avvocatura dello Stato con cui, ai sensi dell'art. 14 r.d. n. 2440 del 1923, al fine di giungere ad un accordo transattivo è necessario il previo parere favorevole da parte dell'Avvocatura dello Stato e del Consiglio di Stato; inoltre, con riferimento al t.u. degli enti locali, all'art. 239, 1° comma, lett. b), n. 6, d.lgs. n. 267 del 2000, è prevista la competenza ad emanare pareri in capo all'organo di revisione.

to transattivo disciplinato dall'art. 1965 c.c., avente stampo generale.

Le transazioni amministrative rinvenibili nella pratica presentano tratti in comune con i contratti atipici per via delle evidenti carenze legislative e per il fatto che la normazione speciale disciplina solo alcuni profili delle singole fattispecie: si crea, così, a fini applicativi un contesto giuridico frastagliato e confuso.

La transazione amministrativa si distingue dal modello civilistico per diversi fattori, tra cui è possibile annoverare, a titolo esemplificativo, l'instabilità negli effetti del contratto transattivo concluso, in quanto la p.a., in virtù dei propri poteri di autotutela amministrativa, può annullare d'ufficio o revocare alcuni atti dell'operazione transattiva qualificabili come provvedimenti, oltre che gli stessi atti esecutivi del programma stabilito; inoltre, emerge il carattere dell'oppugnabilità della transazione ad opera dei soggetti lesi dall'operazione transattiva e rimasti estranei alla composizione negoziale della lite. Difatti, la vincolatività delle statuizioni contrattuali tra le parti, requisito principe dettato dall'art. 1372 c.c. in riferimento all'efficacia *inter partes* del contratto (quale la transazione), nell'ipotesi in cui la p.a. sia parte stipulanda, non può prescindere dalla posizione di terzi che vantino effetti immediati e diretti sulla composizione contrattuale della lite in riferimento all'esercizio delle funzioni amministrative ivi sottese.

La transazione amministrativa, inoltre, risulta avere un ambito applicativo più circoscritto della transazione di diritto comune, in quanto l'amministrazione è tenuta a giustificare la propria scelta di transigere, in rapporto all'incertezza sistemica che connota la possibilità di attuare la propria pretesa. Difatti, proprio in virtù di tali evidenti differenziazioni, emergono perplessità nell'attuare la disciplina generale codicistica ai rapporti di cui è parte la p.a., in quanto sussiste un dovere posto in capo all'amministrazione di dare attuazione ai principi costituzionali nel perseguimento dell'agire amministrativo che prescinde dalla libera scelta riconosciuta, invece, in capo ai privati alla luce del principio civilistico dell'autonomia con-

trattuale di addivenire a reciproci compromessi per ovviare al rapporto litigioso.

Pertanto, il divario che emerge tra la parte privatistica e la p.a. nella possibilità di addivenire a transazione implica necessariamente delle conseguenze di un certo rilievo.

Nel caso di transazione stipulata con l'amministrazione si rinviene una non semplice applicazione della disciplina più congrua al caso concreto, sia per la sussistente e variegata normativa speciale, ma ancor più per le previsioni dettate dagli artt. 1965 ss. c.c., che non si pongono come norme chiarificatorie per le ipotesi in cui l'amministrazione è chiamata ad intervenire, anche in relazione a rapporti non esclusivamente patrimoniali e, pertanto, indisponibili.

Si condivide il necessario superamento della storica e netta dicotomia tra diritto comune e diritto speciale, la quale, oggigiorno, pone differenziazioni nell'attività amministrativa rispetto all'agire privatistico. Tale dato risulta evidente anche in riferimento alla previsione di norme speciali in materia di transazione amministrativa, le quali impongono l'attuazione di una disciplina speciale, tale da portare ad un 'accantonamento' della normativa generale regolamentata nel codice.

Resta indubbio che la pubblica amministrazione, qualora intervenga al pari di un soggetto privato o quale baluardo di un potere pubblico a natura autoritativa, debba agire in attuazione dei criteri direttivi indicati dall'art. 1 l. n. 241 del 1990 e dall'art. 97 Cost. Tali disposizioni escludono che l'attività di qualificazione giuridica e di collocazione sistematica della fattispecie transattiva operi secondo una duplice logica secondo cui l'intero negozio è inquadrato, in via alternativa, entro le cornici concettuali del diritto pubblico o del diritto privato.

Nonostante le evidenti perplessità dettate dal contesto normativo in cui è chiamata ad operare l'amministrazione in caso di stipulazione di un accordo transattivo, occorre, altresì, rammentare come lo strumento della transazione possa essere annoverato tra i rimedi risolutivi vantabili dall'amministrazione pubblica che, qualora effi-

cacemente regolamentato, permetterebbe un'agevole definizione della lite sulla base di criteri di opportunità e adeguatezza da valutarsi in relazione al caso concreto in cui la medesima è chiamata ad operare. Tale soluzione della lite, in quanto consensuale, ha una diversa reazione nei confronti delle parti intervenute all'accordo rispetto alla statuizione giurisdizionale, giacché non sempre quanto disposto nel provvedimento emesso dall'autorità giurisdizionale corrisponde al pieno soddisfacimento delle parti ivi intervenute. Inoltre, mediante tale strumento, in applicazione dei principi di efficacia, efficienza ed economicità, la p.a. può giungere anche ad un miglior risultato soddisfacente del pubblico interesse, attuato mediante l'impiego di un'attività a carattere consensualitico con il privato.

Tale considerazione, favorevole all'istituto della transazione anche nei rapporti con l'amministrazione pubblica, non è sganciata dal dato normativo: al contrario, rinverrebbe le proprie fondamenta nella norma sancita dall'art. 97, 2° comma, Cost., in quanto lo strumento transattivo sarebbe valutato quale meccanismo volto al perseguimento dell'interesse pubblico che condiziona l'agire amministrativo.

La dottrina più recente ⁽⁴²⁾ ha cercato di inquadrare, mediante un metodo di qualificazione giuridica, tale tipo di transazione all'interno della normativa codicistica generale, cercando di evitare il mero raccordo con l'istituto degli accordi transattivi rintracciabili nella prassi e addivenendo, piuttosto, alla tesi secondo cui, in mancanza di una codificazione generale, possa essere delineata una ricostruzione unitaria dei fondamenti e della disciplina della transazione amministrativa.

Tale 'sforzo' si è basato sull'individuazione di tratti comuni con la normativa codicistica e sull'analisi delle norme contenute nella l. n. 241 del 1990, in particolare gli artt. 1, 1° *bis* comma, e 11, quali perni normativi dello sviluppo dell'attività consensualistica dell'amministrazione pubblica.

⁽⁴²⁾ A. CASSATELLA, *La transazione amministrativa*, cit., 356 ss.

Resta comunque condivisa la tesi secondo cui una codificazione della transazione amministrativa potrebbe essere opportuna, soprattutto al fine di introdurre in seno all'operazione transattiva elevati profili garantistici, quali il livello di pubblicità e trasparenza procedimentale nell'addivenire alla transazione, così da tutelare maggiormente il diritto partecipativo dei soggetti interessati a prendere parte all'accordo transattivo, anche grazie ad una più netta scansione dell'attività istruttoria e decisoria e, non ultimo, ad un'espressa disciplina del rapporto fra contratto di transazione e successivi atti amministrativi emanati in esecuzione del programma stabilito dalle parti.

Le difficoltà sin qui riscontrate con riguardo alla transazione risultano evidenti anche se si volga attenzione all'istituto della mediazione – ampiamente praticata in ambito civile e commerciale a seguito dell'adozione del d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁴³⁾, e successive modifiche, in attuazione della direttiva 2008/52/CE ⁽⁴⁴⁾.

La mediazione, per come definita nel d.lgs. n. 28 cit., è un mezzo ADR che consiste in un procedimento che si svolge tra le parti litigiose innanzi ad un soggetto terzo ed imparziale (il mediatore nominato dall'organismo di mediazione) ⁽⁴⁵⁾, con il fine di tentare di giungere ad un accordo amichevole per la composizione della controversia. Il successo della mediazione si fonda sul rapporto collaborativo delle parti nel voler risolvere bonariamente la lite senza adire il giudice, e sulla maggiore probabilità che l'accordo, essendo posto in essere per volontà delle stesse parti, garantisca un maggior perseguimento del risultato voluto.

⁽⁴³⁾ D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 recante «Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali».

⁽⁴⁴⁾ Direttiva 2008/52/CE relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

⁽⁴⁵⁾ L'organismo di mediazione è un ente pubblico o privato iscritto nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della Giustizia (registro degli organismi di mediazione istituito ai sensi dell'art. 16 d.lgs. n. 28 del 2010).

Il quadro normativo delineato dal d.lgs. n. 28 cit. contempla due tipologie di mediazione, quella obbligatoria (v. art. 5, 1° *bis* comma)⁽⁴⁶⁾ o disposta dal giudice (v. art. 5, 2° comma). La differenza fra i due tipi di mediazione si rinviene nel fatto che, nel primo caso, il tentativo conciliativo dovrebbe essere obbligatoriamente esperito prima dell'introduzione della via giurisdizionale. Nel caso della mediazione c.d. demandata, il giudice, una volta iniziato il processo, in base alla natura della lite, allo stato dell'istruttoria e al comportamento delle parti, può riferire le parti alla risoluzione della controversia innanzi ad un organismo di mediazione, ponendosi tale suo invio non come invito ma come obbligo per le parti.

Poste queste caratteristiche della mediazione nell'ordinamento nazionale, il profilo oggetto qui d'esame attiene alla possibile esperibilità di tale rimedio nel contesto del diritto amministrativo⁽⁴⁷⁾. La direttiva 2008/52/CE, atto normativo comunitario di riferimento nell'introduzione di una disciplina organica in materia di mediazione in Italia, ha sancito l'inapplicabilità di tale rimedio nelle materie fiscali, doganali e amministrative. Inammissibilità di fatto contraria al tentativo avanzato nella giustizia amministrativa francese – pur anch'essa espressione della tradizione giuridica di *civil law* – che con la l. 2016-1547 del 18 novembre 2016⁽⁴⁸⁾, titolo II, ha inaugurato l'introduzione nel codice di giustizia amministrativa⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁶⁾ Controversie in materia di 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 a mezzo stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

⁽⁴⁷⁾ V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Per una sentenza sempre meno ingiusta: uscita di sicurezza dal processo amministrativo e mediazione giustiziale*, in <<https://www.giustamm.it>>, 2017, (26.12.2021).

⁽⁴⁸⁾ Denominata come legge di modernizzazione della giustizia del secolo XXI ed entrata in vigore il 1° gennaio 2017.

⁽⁴⁹⁾ Ai sensi della L.114-1 «*Lorsque le Conseil d'Etat est saisi d'un litige en premier et dernier ressort, il peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord*». Sul tema v. J.M. LE GARS, *La juridiction administrative saisie par la médiation?*, in *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 2016, 2271 ss.

dell'impiego su ampia scala della mediazione nelle controversie che coinvolgano un organo o un soggetto amministrativo.

Nel c.p.a. italiano, al contrario, non v'è alcun cenno alla mediazione, né tantomeno essa è stata disciplinata in precedenti interventi normativi sul giudizio amministrativo. Il motivo di questa esclusione è stato peraltro reso palese da una circolare della Corte dei Conti (la circolare n. 9 del 2012)⁽⁵⁰⁾, che ha precisato come l'applicazione del tentativo di conciliazione riguardava le controversie tra privati e pubbliche amministrazioni che agiscono *iure privatorum*, e non con atti autoritativi, e unicamente su diritti disponibili.

Quanto al comportamento che le amministrazioni pubbliche sono tenute ad avere nel corso della mediazione, si è espressa un'interessante pronuncia del tribunale di Roma⁽⁵¹⁾, che si è espressa sulla summenzionata mediazione disposta dal giudice ai sensi dell'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit. In tale pronuncia, si è affermato che quando la pubblica amministrazione è parte nel tentativo di conciliazione, essa è obbligata a concludere il procedimento qualora ciò non induca ad un danno erariale. Si sancisce pertanto il principio generale secondo cui nella mediazione la p.a. è gravata degli stessi obblighi ed oneri dei privati, con la conseguenza che essa non può opporre un rifiuto aprioristico alla partecipazione alla mediazione.

Emerge pertanto come tale strumento deflattivo del contenzioso, così come gli altri strumenti sin qui analizzati, abbia ricevuto unanime applicazione nelle controversie che coinvolgano la pubblicazione amministrazione esclusivamente ove esse riguardino attività inerenti a diritti disponibili, non potendo la mediazione applicarsi anche a liti su rapporti a carattere pubblicistico.

Ugualmente, anche l'altro rimedio ADR di natura convenziona-

⁽⁵⁰⁾ Circolare 10 agosto 2012, n. 9 recante «Linee guida in materia di mediazione nelle controversie civili e commerciali».

⁽⁵¹⁾ Trib. Roma, sez. XIII civ., 23 giugno 2016, n. 12776.

le, la negoziazione assistita, introdotta con il d.l. n. 132 del 2014 ⁽⁵²⁾, si è ritenuto applicabile alle liti con la p.a. solo per i rapporti regolamentati dal diritto privato ⁽⁵³⁾.

Anche la negoziazione assistita, come la mediazione, può essere volontaria o obbligatoria: nel primo caso, la negoziazione è posta in essere volontariamente dalle stesse parti riguardo ad una controversia avente ad oggetto i diritti disponibili; nel secondo caso, invece, il tentativo di negoziazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Come detto, tale forma di ADR condivide con gli strumenti sin qui esaminati l'inapplicabilità in materia di diritto amministrativo, in ragione del concetto di indisponibilità degli interessi pubblicistici.

3. *ADR e diritto amministrativo nel contesto odierno.* – L'introduzione delle forme di ADR come efficace risoluzione delle controversie, volta a deflazionare il carico giudiziario, è stata largamen-

⁽⁵²⁾ D.l. 12 settembre 2014, n. 132 recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile», convertito con l. 10 novembre 2014, n. 162.

⁽⁵³⁾ In merito al comportamento che l'amministrazione pubblica è chiamata a tenere risulta rilevante la pronuncia della Corte dei Conti, sezione Sicilia, n. 164 del 2016, secondo cui, in seguito all'accordo transattivo raggiunto all'esito della negoziazione assistita, non possono essere riconosciuti come titoli idonei quegli accordi che determinerebbero un debito della p.a. fuori bilancio. Ne consegue che, in vista della stipulazione di un accordo, dovrà essere preventivamente assunto l'impegno di spesa, che non si rende necessaria l'attivazione della speciale procedura definita per il riconoscimento di debiti fuori bilancio e che non si deve procedere all'inoltro alla competente procura regionale della Corte dei Conti (ai sensi della l. n. 289 del 2002) per l'accertamento di eventuali responsabilità erariali.

te condivisa ed approvata dalla dottrina⁽⁵⁴⁾ ed anche dalla prospettiva della giustizia civile e amministrativa⁽⁵⁵⁾.

Tuttavia, nonostante le spinte in tale direzione provenienti dall'ordinamento europeo e dagli operatori del diritto nazionali, evidenti risultano le difficoltà nell'impiego degli strumenti di ADR in materia amministrativa⁽⁵⁶⁾. Resta, infatti, sinora condivisa la tendenziale applicazione di tale meccanismi nei rapporti di cui è parte l'amministrazione solo qualora la controversia riguardi diritti soggettivi, secondo un paradigma che risulta di fatto modellato sugli strumenti ADR in ambito privatistico.

Questa interpretazione limitativa che esclude l'impiego di tali meccanismi nella tutela degli interessi legittimi muove dall'evidente diversità dei soggetti in lite, determinata dalla difficile equiparazione della pubblica amministrazione ai privati. L'uso delle ADR nel diritto amministrativo mostra, infatti, due criticità di carattere generale. In primo luogo, le principali forme alternative alla giurisdizione (mediazione, transazione e conciliazione) risultano incompatibili con il modello riconducibile alla tradizione di *civil law*, che regola espressamente i rapporti di natura pubblicistica, laddove invece le ADR originano negli ordinamenti di *common law*, dove trova applicazione il c.d. diritto comune e in cui, quindi, non si dà risalto alle specificità giuridiche tra i soggetti in gioco, non ponendosi pertanto sostanziali differenziazioni tra il diritto dei privati e quello previsto per l'apparato amministrativo. In secondo luogo, è

⁽⁵⁴⁾ L.P. COMOGLIO, *La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela*, cit., 591 ss.; M. TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, cit., 779 ss.; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, Milano 2006, 598 ss.; F. BENVENUTI, *L'arbitrato tra Stato e società*, cit., 22 ss.

⁽⁵⁵⁾ Si veda ad esempio l'intervento alla Commissione VIII del Senato del Presidente del Consiglio di Stato Giovannini nel 2015 relativa al disegno di legge delega Atto Senato 1678 circa l'introduzione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale.

⁽⁵⁶⁾ Sulle problematiche relative all'impiego di ADR pubblicistiche v. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., 1 ss.; ID., *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, cit., 481 ss.

dato riscontrare, da un punto di vista costituzionale, come sarebbe improprio affermare che le ADR costituiscano una forma alternativa di tutela: a rigore, infatti, la previsione di ADR nel diritto amministrativo potrebbe essere vista come incostituzionale alla luce di quanto stabilito, oltre il resto, dall'art. 113 Cost. ⁽⁵⁷⁾.

Pertanto, nell'ordinamento italiano e in quelli di tradizione di *civil law*, in mancanza di una disciplina unitaria, è necessario intervenire sulla rimodulazione di definizioni basilari, quale la correlazione tra interesse legittimo e potere amministrativo, al fine di rendere realmente efficaci tali rimedi alternativi al contenzioso in seno al diritto amministrativo.

Attualmente si circoscrive il perimetro di applicazione delle ADR, non essendo queste ammissibili in tutti quei casi in cui l'amministrazione abbia esercitato o debba esercitare potestà pubbliche; si versi in ipotesi di controversie tributarie e responsabilità dello Stato per atti compiuti *iure imperii*, tra cui si annoverano le liti in materia di responsabilità per eccessiva durata del processo (c.d. legge Pinto), le pretese civili azionate a mezzo della costituzione di parte civile nel procedimento penale, le controversie relative a diritti reali pubblici riguardanti la demanialità o la natura patrimoniale indisponibile di un bene. In tali circostanze, il mancato utilizzo dei predetti strumenti alternativi discende da un preciso obbligo di legge, e non da un rifiuto aprioristico della pubblica amministrazione a partecipare a dette procedure consensuali.

