

I QUADERNI DI GIUSTIZIA CONSENSUALE

*Collana diretta da
Silvana Dalla Bontà e Paola Lucarelli*

Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia

ATTI DEL CONVEGNO
TRENTO, 14-15 NOVEMBRE 2024

a cura di
Silvana Dalla Bontà

Editoriale Scientifica

I Quaderni di Giustizia consensuale

Collana diretta da SILVANA DALLA BONTÀ e PAOLA LUCARELLI

Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia

Atti del Convegno

Trento, 14-15 novembre 2024

a cura di

SILVANA DALLA BONTÀ

Editoriale Scientifica

Napoli

La presente pubblicazione è finanziata dall'Unione europea – *Next Generation EU*, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto «*Edu4Just*» (2022XRYZR5) – CUP E53D23007000006.



Tutti i diritti sono riservati

© 2025 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-235-0507-6

INDICE

Silvana Dalla Bontà

Il rapporto avvocato-assistito-cliente per un sistema integrato di giustizia

7

IL RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE E LE SFIDE DELLA COMPLESSITÀ

Angelo Dondi e Vincenzo Ansanello

Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo

15

Flora Di Donato

*La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente.
Strategie per un rapporto collaborativo cliente-avvocato*

47

Marjorie Corman Aaron

The Lawyer's Best Hard Challenge: Counseling Fully Informed, Wise, and Loyal Clients

75

L'AVVOCATO E L'INTERESSE DEL CLIENTE

Giuseppe Ruffini

Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia

93

Marco Gradi

Il dovere dell'avvocato di informare il cliente

123

Elena Zucconi Galli Fonseca <i>Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo</i>	143
Filippo Danovi <i>L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare. Dal metodo avversoriale a quello collaborativo</i>	157

IL RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE E LA FORMAZIONE UNIVERSITARIA

Paola Lucarelli <i>Per un ripensamento della formazione del giurista</i>	201
Luigi Cominelli <i>Emozioni e diritto. Tra razionalità giuridica e intelligenza emotiva</i>	219
Karen Tokarz <i>How the U.S. NextGen Bar Exam Impacts Legal Education and Fosters Client-Centered Lawyering</i>	241

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Silvana Dalla Bontà <i>Il rapporto avvocato-persona assistita: il seme di una giustizia integrativa ed integrata</i>	251
---	-----

IL RAPPORTO AVVOCATO-ASSISTITO-CLIENTE PER UN SISTEMA INTEGRATO DI GIUSTIZIA

Silvana Dalla Bontà ()*

Gli Atti che in questo volume si raccolgono sono il frutto di un Convegno internazionale, tenutosi nell’Università di Trento il 14 e 15 novembre 2024, quale momento di studio e approfondimento polifonico inserito tra le iniziative organizzate in attuazione del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN 2022) «Edu4Just», finanziato dall’Unione europea nell’ambito del piano *Next Generation EU*⁽¹⁾. Un progetto avente ad oggetto l’Avvocatura, quale professione legale decisiva nella promozione della giustizia civile, su cui la riflessione non solo teorico-speculativa, ma anche pratico-applicativa è e rimane cruciale, ancor più nei tempi correnti, segnati da tali profonde trasformazioni da indurre a ritenerre che essi rappresentino non tanto un’epoca di cambiamenti, quanto un cambiamento d’epoca.

Anche per tale ragione, destinatari elettivi di questi Atti, come già prima del Convegno cui essi si riferiscono, sono, tra tutti, i giovani giuristi in formazione, perché *a loro* appartengono questo tempo e quello futuro. È, questa, la *loro* epoca, che, lunghi dal costituire un cambiamento, è, ai *loro* occhi, il presente.

A loro, quindi, si indirizzano primariamente le riflessioni che questi Atti di Convegno intendono raccogliere e sollecitare, affinché essi ne possano trarre feconda occasione per meditare, immagi-

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Processuale civile nell’Università di Trento, responsabile dell’unità di ricerca dell’Università di Trento nell’ambito del Progetto di Rilevante Interesse Nazionale PRIN 2022 «Edu4Just».

(¹) Più precisamente trattasi del PRIN 2022 «Edu4Just» (2022XRYZR5) CUP E53D23007000006.

nare, costruire il loro orizzonte di professionisti legali, in particolare forensi; un orizzonte che sappia far proprie, al meglio, sfide ed opportunità che il tempo attuale schiude.

Costanti devono essere, d'altronnde, tanto più in una sede e nel contesto universitari, non solo l'attenzione ai giovani, ma il confronto aperto, che li metta al centro sin dal loro percorso formativo. Con felice intuizione, quindi, il progetto, di cui questa raccolta di Atti è parte, si intitola «Edu4Just»: *Education for Justice*. Educazione e formazione – iniziale e continua – costituiscono, infatti, le sole radici su cui può insistere la giustizia, nell'accezione più ampia, piena e matura del termine.

In questo senso, il Convegno tenuto nell'Università di Trento raccoglie il testimone di uno precedente, organizzato nell'Università di Messina – altra unità di ricerca del Progetto «Edu4Just» – indirizzato alla riflessione su etica forense e cultura della giustizia. A chiusura di quel fecondo incontro si volgeva infatti lo sguardo all'appuntamento programmato dall'unità trentina, dedicato al tema, di quello successivo e conseguente, de «Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia».

La relazione dell'avvocato con il cliente, o meglio con la persona assistita – ma anche con il cliente, ove con quella non coincidente – è infatti al centro dell'etica forense e della cultura della giustizia, non foss'altro perché, in immediata associazione di idee, sovviene come nel nostro ordinamento giuridico, nella giustizia che si fa nel processo statale, la parte in lite non può stare in giudizio se non per il tramite del ministero dell'avvocato, salvo i casi eccezionali in cui la legge la ammetta al processo senza rappresentanza e difesa dell'avvocato. Un ruolo cruciale, quindi, quello dell'Avvocatura, che segna e plasma in modo decisivo il rapporto con la parte rappresentata, assistita e difesa, prima, durante e financo a conclusione del processo avanti al giudice statale.

Si diceva, l'associazione subitanea, forse scontata, che corre alla mente allorché si menzioni il rapporto avvocato-persona assistita è quella che si manifesta nell'esperienza processuale avanti al giudice

statale, intesa e percepita quale via principale – e persino unica – di accesso alla giustizia.

Non è più così, però, nell'attuale 'cambiamento d'epoca', che è espressione di un'evoluzione culturale, prima ancora che giuridica. Un 'cambiamento d'epoca' che è piaciuto rappresentare con l'immagine riprodotta nella locandina del Convegno: una delle *Primavere* di Arcimboldo – il futuro, d'altronde, è sempre antico, e in questo è dell'arte la capacità, unica, di essere perennemente rigenerativa di se stessa, continuando a sollecitare, nello scorrere del tempo e pur nel mutamento delle coordinate storico-culturali-sociali, emozioni e riflessioni.

A introduzione degli Atti del Convegno che vengono qui restituiti, non possono quindi che condividersi le ragioni della scelta di questo dipinto, quale metafora del senso profondo delle tre sessioni in cui i lavori di quel corale momento di riflessione si sono spiegati.

Ebbene, la relazione avvocato-persona assistita/cliente è molto altro e molto di più di un rapporto che ruota intorno all'instaurazione del processo, al suo svolgimento e alla conclusione con l'emissione della pronuncia del giudice adito. Nella sua funzione sociale, infatti, l'avvocato è chiamato a vivere e praticare il rapporto con la persona assistita in un orizzonte più ampio di giustizia, che include, ma non si esaurisce nella via giurisdizionale, e che supera la percepita identità tra accesso alla giustizia e accesso al giudice. Nella sua funzione sociale, infatti, l'avvocato riceve il cliente e la narrazione del conflitto nella sua inevitabile complessità, intesa quale multi-dimensionalità e multi-sfaccettatura della vicenda umana.

Di qui, la prima sessione del Convegno, dedicata a «L'avvocato e la complessità del conflitto» – complessità che il dipinto di Arcimboldo esprime nell'insieme, multiforme e variopinto, degli elementi che compongono l'immagine infine unitaria della Primavera. All'avvocato la sfida di saper cogliere quella complessità e di saperla quindi *ac-cogliere*, nella costruzione di una relazione con la persona che vive il conflitto (l'assistito) capace di schiudere all'individuazione del suo vero interesse, o meglio dei suoi veri interessi – ché, di

regola, gli interessi della parte in conflitto sono più di uno, anzi, un coacervo.

Da ciò discende la centralità della persona che attraversa il conflitto (la futura parte assistita) nella soluzione della sua vicenda conflittuale, in un riposizionamento di ruoli che vede in primo piano quest'ultima anziché l'avvocato, a differenza di quanto accade, invece, nel tradizionale schema del rapporto avvocato-assistito che, nel rispondere a un consolidato e spesso inconscio paradigma delegatorio, pone al centro l'avvocato e le sue scelte.

Questo il senso dell'indagine offerta nella seconda sessione del Convegno, indirizzata a «L'avvocato e l'interesse del cliente», tesa a rammentare e sviscerare la sfida dell'avvocato nell'esplorare gli interessi dell'assistito al fine di accompagnarlo al loro lecito perseguitamento, attraverso l'osservanza – sostanziale e non solo formale – del dovere deontologico ed etico di informazione. Solo in questo modo, infatti, l'assistito potrà con consapevolezza e responsabilità determinarsi su quale via di soluzione – autonoma o eteronoma – costituisca la risposta più appropriata al conflitto che vive. Perché, d'altronde, non tutti i conflitti sono uguali.

In questo senso l'immagine della Primavera di Arcimboldo acquista un ulteriore significato. Essa diventa rappresentazione dell'orizzonte di una giustizia che sappia integrare: integrare la possibilità di una via giurisdizionale con le altre vie di soluzione del conflitto e del contenzioso – come fiori e frutti della Primavera raffigurata da Arcimboldo si integrano, nella loro individualità, per restituire un'immagine intera (di Giustizia?). Un'immagine che supera quella, adusa, della dea bendata con spada in pugno nella destra e bilancia protesa nella sinistra, per consegnare, invece, a chi la chiede, anela e cerca, una Giustizia che fiorisce verso un orizzonte nuovo; una Giustizia matura e sostenibile – come i frutti recati nel cesto porto dalle mani della Primavera arcimboldiana – perché in grado di essere co-esistenziale, inclusiva, cioè, di tutte le vie e forme di giustizia, negoziale e giurisdizionale.

La ‘primavera’ di questa ‘nuova’ Giustizia, tuttavia, mai potrebbe essere senza una premessa – si potrebbe dire: uno sfondo – imprescindibile: l’estensione delle competenze dell’avvocato, grazie ad un ripensamento dell’educazione universitaria, delle modalità di verifica per l’ammissione all’esercizio della professione forense, della formazione continua di chi abbia già la qualifica di avvocato. Di qui, la terza sessione del Convegno su «Il rapporto avvocato-cliente nella formazione universitaria».

Urge, infatti, un sistema educativo e formativo che, pur sempre centrato su trasmissione e apprendimento della conoscenza giuridica, sappia coniugare il sapere legale con altri saperi – come si intrecciano tra loro i frutti e fiori che disegnano la Primavera arcimboldiana – per restituire un’immagine nuova di professionista legale. Quello su cui questi Atti di Convegno, con varietà di approcci, accenti, prospettive e contenuti, ambiscono a provocare la riflessione, a sostegno dell’alba di un nuovo avvocato e di un nuovo assistito ...per un sistema integrato di giustizia.

Abstract

Il contributo restituisce le osservazioni introduttive al Convegno internazionale dedicato a «Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia», tenuto nell’Università di Trento il 14 e 15 novembre 2024, nel quadro delle iniziative promosse dell’unità di ricerca trentina in seno al Progetto di Rilevante Interesse Nazionale PRIN 2022 «Edu4Just», finanziato dall’Unione europea nel quadro del piano *Next Generation EU*. Ad introduzione del Convegno se ne descrivono e motivano le diverse sessioni indirizzate all’indagine delle questioni più sfidanti e spinose sollevate dal rapporto avvocato-persona assistita-cliente in un contesto globale segnato da una crescente complessità, in cui il colloquio avvocato-persona assistita e la relazione che ne segue diventano centrali rispetto alla distinzione fra interesse dell’avvocato e dell’assistito, al dovere di informativa e di guida nella scelta della via più appropriata di soluzione del conflitto,

tanto più se particolarmente sensibile come quello da crisi familiare. Di qui, l'urgenza di una riflessione seria sulla necessità di un ripensamento della formazione universitaria del futuro giurista che possa contare su competenze tecniche e trasversali indispensabili alla realizzazione di un sistema integrato di giustizia, inclusivo della dimensione giurisdizionale e a-giurisdizionale.

The paper draws on the introductory remarks delivered at the international conference ‘Lawyer-Client Relationship towards an Integrative Justice System’, held at the University of Trento on 14-15 November 2024. The conference was organized within the framework of the Edu4Just project – a Project of Great National Interest financed by the European Union within the Next Generation EU plan.