L'ostacolo che impedisce l'apertura all'uso di tali strumenti nelle materie prettamente pubblicistiche, ossia quando la p.a. agisce nelle proprie funzioni *iure imperii*, si rinviene *in primis* nell'indisponibilità del potere amministrativo. Tale potere, per dogma, risulta essere unilaterale, attribuito dalla legge alle pubbliche amministrazioni in casi tassativi e tipici, per la tutela e il perseguimento dell'interesse pubblico. Proprio perché attribuito alla p.a. dalla leg-

⁽⁵⁷⁾ Sul punto M.P. CHITI, *Le forme di tutela non giurisdizionale panacea o utopia?*, in <<http://www.studiolegalechiti.it>>, 2009, (26.12.2021).

ge in vista di uno scopo, si considera che detto potere sia vincolato e doveroso: ‘vincolato’, in ragione della sua connessione alla soddisfazione dell’interesse pubblico; ‘doveroso’, nel senso che, laddove ricorrano i presupposti per il suo esercizio, la p.a. ha l’obbligo di esercitarlo onde perseguire l’interesse pubblico primario.

Conseguenza di tale impostazione è che non può essere giustificato e ammesso un potere amministrativo qualora non vi sia il doveroso perseguimento di un interesse pubblico e, pertanto, in tali ipotesi, il potere amministrativo è assolutamente indisponibile⁽⁵⁸⁾. La legge attribuisce all’amministrazione il potere di soddisfare l’interesse pubblico e, per effetto, questa è concretamente chiamata a compiere tutti gli atti materiali utili per il suo perseguimento.

La regola che disciplina la funzione amministrativa prevede che le singole amministrazioni per perseguire l’interesse pubblico sancito dalla legge agiscano secondo discrezionalità, potendo attuare le modalità di esercizio più opportune nel bilanciamento degli interessi in gioco al fine di soddisfare l’interesse primario. Tale attività risulta evidentemente disponibile per l’amministrazione in virtù dell’espreso riconoscimento legislativo, previsto dalla l. n. 241 del 1990, dei cc.dd. accordi tra p.a. e privati⁽⁵⁹⁾, con cui è consentito che la singola amministrazione possa concludere accordi con gli interessati al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale, ovvero sostituirlo *in toto*. Mediante lo strumento

⁽⁵⁸⁾ Così P. DE LISE, B. DELFINO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2000, 2053; P. DE LISE, *L’arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 1196; F. GOISIS, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007, 261 ss.; G. VERDE, *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2007, 698.

⁽⁵⁹⁾ Sul tema degli accordi tra p.a. e privati v. F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2019, 345 ss.; M.C. ROMANO, *Accordi tra privati e pubblica amministrazione nel procedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L’azione amministrativa*, Torino, 2016, 398 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 560 ss.; P. GRAUSO, *Gli accordi della pubblica amministrazione con i privati*, Milano, 2007, 1 ss.; A. BENEDETTI, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Torino, 1999.

degli accordi tra amministrazioni e privati, infatti, l'art. 11 l. n. 241 cit. ⁽⁶⁰⁾, così come modificato dalla l. n. 15 del 2005, introduce, nell'ottica di un modello di esercizio consensuale dei pubblici poteri, la possibilità che l'interesse pubblico possa essere perseguito mediante un incontro di volontà tra p.a. e cittadino ⁽⁶¹⁾. Pertanto, mediante l'accordo, specie ove sostitutivo, viene riconosciuto uno strumento espressivo della partecipazione del privato al procedimento amministrativo mediante il quale costui concorre a formare il proprio assetto di interessi assieme all'amministrazione procedente.

Il punto di interesse dell'istituto degli accordi e del concetto di disponibilità del potere amministrativo attiene al dato oggettivo conseguito dalla previsione normativa in esame: la negoziazione tra amministrazione e cittadino avente ad oggetto l'esercizio del potere esercitato dalla pubblica autorità ⁽⁶²⁾.

Alla luce di tale previsione emerge come si sia progressivamente riconosciuta un'ampia e condivisa disponibilità della situazione giuridica soggettiva anche per l'amministrazione che agisca in via auto-

⁽⁶⁰⁾ Tra gli altri, G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F.G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 442; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001.

⁽⁶¹⁾ Presupposto necessario per la stipulazione di un accordo ex art. 11 l. n. 24 del 1990 è l'avvio del procedimento amministrativo, secondo cui privato e amministrazione precedente possono determinare la totale o parziale definizione del procedimento o, persino, la conclusione dello stesso mediante un accordo sostitutivo. Si veda F. FRACCHIA, *Accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998, 258 ss.

⁽⁶²⁾ In merito al rapporto tra il potere amministrativo e il diritto privato si vedano A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016, 86 ss.; A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedimentale a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, 97 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 176 ss.; F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in R. FERRARA, S. SICARDI (a cura di), *Itinerari e vicende del diritto pubblico in Italia*, Padova, 1998, 48 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali E.C. Messina*, 1981.

ritativa per la realizzazione di un interesse pubblico primario, ammettendo il suo contemperamento alla luce degli interessi secondari emergenti dalla contrattazione con i privati⁽⁶³⁾. Ne è prova il graduale accostamento degli accordi previsti dalla legge sul procedimento amministrativo all'istituto dei 'moduli' di esercizio della funzione pubblica in forma privatistica, che ha condotto ad un ridimensionamento delle tesi dottrinali sulla natura pubblicistica degli accordi rispetto all'anacronistica visione di un potere 'dall'alto' da parte dell'amministrazione nei confronti del cittadino⁽⁶⁴⁾.

Il fenomeno è particolarmente evidente in materia di urbanistica⁽⁶⁵⁾ con le connesse funzioni di pianificazione e gestione del territorio⁽⁶⁶⁾, in cui le amministrazioni pubbliche, quali gli enti locali,

⁽⁶³⁾ Per la formazione degli accordi si veda F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, cit., 350 ss.

⁽⁶⁴⁾ In ordine alle contrapposte tesi dottrinali sorte attorno alla figura degli accordi, G. DE MAIO, *Gli accordi tra privati e amministrazione: un istituto 'virtuale' dagli accenti virtuosi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 746 ss.

⁽⁶⁵⁾ Le convenzioni urbanistiche nascono per esigenze pubblicistiche, al fine di spingere le amministrazioni pubbliche, quali gli enti locali, verso più consapevoli posizioni democratiche e rimediare alle problematiche connesse alle scelte pianificatorie. Ad esempio, il T.A.R. Lombardia Brescia, sez. I, 6 giugno 2013, n. 539, in conformità con la consolidata giurisprudenza amministrativa in tema di accordi e convenzioni urbanistiche, ha affermato come sia perfettamente legittimo per l'amministrazione comunale concordare con il privato un c.d. scambio edificatorio. Il Comune, infatti, nel solco delle nuove frontiere della pianificazione urbanistica, può subordinare l'edificabilità di un comparto alla realizzazione di dotazioni territoriali aggiuntive da parte del privato che beneficia della volumetria assentita.

⁽⁶⁶⁾ M.V. FERRONE, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in <<https://www.nomos-leattualitadeldiritto.it>>, 2017, 3 ss.; V.P. URBANI, *Urbanistica consensuale*, Torino, 2000; A. TRAVI, *Accordi fra proprietari e comune per modifiche al piano regolatore ed oneri esorbitanti*, in *Foro.it.*, 2002, V, 274 ss.; L. CASINI, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, 2005, 121 ss.; F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, 27; P. STELLA RICHTER, *Diritto urbanistico. Manuale breve*, Milano, 2016; A. SIMONATI, *La partecipazione dei privati al governo del territorio nella legislazione regionale fra tradizione e sperimentazione: per una nuova urbanistica 'reticolare'*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 267 ss.; D. DE PRETIS, A. SIMONATI (a cura di), *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Torino, 2021.

possono addivenire ad una convenzione c.d. urbanistica con il cittadino, derogando all'utilizzo dei consueti strumenti di pianificazione.

Evidenziata nei termini detti la disponibilità del potere amministrativo alla luce di una sua ridefinizione grazie all'istituto degli accordi tra p.a. e privati – primo ostacolo all'applicazione dei rimedi giustiziali – ulteriore nodo da risolvere è quello dell'indisponibilità degli interessi legittimi, ossia delle situazioni giuridiche nascenti a seguito dell'esercizio del pubblico potere da parte della p.a. A tal fine necessario è comprendere cosa debba intendersi per disponibilità.

A tal riguardo si ritiene di condividere la nozione di disponibilità quale «dinamicità delle posizioni giuridiche da intendersi, non tanto quanto capacità di spogliarsi della situazione e di rinunciarvi, piuttosto quale possibilità di conformare, di adattare e modellare le pretese di cui si compone la posizione e che sono l'oggetto della controversia»⁽⁶⁷⁾.

Secondo tale accezione, quindi, è ammissibile ipotizzare una disponibilità degli interessi legittimi, muovendo dalla constatazione per cui questi sono caratterizzati dalla suddetta dinamicità, come si rinviene a titolo esemplificativo nella surrogabilità in denaro della soddisfazione degli interessi legittimi, cosa che, pertanto, ne evidenzia anche la compromettibilità.

Una necessaria rivalutazione del concetto di disponibilità dell'interesse legittimo è d'altronde dovuta a seguito della nota sentenza delle Sezioni Unite n. 500 del 1999, con cui viene sancita la piena risarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁷⁾ Definizione di M. DELSIGNORE, in *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, cit., 523.

⁽⁶⁸⁾ Per i diversi criteri e le diverse premesse per la risarcibilità degli interessi oppositivi e pretensivi, v. A. ROMANO, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*, in *Foro it.*, 1999, I, 3222 ss.; F.G. COCA, *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. cost.*, 1999, 4049 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, C. MARZUOLI, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla Pubblica Amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*,

Tale principio innovativo, introdotto da giurisprudenza alla fine degli anni Novanta, ha di fatto sancito un evidente riconoscimento del concetto di disponibilità dell'interesse legittimo, sino ad allora mera utopia. La Corte di Cassazione, infatti, in quella storica sentenza, ha offerto nuovi spunti in merito alla tutela degli interessi legittimi, previamente concentrata sul mero provvedimento, unica espressione dell'esercizio amministrativo, e non sul rapporto intercorrente tra l'amministrazione procedente e il cittadino. Ne consegue che aver reso risarcibile l'interesse legittimo del privato a seguito di lesione subita dall'emanazione di un provvedimento amministrativo ha aperto ad un cambio di rotta: la disponibilità degli interessi legittimi quali situazioni giuridiche soggettive meritevoli di tutela al pari dei diritti soggettivi.

Quella nota sentenza pone, dunque, l'attenzione sul rapporto che lega il privato, titolare dell'interesse legittimo, e il bene della vita al quale tende, nonché sul ripristino del danno subito in termini economici. Quantificare il pregiudizio subito in termini monetari, con il riconoscimento di un risarcimento in favore del privato, ne determina, per l'effetto, la chiara compromettibilità e disponibilità.

Tale orientamento giurisprudenziale ha inevitabilmente inciso, dunque, sulla natura giuridica dell'interesse legittimo, il quale non può, oggi, ritenersi *lato sensu* indisponibile, come prima si riteneva, risultando quella, allo stato attuale, una definizione alquanto anacronistica rispetto alle citate evoluzioni che hanno segnato il diritto amministrativo.

Ad oggi, quindi, l'inapplicabilità degli strumenti ADR si può dire resti ancorata alla persistente definizione – come dimostrato, del tutto superata – di indisponibilità del potere pubblico e dell'interesse nascente in capo al privato. Di conseguenza, la difficoltà nell'impiego delle ADR in un sistema che vede ancora la scissione

1999, 487 ss.; L. TORCHIA, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 843 ss.; F.D. BUSNELLI, *Dopo la sentenza 500. La responsabilità civile oltre il 'muro' degli interessi legittimi*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, 335 ss.

tra le due modalità di intervento della p.a. determina un quadro confuso e frastagliato.

Oltre al profilo della figura dell'interesse legittimo e dei limiti ad esso correlati, è dato riscontrare, infatti, come vi siano materie in cui sussiste un'evidente commistione tra aspetti civilistici (disponibili) e aspetti prettamente pubblicistici (indisponibili), il che crea una seria difficoltà all'amministrazione pubblica chiamata ad intervenire in procedimenti alternativi al contenzioso. Esempi di tale ambigua situazione si danno nel caso di rapporti contrattuali speciali nei quali, in considerazione della natura pubblica di uno dei contraenti, siano inserite nel contratto clausole imposte dalla legge; in ipotesi di adozione di altri atti amministrativi, quali le transazioni previste dalla legge in materia di danno da emotrasfusione; in caso vi siano atti amministrativi presupposti, sui quali evidentemente l'amministrazione non può incidere direttamente in via pattizia, come ad esempio in materia di concessioni.

Ne discende che, a fronte di quanto esaminato, i rimedi giurisdizionali necessitano di una revisione anche con riguardo ai rapporti pubblicistici, essendo ad oggi crollato l'assioma dell'indisponibilità.

4. *Le autorità amministrative indipendenti e i poteri giurisdizionali.* – Accanto alle ipotesi predette, in cui gli interessi pubblicistici per natura indisponibili non possono essere oggetto di forme alternative di risoluzione delle controversie, emerge una più innovativa categoria di interessi soggetta ad applicazione di forme di ADR. Il riferimento è agli interessi che sorgono in relazione ad attività connesse a determinate materie di competenza delle autorità amministrative indipendenti⁽⁶⁹⁾. Tali organi si caratterizzano per essere ammini-

⁽⁶⁹⁾ Per un'analisi generale si vedano N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; M. CLARICH, *Autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

strazioni che godono di un grado di indipendenza dall'organo politico, giacché regolano settori ritenuti dall'ordinamento particolarmente delicati o ad alto contenuto tecnico. Esse, pertanto, sono autorità specializzate e dotate di signoria in relazione ad un determinato settore caratterizzato dalla necessaria conoscenza di specifiche competenze tecniche.

Tra i poteri attribuiti dalla legge alle suddette autorità si annovera la competenza a prevenire e dirimere eventuali controversie insorte con i privati mediante l'impiego di forme alternative al contenzioso ⁽⁷⁰⁾.

Tra le autorità amministrative indipendenti, alcune delle quali di matrice europea, si rinvengono, a titolo esemplificativo, il Garante per la protezione dei dati personali, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e i servizi idrici, la Consob o la Banca d'Italia e l'Autorità nazionale anticorruzione.

I suddetti organi hanno assunto ruoli sempre crescenti nella fase precontenziosa, quale il potere riconosciuto in favore dell'Autorità nazionale anticorruzione di emanare pareri precontenziosi *ex art.* 211 codice degli appalti, con i quali l'amministrazione procedente o i concorrenti possono richiedere un parere su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara; nella fase propriamente contenziosa, mediante l'impiego di forme di mediazione e conciliazione, quale il tentativo di conciliazione esperibile innanzi all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni o ai Co.re.com ai sensi della l. n. 249 del 1997.

⁽⁷⁰⁾ In tema v. A. PAJNO, *L'esercizio di attività in forme contenziose*, cit., e M. CLARICH, *L'attività delle autorità indipendenti in forme contenziose*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, 149 ss., M. GIOVANNINI, *I poteri giustiziali delle autorità indipendenti*, in G. FALCON, B. MARCHETTI (a cura di), *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto*, Napoli, 2015, 136 ss.; G. DELLA CANANEA, *Procedure di conciliazione e arbitrato davanti alle autorità indipendenti*, in *AIPDA*, Annuario 2002, Milano, 2003, 269 ss.

La necessità di deviare la risoluzione di controversie nascenti o intercorrenti in tali materie dal sistema giurisdizionale ordinario per attribuirlo a tali autorità è dovuta, in primo luogo, ad un'espressa richiesta in tal senso a livello europeo, dove, ad esempio, in riferimento al settore delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica è stato espressamente previsto il diritto degli utenti di rivolgersi ad un'autorità di regolamentazione nazionale per risolvere la controversia, come affermato dalla direttiva 2002/21/CE. In secondo luogo, in ragione dell'elevato grado di tecnicismo che segna i settori affidati alla competenza della autorità amministrative indipendenti, si necessitava di una soluzione pratica, capace di ovviare al problema di una giustizia 'generalista', quale caratterizza il sistema processuale italiano.

L'assetto paragiurisdizionale delineato con le autorità amministrative indipendenti non è privo di criticità, che rischiano di pregiudicare celerità e sistematicità cui aspirava il legislatore nel delineare i rimedi per la risoluzione delle controversie esperibili innanzi ai suddetti organi.

Non mancano ipotesi in cui il filtro amministrativo previsto innanzi alle autorità costituisce condizione di procedibilità del successivo procedimento giudiziale ⁽⁷¹⁾ o sia, qualora fallisca, mero passaggio per giungere innanzi all'autorità giurisdizionale ⁽⁷²⁾. È prevista, inoltre, anche l'individuazione di un doppio grado di giudizio secondo cui i provvedimenti con cui l'autorità decide la controversia sono comunque ricorribili innanzi all'autorità giurisdizionale ⁽⁷³⁾, determinando essi un mero passaggio nel raggiungimento

⁽⁷¹⁾ A titolo esemplificativo si rammenta l'ipotesi innanzi all'AGCOM in cui non può proporsi ricorso giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997.

⁽⁷²⁾ Il riferimento è ad esempio al tentativo di mediazione esperibile presso l'AGCOM per le controversie tra operatori di comunicazione e utenti previsto dall'art. 6 e 3, 3° comma, 173/07/Cons.

⁽⁷³⁾ A titolo esemplificativo si rammenta l'ipotesi innanzi all'AGCOM in cui non può proporsi ricorso giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione ai sensi dell'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997 e

di una soluzione del rapporto litigioso, e non mostrandosi per questo efficacemente alternativi alla tutela giurisdizionale ⁽⁷⁴⁾.

Si è evidenziato altresì il rischio di una prosecuzione della fase regolatoria spettante alle autorità amministrative anche in quella di risoluzione delle controversie, mediante l'applicazione del principio *Regulation by Litigation*, che rischia di compromettere la neutralità ed imparzialità nell'assunzione di una decisione equa ⁽⁷⁵⁾.

Le valutazioni sui limiti del potere giustiziale attribuito alle autorità amministrative indipendenti non tolgono però che in tali materie a carattere pubblicistico l'ordinamento abbia previsto una disponibilità dell'interesse in gioco, favorendo l'impiego di forme di ADR, non esperibili per gli interessi legittimi *in toto*. Di fatto emerge, quindi, come in un *numerus clausus* di settori predeterminati – per ragioni connesse all'elevato grado di tecnicismo e all'esigenza di tutelare specifici interessi pubblici e collettivi in relazione a settori di rilevanza economico-sociale – il legislatore abbia riconosciuto la possibilità di impiegare forme alternative al contenzioso. In tali ipotesi, pertanto, il concetto di disponibilità dell'interesse legittimo incontra una deroga nei confronti di autorità che seppur caratterizzate dal profilo di indipendenza restano organi amministrativi.

5. *Conclusioni.* – In definitiva, con riguardo ai rimedi deflattivi del contenzioso oggetto del presente studio, è dato riscontrare come,

dell'art. 133, 1° comma, lett. l), c.p.a. in cui rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti emessi dalle autorità amministrative indipendenti.

⁽⁷⁴⁾ G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 601 ss.

⁽⁷⁵⁾ Sul punto v. M. RAMAJOLI, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, cit., 13 ss., e più in generale, A.P. MORRIS, B. YANDLE e A. DORCHAK, *Regulating by Litigation: The EPA's Regulation of Heavy-Duty Diesel Engines*, in *Administrative L. R.* 403 ss. (2004).

quando l'amministrazione pubblica è parte della controversia, si riscontrano indubbe, evidenti criticità.

Gli strumenti ADR rappresentano un'evoluzione nella ricerca di strumenti innovativi per favorire l'accesso alla giustizia⁽⁷⁶⁾, in un'ottica volta ad integrare i rimedi ordinari: essi, però, allo stato attuale, non assumono un carattere di generalità applicativa rispetto a qualsivoglia situazione giuridica soggettiva da tutelare. L'odierna impostazione preclude il riconoscimento di forme alternative alla giurisdizione per le materie che attengono ad interessi pubblicistici *in toto*, stante la definizione di indisponibilità riconosciuta e non superata degli interessi legittimi nei rapporti intercorrenti tra privati e pubblica amministrazione e del concetto di potere amministrativo.

L'ancoraggio al tema dell'indisponibilità, che si frappone fra l'avvento degli strumenti ADR e le controversie aventi ad oggetto la tutela degli interessi legittimi, è determinata da un antico retaggio connesso alle tradizioni giuridiche interne. L'ordinamento italiano, tipicamente di tradizione di *civil law*, fatica ad abbandonare il dualismo concettuale sviluppato nei secoli tra diritto di natura privatistica e pubblicistica basato sulla tutela di due differenti situazioni giuridiche soggettive, ossia il diritto soggettivo e l'interesse legittimo.

Nonostante taluni ostacoli applicativi, emergono però diversi aspetti positivi collegati all'impiego delle ADR, che, secondo una

⁽⁷⁶⁾ A tal proposito in ambito europeo si menziona la direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, la quale sancisce che «L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia, come parte della politica dell'Unione europea di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziali ed extragiudiziali di risoluzione delle controversie». In seguito, si veda, il d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (successivamente convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162), recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile». In generale, sul tema delle ADR quale declinazione del tema sull'accesso alla giustizia, v. V. VARANO, *Denti e il diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 435 ss.

valutazione quantitativa, permettono una soluzione rapida, economica ed efficiente della controversia, garantendo altresì evoluzione e superamento del concetto statalista di tutela delle situazioni giuridiche soggettive; inoltre, secondo una valutazione di carattere qualitativo, le ADR perseguono l'obiettivo di giungere alla risoluzione della controversia mediante la partecipazione ed il coinvolgimento delle parti in conflitto, prescindendo dall'imposizione di una decisione assunta da un giudice terzo. Strumenti giustiziali che si collocherebbero, dunque, all'interno di un contesto sociale ed economico, quale quello attuale, che spinge alla modernizzazione dell'ordinamento, anche processuale, reso necessario dai bisogni di tutela da parte dei cittadini in vista di una maggiore celerità nella risoluzione della lite e una maggiore accessibilità legata all'individuazione di strumenti economicamente più vantaggiosi rispetto agli organi giurisdizionali amministrativi nazionali ⁽⁷⁷⁾.

Ciò detto, occorre però rammentare che le ADR non sono l'unica soluzione ai mali della giustizia italiana.

L'impiego volontario delle ADR – con riferimento all'ambito civile e commerciale – può certo sollevare dalle problematiche connesse ai casi in cui tali strumenti siano previsti quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Il riferimento è alla mediazione obbligatoria che, essendo prevista *ex lege* e non volontariamente esperita dalle parti, rischia di divenire semplice ostacolo all'instaurazione del successivo processo e, pertanto, determinerebbe una mera complicazione nel raggiungimento di una risoluzione del rapporto litigioso, pregiudicando così la rapida ed economica definizione dei conflitti. Sul punto, la Consulta ⁽⁷⁸⁾ e, in particolar

⁽⁷⁷⁾ A tal proposito si rammenta l'ultimo intervento normativo in epoca pandemica, ossia il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), che, fra i tanti temi, ha previsto anche l'incentivo all'uso delle ADR. Sul tema v. P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss.

⁽⁷⁸⁾ Sul punto v. Corte cost., 21 aprile 1962, n. 40, in *Giur. cost.*, 1962, 318; Id., 27 aprile 1963, n. 56, *ivi*, 1963, 498; Id., 25 maggio 1963, n. 83, *ivi*, 1963, 698; Id., 27 giugno 1963, n. 113, *ivi*, 1963, 1047; Id., 16 giugno 1964, n. 47, *ivi*, 1964, 586, con

modo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ⁽⁷⁹⁾ hanno contestualizzato il principio sancito dalla direttiva 2013/11/UE, la quale attribuiva ad ogni Stato membro di provvedere liberamente al tipo di *enforcement* da adottare per l'impiego di ADR. In particolare, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha statuito il principio secondo cui «La Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (direttiva ADR per i consumatori), deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, che prevede il ricorso a una procedura di mediazione, nelle controversie indicate all'articolo 2, paragrafo 1, di tale direttiva, come condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a queste medesime controversie, purché un requisito siffatto non impedisca alle parti di esercitare il loro diritto di accesso al sistema giudiziario».

Pertanto, premessa la necessaria applicazione delle ADR quale strumento soddisfacente per le parti nella definizione della controversia, evitando essa diventi semplice ostacolo al raggiungimento della decisione della lite, ci si chiede se le ADR potrebbero essere efficacemente risolutive anche nei rapporti in cui è parte l'amministrazione pubblica al di là dai casi in cui quegli strumenti siano già regolamentati, come accade nelle fattispecie di diritto privato o nei settori di competenza delle autorità amministrative indipendenti.

All'impiego di tali forme stragiudiziali in ambito amministrativo si interpongono i concetti, in questo scritto esaminati, di indisponibilità del potere amministrativo e dell'interesse legittimo, che risul-

commento di C. ESPOSITO, *Onere del previo ricorso amministrativo e tutela giurisdizionale dei diritti*; Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, 2752, nonché in *Giur. cost.*, 2000, 2148.

⁽⁷⁹⁾ Corte di Giustizia UE, sez. I, 27 giugno 2017, *Livio Menini, Maria Antonia Rampanelli c. Banca Popolare Società Cooperativa*, causa C-75/16, in tema di tutela del consumatore.

tano però ad oggi ampiamente superati⁽⁸⁰⁾. Ne consegue che, alla luce delle modificazioni intervenute nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, si auspica un'ulteriore evoluzione delle ADR nel contesto che coinvolge l'amministrazione pubblica. Fase necessaria, che risulterebbe il punto di arrivo di un processo di crescita che ha subito più in generale il diritto amministrativo nel corso degli ultimi decenni⁽⁸¹⁾, stante la tendenziale 'privatizzazione' della figura dell'apparato amministrativo e la crescente tutela riconosciuta alla situazione soggettiva nascente in capo al cittadino nelle relazioni con la p.a. D'altronde, già con la nascita delle autorità amministrative indipendenti si è ammesso loro il riconoscimento di 'speciali' poteri giustiziali, in ragione del compito ad esse affidato di sovrintendere alla logica della regolazione⁽⁸²⁾ in settori caratterizzati da un elevato grado di tecnicismo.

Dato un tale contesto, si considera pertanto ammissibile l'impiego di ADR, seppur espressamente regolamentato dal legislatore, nei rapporti con la pubblica amministrazione, prescindendo dal fatto che questi ineriscano alla categoria dei diritti soggettivi. A sostegno di tale tesi si evidenzia d'altronde la crescente parificazione dell'interesse legittimo al diritto soggettivo⁽⁸³⁾, sospinta dalla menzionata risarcibilità riconosciuta degli interessi legittimi.

Una possibile soluzione alle limitazioni all'uso delle ADR nelle materie pubblicistiche potrebbe aversi mediante l'abbattimento e/o ridimensionamento del concetto di indisponibilità degli interessi legittimi. In questo modo, le ADR diventerebbero mezzo diffuso di risoluzione delle controversie, anche in ambito pubblicistico ed il

⁽⁸⁰⁾ V. *supra*, par. 3.

⁽⁸¹⁾ A. TRAVI, *Introduzione a un colloquio sull'interesse legittimo*, in *Colloquio sull'interesse legittimo, Atti del Convegno in memoria di U. Pototsching, Milano 13 aprile 2013*, Napoli, 2014, 11.

⁽⁸²⁾ Sul rapporto tra regolazione e strumenti alternativi al contenzioso si veda M. RAMAJOLI, *Tutele differenziate nei settori regolati*, in *Riv. regol. mercati*, 2015, 1 ss.

⁽⁸³⁾ Sul punto v. M. DELSIGNORE, *La disponibilità degli interessi legittimi: nuovi spazi per la risoluzione extragiudiziale del contenzioso?*, cit., 536 ss.

cittadino sarebbe agevolato dalla possibilità di impiegare rimedi effettivamente alternativi alla via giurisdizionale, con evidente riduzione del carico giudiziario e apporto benefico all'intero ordinamento e al benessere collettivo.

In tale direzione occorre d'altronde rammentare il ruolo assunto dall'ordinamento europeo nella promozione delle ADR nelle controversie pubblicistiche. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁽⁸⁴⁾, infatti, tale ordinamento è andato via via organizzandosi quale macchina amministrativa, istituendo nuovi organi volti a risolvere le controversie nascenti fra cittadini e istituzioni europee mediante procedimenti non giurisdizionali, quale, tra gli altri, quello esperibile innanzi all'*Ombudsman* dell'Unione europea⁽⁸⁵⁾. I progetti sviluppati e attuati in sede europea, inevitabilmente, hanno inciso sugli ordinamenti degli Stati membri, determinando una necessaria influenza e continua interazione sia tra singoli Stati membri, che tra Stati membri ed ordinamento europeo.

Ne discende la necessità di una 'cultura' dello strumento alternativo al processo, affinché il primo non sia percepito dai cittadini quale mero rimedio per deflazionare il carico giudiziario, con il rischio di apparire un rimedio meno sicuro ed inefficace del processo. Il potenziale delle ADR si rinviene invece nell'ottimizzazione della giustizia di ultima istanza nonché nella facilitazione del dialogo tra privati e amministrazioni mediante un rapporto più equo e paritario ove sorgano rapporti conflittuali, rappresentando, d'altronde, gli strumenti ADR la declinazione processuale di quanto già ampiamente previsto dalla l. n. 241 del 1990 in fase procedimentale.

Si auspica, quindi, a vantaggio di tutti i soggetti direttamente ed indirettamente coinvolti nell'impiego di forme stragiudiziali di soluzione delle controversie, che esse siano oggetto di attenzione e di

⁽⁸⁴⁾ L. DE LUCIA, B. MARCHETTI (a cura di), *L'Amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 25 ss.

⁽⁸⁵⁾ L. COMINELLI, *Il Mediatore europeo, Ombudsman dell'Unione. Risoluzione alternativa delle dispute tra cittadini e istituzioni comunitarie*, Milano, 2005, 1 ss.

sciplina da parte del legislatore, al fine di garantire un adeguamento dell'assetto odierno alla luce delle evoluzioni che nel tempo hanno attraversato il sistema amministrativo italiano.

Abstract

Lo scritto pone al centro dell'attenzione il tema delle ADR nelle controversie pubblicistiche e, in particolare, intende approfondire i concetti della disponibilità del potere amministrativo e degli interessi legittimi che ostano all'odierna applicabilità delle ADR in materia pubblicistica.

Dopo aver preso in considerazione le diverse tipologie di ADR nell'ordinamento italiano, con annesse peculiarità e criticità, si intende proporre, nella fase conclusiva, una nuova apertura al riconoscimento di tali strumenti alternativi al contenzioso per una migliore ottimizzazione della giustizia.

This work analyzes the theme of ADR in publicity disputes and, in particular, it's understood to deepen the concepts of the availability of administrative power and legitimate interests that hinder the current applicability of ADRs in public matters.

After having taken into consideration the different types of ADR in the Italian legal system with related peculiarities and criticalities, it's understood, in the final part of the work, to propose a new opening to the recognition of these alternative instruments to litigation for a better optimization of justice.

MEDIAZIONE E OPPOSIZIONE
A DECRETO INGIUNTIVO,
TRA VIZI DI FONDO E IPOCRISIA DEL LEGISLATORE

Domenico Dalfino (*)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'obbligatorietà della mediazione. – 3. La funzione della mediazione. – 4. Procedimento per ingiunzione e condizione di procedibilità. – 5. L'avvio del procedimento di mediazione: il soggetto onerato secondo la soluzione offerta dalle Sezioni Unite nel 2020. – 6. Le prospettive di riforma. – 7. Le questioni ancora aperte.

1. *Premessa.* – L'esame della ormai ben nota questione relativa ai rapporti tra mediazione e procedimento per ingiunzione e, in particolare, opposizione a decreto ingiuntivo, offre l'occasione per tornare su quello che mi è subito sembrato essere il vizio di fondo della disciplina di cui al d.lgs. n. 28 del 2010. Un vizio che, per un verso, ha lasciato emergere l'atteggiamento ipocrita del legislatore, per un altro, ha tradito lo spirito più genuino dell'istituto.

2. *L'obbligatorietà della mediazione.* – Il vizio al quale mi riferisco è rappresentato dalla previsione dell'obbligatorietà del previo esperimento della mediazione rispetto a un numero non irrilevante di

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 427-446. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

ipotesi, quelle elencate oggi nell'art. 5, 1° *bis* comma, d.lgs. cit. ⁽¹⁾ e, dunque, dall'imposizione di uno strumento nato e affermatosi, invece, su base volontaria e capace di produrre effettivi risultati (in termini non meramente deflativi) proprio su tale base.

La riforma attuata con il d.l. n. 69 del 2013, conv. con modif., in l. n. 98 del 2013, ha confermato tale opzione ⁽²⁾. Nel tentativo di correggere il tiro e di dare ascolto alle istanze provenienti da una parte dell'avvocatura, essa ha anche disposto misure incentivanti e di alleggerimento. Tuttavia, non è stata certamente in grado di superare gli aspetti di maggiore irrazionalità della disciplina, consistenti nelle molteplici occasioni di interferenza con il processo; anzi, ha contribuito ad aggiungerne di nuovi.

Così, accanto a misure apprezzabili (quali la corretta declinazione dello strumento in senso non più ambiguamente aggiudicativo, bensì tendenzialmente facilitativo; l'introduzione di un criterio

⁽¹⁾ Ipotesi destinate ad allargarsi in base alle previsioni della l. 26 novembre 2021, n. 206, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata, il cui art. 1, 4° comma delega il Governo ad emanare uno o più decreti legislativi recanti modifiche alla disciplina della procedura di mediazione nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi: «(...) c) estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di *franchising*, di opera, di rete, di somministrazione, di società di persone e di subfornitura, fermo restando il ricorso alle procedure di risoluzione alternativa delle controversie previsto da leggi speciali (...)».

⁽²⁾ Sulla riforma del 2013 v. A.D. DE SANTIS, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo*, in A. MAIETTA (a cura di), *Manuale della mediazione civile e commerciale*, Padova, 2014, 175 ss.; ID., *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: le novità del 2013*, in *Foro it.*, 2013, V, 265 ss.; G. RAITI, *La media-conciliazione dopo il decreto "del fare"*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 245 ss.; U. CARNEVALI, *Sulle modifiche alla disciplina della mediazione introdotte dal c.d. decreto "del fare"*, in *Contratti*, 2013, 977; F. FERRARIS, *La novellata mediazione nelle controversie civili e commerciali: luci e ombre di un procedimento "revitalizzato"*, *ivi.*, 954 ss.; E. MINERVINI, *La "storia infinita" della mediazione obbligatoria*, in *Contratti*, 2013, 1153 ss.; M. CLARICH, *Decreto del fare: semplificazioni solo in superficie*, *ivi.*, 27, 12.

di competenza territoriale per l'individuazione dell'organismo di mediazione innanzi al quale presentare l'istanza; la riduzione della durata del procedimento da quattro a tre mesi; la previsione di un primo incontro davanti al mediatore volto alla verifica dell'effettiva volontà delle parti di procedere oltre nel percorso collaborativo; l'idoneità dello stesso primo incontro, in caso di «mancato accordo» tra le parti, a integrare la condizione di procedibilità; l'attribuzione di efficacia esecutiva all'accordo di conciliazione per effetto della sola sottoscrizione dei difensori e delle parti), si è provveduto a: (i) riproporre il 'filtro' di accesso alla giurisdizione in relazione ad un novero di controversie ancora molto diversificate e non tutte effettivamente bisognose di un trattamento differenziato (comunque, non in senso deflativo); (ii) rivisitare il modello di mediazione 'delegata', facendo scaturire dall'inosservanza dell'ordine (non più invito) del giudice l'improcedibilità dell'azione; (iii) reintrodurre sanzioni, applicabili in sede processuale, connesse al comportamento assunto dalla parte in mediazione. Allo stesso tempo, peraltro, si è omesso di intervenire sulla scarsa intelligibilità o lacunosità di disposizioni, quali, appunto, quelle in tema di rapporti tra mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo.

A queste perplessità si potrebbe obiettare, da un lato, che il funzionamento del 'filtro' in parola è di certo meno severo rispetto ad altri già previsti dall'ordinamento; dall'altro, che la riforma del 2013 ha anche ridotto i costi dell'attività di mediazione, disinnescando i possibili dubbi di incostituzionalità del binomio obbligatorietà-onerosità. Tuttavia, a queste possibili obiezioni sarebbe agevole replicare, evidenziando l'inopportunità di una disciplina ingiustificatamente farraginoso e foriera di tanto numerose quanto perniciose questioni interpretative, indipendentemente dalla sua effettiva incisività in termini deflativi rispetto alle aspettative in essa riposte ⁽³⁾.

⁽³⁾ Cfr. i dati rilevati dalla Direzione generale di statistica e analisi organizzativa (DG-Stat), istituita all'interno del Ministero della giustizia, aggiornati al periodo 1° gennaio-30 giugno 2021, in <<https://webstat.giustizia.it>>.

3. *La funzione della mediazione.* – Ad essere stata tradita da questa disciplina all'italiana della mediazione è stata proprio la funzione stessa dell'istituto, che, come è arcinoto, rappresenta un metodo di risoluzione delle controversie affatto peculiare anche rispetto alle altre forme di ADR, poiché per esse ciò che conta è che le parti perseguano una prospettiva di recupero, in un senso maggiormente sostenibile, della relazione oramai interrotta e che lo facciano sostituendo alla logica avversariale quella conversazionale⁽⁴⁾, indipendentemente dalla redazione di un formale accordo di conciliazione.