The event addressed the major challenges arising from the growing complexity of civil matters in a globalized world. By focusing on the lawyer-client relationship, it explored key topics such as the client interview and its challenges, the respective interests of lawyers and clients, the lawyer’s duty to inform and guide the client, and the lawyer’s role across various contexts – including negotiation, mediation, arbitration, and litigation – as well as in complex disputes such as family matters. The discussion also emphasized the need to rethink legal education to prepare ‘new’ lawyers equipped with both hard and soft skills to effectively assist their clients.

IL RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE E LE SFIDE DELLA COMPLESSITÀ

RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE, COMPLESSITÀ DEL CONFLITTO E INQUADRAMENTO DEI PROBLEMI DEL PROCESSO

Angelo Dondi () e Vincenzo Ansanelli (**)*

SOMMARIO: 1. Prospettiva dell'avvocato, complessità processuale e *law of lawyering*. – 2. Centralità del ruolo dell'avvocato e sua modalizzazione come *lawyering*. – 3. *Client as an organization*. Rapporti con clienti complessi in controversie complesse. – 4. Implicazioni etico-professionali e riforme del processo.

1. *Prospettiva dell'avvocato, complessità processuale e law of lawyering*. – Chi scrive si rende conto di proporre qui all'attenzione e al dibattito fra processualisti un tema che, se anomalo anni fa, oggi risulta inevitabilmente da affrontare nella prospettiva di una trasformazione del nostro approccio rispetto ai temi di buon funzionamento della giustizia civile. In effetti, possono dirsi ormai acquisiti anche nella nostra cultura giuridica il rilievo, le implicazioni, i riflessi e, in definitiva, la preponderante incidenza dell'assetto delle varie discipline deontologiche sul concreto ed efficiente funzionamento della giustizia civile. Ciò essenzialmente – ma è quasi superfluo rilevarlo a questo stadio di evoluzione del dibattito – grazie agli studi comparativi compiuti grossomodo nell'ultimo trentennio da una parte della nostra dottrina, che hanno avuto quantomeno il merito di evidenziare le diversità di

(*) Professore Emerito di Diritto Processuale civile nell'Università di Genova.

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

approccio esistenti sotto tale profilo nei vari ordinamenti⁽¹⁾). Occorre in ogni caso aggiungere per proporzione alla realtà questo riferimento, che tali studi hanno avuto un successo e una diffusione alquanto limitate, sino a risultare marginali se non sostanzialmente estranei al dibattito coinvolgente la nostra accademia e la nostra professione legale⁽²⁾.

Sembrano tuttavia proprio gli studi condotti con riguardo a tale ambito di problemi in prospettiva comparata che consentono di considerare oggi alcune circostanze comunemente acquisite. Ci si riferisce in particolare al fatto che:

a) le discipline deontologiche o di etica legale dei vari ordinamenti non sono tutte uguali, ma presentano differenze, sotto vari profili, anche molto profonde. Del resto, a segnalare tale diversità vi sono già le diverse denominazioni di volta in volta utilizzate (di deontologia forense, etica legale o *law of lawyering*, sulle quali si tornerà fra breve);

⁽¹⁾ Per un riferimento di base a questi temi, ancora oggi imprescindibile per quanto risalente, v. G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics. A Comparative Study*, Stanford, 2004, *passim* (con trad. it. *Eтическая профессия юриста. Универсальный подход*, Bologna, 2005).

⁽²⁾ Facendo ammenda per questa autocitazione (ma, purtroppo, altre ricorreranno in seguito e pure di esse ci si scusa) può forse essere utile il riferimento ad alcuni studi con i quali viene sostanzialmente introdotto in Italia il tema dell'abuso del processo. A riguardo v. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, Padova, 1985, *passim*; Id., *Introduzione della causa e strategie di difesa. I. Il modello statunitense*, Padova, 1991, *passim*. In una prospettiva parzialmente diversa, più di recente sul tema dell'elaborazione delle strategie processuali, si segnalano gli scritti presenti in N. DONADIO, A. MANIACI (a cura di), *Tecniche e strategie difensive nel processo civile tra storia e attualità*, Milano, 2019 (ivi v., ad esempio, A. GENTILI, *Introduzione*, 1 ss.; T. SALVIONI, *La tecnica di redazione degli atti introduttivi nei diversi modelli di rito di cognizione*, 253 ss.; C. SPACCAPELLO, *La redazione chiara e sintetica degli atti processuali civili (in particolare quelli di impugnazione) tra protocolli, riforme e principi giurisprudenziali*, 297 ss.); in una prospettiva eminentemente storico-ricostruttiva, si veda R. BIANCHI RIVA, *La coscienza dell'avvocato. La deontologia tra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015, 1 ss. Più in generale sui temi etici concernenti l'esercizio della professione forense, nella dottrina italiana v., di recente, M. BINA, *La felicità dell'avvocato. Diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, *passim*.

- b) tali discipline non incidono soltanto sul rapporto fra l'avvocato e il proprio cliente, l'avvocato della parte avversaria o il giudice del caso concreto, ma si riflettono sulla complessiva efficienza del relativo modello di giustizia civile;
- c) l'incidenza di queste diverse discipline sull'efficienza della giustizia civile è, a sua volta, profondamente diversificata;
- d) tali differenze si percepiscono con particolare immediatezza avendo riguardo alla configurazione dello spettro di responsabilità dell'avvocato per i comportamenti assunti prima e durante il processo; e, ancor più, con riferimento all'individuazione dei soggetti a cui spettano i correlativi poteri sanzionatori e al luogo in cui si prevede che tali sanzioni possano essere comminate.

Si tratta di una diversità di approccio che si percepisce particolarmente nel raffronto fra gli ordinamenti tradizionalmente catalogati come di *civil* o di *common law*; tanto da poter affermare senza soverchie incertezze che, a differenza di quanto accade per molti altri ambiti del processo, in questo contesto sembra conservare ancora oggi una significativa ragion d'essere la giustapposizione fra i due tradizionali macrosistemi o famiglie processuali⁽³⁾.

In questo quadro di sostanziale non omologazione sia fra le discipline deontologiche presenti nei vari Paesi sia fra l'attenzione che le diverse culture giuridiche riservano a tali temi, potrebbe in qualche misura stupire questa rinnovata considerazione anche in Italia dei problemi del processo civile per così dire nella «prospettiva dell'avvocato». Lo si constata soprattutto con una qualche

⁽³⁾ Ricorrente anche nella dottrina italiana è il rilievo dell'obsolescenza della giustapposizione netta fra sistemi di *common law* e di *civil law*. Soltanto per alcuni riferimenti a riguardo, si rinvia a M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, 345 ss.; più di recente A. DONDI, *Problemi ricorrenti e impostazione metodologica*, in A. DONDI, V. ANSANIELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione. Una prospettiva comparata*, Milano, 2018, 5 ss.; analoghe considerazioni in N. TROCKER, *La concezione del processo di Franz Klein e l'attuale evoluzione del diritto processuale civile europeo*, in *Giusto proc. civ.*, 2012, 29 ss.

soddisfazione per le molteplici implicazioni di ciò sia sul versante del dibattito nel nostro campo del diritto sia per l'acquisizione di questa prospettiva da parte di più giovani studiosi. Il che pare poter caratterizzare questo nuovo interesse come l'indice di un trasferimento forse proficuo fra generazioni, oltre che di una vitalità in ogni caso piuttosto sorprendente sul piano delle attuali curiosità culturali della nostra accademia (⁴).

In ogni caso, e anche a prescindere dalle immediate sensazioni di chi scrive, il tema del rapporto avvocato-cliente appare di assoluto rilievo. Ciò soprattutto per le sue implicazioni sul versante di un comportamento eticamente qualificato dell'avvocato nell'esercizio delle attività di difesa e, oggi forse soprattutto, per l'esplicarsi di tali attività per lo più in un contesto di controversie ormai diffusamente complesse. Nonché, di conseguenza, per via dell'assoluta centralità di tale prospettiva rispetto all'assunzione di un approccio funzionale nel considerare le carenze del processo civile. Un approccio che si è rivelato particolarmente adeguato alla denuncia degli aspetti di inefficienza presenti nei vari ordinamenti processuali civili, tanto in termini di carente funzionamento che di incapacità a intraprendere effettivi percorsi di riforma (⁵).

(⁴) Fra i più recenti studi in tale prospettiva v. nuovamente M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., 3 ss. Nella medesima prospettiva si richiama il Convegno «Etica forense e cultura della giustizia» tenutosi presso l'Università di Messina il 7-8 giugno 2024.

(⁵) Circa i rapporti e le inferenze fra l'adeguamento delle normative deontologiche o di etica legale e le riforme del processo civile sia consentito il rinvio ad V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 399 ss.

Sia chiaro, ciò non implica per nulla l'idea che in sé la mera assunzione di quella che è stata definita «l'ottica dell'avvocato» possa essere risolutiva di tali discrasie. Il che è vero in quanto appare anzitutto da stabilire in che cosa consista tale prospettiva, eventualmente assumendone anche le relative problematicità sia in termini di configurazione intrinseca che di implicazioni e conseguenze derivanti da tale assunzione.

Semplificando all'estremo, certo si tratta di rivolgere ai problemi del processo civile uno sguardo che, posto il carattere intrinsecamente problematico di tale contesto, appunto in tale contesto collocchi come elemento del tutto strutturale il comportamento dell'avvocatura. Il che non comporta, come piuttosto ovvio e al limite banale, l'attribuzione *tout court* alle attività dell'avvocato di una funzione a tutti gli effetti insostituibile nel funzionamento della dinamica processuale, quanto piuttosto l'inquadramento e il collegamento di tali attività alle principali questioni che ne compromettono il funzionamento. La prospettiva che pertanto si suggerisce appare caratterizzata dall'intento di coinvolgere i vari aspetti della cultura del processo, in qualche misura tenendone conto proprio al fine di reperire soluzioni adeguate ai problemi di tempo in tempo emergenti rispetto al farsi della giustizia civile.

É un tener conto che sembra piuttosto distanziato dall'idea per la quale il funzionamento del processo risponda essenzialmente a principi e, conseguentemente, la sua analisi imponga appunto la considerazione ed eventualmente l'aggiornamento concettuale di tali principi. Ed è per questo che più sopra si è parlato di approccio funzionale, intendendo indicare l'attenzione doverosamente da riservare agli eventi caratterizzanti la realtà del processo civile come emanazione di evoluzioni in corso nella società.

Si può ritenere con una qualche sicurezza che un evento in particolare abbia segnato e continui a influenzare la realtà attuale dei rapporti interpersonali e degli scambi economici, e che esso sia individuabile nella estrema complicazione di tali rapporti. Una

circostanza, questa, di così grande impatto da occasionare una profusione di definizioni, fra le quali particolarmente appropriata appare la descrizione del nostro tempo come «momento della complessità»⁽⁶⁾.

A fronte di questo stato di cose si è indotti a ritenere che, a meno di falsare la realtà, una tale e tanto immanente caratterizzazione di complessità non possa che concernere anche il processo civile. E che, anzi, ciò valga in particolare per il processo civile, in quanto contesto nel quale inevitabilmente confluiscono gran parte delle esigenze di rivendicazione dei diritti e, conseguentemente, dei conflitti presenti nella società⁽⁷⁾.

Occorre anche dire che una qualche letteratura a riguardo esiste ormai anche nella nostra cultura giuridica, specie con riferimento alla segnalazione della scarsa percezione del rilievo del tema della complessità rispetto al processo civile. Si può invero affermare che proprio la denuncia di questa circostanza ha rappre-

⁽⁶⁾ Per alcuni riferimenti di base esterni alla cultura prettamente giuridica si rinvia a M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity. Emerging Network Culture*, Chicago, 2001, 5 ss. (anche in trad. it., *Il momento della complessità. L'emergere di una cultura a rete*, Torino, 2005); già in precedenza M.M. WALDROP, *Complexity. The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, New York, 1992, 19 ss. (in trad. it., *Complessità. Uomini e idee al confine tra ordine e caos*, Torino, 1995).

⁽⁷⁾ Sulla nozione di complessità processuale v., in particolare, gli scritti raccolti nell'antologia di A. DONDÌ (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, Milano, 2011, *passim*. Con più specifico riferimento al tema dei rapporti fra complessità processuale ed etica legale v. ID., *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali. Un sintetico raffronto comparato nel momento della complessità*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 681 ss. Con riferimento al passaggio da un'epoca moderna in senso storico alla complessità tipica dell'epoca post-moderna v. ID., *Some Rambling Impressions on Historical Modernity's Heritage and Challenges of the Future in Civil Procedure*, in *ZZP Int.*, 2018, 23; ID., *Proceso civil, herencia de la modernidad histórica y desafíos del futuro – Algunas impresiones peregrinas*, in *Justicia*, 2019, 33; con specifico riferimento alla cosiddetta «complessità soggettiva» delle controversie v. A. GIUSSANI, *Teorie della complessità, controversie plurisoggettive e contenzioso di serie*, in P.G. MONATERI, A. SOMMA (a cura di), *Patrimonio, persona e nuove tecniche di «governo del diritto». Incentivi, premi, sanzioni*, Napoli, 2009, 649 ss.

sentato il *modus* italiano di affrontare la serie di problemi che altrove è stata definita come *procedural complexity* o, più corriavamente, *complex litigation*. E qui il ricorso a due espressioni in lingua inglese non risulta per nulla casuale. Esso è indicativo di una circostanza della quale, anche per sentirsi sollecitati a una seria attenzione all'attuale, occorre senz'altro tenere presente. Ci si riferisce all'esigenza manifestatasi in altre culture giuridiche e affrontata in particolare in alcuni ordinamenti di quello che si continua a chiamare mondo di *common law*, di confrontarsi con la complessità della realtà post-moderna. È in quest'area culturale, e segnatamente nella cultura giuridica statunitense (ma si potrebbe dire nella cultura *at large* di quel Paese), che il tema è diventato a tutti gli effetti *the main (o core) subject*, oltretutto nella piena coscienza dell'estrema articolazione dei problemi facenti capo a tale *subject* (⁸).