Questi aspetti comportano, di norma, che il linguaggio della comunicazione sia preferito a quello dello stretto diritto⁽⁵⁾. Il mediatore non può prescindere da una «cornice» o «ambiente normativo»⁽⁶⁾, ma a lui è sottratta la possibilità di «dire secondo diritto»

⁽⁴⁾ L'avversione netta per il metodo tipicamente avversariale nell'approccio alla risoluzione della controversia e la correlativa tendenza a preferire la ricerca amichevole dell'accordo si ritrovano anche nel c.d. diritto collaborativo. Cfr. SHERRIE R. ABNEY, *Avoiding Litigation: A Guide to Civil Collaborative Law*, Trafford Publishing, 2006; L.R. MAXWELL JR., *The Development of Collaborative Law*, in *Alternative Res.* (Summer/Fall 2007), 22 ss.; J. LANDE, *Principles for Policymaking about Collaborative Law and Other ADR Processes*, in *22 Ohio State J. on Disp. Resol.* 619 (2007); N. LEVINE TRUSCH, *Texas Leads the Way in Collaborative Law*, in *Alternative Res.* (Summer 2006); C. FAIRMAN, *A Proposed Model Rule for Collaborative Law*, in *21 Ohio State J. on Disp. Resol.* 73 (2005); L. SPAIN, *Collaborative Law: A Critical Reflection on Whether a Collaborative Orientation Can Be Ethically Incorporated into the Practice of Law*, in *56 Baylor L. Rev.* 141 (2004). In Italia, v. di recente, M. PINI, *Crisi del sistema giudiziario e metodi alternativi di soluzione dei conflitti – Esigenza di ampliamento del ruolo dell'avvocato – Il diritto collaborativo e la procedura partecipativa di negoziazione assistita da avvocato*, in *Riv. ass. it. avv. famiglia e minori*, 2013, numero speciale, 21; D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in D. DALFINO (a cura di), *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, Torino, 2014, 27 ss.

⁽⁵⁾ D. DALFINO, *La mediazione in materia civile e commerciale*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. XIV, *Altri strumenti di soluzione delle controversie e istituti affini*, Napoli, 2020, 61.

⁽⁶⁾ Cfr. P. LEMPEREUR, J. SALZER e A. COLSON, *Méthode de Médiation*, Parigi, 2008, 75.

(*iuris-dicere*)⁽⁷⁾. Se, come ritiene la giustizia informale, le parti sono i migliori giudici di se stesse, potrà dirsi che il mediatore avrà adempiuto il proprio più alto compito etico quando sarà riuscito a far maturare in ciascuna delle parti in conflitto la capacità di giudicare se stesse e di giudicarsi anche in funzione dell'altra, di auto-osservarsi, di osservare l'altra e di osservarsi «attraverso gli occhi dell'altro»⁽⁸⁾. In altri termini, il «Dialogo» che riporta alla mente la massima etica leibniziana della «*place d'autrui*», il «posto dell'altro»⁽⁹⁾.

Quando il legislatore insiste nel perseguire l'esigenza di diffondere la 'cultura della mediazione'⁽¹⁰⁾ deve presumersi che voglia intendere proprio questo: la 'cultura' di un metodo diverso da quello aggiudicativo, della composizione autonoma delle controversie, secondo tecniche estranee ad altre forme di ADR (quanto meno quelle eteronome).

Senonché, in tempi relativamente recenti la percezione di inadeguatezza del sistema processuale rispetto all'esigenza di giustizia⁽¹¹⁾ ha portato a guardare la mediazione come uno strumento per il raggiungimento di una soluzione della lite più rapida, più flessibile, meno onerosa⁽¹²⁾, un efficace mezzo per alleggerire il lavoro dei giudici e ottenere un effetto deflativo. Così è avvenuto in Italia, dove le numerose occasioni di interferenza con il processo hanno

⁽⁷⁾ Cfr. E.A. WALDMAN, *Identifying the Role of Social Norms in Mediation: A Multiple Model Approach*, in 48 *Hastings L. J.* 703 (1997), sulla distinzione delle procedure mediative in base all'importanza rivestita dalla considerazione del contenuto della norma giuridica nell'attività di ricerca dell'accordo ad opera delle parti e nell'attività di assistenza da parte del mediatore (modello c.d. *norm generating*, modello c.d. *norm educating*, modello c.d. *norm advocating*).

⁽⁸⁾ H.v. FOERSTER, in M. CERUTI, U. TELFNER (a cura di), *Sistemi che osservano*, Roma, 1987, 235, e in *Attraverso gli occhi dell'altro*, Milano, 1996, 75.

⁽⁹⁾ G.W. LEIBNIZ, *Méditation sur la notion commune de justice (Definitions)*, in *Scritti politici e di diritto naturale*, Torino, 1951, 229.

⁽¹⁰⁾ Per riferimenti, cfr., se vuoi, sul punto D. DALFINO, *La nuova mediazione nel contesto delle ADR*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 113 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. S. CHIARLONI, *Nuovi modelli processuali*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 270.

⁽¹²⁾ Cfr. F. SANTAGADA, *La conciliazione delle controversie civili*, Bari, 2008, 122 ss.

contribuito a inquinare lo spirito più genuino di un metodo che, invece, dovrebbe del tutto disinteressarsi del processo ⁽¹³⁾.

Orbene, mi sembra che tutto ciò abbia fatto emergere l'atteggiamento contraddittorio, se non ipocrita, del legislatore, che ha fatto apparire di credere nella mediazione per quello che essa è, ma in realtà l'ha imposta a fini meramente deflativi. Un atteggiamento, peraltro, nient'affatto abbandonato nella l. n. 206 del 2021, bensì solo differentemente declinato.

4. *Procedimento per ingiunzione e condizione di procedibilità.* – Le brevi notazioni svolte finora servono a far meglio comprendere che le moltissime questioni interpretative sollevate dalla disciplina contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 avrebbero potuto essere evitate.

In questa sede prendo in considerazione soltanto la questione attinente ai rapporti tra mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo.

Ai sensi dell'art. 5, 4° comma, d.lgs. cit., la condizione di procedibilità non si applica «nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione». Secondo la Relazione illustrativa, la *ratio* di questa disposizione (comune ad altri procedimenti espressamente contemplati, quali quello per convalida di licenza o sfratto e quelli possessori) riposa sul fatto che «un preventivo tentativo obbligatorio di mediazione appare inutile o controproducente, a fronte della tutela giurisdizionale che è invece in grado, talvolta in forme sommarie e che non richiedono un preventivo contraddittorio, di assicurare una celere soddisfazione degli interessi». In particolare, l'esclusione, anche se provvisoria, della mediazione risponde sia all'esigenza di consentire l'ottenimento di una tutela rapida, in quanto tale non compatibile con la previsione di un

⁽¹³⁾ Cfr. F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 454.

‘filtro’ di accesso alla giurisdizione, che impone pur sempre un rinvio nel tempo di quella tutela ⁽¹⁴⁾ sia a quella di instaurare la mediazione a partire dal momento in cui il bisogno di maggiore celerità è cessato e la causa può proseguire nelle forme ordinarie.

Una soluzione tecnica analoga era stata accolta dalla giurisprudenza, pur nel silenzio normativo, in relazione al tentativo obbligatorio (divenuto poi facoltativo a seguito delle novità introdotte dalla l. n. 183 del 2010, c.d. Collegato lavoro) di conciliazione in materia di lavoro ⁽¹⁵⁾. La medesima soluzione è stata applicata in ambiti diversi, ad esempio in materia di subfornitura ⁽¹⁶⁾ e di teleco-

⁽¹⁴⁾ Cfr. anche R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 169.

⁽¹⁵⁾ L’art. 412 *bis*, ult. comma, c.p.c., infatti, si limitava a stabilire che «il mancato espletamento del tentativo di conciliazione non preclude la concessione dei provvedimenti speciali d’urgenza e di quelli cautelari previsti nel capo III del titolo I del libro IV». Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in *Foro it.*, 2000, I, 2752; in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1098, con nota di R. TISCINI; in *Giust. civ.*, 2000, I, 2499, con nota di A. BRIGUGLIO, ciononostante, dopo appena due anni interpretò la norma nel senso di escludere il necessario esperimento del ‘filtro’ prima dell’esercizio dell’azione monitoria, sul presupposto che «il tentativo obbligatorio di conciliazione è strutturalmente legato ad un processo fondato sul contraddittorio». In particolare, osservò che «La logica che impone alle parti di ‘incontrarsi’ in una sede stragiudiziale, prima di adire il giudice, è strutturalmente collegata ad un (futuro) processo destinato a svolgersi fin dall’inizio in contraddittorio fra le parti. All’istituto sono quindi per definizione estranei i casi in cui invece il processo si debba svolgere in una prima fase necessariamente senza contraddittorio, come accade per il procedimento per decreto ingiuntivo. Non avrebbe infatti senso imporre, nella fase pregiudizionale relativa al tentativo di conciliazione, un contatto fra le parti che invece non è richiesto nella fase giurisdizionale ai fini della pronuncia del provvedimento monitorio».

⁽¹⁶⁾ Cfr. Trib. Belluno, 4 novembre 2009, in *Foro it.*, 2010, I, 692, con nota di A. MAJORANO; Trib. Biella, 17 gennaio 2006, in *Giur. it.*, 2006, 2122.

Nel senso che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 3, 4° comma, l. 18 giugno 1998, n. 192, nella parte in cui non prevede che il subfornitore, il quale intenda avvalersi del procedimento per ingiunzione di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., debba preventivamente esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all’art. 10 l. cit., in riferimento all’art. 3 Cost., v. Corte cost., ord., 1° giugno 2004, n. 163, in *Foro it.*, 2005, I, 666, con nota di A. PALMIERI. Il d.lgs n. 219 del 2016 ha poi abrogato l’art. 10 l. cit.

municazioni ⁽¹⁷⁾ (non, però, in materia agraria) ⁽¹⁸⁾.

La possibilità di rinviare l'avvio del procedimento di mediazione opera, dunque, sino a un momento predeterminato dalla legge, precisamente sino a quello in cui, in sede di opposizione al decreto ingiuntivo, il giudice emetta i provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c. A partire da questo momento, le posizioni contrapposte delle parti assumono un assetto più chiaro, essendo evidentemente determinante sotto questo profilo la formazione di un titolo esecutivo o la sua sospensione. La mediazione torna così a essere obbligatoria e sorge la questione, alimentata dalla mancanza di una chiara e precisa indicazione normativa, di chi debba assumere l'iniziativa per instaurare il relativo procedimento una volta superata la suddetta fase processuale.

5. L'avvio del procedimento di mediazione: il soggetto onerato secondo la soluzione offerta dalle Sezioni Unite nel 2020. – La questione (ritenuta di massima di particolare importanza) ⁽¹⁹⁾ è stata ri-

⁽¹⁷⁾ In tema di controversie tra le società erogatrici dei servizi di telecomunicazioni e gli utenti, nel senso che non è soggetto all'obbligo di esperire il preventivo tentativo di conciliazione, previsto dall'art. 1, 11° comma, l. n. 249 del 1997, chi intenda richiedere un provvedimento monitorio, essendo il preventivo tentativo di conciliazione strutturalmente incompatibile con i procedimenti privi di contraddittorio o a contraddittorio differito, v. Cass., sez. un., 28 aprile 2020, n. 8240, reperibile in <<http://www.lanuovaproceduracivile.com>> (2020).

⁽¹⁸⁾ Cfr. Trib. Parma, 21 gennaio 2013, in *Dir. e giur. agr. e amb.*, 2013, 400, con nota di M. MEGHA, secondo cui la proposizione di un ricorso per ingiunzione avente per oggetto il credito per canoni di affitto di un fondo rustico deve necessariamente essere preceduto dal tentativo di conciliazione obbligatorio previsto dall'art. 1 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (il cui art. 34 ha abrogato l'art. 46 l. 3 maggio 1982, n. 203).

⁽¹⁹⁾ La rimessione alle Sezioni Unite era stata effettuata, ai sensi dell'art. 374, 2° comma, c.p.c., dalla terza Sezione della Corte di Cassazione con ordinanza interlocutoria del 12 luglio 2019, n. 18741, in *Corr. giur.*, 2019, 1277, con nota di C. CONSOLO, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo (equo processo, garanzia di difesa versus ovvia breve durata del processo negato)*.

solta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel senso che: «Nelle controversie soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 28 del 2010, 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 dell'efficacia esecutiva 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 comma 1 *bis* conseguirà la revoca del decreto ingiuntivo»⁽²⁰⁾. Con buona pace dell'orientamento, nient'affatto condivisibile, sostenuto dalle sezioni semplici a partire da Cass. n. 24629 del 2015⁽²¹⁾, che invece aveva attribuito l'onere all'opponente

⁽²⁰⁾ Cass., sez. un., 8 settembre 2020, n. 19596, in *Foro it.*, 2020, I, 3424, con note di D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite in tema di mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*, e A. ZANELLO, *Sezioni unite 19596/20: la joint venture di processo e mediazione*; in *Giusto proc. civ.*, 2020, 1135, con nota di M. BOVE, *Onere della domanda di mediazione nel procedimento per ingiunzione*; in <www.judicium.it>, 2020, fasc. 4, 595, con nota di M. PAGNOTTA, *Le sezioni unite (finalmente) fanno il punto sull'onere della mediazione nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo*; in <www.questionegiustizia.it>, con nota di G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e procedimento per ingiunzione: l'intervento delle Sezioni Unite*. Più di recente, v. Cass., ord., 13 maggio 2021, n. 12896.

⁽²¹⁾ Cass., 3 dicembre 2015, n. 24629, in *Foro it.*, 2016, I, 1319, con note di M. BRUNIALTI, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mancato esperimento della mediazione obbligatoria*, e di D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: quando la Cassazione non è persuasiva*; nonché in *Giur. it.*, 2016, 71, con nota di E. BENIGNI, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo: onerato dell'avvio è l'opponente*; in *Giusto proc. civ.*, 2016, 111, con nota di G. TRISORIO LIUZZI, *Sull'onere di promuovere la mediazione dopo l'opposizione a decreto ingiuntivo*; in *Riv. arb.*, 2016, 111, con nota di B. TAVARTKILADZE, *L'opposizione a decreto ingiuntivo e l'esperimento del tentativo di mediazione ai sensi del d.lgs. 28/10*; in *Soc.*, 2016, 1145, con nota di G. MINELLI, *Permane il contrasto su chi sia onerato tra opponente ed opposto ad introdurre il tentativo obbligatorio di mediazione*, e in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1283, con nota di G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*. Successivamente, v. Cass., ord., 16 giugno 2019, n. 23003, in *Foro it.*, 2019, I, 3515, con nota di I. LORUSSO; nonché in *Giur. it.*, 2020, 590, con nota di E. PADOVANO, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione: onerato è (ancora) l'opponente*.

con conseguente stabilizzazione del decreto ingiuntivo in caso di inerzia di questi nell'attivazione del procedimento di mediazione⁽²²⁾. La scarsa (soprattutto per le argomentazioni utilizzate) persuasività della più risalente pronuncia aveva favorito il fiorire di una giurisprudenza di merito 'ribelle'⁽²³⁾ accanto a una più accondiscendente⁽²⁴⁾, incidendo negativamente sull'«effetto di *prevedibilità* delle decisioni giudiziarie (che) si va affermando come un valore prezioso da preservare, anche in termini di analisi economica del diritto».

Effettuato un opportuno richiamo alla diversa disciplina in materia di negoziazione assistita (art. 3, 1° comma, d.l. n. 132 del 2014, conv. con modif. in l. n. 162 del 2014), che esclude *tout court* l'onere di instaurazione del procedimento di mediazione allorquando sia promosso procedimento per ingiunzione, con riguardo tanto alla fase monitoria quanto a quella di opposizione al decreto ingiunti-

⁽²²⁾ In dottrina, v. G. TRISORIO LIUZZI, *Sull'onere di promuovere la mediazione*, cit.; B. TAVARTKILADZE, *L'opposizione a decreto ingiuntivo*, cit.; M. LUPOI, *Ancora sui rapporti tra mediazione e processo civile, dopo le ultime riforme*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 13 ss.

⁽²³⁾ V. Trib. Palermo, 17 maggio 2019, in <www.judicium.it>, con nota di R. SICILIANO; Trib. Busto Arsizio, 3 febbraio 2016, in <http://www.lanuovaproceduracivile.com> (2016); Trib. Firenze, 17 gennaio 2016, in *Soc.*, 2016, 1148, con nota di G. MINELLI; Trib. Ferrara, 7 gennaio 2015, in *Foro it.*, 2015, I, 3732. In dottrina, v. G. BALENA, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, cit.; C. CONSOLO, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo*, cit., 1279 ss.; M. BOVE, *Onere della domanda di mediazione*, cit.; F. FERRARIS, *Opposizione a decreto ingiuntivo e mediazione obbligatoria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 206 ss.; D. DALFINO, *Mediazione e opposizione a decreto ingiuntivo*, cit.; G. REALI, *La mediazione come condizione di procedibilità della domanda tra dubbi interpretativi e incertezze applicative*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 995.

⁽²⁴⁾ V. Trib. Napoli, 21 maggio 2019, in <http://www.lanuovaproceduracivile.com> (2019); Trib. Macerata, 7 febbraio 2019, *ivi*; Trib. Napoli, 28 giugno 2018, *ivi*; Trib. Padova, 18 aprile 2018, in *Giur. it.*, 2019, 95, con nota di G. FABBRIZZI; Trib. Verona, 28 settembre 2017, in *Foro it.*, 2018, I, 328, con nota di A.M. MANCALEONI; Trib. Bologna, 4 luglio 2016, in *Nuova giur. civ.*, 2017, 208, con nota di F. FERRARIS.

vo ⁽²⁵⁾, finalizzato a tenere ben distinti i due istituti, le Sezioni Unite hanno delineato i due diversi scenari discendenti dall'accoglimento dell'uno e dell'altro orientamento.

In sintesi, secondo quello che pone a carico del debitore opponente l'onere in parola, la conseguenza dell'inerzia è rappresentata dall'irrevocabilità del decreto ingiuntivo *ex art. 647 c.p.c.*; invece, in base alla linea interpretativa che individua nel creditore opposto il soggetto onerato, la mancata attivazione del procedimento di mediazione determina la revoca del decreto ingiuntivo. La terza opzione, pure sostenuta da una parte della giurisprudenza di merito, secondo la quale l'onere spetta al debitore opponente o al creditore opposto a seconda che, rispettivamente, sia stata concessa la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo *ex art. 648 c.p.c.* oppure sia stata sospesa *ex art. 649 c.p.c.*, è stata decisamente ripudiata.

Le argomentazioni utilizzate dalla tesi accolta sono apparse alla Corte più solide. E infatti:

- (a) «Appare almeno curioso, quindi, ipotizzare che l'opponente, cioè il debitore – ossia chi si è limitato a reagire all'iniziativa del creditore – sia costretto ad indicare l'oggetto e le ragioni di una pretesa che non è la sua», come richiede l'art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 28 del 2010;
- (b) È il creditore opposto ad esercitare l'azione in giudizio, ai sensi dell'art. 5, 1° *bis* comma, d.lgs. n. 28 cit. e, pertanto, non può che spettare a lui, in quanto attore in senso sostanziale, instaurare obbligatoriamente il procedimento di mediazione una volta emessi i provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c.;
- (c) «Non appare logico che un effetto favorevole all'attore come l'interruzione della prescrizione» – prodotta dalla comunicazione alle altre parti della domanda di mediazione *ex art. 5, 6° comma, d.lgs. n. 28 cit.* – «si determini grazie ad

⁽²⁵⁾ Diversità che Corte cost., 18 aprile 2019, n. 97, in <<http://www.lanuovaproceduracivile.com>> (2019), ha ritenuto compatibile con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

un'iniziativa assunta dal debitore, posto che l'opponente nella fase di opposizione al monitorio è, appunto, il debitore (convenuto in senso sostanziale)»;

- (d) «Instaurata l'opposizione e sciolto il nodo della provvisoria esecuzione, non ha più rilievo che il contraddittorio sia differito; e dunque appare più conforme al sistema, letto nella sua globalità, che le parti riprendano ciascuna la propria posizione, per cui sarà il creditore a dover assumere l'iniziativa di promuovere la mediazione»;
- (e) La tesi che pone l'onere a carico dell'opponente produce un risultato definitivo (l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo), mentre quella che lo pone a carico del creditore opposto non impedisce a quest'ultimo di riproporre l'istanza;
- (f) L'inerzia connessa alla mancata costituzione in giudizio dell'opponente o all'estinzione del giudizio di opposizione che, ai sensi degli artt. 647 e 653 c.p.c. producono l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo, non è confrontabile con quella corrispondente all'inosservanza dell'onere di promuovere il procedimento di mediazione, che comunque presuppone la volontà dell'opponente di costituirsi e difendersi attraverso l'unico rimedio previsto dalla legge per reagire al decreto ingiuntivo;
- (g) «Nel conflitto tra il principio di efficienza (e ragionevole durata)» – posto a fondamento di Cass. n. 24629 del 2015 – «e la garanzia del diritto di difesa, quest'ultimo deve necessariamente prevalere».

Come sostenuto già in altra sede⁽²⁶⁾, l'arresto del 2020 è senz'altro da accogliere con favore. E non soltanto per la non divisibilità di certe affermazioni contenute nel precedente arresto del 2015, in quanto frutto di svarioni (come quello che si compendia nel seguente periodo: «Del resto, non si vede a quale logica di efficienza risponda una interpretazione che accolti al creditore del

⁽²⁶⁾ D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite*, cit.

decreto ingiuntivo l'onere di effettuare il tentativo di mediazione quando ancora non si sa se ci sarà opposizione allo stesso decreto ingiuntivo») oppure di enunciazioni al limite della sostenibilità sul piano sistematico (come quella di ritenere che l'opponente, instaurando il giudizio di merito, sceglie di percorrere «la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore» e di «precludere la via breve per percorrere la via lunga») oppure ancora dettate da tranelli interpretativi (come quello di considerare in ogni caso il processo come la «*extrema ratio*: cioè l'ultima possibilità dopo che le altre possibilità sono risultate precluse»). Affermazioni che, a parte la prima, all'evidenza tecnicamente errata, sono apparse fin troppo facilmente rintuzzabili, per un verso, attraverso il banale rilievo che il giudizio a cognizione piena rappresenta l'unica forma di reazione alla condanna monitoria prevista dall'ordinamento, la sede nella quale la controversia viene risolta, superata la fase *inaudita altera parte*, nel contraddittorio tra le parti e, pertanto, garantisce l'indefettibile esercizio del diritto di difesa ⁽²⁷⁾; per un altro, tramite la duplice osservazione che l'idea che il processo rappresenti l'ultima spiaggia non emerge né dall'art. 24, 1° comma, Cost., né dagli artt. 6 Cedu e 47 Carta di Nizza e che, se davvero essa possedesse un effettivo fondamento, si dovrebbe sempre (e non soltanto nelle ipotesi di cui all'art. 5, comma 1° *bis*, d.lgs. n. 28 del 2010) porre la mediazione come condizione di accesso alla giurisdizione, indipendentemente dal superamento di una determinata fase processuale.

A ben vedere, la tesi secondo cui l'onere di instaurare il procedimento di mediazione grava sul creditore opposto riposa su altri e ben più robusti elementi.

Il più importante di essi consiste nel fatto che ad esercitare l'azione in giudizio, come previsto dall'art. 5, 1° *bis* comma, d.lgs. n. 28 cit., è proprio il creditore opposto, attore in senso sostanziale. Con l'opposizione l'ingiunto chiede sì la revoca del decreto ingiuntivo, ma soprattutto si difende rispetto alla pretesa del creditore,

⁽²⁷⁾ Cfr. anche B. CAPPONI, *Il giudice, extrema ratio?*, in <www.questionegiustizia.it> (2016).

come fatta valere nella fase monitoria. Il giudizio così instaurato è solo *lato sensu* impugnatorio, poiché in realtà rappresenta lo sviluppo della fase precedente⁽²⁸⁾. La relativa iniziativa spetta al convenuto sostanziale condannato, il quale può così recuperare nelle forme della cognizione piena l'esercizio del contraddittorio mancato nella fase sommaria. Se ciò è vero, non è fondatamente sostenibile che sia l'opponente il soggetto onerato, dal momento che la sua posizione non è quella di chi 'esercita l'azione' (salvi, naturalmente, i casi in cui con l'opposizione a decreto ingiuntivo si proponga una domanda riconvenzionale). Del resto, il creditore, se non scegliesse la via monitoria, sarebbe comunque assoggettato alla condizione di procedibilità dell'azione da proporre in via ordinaria. Dunque, ottenuto il decreto ingiuntivo egli può solo sperare che non sia promossa l'opposizione, ma se questo avviene, sorge inevitabilmente l'onere che, seguendo la strada della cognizione piena *ab origine*, sarebbe a lui spettato assolvere in quanto attore sostanziale.

A quest'argomentazione, invero già di per sé sufficiente, le Sezioni Unite ne aggiungono altre. Vale la pena riportare quelle maggiormente incisive.

La prima attiene alla diversità tra la situazione che si viene a determinare in caso di mancato avvio della mediazione e quella correlata all'inattività di cui agli artt. 647 e 653 c.p.c. L'osservazione è corretta, ma non viene esplicitata. La diversità, infatti, deriva dall'alterità della *ratio* dei due istituti, il primo dei quali integra un presupposto di natura processuale per la decidibilità della causa, mentre il secondo attiene alla mancata coltivazione di un giudizio la cui instaurazione è rimessa alla iniziativa del debitore ingiunto⁽²⁹⁾.

La seconda argomentazione riposa su ragioni di equità, poiché

⁽²⁸⁾ Cfr. anche per indicazioni bibliografiche E. GABELLINI, *Mediazione nelle cause di opposizione a decreto ingiuntivo: le sezioni unite imputano al creditore-opposto l'onere di attivare la procedura di mediazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 585 ss., § 3.1.

⁽²⁹⁾ Cfr. anche M. BOVE, *Le condizioni di procedibilità con funzione di prevenzione: problematiche processuali ed opportunità per la giustizia civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 372; E. GABELLINI, *op. loc. cit.*

l'attribuzione all'opponente dell'onere di avviare la mediazione comporta che, in caso di inosservanza, il decreto ingiuntivo diventa definitivo (idoneo al giudicato), mentre l'assegnazione dello stesso onere all'opposto non gli impedisce, ove inadempiente, di far valere nuovamente il proprio diritto ⁽³⁰⁾.

6. *Le prospettive di riforma.* – Il 4° comma, lett. d) dell'art. 1 l. n. 206 del 2021 contiene la delega al Governo per l'individuazione, in caso di mediazione obbligatoria nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, della «parte che deve presentare la domanda di mediazione», nonché per la definizione del «regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità». È prevedibile (oltre che auspicabile) che nell'esercizio della delega il Governo si atterrà al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite.

Tuttavia, non si può non osservare che sarebbe stato molto più opportuno un intervento normativo volto alla risoluzione in radice del problema, attraverso l'eliminazione dell'obbligo *ex lege* di mediazione con riguardo all'intero procedimento per ingiunzione, alla stessa stregua di quanto già previsto per la negoziazione assistita, ai sensi dell'art. 3, 3° comma, lett. a), d.l. n. 132 del 2014, conv. con modif. in l. n. 162 del 2014 (e di quanto già si era ritenuto a proposito del tentativo di conciliazione in materia di lavoro, obbligatorio fino all'entrata in vigore della l. n. 183 del 2010, c.d. Collegato lavoro) ⁽³¹⁾.

Ora, indipendentemente da quanto affermato di recente dalla Corte Costituzionale circa la rispondenza al principio di uguaglian-

⁽³⁰⁾ Non si tratta, a ben guardare, di un'insopportabile duplicazione di attività processuali, bensì di una conseguenza, sistematicamente ammessa dall'ordinamento (v. gli artt. 310, 1° comma, e 640 c.p.c.), dell'inerzia di colui che aveva liberamente optato per il procedimento sommario.

⁽³¹⁾ Cfr. Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, *Foro it.*, 2000, I, 2752.

za di cui all'art. 3 Cost. dell'attuale diversità di trattamento tra i due istituti di giustizia alternativa ⁽³²⁾, un intervento di siffatto tenore:

- (a) avrebbe soddisfatto un'esigenza di semplificazione ed evitato di imporre sempre e in ogni caso alle parti lo svolgimento di un'attività collaborativa, anche quando questa appaia improbabile a seguito dell'emissione dei provvedimenti di cui agli artt. 648 e 649 c.p.c., quando cioè l'assetto delle posizioni delle parti ha assunto una connotazione più chiara e definita;
- (b) non avrebbe escluso l'esperibilità del percorso conciliativo nel corso del giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo, sotto forma sia di libere trattative private, sia di ricorso alla mediazione volontaria, sia di deferimento delle parti, su ordine del giudice, in mediazione ai sensi dell'art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit., sia, infine, di applicazione delle disposizioni in tema di conciliazione giudiziale (principalmente, l'art. 185 *bis* c.p.c.) ⁽³³⁾.

7. *Le questioni ancora aperte.* – Nonostante l'arresto delle Sezioni Unite e le previsioni della l. n. 206 del 2021 ⁽³⁴⁾ restano aperte ancora alcune questioni.

⁽³²⁾ Ciò in ragione «del fondamentale elemento specializzante ravvisabile nella mediazione, rispetto alla negoziazione assistita, consistente nella circostanza che il procedimento di mediazione è connotato dal ruolo centrale svolto dal mediatore (soggetto terzo e imparziale)»: v. Corte cost. n. 97 del 2019, cit.

⁽³³⁾ Sul tema, v., se vuoi, D. DALFINO, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici: una questione di bilanciamento*, in I. CANFORA, A. GENOVESE (a cura di), *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato. Atti del IV Convegno internazionale della Red de Derecho Privado Comparado y de la Integración: perspectiva Euro-Americana*, Bari 11-12 giugno 2018, Napoli, 2020, 73 ss.

⁽³⁴⁾ Con riguardo alla mediazione demandata il 4° comma, lett. o) dell'art. 1 della l. n. 206 del 2021 si limita a delegare il Governo a provvedere alla 'valorizzazione' e alla 'incentivazione' dell'istituto «in un regime di collaborazione necessaria fra gli uffici giudiziari, le università, nel rispetto della loro autonomia, l'avvocatura, gli organismi di mediazione, gli enti e le associazioni professionali e di

La prima riguarda la c.d. mediazione delegata di cui al citato art. 5, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit. ⁽³⁵⁾. Non è chiaro, infatti, quale sia il soggetto sul quale grava l'onere di avviare il procedimento di mediazione qualora sia il giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo a impartire l'ordine nell'esercizio del potere discrezionale conferitogli dalla disposizione in parola, valutata la sussistenza dei presupposti ivi stabiliti (natura della causa, stato dell'istruzione e comportamento delle parti).

A tal proposito, è stato osservato che, proprio perché discrezionale e indipendente dalla circostanza che sia il creditore opposto a esercitare l'azione, le medesime argomentazioni innanzi sostenute per la mediazione obbligatoria *ex lege* non possano essere ripetute. In tal caso, si è sostenuto, l'inosservanza della condizione di procedibilità (che tale pure è quella relativa all'osservanza dell'ordine del giudice), in quanto non dettata da esigenze direttamente deflative, bensì espressione della constatazione della maturità della causa per l'incanalamento sul binario collaborativo, comporta le conseguenze di cui all'art. 653 c.p.c., vale a dire la stabilizzazione del decreto ingiuntivo opposto ⁽³⁶⁾.

Di questo aspetto la l. n. 206 del 2021 sembra non occuparsi,

categoria sul territorio, che consegua stabilmente la formazione degli operatori, il monitoraggio delle esperienze e la tracciabilità dei provvedimenti giudiziali che demandano le parti alla mediazione», nonché alla previsione della «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».

⁽³⁵⁾ Anche in appello il giudice dispone del potere discrezionale di deferire le parti in mediazione, ai sensi del 2° comma dell'art. 5 d.lgs. n. 28 del 2010. A tale proposito, v. Cass., 10 novembre 2020, n. 25155, in *Foro it.*, 2021, 3313; Cass., 13 dicembre 2019, n. 32797, in <<http://www.osservatoriomediazionecivile.blogspot.com>>. In dottrina, v. soprattutto M. BOVE, *Mediazione disposta dal giudice di secondo grado e improcedibilità dell'appello*, in *Soc.*, 2017, 345 ss.; B. POLISENO, *La "giustizia alternativa" tra mediazione ordinata ex officio e conciliazione giudiziale della controversia*, in *Scritti in memoria di F. Cipriani. Tutela giurisdizionale e giusto processo*, Napoli, 2020, spec. 661 ss.

⁽³⁶⁾ Cfr. M. BOVE, *Onere della mediazione*, cit., § 6.

poiché discorre solo di 'mediazione obbligatoria' (4° comma, lett. d) dell'art. 1), lasciando intendere di non riferirsi a quella demandata dal giudice. Se così fosse, si tratterebbe di una grave lacuna, che finirebbe per lasciare nell'incertezza l'individuazione del soggetto onerato di avviare il procedimento stragiudiziale e la conseguenza dell'inosservanza dell'ordine giudiziale.

La seconda questione concerne l'individuazione del soggetto onerato di instaurare il procedimento di mediazione in caso di opposizione all'intimazione di sfratto o di licenza per finita locazione e nei procedimenti possessori a seguito della pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, 3° comma, c.p.c.

Nel primo caso, l'art. 5, 4° comma, lett. b), d.lgs. n. 28 cit., dispone che la mediazione non è obbligatoria «fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile». La *ratio* di questa previsione è la medesima di quella del procedimento per ingiunzione. Anche in questo caso l'esigenza di celerità della tutela non è conciliabile con la previsione di un 'filtro' di accesso, il cui necessario esperimento, pertanto, è rinviato alla fase successiva ed eventuale del procedimento in cui si passa da una cognizione sommaria a una cognizione piena ed esauriente a seguito di opposizione. Disposto il mutamento di rito ai sensi dell'art. 667 c.p.c., il procedimento stragiudiziale deve essere instaurato, prima, evidentemente, dell'udienza fissata dal giudice per la prosecuzione del giudizio con le forme di cui agli art. 447 *bis* ss. c.p.c. dettati per la specifica materia locatizia.

L'alternativa su chi sia chiamato ad assumere l'iniziativa si pone tra locatore opposto e conduttore opponente.

La giurisprudenza di merito, a quanto consta, sembra propendere per l'assegnazione del relativo onere al locatore, con conseguente improcedibilità delle domande avanzate in sede di intimazione, ove la mediazione non venga instaurata⁽³⁷⁾. Tale soluzione è senz'altro

⁽³⁷⁾ V. Trib. Roma, 7 maggio 2020, in *Foro it.*, *Merito extra*, n. 2020.01225.1; Trib. Busto Arsizio, 20 marzo 2018, in *Arch. loc.*, 2018, 396; cfr. anche Trib. Ro-

da condividere. Il fatto che, diversamente dal procedimento per ingiunzione, in questo caso la fase sommaria si svolga già nel contraddittorio tra le parti, non toglie che a esercitare l'azione e far valere il proprio diritto sia il locatore intimante; sotto questo profilo, l'argomentazione sistematicamente più solida utilizzata dalla tesi oggi adottata dalle Sezioni Unite può ben essere ripetuta ⁽³⁸⁾.

Nel secondo caso, l'art. 5, 4° comma, lett. d), d.lgs. n. 28 cit. esclude l'obbligatorietà della mediazione fino alla pronuncia dell'ordinanza che accoglie o respinge la domanda di reintegrazione o di manutenzione del possesso. La giustificazione di tale esclusione riposa, ancora una volta, sulla «somma» (v. la Relazione illustrativa) urgenza di provvedere.

Il dato testuale lascia intendere che l'esclusione valga sino alla emissione del provvedimento interdittale, indipendentemente dal fatto che esso sia assoggettato a reclamo ovvero che al procedimento sommario segua il giudizio a cognizione piena sul c.d. merito possessorio. A ben vedere, però, deve ritenersi che, ferma restando la facoltà delle parti di tentare, attraverso il procedimento di mediazione su base volontaria, di trovare un accordo amichevole per la risoluzione della controversia, l'obbligatorietà dell'esperimento del 'filtro' operi dopo che, emesso il provvedimento di reintegrazione o di manutenzione oppure confermato o concesso lo stesso in fase di reclamo *ex art. 669 terdecies c.p.c.*, il giudice, in applicazione dell'art. 703, 4° comma, c.p.c., abbia fissato «dinanzi a sé l'udienza per la prosecuzione del giudizio di merito» ⁽³⁹⁾. Orbene, se si volesse ancora una volta valorizzare il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite nel 2020 a proposito del procedimento per ingiun-

ma-sez. dist. Ostia, 26 marzo 2012, in *Guida dir., Dossier*, 2012, 7, 69, con nota di B. Cacciapuoti.

⁽³⁸⁾ Cfr. D. DALFINO, *La (persuasiva) soluzione delle sezioni unite*, cit.

⁽³⁹⁾ Cfr. D. DALFINO, *Sub art. 5, Mediazione civile e commerciale*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Bologna, 2016, 256 s., anche per ulteriori riferimenti.

zione, si dovrebbe qui sostenere che l'onere spetti a colui che abbia ottenuto il provvedimento possessorio.

Abstract

Nel 2020 le Sezioni Unite della Corte di cassazione, risolvendo una questione di particolare importanza, hanno affermato che il soggetto cui spetta avviare il procedimento di mediazione obbligatorio nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, è il creditore opposto. Alla luce di questo principio possono essere risolte ulteriori questioni ancora aperte, tutte riconducibili alla previsione della obbligatorietà della mediazione.

In 2020, the plenary session of the Italian Court of Cassation, deciding a question of particular significance, ruled that the burden of initiating the mandatory mediation procedure in proceedings opposing an injunction lies with the creditor. This principle sheds the light on further pending questions surrounding mandatory mediation.