Si dice questo per segnalare come il riferimento alla cultura giuridica statunitense a questo proposito si impone senz'altro. Esso appare in particolare non evitabile con riguardo ai due aspetti, del resto intrinsecamente collegati, che saranno oggetto di queste poche considerazioni.

Costituisce, in effetti, un dato di fatto che nella cultura statunitense da circa un cinquantennio si è affermata l'idea che, per varie ragioni sintetizzabili grossolanamente nell'affermazione della cosiddetta *knowledge economy*, quello delle controversie civili si è trasformato in un contesto di estrema complessità e, di conse-

(⁸) Con riguardo al referente statunitense si rinvia a W. EVERDELL, *The First Moderns: Profiles in the Origins of Twentieth-Century Thought*, Chicago, 1998, *passim*; G.C. HAZARD, *Processo civile e complessità – Per un'analisi funzionale semplificata*, in A. DONDI (a cura di), *Elementi per una definizione di complessità processuale*, cit., 21 ss.; più di recente J.M. LANDE, *Shifting the Focus From the Myth of «The Vanishing Trial» to Complex Conflict Management Systems, or I Learned Almost Everything I Need to Know About Conflict Resolution from Marc Galanter*, in *6 Card. J. Con. Res.*, 2005, 191 ss.; ineludibile poi il riferimento all'opera di R. MARCUS, E. SHERMAN, H. ERICHSON, *Complex litigation. Cases and Materials on Advanced Civil Procedure*, 5th ed., St. Paul, 2021, *passim*.

guenza, anche di ardite complicazioni sul piano della gestione processuale di tali complessità⁽⁹⁾.

È questa un'endiadi che esprime alcuni aspetti appunto tipici della complessità *lato sensu* processuale. Tali aspetti – come richiamato nella titolazione di questo lavoro – si possono fare corrispondere sia alla sua esistenza si potrebbe dire di diritto sostanziale (in ragione della natura implicitamente complessa dei diritti coinvolti nel caso) sia nella sua creazione e successiva gestione in sede processuale (ovviamente e in via principale a opera degli avvocati), sia infine nella combinatoria di tali caratteristiche⁽¹⁰⁾.

Nonostante il carattere di premessa di queste constatazioni, non si può evitare qui di aggiungere subito un rilievo ulteriore. Un tale trasferimento nel processo delle numerose problematiche della complessità ha avuto una così forte incidenza sulla cultura giuridica statunitense da condurre a una radicale modificazione dello sguardo sul processo, trasformandone tanto la percezione complessiva che il nucleo delle nozioni a esso riferite.

Sulla base dell'assunzione di un'attitudine all'esame in prospettiva funzionale delle questioni del processo, tale trasformazione si è caratterizzata per una speciale attenzione ai modi possibili di gestione delle attività di difesa nel contesto di *big case* o di *complex litigation*. Ciò è sostanzialmente coinciso con l'analisi delle scelte di strategia processuale spettanti in tale contesto all'avvocato, ovviamente nell'esercizio della propria attività di di-

⁽⁹⁾ La trasformazione della società americana in una *affluent* e *litigious society* si pone notoriamente alla base di questi eventi. È infatti nell'area del processo civile che strutturalmente l'ordinamento giuridico statunitense tende a trasferire, in maniera virtualmente omnicomprensiva, i conflitti economico-sociali. Per alcune considerazioni su tali fenomeni si rinvia a R.D. PUTNAM, *Bowling Alone – The Collapse and Revival of American Community*, New York, 2000, 15 ss.; S. FARHANG, *The Litigation State. Public Regulation and Private Lawsuit in the U.S.*, Princeton, 2010, 94 ss.

⁽¹⁰⁾ Per alcune considerazioni a tale riguardo, nonché per ulteriori riferimenti giurisprudenziali v. A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 60.

fesa (a intendere tanto nell'interazione con il cliente, quanto nell'organizzazione di una strategia difensiva quanto, ancora, nella pratica gestione della difesa propriamente tecnica all'interno del processo) (¹¹).

Si ritiene che principalmente a ciò debba ricondursi la progressiva caratterizzazione del processo civile come, secondo una definizione ormai piuttosto ricorrente anche nella nostra letteratura, *law of lawyering* riferita all'esercizio dell'attività di difesa tecnica tanto nel processo che, come si diceva, in previsione di esso (¹²). E occorre anche aggiungere che nel tempo tale espressione si è venuta ulteriormente caratterizzando, tanto nel senso di indicare il netto trasferimento dell'attenzione della cultura giuridica e del processo verso le attività svolte dall'avvocato quanto nel segnalare che il nucleo essenziale dell'attività dell'avvocato come difensore tecnico consiste nel suo corretto comportamento o, meglio, nel suo agire etico nel corso del processo (¹³). È di tali questioni che qui, pur molto sinteticamente, ci si intende occupare.

2. *Centralità del ruolo dell'avvocato e sua modalizzazione come lawyering.* – Ovviamente quanto detto finora non implica che l'attenzione al ruolo dell'avvocato e la sua caratterizzazione come

(¹¹) Per un singolo rimando, nel contesto di una produzione estremamente ampia in ambito statunitense a tale riguardo, v. J. FLOOD, *Megalawyering in the Global Order: The Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice*, in 3 *Int'l J. Legal Prof.*, 1996, 169.

(¹²) A tale circostanza si connette anche un altro dato caratteristico dell'ordinamento statunitense, in sé indicativo del rilievo del tutto centrale attribuito all'avvocatura in questo modello processuale, ossia la tradizionale configurazione del giudice come un *ex avvocato*. Per una risalente e originale elaborazione v. G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering. A Handbook on the Model Rules of Professional Conduct*, New York, 2001, 7 ss.

(¹³) A riguardo, imprescindibile appare il riferimento all'opera di G.C. HAZARD, *Ethics in the Practice of Law*, New Haven, 1978, *passim*; si veda altresì G.C. HAZARD, S.P. KONIAK, R. CRAMTON, G.M. COHEN, W.B. WENDEL, *The Law and Ethics of Lawyering*, New York, 1999, *passim*.

centrale allo svolgimento della dinamica processuale costituisca un paradigma del tutto nuovo o comunque riferibile esclusivamente alle trasformazioni culturali coincidenti con l'emergere del tema della complessità. Prima e al di là dell'affermarsi di una cultura della complessità, nonché del suo collegamento ai problemi del processo civile a partire all'incirca dall'ultimo cinquantennio, occorre chiarire che il rilievo del ruolo dell'avvocatura costituisce un *proprium* permanente e strutturale dell'ordinamento statunitense. E che, insomma, anche in tale circostanza si può dire consista in pratica da sempre uno dei basilari *specialism* di tale ordinamento e di tale cultura giuridica. Il che, in altri termini, si può sintetizzare affermando che prima e dopo l'entrata in vigore di una normativa epocale come le *Federal Rules of Civil Procedure*, l'assoluta crucialità per lo svolgimento del processo civile delle scelte tattico-strategiche degli avvocati di parte (nonché della loro interazione con il giudice) costituisce un dato del tutto incontestabile, oltre che di generale riconoscimento (¹⁴).

Del resto, non si può sostenere che lo sguardo al processo civile sia stato in quella cultura slegato dall'attenzione specifica alla gestione concreta del processo, alla sua realtà, piuttosto che alla evocazione di principi generali *bons à tout faire*. Quantomeno a partire dalla grande trasformazione corrispondente al *Code* di David Dudley Field – siamo nel 1848 – la questione del «come si agisce in giudizio facendo che cosa» appare posta inequivocabilmente, al punto da costituire anche un oggetto di dibattito, se non a volte di conflitto. Si tratta, tuttavia, di un conflitto circa valori piuttosto che circa il *modus procedendi*; nel senso che, sino all'introduzione della normativa federale del 1938, costituisce un vero e proprio *casus belli* nel dibattito dottrinale l'esatta determinazione del perimetro o dell'area delle libertà dell'avvocato (*adversariness*).

(¹⁴) Per ampie considerazioni a riguardo si rinvia nuovamente a A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., spec. 89.

È del resto noto anche che, nello svolgimento delle vicende concernenti il processo civile statunitense, il secolo XX è stato caratterizzato da una difficile ma ormai del tutto netta affermazione di un'idea di non assoluta libertà dell'avvocato nello svolgere le sue attività di difesa degli interessi del cliente; e ciò nel senso di una progressiva attribuzione a questi anche di doveri ulteriori ad una *partisanship* che pareva interpretare l'*adversary system of litigation* come una lotta senza quartiere, appunto fra avvocati⁽¹⁵⁾.

In effetti, come anche già accennato è a partire dalla seconda metà del secolo XX che una rilettura attenta proprio delle disposizioni delle *Federal Rules of Civil Procedure* ha condotto a una riconfigurazione dei rispettivi ruoli di avvocati e giudice nel processo civile statunitense⁽¹⁶⁾. E se, per un verso, ciò ha portato all'elaborazione di una nozione anomala (o *tout court* nuova) di giudice come *managerial judge*, per altro verso e come si dirà più specificamente fra poco, ha avviato una diversa coscienza della necessità di attribuire all'avvocato funzioni ulteriori rispetto a quella della mera tutela del proprio cliente⁽¹⁷⁾.

É noto come questo riaggiustamento o riconfigurazione dei ruoli di giudici e avvocati sia stato determinato dalla diffusione di

(¹⁵) Si tratta di un mutamento sul cui sfondo si pone il progressivo abbandono di una funzione esclusivamente *partisan* dell'avvocato (di *hired gun* o «pistola a noleggio» nelle mani del cliente) in favore di una visione in qualche misura *ethical*, a intendere l'avvocato come un necessario collaboratore del giudice nella gestione efficiente delle attività processuali (e della fase di *pretrial*, in particolare). Con specifico riguardo al vivace dibattito registratosi nella cultura giuridica statunitensi su tali aspetti, specie a partire dagli anni '80 del XX secolo, si rinvia a M. FRANKEL, *Partisan Justice. Too Much Fight? Too Little Truth? Equal Justice?*, New York, 1981, 15 ss.; A.R. MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?*, in 69 *Minn. L. Rev.*, 1984, 1 ss.; E.E. SWARD, *Values, Ideology, and Evolution of the Adversary System*, in 64 *Indiana L. J.*, 1989, 303 ss.

(¹⁶) G.C. HAZARD, A. DONDI, *Responsibilities of Judges and Advocates in Civil and Common Law: Some Lingering Misconceptions Concerning Civil Lawsuits*, in 39 *Cornell Int'l L.J.*, 2006, 59 ss.

(¹⁷) Come noto la nozione di *managerial judge* viene elaborata all'inizio degli anni '80 del XX secolo da J. RESNIK, *Managerial Judge*, in 96 *Harv. L. Rev.*, 1982, 374 ss.

pratiche di difesa molto aggressive e tali da configurare forme articolate di abuso del processo. Ed è anche noto che, sul piano della riforma della giustizia civile statunitense, la reazione al *procedural abuse* ha condotto a un ormai stabile riassetto dei ruoli sopra indicati attraverso l'attribuzione al giudice di notevoli poteri di *managing* specie del *discovery*; ossia della fase che noi definiremmo di trattazione o di preparazione della controversia, essenzialmente ai fini di una definizione per lo più anticipata della stessa rispetto alla fase di *trial* (¹⁸).

Occorre tuttavia aggiungere un dato che attribuisce una particolare concretezza e sostanza a una tanto significativa evoluzione. Un dato che si può far consistere nella constatazione che tanto l'abuso quanto la reazione all'abuso del processo si sono collocate all'interno di una altrettanto, se non ancor più notevole, mutazione del contesto configurante il *civil lawsuit* nell'esperienza giudiziale statunitense dell'ultimo trentennio del secolo scorso. Nella sostanza, si assiste in questo periodo a un cruciale passaggio da una prevalenza di controversie di media entità economica e di altrettanto relativamente semplice configurazione processuale (sotto il profilo probatorio e fattuale) a una netta diffusione di controversie a tutti gli effetti definibili complicate proprio sotto tali profili. Si può dire che, *in nuce*, in ciò consista il fenomeno della *procedural complexity*; ossia la complessità che per così dire acquista caratteristiche specifiche sul piano processuale, per ragione molto varie ma tutte coinvolgenti il ruolo e la figura

(¹⁸) Nell'ambito della letteratura italiana in materia si rinvia ancora a A. DONDI, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Colesanti*, Napoli, 2009, I, 543; ID., *Qualche cenno all'abuso del processo civile con sintetici richiami alla singolarità del dibattito italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2021, 1 ss.; ID., *Cultura dell'abuso e riforma del processo civile negli Stati Uniti*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 787; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, *ivi*, 2008, 330 ss. Per ulteriori riferimenti a una produzione davvero estremamente ampia in ambito statunitense, sia consentito il rinvio a A. DONDI, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., spec. 147 ss.

dell'avvocato nonché, in prospettiva più ampia, anche del giudice. Società dei consumi, massificata al di là della nozione di *affluent* e *litigious society* affacciata dai sociologi nei decenni '50 e '60 del Novecento e innovazione tecnologica, costituiscono la base di questo fenomeno. Ma a dare effettivo corpo a esso è, forse soprattutto, la strutturazione interna della professione legale statunitense nonché, in qualche misura, anche le sue particolari *abilities* (¹⁹).

Si può descrivere questo fenomeno sostenendo, in altri termini, che sempre di più le controversie civili diventano *mass tort litigation* o conflitti giudiziali implicanti la risoluzione di questioni fattuali particolarmente ardue dal punto di vista conoscitivo, scientifico o specialistico, che solo grandi *law firm* possono in pratica gestire. È in effetti nelle modalità di gestione di questo tipo di *complex litigation* che il modo di essere dell'avvocato nella controversia si configura come centrale; ciò comporta anche che esso sia percepito come necessariamente da regolamentare, limitare e ispirare a canoni di cooperazione tanto con la parte avversaria che con il giudice. Ed è in ciò che due elementi oggi ritenuti inevitabilmente connessi all'idea di processo vengono in particolare evidenza; ci si riferisce sia all'idea che il modo della difesa (pro-

(¹⁹) Come si è già detto, è infatti nell'area del processo civile che strutturalmente l'ordinamento giuridico statunitense tende a trasferire i conflitti economico-sociali. E ciò attraverso un'esplicita riserva di *private enforcement* realizzabile esclusivamente nella forma della tutela giurisdizionale. Per alcuni studi su tale fenomeno si rinvia a R.D. PUTNAM, *Bowling Alone*, cit., 15 ss.; S. FARHANG, *The Litigation State*, cit., 94; L.M. FRIEDMAN, *American Law in the 20th Century*, New Haven-London, 2002, 350; A. SARAT, R.A. KAGAN, *Adversarial Legalism – The American Way of Law*, Cambridge, 2001, 4 (trad. it., *La giantize americana. Come il contraddittorio fa il diritto*, Bologna, 2009); T.F. BURKE, *Lawyers, Lawsuit, and Legal Rights: the Battle over Litigation in American Society*, Berkeley, 2002, 22; e agli scritti presenti nel volume D.A. SCHULTZ (a cura di), *Levering the Law – Using the Court to Achieve Social Change*, New York, 1998, *passim*. Circa l'impatto della specifica articolazione della professione forense statunitense su tale fenomeno v. A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale italiana nel momento presente. Sfide della globalizzazione, «glocalizzazione» e adeguatezza degli standard professionali*, in *Pol dir.*, 2008, 623.

priamente *law of lawyering*) costituisca una prospettiva ineliminabile nella considerazione dei problemi del processo, sia che tale prospettiva non possa essere assunta in assenza di un'ampia ri-configurazione dei parametri etico-professionali concernenti congiuntamente l'attività difensiva dell'avvocato e il ruolo del giudice⁽²⁰⁾.

Invero, non appare casuale la sostanziale contemporaneità fra le grandi riforme che realizzano un'effettiva trasformazione delle *Federal Rules of Civil Procedure* del 1938 e l'introduzione della più rilevante riforma normativa nell'area del *legal ethics* (ovvero della deontologia concretamente applicabile rispetto all'attività della professione legale). Nel 1983 si assiste, infatti, tanto all'emanazione degli *amendments* delle *FRCP* che trasformano radicalmente il ruolo del giudice nella gestione della fase di trattazione/*discovery*, quanto all'adozione da parte dell'*American Bar Association* della disciplina denominata *Model Rules of Professional Conduct*; normative entrambe segnate da una chiara istanza di trasformazione della concezione tradizionale dell'*adversary system of litigation* nella prospettiva di una più efficiente gestione delle *technicalities* del processo al fine del raggiungimento di un obiettivo di effettiva giustizia sostanziale⁽²¹⁾.

⁽²⁰⁾ Come riferimenti di base v. C. FRIED, *The Lawyer as a Friend*, in *85 Yale L.J.*, 1976, 1060; J. RESNIK, *Managerial Judges*, cit., 370 ss.; M. FRANKEL, *Partisan Justice*, cit., 15; ID., *The Search for Truth: An Umpireal View*, in *5 U. Pa. L. Rev.*, 1975, 1031 ss.; R. MARCUS, «*Looking Backward*» to 1938, in *162 U. Pa. L. Rev.*, 2014, 1710 ss.; nell'ambito della letteratura italiana v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 100 ss.; ID., *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 261 ss. Da ultimo sia consentito nuovamente il riferimento ad V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforme del processo civile*, cit., 399 ss.

⁽²¹⁾ Per alcuni riferimenti tradizionali v. nuovamente A.R. MILLER, *The Adversary System: Dinosaur or Phoenix?*, cit., 684 ss.; S. LANDSMAN, *The Adversary System: A Description and Defense*, New York, 1984, 41 ss.; E.E. SWARS, *Values, Ideology, and Evolution of the Adversary System*, in *64 Indiana L. J.*, 1989, 303 ss.; nella letteratura italiana v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 12; l'A. rielabora e analizza parametri definitori dei rapporti avvocato-cliente

3. Client as an organization. – È venuto il momento di riservare specifica attenzione alla figura dell'avvocato e ai suoi rapporti con la complessità processuale. In effetti, se il contesto di riferimento, specie per come configurantesi nella cultura a sua volta di riferimento ossia quella statunitense, appare segnato da una forte coscienza dell'articolazione prevalente delle controversie civili nel segno della complessità, è tuttavia essenziale il ruolo che riveste in questo quadro il modo di essere della professione legale. Si dice ciò con riferimento alla circostanza che, anche in base a quanto rilevato in precedenza, tale ruolo risulta in quella cultura del tutto centrale; una centralità che appare spiegarsi soprattutto con l'organizzazione tanto articolata da risultare a sua volta complessa dell'avvocatura.

Il riferimento è ovviamente alla notoria configurazione dell'*American advocacy* come un'avvocatura operante attraverso strutture pluricomposte (ovvero aventi per lo più un numero molto rilevante di avvocati, oltretutto con diverse posizioni e svolgenti diverse mansioni), emblematiche dalla *law firm*. Ma è anche al fatto che – nel contesto di tale struttura e organizzazione

tipizzati, come egli stesso del resto segnala, proprio nelle *Model Rules of Professional Conduct* del 1983. Per limitarsi ad alcuni riferimenti circa la genesi di tale normativa si veda G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, cit., 327; come noto tale fondamentale testo è il risultato dei lavori della commissione presieduta da Robert Kutak. Assume pertanto particolare rilievo il riferimento a R. KUTAK, *Evaluating the Proposed Model Rules of Professional Conduct*, in *5 Am. Bar Found. Res. J.*, 1980, 1016 ss.; C.W. WOLFRAM, *Client Perjury: The Kutak Commission and the Association of Trial Lawyers on Lawyers, Lying Clients and the Adversary System*, ivi, 960 ss. Sull'opera di Robert Kutak v. G.C. HAZARD, *In Memoriam. Robert J. Kutak. A Brief Appreciation*, in *36 Okla. L. Rev.*, 1983, 309 ss. Per limitarsi a lavori contemporanei o di poco successivi all'approvazione delle *Model Rules* si rinvia a J.L. MAUTE, *Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with a Logical Sanctions Doctrine*, in *20 Conn. L. Rev.*, 1987, 13 ss.; E.R. GAETKE, *Lawyers as Officers of the Court*, in *42 Vand. L. Rev.*, 1989, 39 ss.

– si è da tempo evidenziata una particolare predisposizione dell'avvocatura statunitense a *deal with complex clients* (²²).

Ciò a significare che, molto probabilmente anche in ragione della sua strutturale capacità di accoglimento, la *law firm* come impresa articolata del diritto è risultata particolarmente adatta a gestire rapporti con le grandi *corporation* o comunque le grandi imprese aventi pressoché inevitabilmente conflittualità di estesa portata e, pertanto, in grande prevalenza complesse. È quanto si può far corrispondere alla cosiddetta categoria del *client as an organization*, con tutte le relative implicazioni sul piano operativo ed etico-professionale (²³).

Questa circostanza, che si è descritta come propriamente tipica dell'esperienza statunitense, appare oggi invero rinvenibile anche presso altre culture giuridiche e, comunque, molte altre realtà della pratica processuale nel mondo. Pressoché ovunque, infatti, tale realtà è segnata da una diffusione di controversie complesse; il tutto con riscontri anche sul piano dei rapporti con certi tipi di clientele e con il sorgere di certi tipi di problemi relativi all'esercizio dell'attività di difesa in sede processuale (ma anche pre-processuale). La gestione di clienti complessi comporta infatti

(²²) Per alcune analisi della ristrutturazione delle *law firm* al fine di rispondere alle esigenze di clienti di grandi dimensioni si vedano Y. DEZALAY, B.G. GARTH, *Corporate Law Firms, NGOs, and Issues of Legitimacy for A Global Legal Order*, in *80 Fordham L. Rev.*, 2012, 2309; J. FLOOD, *Megalawyering in the Global Order: The Cultural, Social and Economic Transformation of Global Legal Practice*, cit., 169; E. WALD, *Smart Growth: The Large Law Firm in the Twenty-First Century*, *ivi*, 2867; J. LOUGHREY, *Large Law Firms, Sophisticated Clients, and the Regulation of Conflicts of Interest in England and Wales*, in *Legal Ethics*, 2011, 215 ss.

(²³) Cfr. A. DONDI, *Realtà evolutiva della professione legale italiana nel momento presente*, cit., 623; G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 223; L.R. PATTERSON, *Importanza e ruolo del cliente nell'etica professionale dell'avvocato*, in A. DONDI (a cura di), *Avvocatura e giustizia negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, 187; ID., *The Function of a Code of Legal Ethics*, in *35 U. Miami L. Rev.*, 1981, 695; G. ALPA, *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna, 2005, *passim*. Da ultimo v. nuovamente M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., 170 ss.

relazioni altrettanto complesse quantomeno in ragione della necessaria comunicazione con vari interlocutori o, comunque, con vari centri di potere all'interno della figura del *client as an organization*. Di qui una basica questione di allocazione del potere di interlocuzione all'interno dello studio legale, con i relativi profili di attribuzioni di responsabilità per l'esercizio di tale interlocuzione. Ma, anche e ulteriormente, di qui il problema dell'individuazione all'interno dello studio dei soggetti effettivamente chiamati ad assumere il potere di scelte riguardo alle strategie difensive e, più in generale, di gestione del conflitto. Un problema, o una serie di problemi, a loro volta collegati con quello dell'estensione delle responsabilità o, piuttosto, della esclusività di attribuzione di tali responsabilità (grossolanamente, se solo al membro dello studio o anche allo studio per intero) (²⁴).

Bisogna anche aggiungere che questo quadro appare ulteriormente complicato o complicabile. Ciò, ad esempio, ove si consideri che l'esercizio della pratica legale attraverso lo strumento della *law firm* in un'economia globalizzata come quella attuale, spesso si configura essere variamente localizzato. E ciò, pertanto, anche comportante la relazione dello studio (o meglio delle singole *subsidiaries* straniere) con clienti fortemente strutturati sul piano organizzativo. Clienti a loro volta dislocati in ambiti geografici diversi e che, anche in ragione di ciò, possono virtualmente trovarsi in situazione di reciproco conflitto. Situazioni dalle quali possono derivare rilevantissimi problemi di conflitto di interessi anche per lo studio legale-*law firm*.

Ciò che preme sottolineare qui è, intuitivamente, non la possibile esistenza di un conflitto di interesse *tout court* tra lo studio

(²⁴) A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali*, cit., 681; ID., *Avvocatura e qualità del cliente-impresa. Problemi di compliance o audit*, in *Compliance*, 2009, 3; ID., *Aspetti dell'«Attorney-Client Privilege» tra «Evidence» e «Legal Ethics»*, in AA.VV., *Studi in Onore di Vittorio Denti*, vol. II, Padova, 1994, 115; ID., *Conduite de l'avocat et loyauté procédurale. Une tentative de mise à jour*, in *Mélanges Jean Louis Bérgel*, Bruylant, 2012, 867 ss.

legale pur molto organizzato e la sua clientela, ma un latente e diffuso problema di conflittualità di interessi fra l'avvocatura impegnata in questo tipo di attività con una clientela tanto articolata, qualora si verifichino incidenti di comunicazione fra le varie sedi locali della *law firm* (25).