CONSUMER PROTECTION
AND ONLINE DISPUTE RESOLUTION
IN BRAZIL

Andrea Marighetto () and Luca Dal Pubel (**)*

TABLE OF CONTENTS: 1. The Fourth Industrial Revolution (4IR). – 2. New Technologies and Consumer Protection in Brazil. – 3. Alternative Dispute Resolution (ADR) and Online Dispute Resolution (ODR) in Brazil. – 4. The Brazilian Government Platform ‘*Consumidor.gov.br*.’

1. *The Fourth Industrial Revolution (4IR)*. – The term Fourth Industrial Revolution (4IR) was coined by Klaus Martin Schwab, the founder and Executive Chairman of the World Economic Forum. According to Schwab, the 4IR is the result of the combination of technologies capable of blurring the boundaries between what is physical, digital, and biological. ⁽¹⁾ The foundations of the 4IR are

Giustizia consensuale Fasc. 2/2021, 447-468. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Visiting Lecturer in Comparative Consumer Law at the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), member of the Portuguese Speaking Community of Jurists (CJLP), the International Council for Online Dispute Resolution (ICODR), and the International Law Association (ILA).

(**) Lecturer in Alternative Dispute Resolution, Negotiation and Mediation at San Diego State University (SDSU) and member of the International Council for Online Dispute Resolution (ICODR).

⁽¹⁾ K.M. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, New York, 2017. It is worth remembering that (i) the use of the steam engine (circa 1800), which in fact increased the productive capacity, characterized the First Industrial Revolution (Industry 1.0); (ii) mass production, conventionally started in 1870 and characterized by the introduction of electricity, chemical products and oil, gave rise to the Second Industrial Revolution (Industry 2.0); and (iii) the automation of produc-

based on the birth of smart factories and online production management. This has been made possible thanks to the conceptualization and creation of virtual networks and physical objects such as sensors, software, and other technologies capable of connecting and exchanging data of any kind over the internet. Advanced technologies such as the internet of things (IoT), artificial intelligence (AI), machine learning, robotics technology, physical computing, quantum calculus, nanotechnology, biotechnology, and the controversial blockchain technology are changing and transforming industrial production, management, and governance system. The outcome of the combination and development of these technologies has allowed the achievement of unthinkable results, such as the possibility of increasing the capacity for elaboration, storage, and access to information. Today, data, documents, services, and products are exchanged between millions of people, in real-time (or nearly), all over the world.

Schwab highlights three important elements that characterize the 4IR: (a) velocity; (b) scope; and (c) systems impact.⁽²⁾ As never before, we are living and evolving at an exponential pace (although less linear than we have experienced in previous revolutions) to the extent that we are witnessing profound transformations of entire systems, from the production of goods and services to the management and governance of public and private companies. Governance is becoming an increasingly important and determining factor in the development (and survival) of legal and economic entities.⁽³⁾

tion through electronics and information technology (from the 50s and 70s), caused the Third Industrial Revolution (Industry 3.0) or better known as the ‘Digital Revolution.’

⁽²⁾ Ibid.

⁽³⁾ See S. PEREIRA, E. SILVA, M. SCOTON and E. DIAS, *Automação & Sociedade: Quarta Revolução Industrial, um olhar para o Brasil*, São Paulo, 2017; M. TEMPORRELLI, F. COLORNI and B. GAMUCCI, *4 punto 0. Fabbriche, professionisti e prodotti della Quarta rivoluzione industriale*, Milano, 2017; D.L. ROGERS, *The Digital Transformation Playbook: Rethink Your Business for the Digital Age: Rethink Your Business for the Digital Age*, Columbia Business School Publishing, 2016; I.

The advancement of new technologies has also contributed to deeply changing the relationship between businesses and consumers. ⁽⁴⁾ Not only has it brought greater satisfaction to customer expectations, greater product appreciation, more collaborative innovation, and more organization and efficiency in the market, but it has also structurally changed the communication process and the supply of information to consumers. In its 2019 Connected Consumer Status Report (3rd version), Salesforce revealed that 75% of consumers are confident that large companies are using new technologies to offer more customer services and assistance, and more consumer protection. ⁽⁵⁾ This percentage rises to 80% in the latest 2021 Report (4th version). ⁽⁶⁾

The impact of 4IR is primarily based on (i) customer expectations; (ii) product evaluation; (iii) collaborative innovation; and (iv) organizational forms. ⁽⁷⁾ As a consequence of such impact, consum-

SIDHU, Digital revolution. *Come le innovazioni digitali trasformeranno il nostro lavoro e la nostra vita*, Milano, 2016; E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *Race Against the Machine: How the Digital Revolution is Accelerating Innovation, Driving Productivity, and Irreversibly Transforming Employment and the Economy*, Lexington, Massachusetts, 2011; F. LÉVY, R.J. MURNANE, *The New Division of Labor: How Computers are Changing the Next Job Market*, Princeton, 2004.

⁽⁴⁾ L. BERGSTEIN, *Internet das Coisas e Target Advertising: riscos e possibilidades do uso de dados pessoais*, in J.M. OLIVEIRA (dir.), *Direito do consumidor contemporâneo*, Belo Horizonte, 2019; A. ROSS, *The Industries of the Future*, New York: Simon & Schuster, 2017; F. MOSCONI, *The New European Industrial Policy: Global Competitiveness and the Manufacturing Renaissance*, London, 2015; C.L. MARQUES, A.H.V. BENJAMIM and B. MIRAGEM, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 2010; W. HOYER, D. MACINNIS, *Consumer behavior*, Boston, 2001.

⁽⁵⁾ Salesforce 'State of the Connected Consumer' in <https://www.salesforce.com/content/dam/web/en_us/www/assets/pdf/salesforce-state-of-the-connected-customer-report-2019.pdf> (last visited 24 December, 2021).

⁽⁶⁾ Salesforce 'State of the Connected Consumer' in <https://www.salesforce.com/content/dam/web/en_us/www/documents/research/salesforce-state-of-the-connected-customer-4th-ed.pdf> (last visited 24 December, 2021).

⁽⁷⁾ K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, New York, 2016.

ers' demographic and identity, and consumer behavior data have become universally available helping companies and traders understand who their customers are. Consumer data is the new oil of the digital economy.⁽⁸⁾ This has created a constant need for information and greater demand for technological development capable of collecting and storing an ever-increasing number of data. This growing demand for information also highlights a greater need for technological tools that can guarantee the confidential treatment of such information to protect and not to harm consumers.

Demand segmentation enables companies to better understand and analyze the interests, behaviors, and historical profiles of internet users. However, information technology has also increased the degree of control, security, and protection of this information to prevent it from being used by companies to take advantage of consumers instead of satisfying their interests and demands.⁽⁹⁾ A new business model is introduced, more comprehensive and reliant on more specific and complex consumer needs, through the offer of more targeted and customized solutions, such as the Direct-to-Consumer (D2C) business model.⁽¹⁰⁾ D2C is a vertical business model that eliminates intermediaries. Its objective is to allow the producer/manufacturer to sell its products or services directly to

⁽⁸⁾ M. SZCZEPAŃSKI, *Is Data the New Oil? Competition Issues in the Digital Economy*, European Parliamentary Research Service, 2020; D. HIRSCH, *The Glass House Effect: Big Data, The New Oil, and the Power of Analogy*, in 66 *Maine Law Review* 374 (2014).

⁽⁹⁾ OECD/INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, *Consumer Protection and e-Commerce*, in *Broadband Policies for Latin America and the Caribbean: A Digital Economy Toolkit*, Paris, 2016; A. PRATA, *Contratos de adesão e cláusulas contratuais gerais*, Coimbra, 2021; C. LIMA MARQUES, R. LUNARDELLI CAVALLAZZI, *Direitos do consumidor endividado: superendividamento e crédito*, São Paulo, 2006; J. HABERMAS, *Consciência moral e agir comunicativo*, transl. G.A. de Almeida, Rio de Janeiro, 1989.

⁽¹⁰⁾ In relation to D2C, see U. LEIMSTOLL, R. WÖLFLE, *Direct to Consumer (D2C) e-Commerce: Goals and Strategies of Brand Manufacturers*, *New Trends in Business Information Systems and Technology*, Berlin, 2020; J. LEE, *D2C (Direct-to-Consumer). A New Revolution in Retail*, Digital Initiative Group, 2021.

the client or final consumer. In addition to reducing costs, this model allows for better and more strategic segmentation of information and, consequently, better ‘intelligence’ about sales data and consumer interests.

The constant need to know and understand consumers’ interests have promoted and continues to promote the search and creation of ever faster and more precise machines and instruments for data preparation and processing (Data Analytics). This has led to the need for continuous development of hardware technology and physics in general. At the same time, the request for data and information protection has increased, to the extent that the legislative authorities of the various countries have adopted numerous regulatory measures to protect data and computer access.

The 4IR is, therefore, a consequence of the development of the Internet and the tools related to its use that guarantee remote access to information, data, services, and products. This has determined and still determines a strong impact on the operation of businesses and has also altered their functioning and strategy. The investment in technology translates into greater competitiveness and collaboration between companies, companies and people, and external and internal resources. Automation, digitization, connectivity, and programming are today the keywords that summarize the main paradigm of 4IR and represent an evident break with the past. This new paradigm directly influences the main industrial sectors: (i) industrial production, the use of robots, interconnectivity, 3D printing; (ii) or the use, processing, and transmission of data and information (large data). The new paradigm seeks greater agility, quality (smaller margin of error), and different types of business. ⁽¹¹⁾ This means

⁽¹¹⁾ Cf. EUROPEAN UNION COMMISSION, *Horizon 2020, Key Findings from the Interim Evaluation*, Publication Office of the EU, 2017; A. LAUTERBACH, A. BONIME-BLANC, *The Artificial Intelligence Imperative: A Practical Roadmap for Business*, Westport, Connecticut, 2018; J. MANNERS-BELL, K. LYON, *The Logistics and Supply Chain Innovation Handbook: Disruptive Technologies and New Business Models*, London, 2019.

that the structures of companies, as well as professionals themselves, will have to change significantly to adapt to a more flexible, unpredictable system based on close collaboration between people and Artificial Intelligence. It is not surprising that the Artificial Intelligence and technology industry, in general, is turning to the market for ‘new’ professions and skills. ⁽¹²⁾

2. *New Technologies and Consumer Protection in Brazil.* – Legislators, judges, academics, and legal practitioners work every day to achieve a more solid foundation and regulation of social, economic, and legal phenomena related to the implementation and use of technology. Technology develops faster than the law. This is due to the intrinsic difference between the two. While the law is based on certainty and stability (fundamental values of the law), the only limit and value of technology is its utility. ⁽¹³⁾ Moreover, the digital world is faster because it does not have to materialize. The law must guarantee the continuation of progress and evolution, following the principle of equal treatment between substantive and proce-

⁽¹²⁾ Cf. L. DAL PUBEL, A. MARIGHETTO, *The Role of Information and Communication Technology*, in A. NORMORE, J. BROOKS, M. BROOKS and N. SUM (eds.), *Globalization, Neoliberalism, and Education: Teaching, Learning and Leading in the World Schoolhouse*, Charlotte, North Carolina, 2020; N.W. GLEASON, *Higher Education in the Era of the Fourth Industrial Revolution*, Palgrave Macmillan, 2018; C.B. FREY, M.A. OSBORNE, *The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?*, in *114 Technological Forecasting and Social Change* 254 (2017); E.G. WEST, *Education and the Industrial Revolution*, Carmen, Indianapolis, 2001.

⁽¹³⁾ R.D. ATKINSON, S.J. EZELL, *Innovation Economics the Race for Global Advantage*, New Haven, Connecticut, 2012; M.E. PRICE, *Self-regulation and the Internet*, The Hague, 2005; P. LÉVY, *A inteligência coletiva: por uma antropologia do ciberespaço*. São Paulo, 2007; A. BRIGGS, P. BURKE, *Uma história social da mídia. De Gutenberg à internet*, Rio de Janeiro, 2006; A. LEMOS, *Cibercultura: tecnologia e vida social na cultura contemporânea*, Porto Alegre, 2002; L. LESSIG, *The Future of Ideas (The Fate of the Commons in a Connected World)*, New York, 2001; C. FREEMAN, L. SOETE, *The Economics of Industrial Innovation*, Cambridge, Massachusetts, 1977.

dural law, and the principle of freedom which in the field of technology is much more 'limitless.' The rationality that underlies technological development can be considered and regulated within the principle of freedom of thought and expression so that technology can be thought of as a form of expression and/or a way to exercise one's freedom. It is worth remembering that, at least in the Western tradition, the process of recognition of freedoms began to develop with the advancement of technologies, at the time represented by the development of typographic techniques. ⁽¹⁴⁾

The growing development of new Information and Communication Technology (ICT) has enhanced the performance of legal transactions over the Internet and promoted global trade, giving rise to electronic commerce (e-commerce). E-commerce is about distance selling. As Claudia Lima Marques highlights, 'We can strictly define e-commerce as one of the non-face-to-face or remote bargaining modalities for the purchase of products and services through electronic or telematic means. In general, we can think of e-commerce as a new method of doing business through electronic network systems.' ⁽¹⁵⁾

What could originally have been defined as 'distance,' today takes on a more articulated and substantial connotation. It is commonly referred to as 'cyberspace,' where communication paradigms take on different forms and connotations, and technology plays an increasingly active role to the extent of being denoted 'Artificial Intelligence.' These new practices can expose consumers to damages, costs, losses, and risks, such as not having information about products or services, undergoing manipulation at the time of consumption, and even regret. ⁽¹⁶⁾ In light of these technological develop-

⁽¹⁴⁾ Cf. D. MCQUAIL, *Mass communication theory*, London, 1983.

⁽¹⁵⁾ C.LIMA MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, São Paulo, 2004.

⁽¹⁶⁾ L.M. MINARDI, *Direito e internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*, São Paulo, 2006; M.E.R. FINKELSTEIN, *Aspectos Jurídicos do Comércio Eletrônico*, Porto Alegre, 2004; M.H. DINIZ, *Tratado Teórico e Prática dos Contratos*, São Paulo, 2013; T. TEIXEIRA, *Comércio eletrônico conforme o mar-*

ments, the challenge for legislators, judges, academics, and all legal operators continues to be to guarantee consumer protection, as expressly established by the Brazilian Federal Constitution.

In Brazil, Decree No. 7.962 of 2013 is one of the responses given by the Brazilian legislator to the need for consumer protection in e-commerce. The Decree was approved to apply and integrate the Consumer Protection and Defense Code (CDC) of 1990 to electronic commerce and contractual obligations on the assumption that e-commerce does not effectively change the nature of the legal transaction or the contract with the consumer, but rather the negotiation and contract formation phase. The literature divides the phases of e-commerce into (i) pre-contractual, that is, access to and demand for products and services in the cyberspace; (ii) pure contract, through which the proposal and acceptance concretize the legal transaction and payment; (iii) and executive, which takes the form of the delivery of the product. ⁽¹⁷⁾

Decree No. 7.962 of 2013 has brought important innovations and made the CDC up to date with online technology for the acquisition of products and services. It represents the response to the continuous and rapid expansion of consumer electronic relations, and the need to protect the consumer's fundamental rights in the

co civil da internet e a regulamentação do e-commerce no Brasil, São Paulo, 2015; C.L. MARQUES, C.H. SCHMITT and A.H.V. BENJAMIN, *Cláusulas Abusivas nas Relações de Consumo*, São Paulo, 2014; A.L. FLEURY, *Dinâmicas organizacionais em mercados eletrônicos*, São Paulo, 2001; M. BASSO, *Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, Conclusão, Prática*, Porto Alegre, 1998.

⁽¹⁷⁾ F.D.S. RIBEIRO, *Contratos de compras coletivas: uma análise crítica do seu descumprimento à luz da boa-fé objetiva e da solidariedade da cadeia de fornecimento*, in J.S.L. LOPES DA SILVA, B.M.A. DE SOUZA and R.L. FELIPE (orgs.), *Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores*, Salvador, 2014; F. SCHWARTZ, *Direito do Consumidor: tópicos & controvérsias*, Rio de Janeiro, 2013; A. PELLEGRINI GRINOVE *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado Pelos Autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, 2011; W.F. ROBERTO, *O comércio eletrônico nos tribunais brasileiros*, in C. CIAMPOLINI NETO, W.J. WARDE JUNIOR (coord.), *O direito de empresa nos tribunais brasileiros*, São Paulo, 2010.

context of e-commerce. In particular, the right to information, the right to service facilitation, and the right of regret.⁽¹⁸⁾ Article 4 of the CDC emphasizes that the right to information must respect the principle of transparency so that the consumer has – and is made available to have – access to all information and documents necessary to purchase a particular good or service and fully exercise the consumer's right to choose. Therefore, the characteristics of each product or service must be displayed correctly, clearly, and truthfully on the e-commerce website. The website must make available information regarding the quantity, composition, price, quality, of each product including any applicable taxes.⁽¹⁹⁾

Articles 4, 30, and 31 of the CDC, or Article 2 of the Decree No. 7.962 of 2013 establish that each electronic site used to submit an offer and/or conclude a contract must provide clear, correct, and truthful information such as the supplier's business name or name of the natural person; physical and electronic address (all information necessary for the supplier's location and contact); characteristics of the product or service including all information concerning any health and safety risks for the consumer; the price and any additional costs, including insurance; all full terms of the offer including payment method and delivery terms; clear and visible information regarding any restrictions on the possibility of using the offer. As with the right to information, the right to a facilitated service requires greater guarantees so that the consumer is given secu-

⁽¹⁸⁾ The Right of Regret refers to Article 49 of Statute No. 8.078/90 of the Brazilian Consumer Defense Code (CDC). This law allows consumers to withdraw from a contract within seven days and receive a full refund of any payments made.

⁽¹⁹⁾ C. LIMA MARQUES, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico)*, São Paulo, 2004; L.N. RIZZATO NUNES, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 2015; F. TARTUCE, G. MAGALHÃES MARTINS, *Contratos eletrônicos de consumo*, São Paulo, 2016; R. POZZI KRETZMANN, *Informação nas relações de consumo: o dever de informar do fornecedor e suas repercussões jurídicas*, Belo Horizonte, 2019; B.R. BIONI, *Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento*, Rio de Janeiro, 2020.

urity, clarity, objectivity, and transparency, and the purchase decision is taken in full autonomy and discretion of the consumer. ⁽²⁰⁾

Article 4 of the Decree No. 7962 of 2013, for example, provides, among others, the obligation for the supplier to offer to the consumer effective tools to immediately identify and correct errors that may have occurred in the different stages of the execution of the contract; maintain an adequate and effective telematics service, which allows the consumer to resolve requests for information, doubts, complaints, suspension or termination of the contract; and use effective security mechanisms for payment and the processing of consumer data. The purpose of Article 4 is to protect the consumer from any possible uncertainty and reservation during the entire phase of formation and execution of the contract.

Regarding consumer regret, the 2013 Decree in its Articles 1, III, 4, V, and 5, addresses the consumer right to repentance. The Decree, (i) gives the consumer seven days to cancel the contract (as provided for in Article 49 of the CDC); and (ii) expands the concept of ‘outside the commercial establishment’ by including all those distinctive situations of e-commerce. ⁽²¹⁾

In summary, Decree No. 7.962 of 2013 in its integration to the CDC was adopted solely to apply and integrate the CDC within the already existing provisions and obligations, with the aim of keeping up with the global growth of consumer relations and international transactions. It should be noted that Article 6 of the CDC acting generally and completely, recognizes the consumer vulnerability, and provides for the need for protection of the consumer’s

⁽²⁰⁾ G. MAGALHÃES MARTINS, *Contratos eletrônicos de consumo*, São Paulo, 2016; L.O. DE OLIVEIRA AMARAL, *Teoria geral do direito do consumidor*, São Paulo, 2010.

⁽²¹⁾ A. ESPÍNDOLA LONGONI KLEE, *Comércio Eletrônico*, São Paulo, 2014; C. LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, São Paulo, 2014; R. ROSADO DE AGUIAR JR., *Comentários ao novo Código Civil: da extinção do contrato: artigos 472 a 480*, Rio de Janeiro, 2011; R. DE CASTRO PEIXOTO, *O comércio eletrônico e os contratos*, Rio de Janeiro, 2001.

life, health, and safety against any risks arising from the purchase of any products and services considered harmful or dangerous. This Article of the CDC is extremely important and embodies a paradigm also applicable to e-commerce, regulating the ‘peculiarity’ of negotiations and contractual formation (which are conducted in cyberspace), and guaranteeing the right to protection against coercive or unfair commercial practices. ⁽²²⁾

The need for protection appears even greater when considering that the supplier, or the other contractual party, often resides or is domiciled in another country where consumer rights may not be protected or the legislations in place are not adequate to guarantee effective consumer protection. Also, in addition to the different jurisdictions, there may be different applicable substantive laws and different regulations regarding the treatment of information, from personal to consumer preference data. ⁽²³⁾

3. *Alternative Dispute Resolution (ADR) and Online Dispute Resolution (ODR) in Brazil.* – Online Dispute Resolution (ODR) in Brazil is treated – in principle – constitutionally, as stated in the

⁽²²⁾ R. EIDELVEIN DO CANTO, *A vulnerabilidade dos consumidores no comércio eletrônico: reconstrução da confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, 2015.

⁽²³⁾ C. LIMA MARQUES, *25 Years to Celebrate: Horizons Reached by the 1990 Brazilian Consumer Protection Code and Horizons to Come, Especially on the International Protection of Consumers*, in C. LIMA MARQUES, D. WEI (eds.), *Consumer Law and Socioeconomic Development: National and International Dimensions*, Cham, 2017; C.A. PACHECO FIORILLO, *O Marco Civil da Internet e o meio ambiente digital na sociedade da informação: comentários à Lei 12.965/2014*, São Paulo, 2015; R. LEITE MONTEIRO, *Da proteção aos registros, aos dados pessoais e às comunicações privadas*, in F. DEL MASSO, J. ABRUSIO and M.A. FLORÊNCIO FILHO, *Marco civil da internet: Lei 12.965/2014*, São Paulo, 2014; L. MINARDI PAESANI, *Garantia fundamental do não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais, inclusive registros de conexão, e de acesso a aplicações de internet, salvo mediante consentimento livre, expresso e informado ou nas hipóteses previstas em lei*, in G.S. LEITE, R. LEMOS, *Marco civil da internet*, São Paulo, 2014.

Preamble of the Federal Constitution. In the Preamble, it is established that the Democratic State of the Federative Republic of Brazil is based on ‘... justice as supreme values of a fraternal, pluralist and unprejudiced society, founded on social harmony and committed, in the internal and international orders, to the peaceful settlement of disputes.’

ODR in Brazil had concrete action since 2013 when the first amendment to Resolution No. 125 of 2010 of the National Council of Justice (NCJ) was adopted. Resolution No. 125 provides for adequate conflict management in the National Justice Policy and highlights the importance of appropriate techniques that regulate the peculiarity and nature of conflicts so that access to justice is efficient and materially protects claimed rights. ⁽²⁴⁾ In particular, Article 4 of this Resolution establishes an important task for the NCJ which is to organize a program to promote actions encouraging the self-composition of conflicts through the use of ADR methods like conciliation and mediation. Such a program should be implemented with the participation of a network composed of public entities of the judiciary and public and private entities like universities and other educational institutions. ⁽²⁵⁾ For the development of the network, Article 6 of the Resolution No. 125 assigns other tasks to the NCJ including, establishing guidelines for the proper management of conflicts that courts must follow; developing training curricula on alternative dispute resolution for civil servants, mediators, con-

⁽²⁴⁾ *Resolução do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) n. 125 de 29 de novembro de 2010 (Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências):* CNJ n° 125/2010, 01.12.2010, 2-14, republished in *DJE/CNJ n° 39/2011, de 01.03.2011*, 2-15. Cf. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Democratizando o acesso à Justiça*, Brasília, 2021; T.L.S. SOMBRA, *Fundamentos da regulação da privacidade de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*, São Paulo, 2019; P. CALMON, *Fundamentos da mediação e da conciliação*, Rio de Janeiro, 2007; A. DE MORAES, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*, São Paulo, 2013; A.C. DE ARAÚJO CINTRA, A. PELLEGRINI GRINOVER and C.R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, São Paulo, 2006.

⁽²⁵⁾ Article 5 of Resolution No. 125/2010.

ciliators, and other facilitators; providing a code of ethics for conciliators, mediators, and facilitators; seeking the collaboration of public entities and public and private educational institutions to develop studies and disciplines that favor the emergence of a culture of peaceful conflict resolution and provide a module within the Schools of Magistracy on consensual methods of conflict resolution; and establishing a dialogue with the Brazilian Bar Association, Public Defenders, Lawyers, and the Public Prosecutor's Office, encouraging their participation in the Judicial Centers for Conflict Resolution and Citizenship. ⁽²⁶⁾

Law No. 13.105 of 2015 which amended the Code of Civil Procedure and Law No 13.140 of 2015 (Law of Mediation) created the conditions for the development of ODR in Brazil by making the use of technology acceptable as a permissible form of mediation. In particular, (a) Article 334 § 7 of the Code of Civil Procedure provides that conciliation or mediation hearings in the judicial sphere may be held electronically; (b) Law No. 13.140 of 2015, in its Article 46, authorizes mediation sessions to be held in virtual spaces or through ICT instruments that allow remote communications. ⁽²⁷⁾

Another important contribution to the development of the ODR in Brazil must be attributed to Law No. 13.994 of 2020, which amends Articles 22 and 23 of Law No. 9.099 of 1995 (which regulates the Special Courts). The Law establishes new measures for judicial processes before the Special Civil Courts and enables the conciliation sessions to be held in a non-preferential way in virtual environments, that is, through the so-called (inappropriately) electronic conciliation. ⁽²⁸⁾

These measures represent a continuity with the provisions already provided for and governed by Article 334, § 7 of the 2015 Code of Civil Procedure, whose rules apply alternatively to the Special Courts. The discipline materializes the evolution of the tra-

⁽²⁶⁾ See Article 6 of Resolution No. 125/2010.

⁽²⁷⁾ See Law No. 13.140 of 2015.

⁽²⁸⁾ Thus, regulated by the Law No. 9.099 of 1995.

ditional system by applying those mechanisms of access to justice that characterize the Fourth Industrial Revolution, to the facilitation of the peaceful resolution of conflicts through conciliation sessions held in virtual environments. The importance of encouraging the creation and use of technology within the judicial system must be seen as a means to enhance access to justice and guarantee the right of defense in compliance with the fundamental principles recognized by the Federal Constitution and the rule of law.⁽²⁹⁾ In particular, Law No. 13.994 of 2020 provides that ‘The off-site conciliation conducted by the Court is applicable through the use of available technological resources for the transmission of sounds and images in real-time, and the result of the conciliation attempt must be reduced in writing with the relevant attachments.’⁽³⁰⁾ It is also important to highlight that the electronic management of conciliation does not modify the conduct and effects of conciliation provided for by the law; (a) once ratified by the judge, the conciliation agreement will have the same enforceable effectiveness of a judgment; and (b) if one of the parties (defendant) refuses or fails to attend the virtual hearing, the judge may grant a default judgment.

The Covid-19 pandemic has led to the immediate application of Law No. 13.994 of 2020. Everything suggests that there is, therefore, a tendency to create a parallelism between the traditional judicial system and the digital one, aimed at guaranteeing better access

⁽²⁹⁾ T. ECKSHMIDT, M.E.S. MAGALHÃES and D. MUHR, *Do conflito ao Acordo na Era Digital (Meios Eletrônicos para Solução de Conflitos – MESC)*, Curitiba, 2016; D. BECKER, P. LAMEIRAO, *Online Dispute Resolution (ODR) e a Ruptura no Ecosistema da Resolução de Disputas*. São Paulo, 2017; D. DO AMARAL ARBIX, *Resolução Online de Controvérsias*, São Paulo, 2017; G. PARO, R. DALMASO MARQUES and R. QUASS DUARTE, *Online Dispute Resolution (ODR) e o interesse processual*, in E. NAVARRO WOLKART *et al.* (coords.), *Direito, Processo e Tecnologia*, São Paulo, 2020; P.H. DOS SANTOS LUCON *et al.* (coords.), *Direito, Processo e Tecnologia*, São Paulo, 2020.

⁽³⁰⁾ See Article 2 of Law No. 13.994 of 2020 that modifies Articles 22 and 23 of Law No. 9.099 of 1995.

to justice in compliance with the principles of the Federal Constitution.

4. *The Brazilian Government ODR Platform ‘Consumidor.gov.br.’* – Officially launched on June 27, 2014, the platform was institutionalized by Decree No. 8.573 of 2015, at the initiative of the National Consumer Secretariat (SENACON), within the so-called National Consumption and Citizenship Plan (PLANDEC) of 2013. The development and use of the platform were encouraged by the Federal Justice Council (CJF) which, in the context of the 1st Conference on ‘Prevention and extrajudicial litigation solution,’ acclaimed the press release no. 50 which reads: ‘The Government, suppliers, and society must encourage the use of mechanisms such as the CONSUMIDOR.GOV.BR platform, a public policy created by the National Consumer Secretariat – SENACON and by the PROCONS, with a view to enabling the access, as well as the solution of consumption conflicts extrajudicially, quickly and efficiently’ (CJF, 2016).⁽³¹⁾

From its implementation and for the first three years, the platform was developed by *Banco do Brasil* with the supervision of the Ministry of Justice⁽³²⁾ and monitoring by PROCONS (*Proteção e Defesa do Consumidor*), Public Defenders, Public Prosecutors, and regulatory agencies, and other bodies with the objective and purpose of improving consumer protection policies. The direct collaboration between *Banco do Brasil* and SENACON officially ended on June 10, 2017, from which date the Ministry of Justice, through

⁽³¹⁾ See, also, I. MAIOLINO, F. DE CARVALHO SILVEIRA and L. BENETTI TIMM, *A plataforma consumidor.gov.br como alternativa para a solução de conflitos*, in *GralhaAzul Periódico científico da 2ª Vice-Presidência*, Ago-Set/2020.

⁽³²⁾ See the technical cooperation agreement signed between the Ministry of Justice (MJ), through the National Consumer Secretariat, and *Banco do Brasil* on June 10, 2014.

the SENACON, has managed the entire platform, including its data system.

Together with the Consumer Service (SAC) and PROCONS, the technology-enabled negotiation platform of the Ministry of Justice provides additional protection to consumers by allowing them to file a complaint directly against suppliers of services or products. It is, in short, a public service that allows direct dialogue between consumers and companies to resolve consumer disputes arising from online and offline transactions. The purpose of the service is to offer better service to consumers and encourage dialogue and competitiveness in the quality of service and product. The process provided by the platform involves several steps.

Consumers who want to file a complaint with *Consumidor.gov.br* can do it by registering on the platform and checking whether the company against which they want to complain is one of the participating companies registered on the website. Once the complaint is submitted, the company has ten days to address it and respond. Due to the Covid-19 pandemic, in March 2020, this deadline was extended to fifteen days. During this period, the company can request additional information from the consumer. This begins a negotiation phase where the consumer and the supplier can try to resolve the claim.

After the company sends a response, the consumer has then twenty days to assess whether the complaint has been resolved or not and assign a satisfaction score to the assistance provided by the supplier. The score level is between 1 and 5, with 1 being the lowest level of satisfaction and 5 the highest. Lastly, the consumer can enter a final comment. After the evaluation, the complaint is finalized and closed, and it is no longer possible to interact or change the registered evaluation.

If the complaint is not resolved through the platform, the consumer can take the complaint directly to the PROCONS⁽³³⁾ or re-

⁽³³⁾ There are 27 State PROCONS and many municipalities have PROCONS that offer consumer protection services to local consumers.

sort to other bodies of the National Consumer Defense System like the Public Defender's Office, the Public Prosecutor's Office, and the Special Civil Court. ⁽³⁴⁾

An interesting aspect of the platform is represented by the evaluation system with which the consumer evaluates the supplier's performance in handling the complaint. These ratings are recorded on the platform and are visible to the public. In this way, the performance of the participating companies can be monitored by consumers and at the same time, the companies can demonstrate their commitment to resolving consumer complaints through the rankings published on the platform. It is worth noting that companies are ranked according to their dispute resolution rate, consumer satisfaction level, average response time, and rate of complaints answered.

Although the agreements reached through *Consumidor.gov.br* do not have a binding nature, the ranking system can still be used as a deterrent for companies. Companies are encouraged both to resolve and reduce the number of lawsuits related to consumers disputes but also to demonstrate their commitment to satisfying their consumers.

The company registration on the *Consumidor.gov.br* platform is regulated by Ordinance No. 15 of March 27, 2020, of SENACON within the scope of powers conferred by Article 3, II and X, and Article 9 of Decree No. 2.181 of March 20, 1997. The object of registering companies on the platform is to facilitate the online mediation of consumer disputes notified electronically. A great merit of the Ordinance, promoted by the then secretary of SENACOM Luciano Benetti Timm, is having imposed a duty of registration for certain categories of companies within thirty days of the publication of the Ordinance, which took place on April 1, 2020.

The companies that must proceed with the registration are the following: (a) Companies acting nationally or regionally in sectors

⁽³⁴⁾ See <<https://www.consumidor.gov.br/pages/conteudo/publico/1>> (last visited 24 December 2021).

involving public services and essential activities (per Decree No. 10.282 of March 20, 2020); (b) Digital internet service platforms dedicated to the individual or collective transport of passengers or the delivery of food, or that carry out promotions, offer, sales or intermediation of owned or third-party products, commercialization of advertisements, publicity, as well as connection, application, content providers and other social networks for-profit purposes; (c) Economic agents listed among the two hundred companies with most complaints annually registered in the National Consumer Protection Information System ('SINDEC'), according to a survey from the General Coordination of the National Consumer Protection Information System (SINDEC) of the National Consumer Secretariat of the Ministry of Justice and Public Security.

In addition, the Ordinance specifies that the obligation to register applies to companies indicated by letters (a) and (c) only when: (i) they had gross sales of at least 100,000,000 Brazilian Reais in the last fiscal year; (ii) reached a monthly average equal to or greater than 1000 (one thousand) complaints in their customer service channels in the last fiscal year; (iii) are claimed in more than five hundred lawsuits that involve consumer relations. ⁽³⁵⁾

With this Ordinance, the Ministry of Justice, through the SENACON, wanted to further promote the use of the platform as an alternative system for resolving conflicts, as well as guarantee and improve consumers' access to justice during the phase of social isolation created by the Covid-19 pandemic. In particular, the use of the platform has the merit of working as a catalyst for data and incentives and subsidies for the preparation of public policies. On April 8, 2021, the SENACON issued Ordinance No. 12/2021 that revoked Ordinance No. 15/2020. Ordinance No. 12/2021 does not provide for the possibility included in the previous Ordinance of waiving the registration obligation. Companies were exempted from the obligation if there were a low volume of demands before

⁽³⁵⁾ Cf. <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-15-de-27-de-marco-de-2020-250710160>> (last visited 24 December 2021).

the Consumer Protection authorities or if the registration would not have facilitated the online dispute resolution with consumers.

In 2019, the platform took another important step forward and was integrated into the Electronic Judicial Process (PJe), a digital platform developed by the National Council of Justice (CNJ) in partnership with several Courts and has the advisory participation of the National Council of the Public Ministry, the Brazilian Bar Association, Public Advocacy, and Public Defenders. The PJe is characterized by the proposition of the practice of legal acts and monitoring of procedural processes in a standardized way that, however, respects the characteristics inherent to each branch of the justice system. ⁽³⁶⁾

Launched in 2014, the platform has already registered almost 4 million complaints and has a base of almost 3 million registered users and more than 900 companies accredited. ⁽³⁷⁾ The region with the biggest proportion of complaints the Southeast which is composed of the states of Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, and São Paulo with 48.4%, followed by the South which includes the states of Paraná, the Rio Grande do Sul, and Santa Catarina with 20.4%. Currently, 78% of complaints filed through the *Consumidor.gov.br* platform are satisfactorily resolved by participating companies, which respond to consumer demands within an average of eight days. ⁽³⁸⁾ Such a fast and free-of-charge service represents a big incentive for consumers to use the platform.

In 2019, the complaints completed were 780.189, the registered users were 555.168, and 131 were accredited companies. As of March 2021, the number of complaints completed through the platform is 4.748.561, the registered users are 3.317.588, and 1131 are

⁽³⁶⁾ See <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/processo-judicial-eletronico-pje/>> (last visited 24 December 2021).

⁽³⁷⁾ As of March 2021, the number of complaints completed through the platform is 3,945.315, the registered users are 2825241, and 997 are the registered companies. See 'Consumidor,' <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/infografico/abrir#parana>> last visited 24 December 2021).

⁽³⁸⁾ See *Consumidor.br.gov Boletim*, 2020.

the registered companies.⁽³⁹⁾ In this period, the most complained segments concerned the banking, financial, and credit card administration sectors (26.8%) and telecommunication (26.6%), followed by e-commerce (10%), air transport (5.5%), consumer databases, and personal data (4.4%).⁽⁴⁰⁾

According to a survey launched by Consumidor in 2019, 79.4% of consumers said they had their problem solved (totally or partially), 73.3% had a great experience using the platform, while 96.4% said they would recommend it to others.⁽⁴¹⁾

This shows a high degree of overall satisfaction among the platform users. However, to assess the consumers' satisfaction with the ODR process more data are needed. Consumers' satisfaction could be measured by incorporating a satisfaction survey in the platform⁽⁴²⁾ so that consumers could evaluate the efficiency and quality of the platform and the process.

Regarding the number of complaints completed, albeit high (especially when compared to those of the European Union ODR platform),⁽⁴³⁾ is nevertheless to be considered low for a population of about 215 million. This suggests that there is still a low degree of awareness among consumers and could represent a limit to the success of the platform.