Alcune considerazioni appaiono essenziali riguardo a quello che costituisce per così dire il vero nucleo del nostro tema, ossia la configurazione del rapporto cliente-avvocato nella prospettiva della gestione di controversie complesse. In effetti, posta la basica peculiarità del rapporto avvocato-cliente ove la prospettiva sia quella giudiziale, una tale peculiarità (caratterizzata da molteplici responsabilità e dovere e spesso tipizzate attività spettanti al difensore) risulta caricata di ulteriori profili ove il contesto di riferimento sia quello di conflitti che, essendo complessi, comportino particolari cautele sul piano delle scelte strategiche e comunque di quella che abbiamo definito *law of lawyering* (26).

Andando per grosse semplificazioni ma cercando di fornire un quadro per così dire operativo delle questioni che possono o devono essere considerate, si ritiene anzitutto fondamentale una scansione che dia atto dei momenti nei quali si dipana il rapporto avvocato-cliente nella complessità. La prima di tali questioni o momenti è, piuttosto prevedibilmente, quella dell'individuazione dei soggetti che agiscono in questo contesto processuale; ossia di chi siano gli attori nelle controversie complesse. A tale riguardo si ammette che appare molto prevedibile l'individuazione dei soggetti attori in tali circostanze processuali nei cosiddetti grossi *players* e quindi, appunto, in quelli che una ricerca ormai piuttosto risalente ha catalogato come *client as an organization*. Una ca-

(25) A. DONDI, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, cit., 543; ID., *Economia, etica e avvocatura. Implicazioni di fairness*, in *Dir. prat. soc.*, 2009, 13 ss.

(26) A. DONDI, *Segreti ed etica dell'avvocatura. Rilievi minimi in tema di law of lawyering e attorney-client privilege*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 651; G.C. HAZARD, *From Whom No Secrets are Hid*, in *76 Tex. L. Rev.*, 1998, 1665.

ratterizzazione che si attaglia, invero, non solo al *claimant* ma, altrettanto prevedibilmente, anche alla figura soggettiva del convenuto-*defendant*; in altri termini, anche il convenuto in questi tipi di controversie è in un certo senso complesso, in quanto molto frequentemente corrispondente a sua volta a una *organization*, societaria per lo più, ma in ogni caso fortemente articolata sul piano della struttura operativa, tendenzialmente all'interno di un mercato vasto di prodotti a diffusione almeno nazionale (27).

Sempre procedendo in una virtuale sceneggiatura di come si svolgono i processi di formazione del conflitto (non ancora giudiziale, ma in prospettiva o comunque a rischio di diventare tale) è ovvio che si pone subito come inevitabile secondo passaggio quello della scelta del legale. Si è detto a questo riguardo che l'organizzazione-cliente si trova molto frequentemente in condizione di valutare – per lo più per il tramite di propri uffici legali interni – un dato prospettico essenziale, quale quello della eventuale, futura (e appunto probabile) giurisdizionalizzazione del conflitto. A fronte di tale prospettiva – ci si rende conto di segnalare circostanze molto conosciute – è pressoché scontato che l'indirizzo della scelta debba concernere studi «in grado», ossia a loro volta organizzati in modo tale da poter eventualmente reggere l'impatto delle numerose attività necessariamente implicate in controversie complesse.

Pertanto, la nozione di *complex litigation* trova una sua naturale *counterpart* in quella di *big* o *large law firm*; tale quantomeno perché capace di operare a livello nazionale o internazionale. Una dimensione alla quale anche corrispondono, quantomeno per ragioni operative, compagni di avvocati molto estese, spesso fornite di particolari qualificazioni curriculare se non accademiche.

A ciò occorre anche aggiungere che l'individuazione dell'avvocato adatto spesso risulta connessa alla circostanza dell'essere il *client as an organization* un importante cliente abituale del tipo di

(27) L'espressione *client as an organization* si rinviene in G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., 85 ss.

studio avente le caratteristiche sopra indicate. Ciò anche tenuto conto sia della necessità di avvalersi ricorrentemente di professionalità ulteriori a quella legale (spesso stabilmente collegate con le *law firm*) ormai sempre più centrali nella gestione delle controversie, sia delle dotazioni informatiche (e oggi di intelligenza artificiale) che devono essere a disposizione dello studio (come, ad esempio, la possibilità di avere una sorta di prognosi predittiva dei possibili esiti della controversia da affrontare).

È all'interno di questo contesto di scelte e determinazioni che si ritiene debbano essere collocate proprio le questioni alle quali si è fatto cenno sopra. Così, ad esempio, il problema del segreto professionale si porrà in questo contesto di articolate interrelazioni pre-processuali e processuali come una questione intimamente selettiva; ossia riferita all'individuazioni dei soggetti tenuti a rispettare tale segreto (se questo dovere sia o non riferibile alla totalità dei soggetti facenti parte della *law firm*). Ma, ulteriormente, si pone anche a questo riguardo un problema tipicamente configurabile come del cliente (in questo caso, in quanto *organization*); ci si riferisce alla tradizionale appartenenza appunto al cliente di uno dei segreti più tipici dell'avvocatura statunitense, quale l'*attorney client privilege*. In questo caso è ampia la letteratura che ha elaborato teorie molto interessanti riguardo alla appartenenza del diritto di *waive* di tale segreto solo ad alcuni soggetti all'interno dell'organizzazione; soggetti per lo più corrispondenti o a coloro che rivestono posizioni apicali nella scala di rigenziale o a coloro a più diretto contatto con l'avvocato della controversia⁽²⁸⁾.

⁽²⁸⁾ G.C. HAZARD, *An Historical Perspective on the Attorney-Client Privilege*, in 66 *Calif. L. Rev.*, 1978, 1061 ss.; K. PARLETT, *Attorney Client Privilege. Professions and Common Law Tradition*, in 10 *J. Leg. Prof.*, 1985, 10. Per una elaborazione di carattere generale sul tema v. E.S. EPSTEIN, *The Attorney-Client Privilege and the Work-Product Doctrine*, Chicago, 2007, *passim*; A. DONDI, *Segreti ed etica dell'avvocatura*, cit., 653; ID., *Aspetti dell'«Attorney-Client Privilege» tra «Evidence» e «Legal Ethics»*, cit., 118; X. XU, *A Comparative Study of Lawyers' Ethics*

Considerazioni tutto sommato analoghe sembrano potersi svolgere anche con riguardo al tema del conflitto di interessi. Come è già stato accennato più sopra, a questo riguardo – ossia con riferimento alle *complex litigation* – un problema tipico di conflitto di interessi può manifestarsi ove ci si trovi di fronte a clienti variamente dislocati a livello geografico. Clienti che entrano in relazione con studi legali a loro volta aventi varie realtà locali; sedi e realtà locali alle quali potrebbero riferirsi in ipotesi anche interessi fra loro contrastanti e che, sempre in ipotesi, potrebbero avere instaurato reciproche comunicazioni proprio riguardo a tale eventualità di conflitto⁽²⁹⁾.

Meno problematico appare, per contro, il tema delle responsabilità professionali dell'avvocato nei confronti del cliente in questo contesto di complessità processuali. Ciò in coerenza anzitutto con il presupposto di base dell'esercizio da parte dell'avvocato di un'attività di *lawyering* coerente con le prescrizioni delle normative etico-professionali e, quindi, non in contrasto con il perseguimento di una soluzione *just* della controversia. Un'impostazione che costituisce ormai una vera e propria cultura dell'essenza più basica della *law firm* statunitense, fondata sull'unitarietà delle responsabilità economiche dello studio. Il tutto in ragione dell'esistenza di una patrimonializzazione appunto unitaria; circostanza sulla base della quale, per un verso, la *law firm* statunitense è stata storicamente in grado di stare sul mercato senza dover necessariamente ricorrere all'accaparramento forzoso di clienti e, per altro verso, di rispondere in saldo alle richieste risarcitorie eventualmente avanzate dal cliente per le condotte del singolo avvocato.

in the US and PRC: Attorney-Client Privilege and Duty of Confidentiality, in 1 *Tsinghua China L. Rev.*, 2009, 46.

(29) Si rinvia nuovamente a A. DONDI, *Lealtà e conflitto di interessi nella prospettiva delle dinamiche processuali*, cit., 681; ID., *Avvocatura e qualità del cliente-impresa. Problemi di compliance o audit*, cit., 3.

Questo complesso di considerazioni necessita, sulla base di quanto sinora si è detto o comunque dell'impostazione che qui si è adottata, di un riferimento davvero inevitabile, quale quello rappresentato dall'attività di *consulting*, ossia del contatto operativo fra cliente e avvocato o, per meglio contestualizzare, fra quei clienti e quegli avvocati⁽³⁰⁾.

Anche nella cultura italiana del processo si è – in particolare negli studi condotti in prospettiva comparatistica – abbastanza frequentemente preso in considerazione questo momento, specie per segnalare la sua caratterizzazione come non particolarmente rilevante nell'impostazione tradizionale degli studi sul processo civile. Si dice ciò evidentemente in ragione del fatto che il rilievo dell'attività di contatto-consultazione pre-processuale (e in seguito eventualmente processuale) fra avvocato e cliente appare davvero cruciale, soprattutto ai fini dell'introduzione e della programmazione strategica del conflitto. Ed è chiaro che un certo tipo di realizzazione di entrambe queste attività assume particolare importanza proprio nel contesto della complessità processuale della quale sinora si è detto.

In effetti, uno degli elementi denunciati, da parte per così dire della porzione comparatistica della dottrina del processo italiana, come tendenzialmente trascurati o sottovalutati dall'impostazione tradizionale, è stato proprio che la particolarità di alcune controversie (leggi la loro complessità o possibilità di complicazione) tendeva a non essere individuata e, più o meno conseguentemente, a non essere collegata alla necessità di progettare modi diversi di configurazione delle due attività sopra dette; ossia tanto di introduzione quanto di programmazione strategica dei modi della loro trattazione⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ V. G.C. HAZARD, A. DONDÌ, *Legal Ethic*, cit., 204; V. ANSANELLI, *Filosofie di riforma della fase preparatoria nel processo civile*, Genova, 2021, 80 ss.

⁽³¹⁾ Quale esempio di tale produzione si veda A. DONDÌ, *Complessità e adeguatezza nella riforma del processo societario. Spunti minimi di raffronto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 137.

Entrando nel merito delle concrete possibili modalità di realizzazione di tale interazione-*consulting*, il rilievo di una circostanza sembra anzitutto imporsi. Si tratta dello svolgersi di tali consultazioni per lo più presso la stessa sede del cliente-organizzazione e, altrettanto frequentemente, interagendo i membri dello studio legale a ciò preposti con i membri dello *staff* legale interno del cliente-organizzazione. E si può considerare questa una circostanza che se, per un verso, aumenta la possibilità di reperire le informazioni e la documentazione utile per l'eventuale gestione del conflitto, per altro verso non è improbabile che finisca per restringere gli ambiti decisionali e di elaborazione strategica tipicamente spettanti all'avvocato.

Pare possibile concludere sul punto affermando – ci si rende conto, in maniera piuttosto apodittica, ma con riscontri verosimilmente puntuali nella realtà delle *big litigation* – che una questione cruciale consista nella individuazione del «vero cliente». Con ciò a intendere il soggetto (o i soggetti) in condizione di indicare all'avvocato gli obiettivi da perseguire attraverso il conflitto giudiziale. E ciò comportando anche inevitabilmente l'individuazione dei centri o autorità decisionali nel contesto della clientela *as an organization*.

A questo nucleo di problemi si collega un altro tema centrale alla configurazione del rapporto avvocato-cliente in controversie complesse: quello delle modalità di raccolta delle informazioni necessarie per gestire adeguatamente tali conflitti, in quanto caratterizzati a loro volta da un complesso contesto di riferimento fattuale. Ed è a questo fine che spesso si è ricorso alla creazione di appositi gruppi di lavoro gerarchicamente organizzati attraverso la presenza di soggetti dotati di specifiche competenze e svolgenti funzioni differenti, per lo più in corrispondenza con le varie fasi del conflitto. Solo per fare un esempio, del resto molto emblematico, ciò si connette in particolare alle articolate tecniche di *discovery* che caratterizzano la fase di *pretrial*; contesto nel quale sempre più di frequente risulta necessario procedere alla raccolta, si-

stemazione e conservazione delle cosiddette *ESI* (*Electronic Stored Information*). Si dice ciò in quanto tali informazioni, per mole e complessità di reperimento, interpretazione e utilizzazione, spesso richiedono il ricorso a specifiche professionalità interne allo studio legale o, in alternativa, a risorse esterne abitualmente impiegate dalle *large law firm*.