According to a 2019 survey, consumers believe that the platform should be promoted through several channels that include first social media, followed by television, radio, newspaper, and public in-

⁽³⁹⁾ Ibid.

⁽⁴⁰⁾ Ibid.

⁽⁴¹⁾ See *Consumidor.br.gov Pesquisa*, 2019.

⁽⁴²⁾ M. J. SCHMIDT-KESSEN, R. NOGUEIRA and M. CANTERO GAMITO, *Success or Failure? – Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and in the EU*, in 43 *Journal of Consumer Policy* 659 (2020).

⁽⁴³⁾ The total number of complaints filed on the EU ODR platform is 120499. In 2019, 2.8 million people visited the platform out of a population of almost 450 million. For more data see <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics.show>> (last visited 24 December 2021).

stitutions. ⁽⁴⁴⁾ More marketing surveys and questionnaires aimed at consumers or even ordinary citizens could help identify promotion strategies that can increase consumer awareness about the platform.

The *Consumidor.gov.br* platform provides many positive features such as being user-friendly, easy to navigate, free of charge for users, easy access to the process, direct negotiation between traders and consumers, and a time-effective response mechanism. Such characteristics allow us to conclude that the ODR process provided by the *Consumidor.gov.br* platform does indeed offer an effective alternative for consumers to the traditional court system. However, to establish whether the *Consumidor.gov.br* ODR mechanism contributes to enhancing consumer protection and access to justice a different assessment is needed.

As suggested by Maria José Schmidt-Kessen, Rafaela Nogueira, and Marta Cantero Gamito, the effectiveness of the platform should be assessed in terms of both decreasing the number of cases filed in courts and in providing a similar level of consumer protection as the one provided by the traditional court system. ⁽⁴⁵⁾ To make this assessment and establish a correlation between the decrease of court cases and the enhancement of consumer access to justice through ODR, more data and data analysis are needed which, however, is beyond the scope of this article.

⁽⁴⁴⁾ See *Consumidor.gov.br. Pesquisa*, 2019. When asked ‘Through which channels do you think *Consumidor* can be more widely disclosed,’ consumers replied as follows: 85.9% Social Media, 67.5% TV, 40.1% Radio, 39.3% Newspapers and Magazines, 37.2% Institutional Bodies.

⁽⁴⁵⁾ M.J. SCHMIDT-KESSEN, R. NOGUEIRA and M. CANTERO GAMITO, *Success or Failure? – Effectiveness of Consumer ODR Platforms in Brazil and in the EU*, in 43 *Journal of Consumer Policy* 659 (2020).

Table 1 **Consumidor.gov.br Procedural Design**

Consumers	Registration required
Suppliers	Registration required
TYPE of ODR	Technology-enable Negotiation
Response Deadline	10 days
FEEs	None
Type of transactions	Online and offline
Intermediary	None
Nature of Decision	Non-binding

* Table adapted from M. J. SCHMIDT-KESSEN *et al.* 2020.

Abstract

With the advent of the 4th Industrial Revolution (4IR), Information and Communication Technology (ICT) including the internet, computers, digital technology, and electronic services have become absolute protagonists of our lives, without which even the exercise of basic rights can be harmed. The Covid-19 pandemic has increased and further emphasized the demand to boost the use of ICT to ensure access to basic services including access to justice. Specifically, at a time when consumer relations represent the majority of mass legal relations, the demand for a system of speedy access to justice has become necessary. Since the early '90s, Brazil has been at the forefront of consumer protection. In the last decade, it has taken additional steps to enhance consumer protection by adopting *Consumidor.gov*, a public Online Dispute Resolution (ODR) platform for consumer disputes.

This article looks at consumer protection in Brazil in the context of the 4IR and examines the role that ODR and specifically the *Consumidor.gov* platform play in improving consumer protection and providing consumers with an additional instrument to access justice.

ANTOINE GARAPON, JEAN LASSÈGUE, *Giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, edizione e presentazione italiana a cura di Maria Rosaria Ferrarese, Bologna, Il Mulino, 2021, 1-264.

Nel nostro presente costellato di numerosi acronimi per lo più difficilmente decifrabili, ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ha ormai acquisito una certa notorietà non solo nella cerchia dei giuristi. Esso riassume bene una generale tendenza del nostro tempo a porre in essere forme di giustizia ‘alternative’ rispetto alle modalità prevalentemente statali del passato: è dunque un ventaglio aperto su varie possibilità alternative, che vanno anche oltre quelle stilizzate nelle procedure di mediazione, di conciliazione e in varie forme di giustizia arbitrale. Oggi sono anche le nuove possibilità della *legal-tech* e i casi di *Online Dispute Resolution* (ODR) ad animare le potenzialità di una giustizia ‘alternativa’, e a far sorgere nuovi quesiti sulle differenze rispetto al passato.

Naturalmente ogni possibilità di giustizia alternativa configura una costellazione di nuove opportunità e di nuovi problemi, in un orizzonte di generale strisciante tendenza alla de-statalizzazione e alla privatizzazione delle forme di giustizia. Anzi l’orizzonte della giustizia digitale e il suo derivato più importante, ossia le possibilità di giustizia ‘predittiva’, ci pongono di fronte a una serie di novità anche di natura tecnologica che modificano non poche delle coordinate del quadro precedente ed aprono un fronte di riflessione anche sul rapporto tra diritto e scienza informatica.

Quali guadagni? Quali perdite? Quali trasformazioni rispetto al diritto e alla giustizia, così come noi li abbiamo conosciuti e percepiti fino a ieri? La giustizia digitale ci pone di fronte al compito di rintracciare, decifrare, vorrei dire scovare, gli scarti decisivi oltre i quali può diventare precaria la tenuta antropologica del modello di giustizia così come la salvaguardia di una sfera di ‘riflessività’ che ne

accompagni i vari percorsi. Ed è proprio questo l'itinerario di ricerca nel quale si inoltra il volume di A. Garapon e J. Lassègue, *Giustizia digitale*, recentemente tradotto e presentato in Italia per i Saggi de Il Mulino 2021. Antoine Garapon è uno studioso molto noto per la qualità analitica e teorica dei suoi studi sulla giustizia, così come su numerosi altri temi di cui si è occupato. Ed anche questa analisi, svolta a doppia mano con un altro noto studioso dei sistemi informatici, è una specie di laboratorio aperto in cui si può assistere dal vivo alle plurime e silenziose metamorfosi che attraversano il diritto e la giustizia digitale.

Inoltrandosi in questo cammino analitico, con uno sguardo non preconconcetto o ostile verso le nuove tecnologie, di cui riconoscono vari meriti, gli autori collocano la digitalizzazione in un clima che bollano come pervaso dal «mito» della «delega alle macchine»: una sorta di vera e propria fede che abita il nostro tempo e che permette di alimentare la fiducia in qualcosa che deve ancora avvenire: una prolessi che non manca di produrre effetti fin da subito, e che tende a far accettare acriticamente e senza ulteriori livelli di indagine tutto ciò che ne deriva. Così l'abbagliante evidenza dei vantaggi della *legaltech* e la fede nelle sue prestazioni spesso impediscono di scavare più a fondo per analizzare anche costi, perdite, e possibili controindicazioni che gravano sul modello della giustizia digitale.

Le piattaforme informatiche, che sono di vario genere, appaiono luoghi della disintermediazione, che rendono facilmente fruibili informazioni, formulari, possibilità di azione e di soluzione, anche in forma personalizzata. I vantaggi sono numerosi, immediatamente percepibili e giustamente esaltati: facilità di accesso, velocità, efficienza, celerità, bassi costi, assenza di pregiudizi, e una sensazione di generale *empowerment* dei cittadini, che attraverso il *web* acquisiscono poteri di azione, di controllo e di informazione, e si sentono liberati dalle astruserie del linguaggio giuridico specialistico. Questi strumenti tecnologici al contempo sottraggono prestigio, credibilità e spazi di azione professionale ad avvocati, giudici e altri specialisti, e specialmente alle frange più macchiettistiche della pro-

fessione legale, che spesso vivevano di rendita su fittizi margini di aura e di mistero che oggi sembrano all'improvviso evaporare.

Ma il vero imprescindibile punto di partenza del volume è la specificità della scrittura digitale. Si tratta di un aspetto non sempre sottolineato, ma dal quale si deve muovere per valutare adeguatamente cosa comporti il trasferimento della scena processuale sul *web* e la sua traduzione nei caratteri della scrittura digitale. Se il diritto è 'fare cose con parole', e lo scenario della giustizia porta al massimo grado di effettività questo assunto, cosa comporta il fatto che la lingua digitale non sia basata su parole, ma su segni grafici e su sequenze di numeri che non hanno una immediata leggibilità? Possiamo pensare che la digitalizzazione sia un semplice 'trasferimento' sul *web* della giustizia così come la conoscevano?

La giustizia nel modello statale, è sempre stata una palestra per l'arte oratoria ed ha sempre avuto il suo momento di forza nelle infinite possibilità dischiuse dalla ricchezza e dalla plasticità del linguaggio, doti che predispongono a una pluralità di giochi e di declinazioni, al servizio di funzioni diverse, che possono essere più o meno nobili. Le molteplici possibilità del linguaggio permettono formulazioni di vario tipo: di tipo espressivo, di tipo performativo, di tipo retorico, ma anche di tipo puramente manipolatorio. Una ricca letteratura ha peraltro illustrato come di tutte queste possibilità abbia sempre fruito il ceto dei giuristi, e specialmente quello degli avvocati, sviluppando, per il meglio o per il peggio, le qualità per figurare come 'principi del foro' consacrati al servizio dei diritti e della giustizia, o come azzecagarbugli da strapazzo al servizio di finalità poco encomiabili.

La scrittura digitale gioca le sue carte da un opposto registro: essa non dispone di parole e procede consegnandosi alle rigidità del codice binario, che le è proprio, e che procede solo a forza di sì-no, automatismi, correlazioni, ecc. La rinuncia alla parola postulata dalla scrittura digitale è dunque una rilevante linea di discriminazione che segna lo scenario della *legaltech*. Si profila il rischio di consegnarsi a un linguaggio le cui regole di funzionamento su base matematica

comportano l'uso di «una risorsa completamente astratta, che non ha più nulla di umano», con il rischio di una profonda «rottura antropologica» (p. 79). Inoltre, la scrittura digitale non è una scrittura passiva: è dotata invece di grande forza performativa, è modellatrice di proprie forme di normatività. Non siamo di fronte ad una lingua che traduce passivamente quanto le viene introiettato, ma a una lingua dotata di propri incoercibili dispositivi, che usa in concorrenza diretta con il diritto, quasi alimentando l'idea di un nuovo diritto 'naturale'.

Ma non siamo solo di fronte a una lingua «muta», priva di parole e della possibilità di giochi linguistici: essa è anche opaca, non immediatamente leggibile, in quanto parla solo con sequenze binarie di numeri, che hanno un senso non immediatamente comprensibile. Accedere al suo significato richiede un'intermediazione, necessariamente privata, da parte di specialisti informatici (p. 65) che detengono, per così dire, il monopolio della sua decifrabilità.

Si potrebbe dire che la giustizia digitale pone una duplice sfida: non solo giuridica, ma anche politica al modello di giustizia statale. Da una parte, sul fronte giuridico, si profila il rischio di una forma di giustizia troppo rigida, consegnata ad automatismi immodificabili, che la privano dei suoi naturali «organi respiratori», quali sono i processi interpretativi del diritto e la possibilità di poter fruire di deroghe ed eccezioni per ogni norma. L'esito sarebbe paradossale: *summa iustitia, summa iniuria*, come già sapevano i latini; non vi può essere vera giustizia se non conservando dei margini che stanno oltre la lettera delle leggi. Dall'altra parte, sul fronte politico, «la trasformazione di un bene fisico in un'informazione grafica trasforma le condizioni per accedervi e pertanto la sua natura che dipende dagli intermediari» (p. 65). Così anche la distinzione tra 'privato' e 'pubblico' diventa obliqua, dato che solo l'intermediazione privata permette di accedere alla configurazione pubblica, fino al punto che «il senso comune è un risultato e non più un punto di partenza» (p. 66).

Le porte che questo volume dischiude sulla giustizia digitale, rivelandone lati nascosti o scarsamente visibili, sono ben più numerose. Di non minore entità è ad esempio il ruolo che essa svolge, proprio in conseguenza della rivoluzione grafica, offrendo una rappresentazione del mondo doppiamente monca: priva di simboli, ma anche della dimensione del conflitto. Vengono infatti sbrigativamente espunte le dimensioni della violenza e del sacro, due dimensioni che sembravano consustanziali alla giustizia, e a cui Garapon ha dedicato appassionanti ricerche, per consegnarsi a un universo di giustizia de-simbolizzato e privo della dimensione del conflitto, che ricalca unicamente criteri di efficienza e precisione. Fino a che punto è possibile sostituire il simbolico con il calcolabile? Dobbiamo rassegnarci alla presenza di «un terzo algebrico» che si sostituisce al «terzo simbolico», in un universo segnato dalla prevalenza del registro della funzionalità e dall'assenza della politica e dello Stato?

Le sorprese non sono finite, se si considera che la giustizia digitale altera profondamente anche le coordinate spazio-temporali del processo; altre due coordinate che sembravano consustanziali alla scena del processo e che contribuivano a determinarne sequenze ed esiti. Oggi il digitale ci rivela che lo spazio e il tempo, che sembravano dimensioni naturali, sono invece il frutto di un lavoro culturale, di una forma simbolica che influisce sulla nostra percezione. Oggi sappiamo che si può essere contemporaneamente in due posti diversi e che vi può essere discontinuità tra testo e contesto.

Gli effetti sono di estremo interesse anche sul piano della procedura. Il rituale giudiziario classico era in continuità con la procedura, che assegnava un preciso ruolo alle varie parti, mentre il rituale «le dispone in un ordine spazio-temporale ben definito» (p. 130). Nell'*Online Dispute Resolution* intervengono vari scostamenti sia rispetto alle regole procedurali, sia rispetto al rituale: in assenza di regole precise, così come di un protocollo che accompagna le altre forme di ADR, è il programma informatico stesso che in gran parte configura le soluzioni anche sotto il profilo della procedura.

Vari scarti segnano dunque sia la scena che il tempo del processo rispetto alle modalità tradizionali. Ad esempio, con le immagini in video, il linguaggio del corpo, che era elemento non secondario della scena processuale, diventa rarefatto e più difficilmente percepibile. Pubblico ministero e giudici impegnati nello stesso processo possono comunicare via messaggio, scalfendo la regola della distinzione tra i due ruoli. Inoltre, sotto il profilo temporale, la sequenza delle varie tappe processuali tende ad inserirsi in un insieme piuttosto indistinguibile, che risponde a finalità tecniche di vario tipo. In altre parole, la regola, come il tempo, non sono più regolatori che si impongono dall'esterno sull'azione processuale, ma diventano piuttosto «riferimenti immanenti, accessori dell'azione stessa» (p. 141).

Il fronte più caldo della *legaltech* è quello della giustizia 'predittiva', che permette di conoscere in anticipo la soluzione che verrà adottata dal giudice. Questa previsione avviene sulla base di massicce raccolte di dati e di informazioni relative alla controversia e a tutto ciò che la riguarda (i soggetti, le modalità, l'ambiente, ecc.). Le regolarità osservate, elaborate statisticamente, articolate e disarticolate in vario modo, sono in grado di far prevedere soluzioni altamente probabili.

Indubbiamente gli algoritmi raggiungono livelli di efficienza sempre maggiori e prestazioni tecnicamente sempre più raffinate. Sembra delinearci il quadro di una giustizia finalmente priva di pregiudizi, errori giudiziari, distorsioni ideologiche e altri inconvenienti dovuti all'umana imperizia. In realtà, la 'normatività predittiva', costruita su base statistica, non coincide con la normatività giuridica tradizionale, che ha la sua base nel ragionamento giuridico e nell'ermeneutica. Si genera dunque una normatività del tutto nuova. Allo stesso modo, si configura un divorzio tra uno scenario processuale rivolto alla funzione predittiva e uno scenario processuale che mette al centro il ragionamento giuridico e la funzione interpretativa del diritto.

Vari altri sono gli aspetti più o meno problematici della giustizia digitale che questo volume svela e induce a considerare criticamen-

te. Tra questi, è inevitabile enumerarne almeno un altro, *last but not least*, che grava come un'ombra sull'orizzonte della giustizia predittiva: il rischio di un assestamento su linee di decisione conservatrici e impossibilitate a staccarsi dal passato. Il rischio che la giustizia digitale ci consegna a un orizzonte giurisprudenziale conservatore e ripetitivo dipende dal fatto che le rielaborazioni statistiche e informatiche non possono che appoggiarsi su quanto già avvenuto e restare nel cerchio di un infinito *imitation game*. Siamo di fronte, come osservano gli autori, ad una sorta di «pietrificazione del tempo». Il gioco della ripetizione e i rischi che configura per l'evoluzione giuridica e dei diritti rischiano di riflettersi anche sul piano delle scelte professionali adottate da giudici e avvocati: la loro libertà di scelta delle linee di ragionamento giuridico da adottare nei vari casi può essere condizionata dalla pressione di modelli solidificati dal passato e consacrati dalla *legaltech*, penalizzando la tentazione di varare linee difensive e giurisprudenziali innovative.

Ancora una volta, si capisce che non siamo di fronte ad una semplice forma di 'trasferimento' o di 'traduzione' dell'evento processuale da una lingua in un'altra lingua. Non si può parlare neanche del trasferimento del processo in un altro spazio: il libro sottolinea ripetutamente che la giustizia digitale non corrisponde alla creazione di un altro spazio, ma piuttosto a un progetto di despazializzazione della giustizia, che diventa non raggiungibile né dalla politica né dallo Stato.

Il quadro estremamente complesso che il volume delinea mette in condizione di acquisire piena consapevolezza delle varie mutazioni, positive e negative, e più o meno accettabili, che sono in atto con la giustizia digitale. Non si tratta di semplici ritocchi apportati al modello precedente: siamo di fronte ad una modalità di giustizia 'alternativa' con tratti di radicalità sconosciuti alle altre forme di ADR. Viene riconfigurato lo stesso modello di giustizia, che assume tratti di tipo sistemico: la giustizia «sistemica» evocata dagli autori ripercorre in parallelo i moduli di un mondo in cui al timone del comando non ci sono più lo Stato e la politica. Il mondo come

‘sistema’ non funziona più sulla base di leggi e regolamenti imposti dall’alto, ma sulla base di riequilibri e assestamenti continui che provengono dalle varie parti in gioco, o che sono imposti dai dispositivi tecnologici. In parallelo, anche la giustizia in versione digitale non è più rigidamente regolata da regole e leggi esterne, né risponde più a un progetto con coordinate politiche: è una giustizia organizzata principalmente sulla base di algoritmi, per raggiungere di volta in volta le soluzioni tecniche e pratiche più efficaci.

Maria Rosaria Ferrarese

Finito di stampare nel mese di gennaio 2022
Presso la *Grafica Elettronica* Napoli