Occorre anche ricordare che la raccolta di tali informazioni, per quanto oggetto specifico della fase di *discovery*, costituisce un problema in genere affrontato ben prima della giurisdizionalizzazione del conflitto. Negli Stati Uniti, in effetti, da parte della giurisprudenza federale è da tempo stata evidenziata la necessità che le parti provvedano, già in sede di atto introttivo/*pleading*, a una precisa circostanziazione fattuale delle rispettive pretese. Questo approccio ha realizzato, di fatto, un *overruling* parziale del nucleo prescrittivo di base della *Rule 8* delle *FRCP*, conducendo alla previsione di un modello di *fact pleading* sostanzialmente alternativo a quello sintetizzabile con l'espressione *notice pleading* e corrispondente alla portata, appunto meramente informativa, del *pleading* nella versione originaria di tale norma⁽³²⁾.

A questa circostanza, rilevata ampiamente anche dalla nostra dottrina, si collega una necessità di fondo molto tipica dell'attività di difesa in sede di controversie complesse. Ci si riferisce alla davvero ineluttabile necessità di procedere, ben prima dell'inizio della controversia, a una quanto più possibile completa raccolta

⁽³²⁾ Solo per limitarsi ad alcune indicazioni nell'ambito della dottrina italiana v. A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 3 ss.; ID., *Case Law e filosofia degli atti introttivi negli Stati Uniti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 529; ID., *Riforma degli atti introttivi. Il processo statunitense e il processo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 446; S. DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introttivo*, ivi, 2014, 141; ID., *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, 165 ss.; nell'ambito della recente letteratura statunitense sul punto v. S. DODSON, *New Pleading, New Discovery*, in *109 Mich. L. Rev.*, 2010, 53, ID., *New Pleading in the 21st Century. Slamming the Federal Courthouse Doors*, Oxford, 2013, *passim*.

di informazioni che consenta una ricostruzione analitica del contesto fattuale di riferimento. Il tutto – come notoriamente evidenziato dal *dictum* della Corte Suprema nel caso *Twombly* del 2007 – nella prospettiva di fornire al giudice quel quadro esaustivo di informazioni indispensabile alla realizzazione di un effettivo *managing* del conflitto in sede giudiziale (³³).

4. Implicazioni etico-professionali e riforme del processo. – Proprio questa istanza di fattualizzazione dell'atto introduttivo è da collegare all'esigenza di una realizzazione appropriata nonché in definitiva anche etica delle attività di difesa. Tutto ciò, si ribadisce, in un contesto quale quello delle controversie complesse, nel quale – con quasi totale consenso all'interno della cultura giuridica statunitense – assume un rilievo essenziale il già segnalato intento di consentire al giudice di svolgere un ruolo di controllore delle attività delle parti, oltre che di effettivo gestore della fase di *discovery*. È, in effetti, per tramite di tale supervisione che la cultura statunitense giunge a ritenerе effettivamente realizzabile uno svolgimento eticamente orientato delle attività degli avvocati in questa cruciale fase del processo. Circostanza questa che implica – in una ottica appunto di *law of lawyering* – l'obbligo degli avvocati di assumere nei confronti del giudice un atteggiamento di seria e fattiva collaborazione inteso alla rapida chiarificazione tanto della posizione delle parti che dell'oggetto della controversia (³⁴).

È da ritenersi scontato che ciò possa comportare un significativo impegno sia in capo all'avvocato sia della relativa *law firm*; e

(³³) A. DONDI, *Case Law e filosofia degli atti introduttivi negli Stati Uniti*, cit., 533; S. DALLA BONTÀ, *La giurisprudenza federale statunitense sulla specificità dell'atto introduttivo*, cit., 143.

(³⁴) G.C. HAZARD, A. DONDI, *Legal Ethics*, cit., spec. 233 ss.; A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, cit., 261; ID, *Etica dell'avvocatura, strategie difensive, conflitti di interesse e abuso nel processo civile*, cit., 545.

ciò tenuto conto delle risorse economiche da coinvolgere in tale impegno, per la singola controversia ma non solo. In effetti, molto spesso le *large law firm* sono indotte a tenere conto del valore complessivo del cliente per lo studio legale, dando in tal modo un rilievo del tutto preminente alla categoria dell'essere (o non) il cliente un cliente abituale dello studio, inevitabilmente collegando le sue fortune e sfortune economico-finanziarie alla prosperità della stessa *law firm*.

Queste considerazioni, che tengono conto del collegamento fra questioni – anche eticamente apprezzabili – di carattere economico o aziendale e comportamento dell'avvocato, non devono tuttavia farci sottovalutare un punto a tutti gli effetti essenziale specie in prospettiva comparata. Tale punto concerne la strettissima connessione esistente fra le constatazioni sopra effettuate e l'adozione di una prospettiva di riforma che tenga conto del dato della complessità in tutta la sua incidenza sull'effettivo funzionamento del processo civile⁽³⁵⁾.

In altri termini, le considerazioni e i rilievi sinora svolti conducono a ritenere che, proprio nella prospettiva della gestione delle controversie complesse, il processo debba essere riformato investendo l'avvocato di responsabilità di portata certamente diversa dallo spettro che ne configura lo svolgimento negli ambiti del contenzioso per così dire ordinario. Responsabilità che evidentemente necessitano di essere chiaramente direzionate ma anche di trovare precisi confini. A tale fine il coinvolgimento in una prospettiva di riforma delle direttive contenute nelle normative etico-professionali appare del tutto opportuno; posto che tali normative affrontino esplicitamente il tema di ciò che l'avvocato deve o non deve fare nella prospettiva di uno svolgimento efficiente del processo. E ciò anche – se non soprattutto – quando ri-

⁽³⁵⁾ Per qualche considerazione sul collegamento esistente fra la riconfigurazione delle discipline etico-legali e le riforme del processo sia consentito nuovamente il rinvio ad V. ANSANELLI, *Riforme dell'etica dell'avvocatura e riforma del processo civile*, cit., 405.

sulti estremamente complesso (complicato o complicabile) l'accertamento del quadro fattuale della controversia.

Questa suggestione appare supportata dal raffronto culturale fra l'approccio italiano e quello da tempo esistente in ambito statunitense. Un raffronto che, ai fini di questa indagine, si può far consistere in uno iato di fondo fra, sul primo versante, una propensione catalogatoria e di riduzione a principi dei problemi di buon funzionamento del processo e, sull'altro versante, nell'assunzione per converso di una prospettiva funzionale per l'elaborazione e la risoluzione di tali problemi. Ulteriormente, e per maggiore chiarezza, si può affermare che nel mondo statunitense avvocatura e giudiziario ormai da tempo appaiono essere consci di operare «nella complessità delle complessità»; una consapevolezza acquisita proprio in ragione non tanto dell'aspirazione a catalogare tale complessità ma dell'esigenza ormai da tempo acquisita di *«embrace the problems step by step»* nella loro manifestazione concreta all'interno della realtà processuale.

Si afferma ciò in quanto, ribadendo cose già dette, in area statunitense l'affermazione di una nuova cultura del ruolo dell'avvocato è per così dire derivata dall'assunzione di un convinto *sanctioning approach* già a partire dall'ultimo ventennio dello scorso secolo. Ma non solo. A tale punto di svolta si sono, infatti, aggiunte in lunga sequela importanti riforme normative e, soprattutto, di una diffusa discussione in chiave funzionalistica riguardo appunto ai problemi di cattivo funzionamento del processo.

Da notare inoltre che il fondamentale risultato di tale dibattito è consistito nella piena affermazione di una generale aspirazione alla maggiore collaborazione interna e all'autodisciplina dell'avvocatura. Circostanza questa che appare senz'altro da collegare a quella che tutt'oggi costituisce un'anomalia assoluta dell'assetto disciplinare statunitense; ossia, la possibilità per il giudice di emettere sanzioni dirette nei confronti dell'avvocato. E che tale approccio risulti ribadito anche nello specifico e contiguo

settore dell'etica della professione legale appare senz'altro confermare l'assestamento al quale è pervenuta la concezione di *law of lawyering* come doveroso impegno collaborativo nel contesto di una sempre più efficiente organizzazione delle attività difensive⁽³⁶⁾.

La visione che le *Model Rules of Professional Conduct* elaborano del ruolo dell'avvocato e dei suoi doveri etico-professionali costituisce infatti una significativa e forse radicale *departure* dall'idea strettamente *adversarial* entro la quale tradizionalmente veniva inserito il ruolo dell'avvocatura. Come è stato osservato, la *philosophy* di fondo alla base del movimento di riforma del *lawyering* che condurrà all'approvazione delle *Model Rules* può farsi consistere nell'attribuzione di un nuovo significato alla nozione di *efficiency* nella gestione delle attività difensive. Una nozione che, non più parametrata solo alla migliore conservazione possibile degli interessi del cliente (nella forma di *competent representation*), risulta ormai pienamente implementata dalla prospettiva, in certo senso opposta, del doveroso ed efficiente esercizio da parte dell'avvocato di un ruolo pubblico. Un ruolo, peraltro del tutto coerente con la sua tradizionale caratterizzazione anche come *officer of the court*, sulla base del quale appare oggi del tutto giustificato imporre all'avvocato una seria cooperazione nei confronti del giudice al fine di consentire un efficiente svolgimento del processo e pervenire a una giusta definizione della controversia⁽³⁷⁾.

La normativa etico-professionale statunitense configura in capo all'avvocato un nuovo tipo di *accountability*, come raccordo in

⁽³⁶⁾ A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 12; G.C. HAZARD, W.W. HODES, *The Law of Lawyering*, cit., 367.

⁽³⁷⁾ V., nuovamente, A. DONDI, *Introduzione della causa e strategie di difesa*, cit., 250; J.L. MAUTE, *Sporting Theory of Justice: Taming Adversary Zeal with a Logical Sanctions Doctrine*, cit., 13 ss.; E.R. GAETKE, *Lawyers as Officers of the Court*, in 42 *Vand. L. Rev.*, 1989, 39 ss.; J. R. MARTINEAU, *The Attorney as Officer of the Court: Time to Take the Gown off the Bar*, in 35 *S. Car. L. Rev.*, 1984, 541 ss.

termini di responsabilità e fiducia fra le posizioni del cliente e i correlativi doveri del difensore. In effetti, e solo al fine di ribadire quanto ormai costituisce quasi un luogo comune anche per la nostra cultura giuridica, con l'adozione nel 1983 delle *Model Rules of Professional Conduct* si afferma il passaggio da un'idea di *accountability* essenzialmente nei confronti del proprio cliente a quella di una responsabilità più ampia e articolata, che trova il suo nucleo nella doverosa e inequivoca interrelazione con il giudice emblematicamente definita *candor with the Court* (³⁸).

Resta in conclusione forse solo da chiedersi se un tale dinamismo sui due versanti del diritto del processo e di una visione più estesa dell'etica professionale possano trovare sviluppo solo in area anglosassone e non in un contesto di cultura giuridica europeo-continentale. Che l'assunzione, per semplificare, di una prospettiva di effettivo *law of lawyering* non sia destinata a costituire una propensione esclusiva del mondo del *common law* e che, invece, anche le culture giuridiche di *civil law* siano in grado di sviluppare approcci analoghi sembra in qualche modo dimostrato dall'esempio spagnolo, quantomeno a seguito dell'emanazione della *LEC 2000*. Anche qui, infatti, la promulgazione della nuova normativa processuale è andata di pari passo con la modifica della disciplina etico-legale e con l'espressa attribuzione ad avvocatura e giudiziario di nuovi *standard* di *seriedad y responsabilidad* nel perseguimento del *interés de los justiciables*, come del resto esplicitato negli obiettivi chiaramente indicati nella *Exposición de motivos* che accompagna la riforma. Nuovi criteri, questi ultimi, che devono nello specifico ispirare il comportamento dell'avvocato anche nella redazione degli atti processuali (e nelle *alegaciones iniciales* in particolare); atti ed attività ad essi preposte che do-

(³⁸) Cfr. A. DONDI, *Spunti in tema di «legal ethics» come etica della difesa in giudizio*, cit., 261.

vranno corrispondere a fondamentali canoni di chiarezza ed esaurività⁽³⁹⁾.

Come è noto, nell'ultimo biennio si è assistito anche in Italia a una riforma di portata davvero significativa della giustizia civile. Senza entrare nello specifico degli interventi realizzati, quel che si intende segnalare è che la ristrutturazione pure profonda, specie della fase preparatoria della controversia, non è stata accompagnata dalla riconfigurazione degli obblighi (e correlate responsabilità) gravanti sull'avvocato nel momento dell'instaurazione del conflitto.

In particolare, la previsione di specifici criteri di sinteticità, chiarezza e precisione (e la correlativa previsione di nuovi *formati* redazionali dell'atto, come nel d.m. n. 110 del 2023) non è stata accompagnata dalla configurazione di specifiche conseguenze nel caso di loro violazione (se non in termini di spese legali e, comunque, per certo non a carico dell'avvocato). *In absentia*, ci si chiede se altro non resti nel nostro ordinamento che ribadire un riferimento tanto noto quanto prevedibile; ossia porre la questione della possibile sanzione per il mancato rispetto di tali nuovi canoni nella redazione degli atti con riferimento alla previsione dell'art. 88 c.p.c. in tema di leale collaborazione⁽⁴⁰⁾. Ma che ciò sia troppo, e anche disperatamente, poco non si può che lasciare al lettore di valutare.

Si aggiunge anche che un elemento di distonia sistematica sembra potersi rinvenire nel non aver collegato il potenziamento del

⁽³⁹⁾ Per limitarsi ad alcuni riferimenti del tutto arbitrari sulla LEC 2000 v. A. DONDÌ, A. GUTIÉRREZ, voce *Processo civile spagnolo*, in *Enc. dir. Ann.*, vol. I, Milano, 2009, 65 ss.; A. DE LA OLIVA SANTOS, *Il nuovo codice di procedura civile spagnolo (Ley 1/2000) a dieci anni dalla sua approvazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 437 ss. Per ulteriori riferimenti bibliografici sia consentito il rinvio a A. DONDÌ, V. ANSANELLI, P. COMOGLIO, *Processi civili in evoluzione*, cit., 184 ss.

⁽⁴⁰⁾ Sui nuovi principi di sinteticità e chiarezza e sulla loro declinazione nella riforma Cartabia v. F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile. Minimi tentativi di inquadramento sistematico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 617 ss.

ruolo e dei poteri del difensore nella scelta e nella gestione degli strumenti di giustizia consensuale (anche in una prospettiva di deflazione del contenzioso) con correlative responsabilità e sanzioni a suo carico in ipotesi di comportamenti non corretti, non eticamente orientati e, in ogni caso, non coerenti col perseguitamento di obiettivi efficientistici anche in questa sede. Il che consente di affermare che sembra non solo opportuno ma del tutto necessario che incisive riforme della normativa processuale siano, anche da noi, accompagnate dalla riconfigurazione della normativa deontologica; una riconfigurazione che preveda specifiche sanzioni a carico dell'avvocato che – prima e/o all'interno del processo – non adotti comportamenti intesi ad una gestione efficiente ed effettiva del conflitto.

In quest'ottica, la necessità di sottoporre anche il codice deontologico forense a un profondo aggiornamento si impone senz'altro. Lo stesso appare in qualche misura datato e, appunto, non in grado di regolamentare i rapporti fra avvocato-cliente nella prospettiva di conflitti complessi. Ciò in quanto, in altri termini e come del resto appare del tutto intuibile, la normativa etico-legale italiana risulta ancora incentrata sulla regolamentazione di rapporti per così dire «tradizionalmente bilaterali» fra un singolo avvocato e un cliente persona fisica. Ed è probabilmente per tale caratterizzazione che risultano in essa assenti norme specifiche per la regolamentazione di quei fenomeni (segreto professionale nelle sue varie declinazioni, conflitto di interessi e così via) che assumono una articolazione del tutto peculiare nelle controversie complesse.

Abstract

In questo saggio viene affrontato il tema della particolare configurazione che assume il rapporto avvocato-cliente nelle controversie complesse e, per altro verso, quello della gestione delle stesse in una prospettiva

prettamente funzionale. Si tratta, in effetti, di controversie che vedono ricorrentemente la presenza sia di particolari tipologie di clienti (*client as an organization*) sia di una particolare tipologia di avvocatura. Da ciò il configurarsi del tutto peculiare di tali interazioni, a partire dal cruciale momento del *consulting* iniziale per poi ripercuotersi su tutte le varie fasi che scandiscono il rapporto cliente-avvocato in tali tipologie di conflitti.

The essay is an attempt to approach a wide subject as that on complex litigation from a functional point of view. More specifically, it concerns the special interrelationship between lawyers and clients in this context. This aiming above all to highlight the particularities of the types of clients and, consequently, of consulting indispensable there.

LA CENTRALITÀ DELL'ASCOLTO E DELLA NARRAZIONE DELLA STORIA DEL CLIENTE.

STRATEGIE PER UN RAPPORTO COLLABORATIVO CLIENTE-AVVOCATO

Flora Di Donato ()*

SOMMARIO: 1. L'importanza di un Convegno sul rapporto cliente-avvocato. – 2. La letteratura statunitense sul rapporto cliente-avvocato. – 3. Il ruolo della narrazione nel *lawyering process*. – 4. Analisi di casi. – 4.1. Il caso di Laura: cliente attiva. – 4.2. Il caso di Tiziana: cliente passiva. – 4.3. Casi di clienti socialmente e giuridicamente vulnerabili. – 5. Il ruolo di mediazione sociale e giuridica della clinica. – 5.1. Strategie collaborative.

1. *Le ragioni dell'importanza di un Convegno sul rapporto cliente-avvocato.* – Il convegno dal titolo «Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia», organizzato nell'ambito del PRIN «Edu4Just» finanziato dall'Unione europea nell'ambito del piano *Next Generation EU*⁽¹⁾, rappresenta il primo evento italiano a carattere interdisciplinare dedicato al tema del rapporto cliente-avvocato, con una considerazione specifica rispetto al ruolo del cliente, tradizionalmente ignorato dagli studi processualistici che si concentrano sulla categoria della «parte». L'incontro ha fornito ai

(*) Professoressa Ordinaria di Filosofia del Diritto nell'Università degli Studi di Napoli «Federico II».

(¹) Più precisamente trattasi del PRIN 2022 «Edu4Just» (2022XRYZR5) CUP E53D23007000006. Le notizie relative al progetto sono consultabili sul sito: <<https://www.edu4just.it>>.

partecipanti l'occasione per fare un esercizio di riflessività sulla professione di avvocato, nello stile di ciò che i colleghi statunitensi definiscono efficacemente *lawyering theory* (²), con la funzione di teorizzare alcuni aspetti della pratica forense e stimolare la presa di coscienza che l'operazione di «creazione di significati giuridici» non avviene solo attraverso le decisioni giudiziarie ma anche nelle attività che precedono o stanno fuori dai contesti decisionali in senso stretto, come lo studio dell'avvocato e nell'incontro tra avvocato e cliente. Il modo in cui l'interazione viene modellata, il modo in cui le aspirazioni, i desideri e le domande del/la cliente, a partire dalla comprensione che egli o ella ha del diritto (ciò che i sociologi del diritto definiscono *legal consciousness*) (³) vengono tradotte dall'avvocato e filtrate dal sistema giudiziario sono parte dell'attività più complessa di creazione dei significati giuridici che caratterizza il processo (⁴).

A dispetto dell'attitudine statunitense a riflettere sul ruolo del cliente e a teorizzare sulla professione legale, i teorici del diritto europei hanno focalizzato l'attenzione prevalentemente sul ragionamento giuridico, sul tema della prova e sulle attività processuali in generale. Diversamente, William Twining (⁵), già negli anni Novanta, si era interessato al lavoro degli avvocati e ad un'altra dimensione altrettanto trascurata del *lawyering*, vale a dire il ricorso allo *storytelling*. Lo studioso di Cambridge aveva sottolineato che la di-

(²) Ufficializzata da un omonimo Simposio organizzato alla New York University, negli anni Novanta, per iniziativa di giuristi del calibro di Anthony Amsterdam, Peggy Davis, Richard Sherwin e altri studiosi che proponevano un'inversione di tendenza nella teorizzazione del diritto, partendo dalla pratica (locale) piuttosto che da modelli astratti.

(³) È al nome delle due studiose P. EWICK e S. SILBEY che si riconducono tradizionalmente i *legal consciousness studies*. Delle due aa. si veda, per esempio, *Conformity, Contestation and Resistance: An Account of Legal Consciousness*, in 29 *New England Law Review*, 1992, 731 ss.

(⁴) Per questo tipo di analisi rinvio a F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel 'processo'*, Milano, 2008.

(⁵) È quanto evidenziato da W. TWINING, *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, 2nd ed., Cambridge, 2006.

mensione narrativa non ha a che fare con elementi secondari né irrazionali del discorso giuridico, al contrario essa è funzionale alla messa in forma degli eventi, attraverso la combinazione di questioni di fatto e di diritto oltre che all'interpretazione delle prove. Di qui l'auspicio da parte di Twining che vi fosse un'esplicita teorizzazione circa l'uso della narrazione nel lavoro degli avvocati, come espressione di una più ampia cultura ed eredità giuridica, al pari del ragionamento giuridico.

Più di recente, questo auspicio è stato rinnovato dalla giudice, esperta di *Diritto & Letteratura*, Jeanne Gaakeer (⁶), che ha sottolineato la necessità di compiere la c.d. svolta narrativa – che oggi possiamo considerare acquisita in ambito accademico – anche in ambito pratico, rendendo gli operatori del diritto consapevoli della perniciosa dimensione narrativa nel loro lavoro quotidiano di messa in forma delle storie dei clienti, di qualificazione fattuale e giuridica, tenendo conto dell'impatto che le differenti scelte possono avere nella vita delle persone assistite. Inoltre, l'approccio narrativo è funzionale ad un ragionamento di tipo equitativo ed empatico che riconosca centralità alla storia della persona. Del resto, il processualista Michele Taruffo, pur concentrando il discorso sul ruolo del giudice, ha dedicato spazio alla dimensione narrativa e alla costruzione fattuale, riconoscendo che le storie e le narrazioni sono necessarie nel contesto del processo perché sono lo strumento attraverso cui elementi di informazione possono essere combinati in un complesso ordinato dotato di senso e di coerenza (⁷).

Come ha scritto Taruffo: «Il processo è composto di un numero variabile di storie, raccontate da diversi soggetti in modi diversi, con scopi diversi (...) nel processo le storie vengono narrate dagli avvocati con lo spirito *adversarial* e sono in contrapposizione l'una con

(⁶) J. GAAKEER, *Judging from Experience: Law, Praxis, Humanities*, Edinburgh, 2020.

(⁷) Si veda M. TARUFFO, *La semplice verità. Come i giudici costruiscono i fatti*, Bari, 2009.

l'altra (...»⁽⁸⁾). L'avvocato è definito come «un narratore processuale», le cui narrazioni sono costruite a seconda del sistema e dell'etica processuale, in funzione della concezione della verità e tenendo conto del c.d. interesse del cliente⁽⁹⁾. L'attenzione per la dimensione narrativa è dunque il secondo elemento di originalità di questo Convegno.

La terza ragione che ha reso particolarmente significativo questo Convegno è il suo valore sociale perché esso invita (direttamente o indirettamente) a riflettere su come favorire l'accesso alla giustizia delle persone assistite, soprattutto se esse sono in condizione di vulnerabilità sociale.

Qui è possibile indentificare un certo parallelismo, rispetto alla letteratura statunitense, dal punto di vista di un'evoluzione della rappresentazione del ruolo dell'avvocato ma anche del cliente, all'interno di un sistema sociale e giuridico sempre più complesso, animato dalla richiesta di partecipazione di persone e di gruppi sociali, che aspirano sempre più ad essere partecipi delle decisioni che riguardano le loro vita, tra queste, le persone straniere che in particolare fanno richiesta di protezione internazionale in Italia⁽¹⁰⁾. Questo Convegno e, ancora prima, la fondazione nel 2021 della rivista *Giustizia Consensuale* intercettano dunque nuove effervescenze sociali e nuove tendenze in fatto di soluzione dei conflitti. I sociologi del diritto, tra questi Jacques Commaille, Pierre Noreau e Yan Senechal parlano di «svolta partecipativa»⁽¹¹⁾ in coincidenza con l'erosione della credibilità del paradigma statalista, dando vita a forme di autoregolamentazione «dal basso». Aumentano, per esem-

⁽⁸⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁾ Come è noto, l'avvocato si basa sulle informazioni in suo possesso e il dovere di verità non è sanzionato dal c.p.c.: *ibidem*, 43.

⁽¹⁰⁾ Sull'argomento si veda F. DI DONATO, A. CAMPO (a cura di), *Accesso alle audizioni nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale. Analisi di pratiche e teorizzazioni clinico-legali*, Napoli, 2024, *passim*.

⁽¹¹⁾ Si veda Y. SÉNÉCHAL, J. COMMAILLE, P. NOREAU (eds.), *Le droit comme laboratoire de participation citoyenne*, in *Érudit*, 2024, 92: <<https://www.erudit.org/fr/revues/lsp/2024-n92-lsp09486/>>.

pio, le esperienze di impegno civico nella gestione di fenomeni migratori, con il coinvolgimento attivo di comunità come Sant'Egidio che contribuiscono a forme di autoregolamentazione sociale utilizzando gli strumenti del diritto, non per stravolgere i modi di vita delle persone provenienti da altre culture ma al contrario per ribaltarne le sorti sociali e consentire loro di ottenere una legittimazione a pieno titolo, attraverso un contratto di lavoro o una civile abitazione, partecipando al dialogo sociale al pari degli altri cittadini.

L'impostazione del Convegno, dunque, è stata quanto mai appropriata perché non ha inteso confinare il discorso ad una analisi tecnica del rapporto cliente-avvocato. Ciò che è in gioco è l'emancipazione sociale del/la cliente come cittadino/a e come avvocato laico, come l'aveva definito Gerald López in *Lay lawyering*, un articolo degli anni Ottanta, criticando un approccio tecnico ed autoritativo che tende a caratterizzare l'articolazione del rapporto cliente-avvocato⁽¹²⁾. Del resto, l'emergenza di una letteratura clinico-legale sul tema del rapporto cliente-avvocato si colloca, negli Stati Uniti, tra la fine degli anni Sessanta e gli inizi degli anni Settanta, quando giuristi clinici impegnati nella lotta per il riconoscimento dei diritti delle minoranze hanno dimostrato che il diritto non è solo uno strumento di legittimazione del potere ma può essere impiegato per realizzare obiettivi di giustizia sociale⁽¹³⁾. Sin dagli esordi, le cliniche legali si sono fatte carico della lotta contro povertà e razzismo, con un focus su storie di marginalizzazione e di esclusione. In questo contesto lo *storytelling* ha avuto la funzione di amplifica-

(¹²) Si veda G.P. LÓPEZ, *Lay lawyering*, in *UCLA Law Review*, 1984-1985, 32. Sul tema rinvio più ampiamente F. Di DONATO, *Lay Lawyering. Pour une pédagogie clinique fondée sur la participation active des personnes juridiquement vulnérables*, in *Revue francophone des cliniques juridiques*, <<https://www.cliniques-juridiques.org/?p=816>>.

(¹³) Si vedano A.G AMSTERDAM, *Clinical Legal Education – A 21st-Century Perspective*, in *34 Journal of Legal Education*, 1994, 612-8; G. BELOW, *On Teaching the Teachers: Some Preliminary Reflections on Clinical Education as Methodology*, Buck Hill Falls, Pa, 1978.

re la voce di persone escluse dal dibattito pubblico (¹⁴), oltre ad essere un sofisticato metodo di analisi casistica e di modellamento dei fatti processuali (¹⁵).

Ritenendo allora opportuno incoraggiare ulteriormente questo processo di emancipazione sociale, nell'analizzare la dinamica dei rapporti cliente-avvocato e nell'insistere sul tema dell'ascolto, la mia proposta è di spostare il *focus* dell'analisi su quella che definisco *agentività del cliente* (¹⁶), immaginando strategie collaborative per accompagnare ed incoraggiare la comprensione del diritto anche da parte di persone non esperte, favorendo la loro capacità di mobilitare conoscenze giuridiche, a partire da competenze personali (coerenza, pazienza, sacrificio, intelligenza) e sociali (capacità di attivare esperti, amici, familiari, colleghi nel contesto professionale, capacità di persuadere e legittimare socialmente le proprie scelte). Capacità che possono tradursi sotto varie forme nel *lawyering process*, come dimostrerò attraverso l'analisi di casi nei paragrafi successivi. Le abilità dei clienti possono andare dall'acquisizione di informazioni rilevanti e specifiche per il caso (relative all'ambiente di lavoro, per esempio) a dinamiche collaborative che possono essere determinanti per la riuscita della strategia processuale. Di conseguenza, nei prossimi paragrafi, la mia analisi ruoterà attorno a due domande:

«Come può il cliente come persona non esperta (*lay*) del diritto essere ascoltato ed agire efficacemente in contesti legali e istituzionali?»

«Come sensibilizzare gli avvocati ad un approccio maggiormente collaborativo, funzionale all'*empowerment* del/la cliente e in ultima analisi all'autorappresentazione?»

(¹⁴) L.E. WHITE, *Mobilization on the Margins of the Lawsuit: Making Space for Clients to Speak*, in *NYU Rev L & Soc Change*, 1987-1988, 535-564.

(¹⁵) F. DI DONATO, *The Analysis of Legal Cases. A narrative Approach*, New York-Londra, 2020.

(¹⁶) Su questo tema rimando ad alcuni dei miei lavori: *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel ‘processo’*, cit.; *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, Napoli, 2012; *The Analysis of Legal Cases*, cit.; F. DI DONATO et al., *La fabrique de l'intégration*, Lausanne, 2020.

Per rispondere a queste domande, accennerò dapprima alla letteratura esistente sui rapporti cliente-avvocato soffermandomi sul movimento del *rebellious lawyering*. Successivamente, tratterò dell'approccio narrativo che è fondamentale nel *lawyering*, per poi passare ad un'analisi di casi tratti dal mio repertorio ormai ventennale di ricerca sul tema, presentando profili di clienti attivi, silenziosi e in condizione di vulnerabilità. Per discutere, infine, di *strategie collaborative* che sperimentiamo nel contesto della nostra clinica sia per le persone apolidi che per richiedenti asilo (¹⁷), mettendo in evidenza il ruolo politico di mediazione che svolgiamo come avvocati clinici e il potere trasformativo che la clinica legale può avere nel trasformare le persone assistite da oppresse, per dirla con le parole di Paolo Freire (¹⁸), ad agenti di cambiamento sociale.

2. *Letteratura sul rapporto cliente-avvocato.* – Lo studio della relazione cliente-avvocato si è evoluta nel tempo. In una prima fase di analisi di questo rapporto, tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, dominava una visione *lawyering centred* che attribuiva un ruolo passivo ed invisibile al/la cliente e alla sua storia, conformemente ad una epistemologia di tipo descrittivista, ancora dominante, caratterizzata dalla tendenza dell'avvocato a raccontare i fatti in maniera astratta e impersonale (¹⁹): secondo questo tipo di approccio la vicenda umana all'origine del caso è considerata come secondaria e il cliente è invisibile. Il ruolo dell'avvocato è dominante all'interno della relazione.

In una fase più recente, si riconosce il valore del cliente come *lay person*, della sua dignità e delle sue competenze (giuridiche oltreché sociali). Il c.d. *client-centered approach* si basa sul principio che il

(¹⁷) <<https://www.giurisprudenza.unina.it/clinica-legale-federico-ii>>.

(¹⁸) P. FREIRE, *Pedagogy of Hope: Reliving Pedagogy of the Oppressed*, New York, 2014.

(¹⁹) S. ELLMANN et al., *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, New York, 2009.

cliente abbia una sua autonomia e possa essere in una posizione migliore dell'avvocato per valutare le possibili soluzioni alternative e le conseguenze nell'impostazione della strategia legale. Secondo questa prospettiva i clienti sono attivamente coinvolti nella scelta di quale sia la storia da raccontare, essendo in possesso di informazioni specifiche (per esempio con riferimento al contesto di lavoro). Dagli anni Novanta in poi, si sviluppa quindi una letteratura che sostiene l'opportunità di una *collaborazione* maggiormente egualitaria tra avvocati e clienti (soprattutto marginalizzati). Si parla anche di *client-lawyer relationships*: il cliente è importante per comprendere il caso a partire dalla specifica esperienza di cui è portatore come individuo o come membro di una comunità o di un'istituzione. I clienti sono importanti non soltanto per definire gli obiettivi da raggiungere ma anche per offrire dettagli rispetto alla loro esperienza, partecipando alle decisioni che li riguardano⁽²⁰⁾.

In particolare, Gerald López, stimolando quel movimento del *rebellious lawyering* che oggi è ancora attivo, incoraggia una visione del *lawyering* in senso comunitario e collaborativo, sottolineando l'importanza per gli avvocati di lavorare a stretto contatto con comunità emarginate, sostenendo la necessità di una pratica professionale profondamente connessa ai contesti sociali e culturali delle persone con cui si collabora⁽²¹⁾. López sostiene una pratica del diritto c.d. *community-centered* che sia profondamente radicata nella comunità di cui è parte la persona assistita, immaginando che gli avvocati possano agire come collaboratori a fianco dei loro clienti, rispettando e integrando le loro conoscenze ed esperienze nel procedimento legale. Questo approccio mira a decostruire le dinamiche di potere tradizionali, con avvocati posizionati come esperti che dettano soluzioni, con il rischio di perpetuare le ingiustizie sociali

⁽²⁰⁾ A.V. ALFIERI, *Reconstructive Poverty Law Practice: Learning Lessons of Client Narrative*, in *100 Yale Law Journal*, 1990, 2107-2147; A. V. ALFIERI, *Rebellious Pedagogy and Practice*, in *23 Clinical Law Review*, 2016, 5-36.

⁽²¹⁾ G.P. LÓPEZ, *Rebellious Lawyering: One Chicano's Vision of Progressive Law Practice*, San Francisco, 1992.

che un approccio clinico-legale prova ad evitare. A questo proposito, Richard Wilson utilizza l'espressione efficace di «*lawyering with conscience*» (22).

La visione di López dell'avvocatura si intreccia dunque con l'impegno per la giustizia sociale, incoraggiando gli avvocati ad impegnarsi con movimenti sociali più ampi e ad utilizzare il diritto come strumento per un cambiamento sistematico, piuttosto che affrontare semplicemente casi individuali. Ciò implica una riforma dell'educazione giuridica per preparare gli avvocati ad esercitare in modo da rispondere alle esigenze delle diverse comunità: gli studenti imparano lavorando direttamente con le persone assistite in situazioni reali, come nel caso tipico della clinica legale.

Altro concetto interessante è quello di avvocato «laico» presentato nel saggio prima citato «*Lay Lawyering*» del 1984, dove López lancia un'ulteriore sfida per l'educazione clinico-legale, vale a dire insegnare alle persone non esperte di diritto ad agire come avvocati, definendo la professione di avvocato come «l'arte di risolvere i problemi»: «*To understand lawyering, therefore, we must examine the activity characterized here as 'lay lawyering' – the things one person does when he helps another solve a problem*» (23).

Se la professione di avvocato si presenta come l'arte di risolvere un problema essa riguarda sia gli esperti che i non esperti (di diritto): «*Solving a particular problem always demands specific knowledge, regarding the relevant audiences, stories, and storytelling practices. Training people to adapt their culturally specific problem-solving knowledge to unfamiliar audiences and stories requires, at a minimum, that they be exposed to a new set of potential audiences and stories, and helped to identify and craft those stories the audience will find most persuasive*» (24).

(22) R.J. WILSON, *The Global Evolution of Clinical Legal Education: More than a Method*, New York, 2018.

(23) G.P. LÓPEZ, *Lay lawyering*, cit., 55.

(24) *Ibidem*, 78.

3. *Il ruolo della narrazione nel lawyering process.* – Le storie svolgono un ruolo centrale nel *lawyering process*, dalla messa in forma dei casi alla capacità di raccontare punti di vista alternativi: López provocatoriamente stimolò il ricorso a storie alternative o addirittura «ribelli» in contrapposizione a storie fisse o stereotipate per contrastare visioni dominanti nella società.

Il movimento di *Legal Storytelling* si afferma negli anni Ottanta proprio con la funzione di dar voce a storie di marginalizzazione. La svolta narrativa nel diritto, in senso epistemologico, come è noto, è stata segnata dal lavoro interdisciplinare di Jerome Bruner e Anthony Amsterdam, con il volume *Minding the Law* del 2000, dove il più importante psicologo statunitense del 1900 e uno dei più importanti avvocati newyorkesi mettono in campo la loro vasta conoscenza della teoria narrativa per spiegare, attraverso un'analisi di sentenze della Corte Suprema federale, come la narrazione sia funzionale a persuadere l'*audience* circa la legittimità sociale e culturale di alcune decisioni in materia di famiglia, discriminazione razziale e pena di morte, evidenziando come le storie proposte dalle Corti contribuiscano a modellare visioni sociali e culturali. La narrazione è presentata come una caratteristica fondamentale del *lawyering*: essa è la risposta al problema più generale di come la conoscenza si traduca nel racconto. Collocare gli eventi in una struttura narrativa significa dare loro un «significato»: *stories construct facts that comprise them* (²⁵). Non si tratta di una mera elencazione cronologica: i fatti come narrazioni sono costruiti dalle parti e dal giudice secondo nessi di causalità, di tempo, dimensioni linguistiche, istituzionali e culturali, operando una scelta tra le diverse versioni possibili. Dal punto di vista del *lawyering*, inoltre, una delle funzioni delle narrazioni è proprio quella di consentire il modellamento del rapporto tra cliente e avvocato: «Throughout their relationship, lawyers and clients tell stories to each other. (...). In each interaction between lawyers and clients, the stories of both intersect, each penetrating

(²⁵) A. AMSTERDAM, J. BRUNER, *Minding the Law*, Cambridge, Massachusetts, 2000.

and shaping the story of the other. (...) These narratives of lawyers and clients may coincide or diverge during the representation in different ways at different points, some explicit and others implicit. As clients and lawyers engage through reciprocal and interconnected narratives, they create the lawyer-client relationship» (26).

Come evidenziato, in particolare da Colette Daiute, psicologa sociale, la narrazione è uno strumento relazionale che rende possibile il collegamento tra persone e società. Le persone la usano per connettersi con altre persone, per interagire con le istituzioni, resistendo o trasformando i discorsi istituzionali (27).

A seguito della c.d. svolta narrativa, degli anni Duemila, e al fiorire di studi sui diversi impieghi della narrazione nei diversi ambiti di attività (quotidiano, giuridico, politico, educativo, ecc.), la narrazione è considerata come una categoria sociologica di analisi, potendo fornire chiavi di lettura sulla costruzione e sull'ordinamento del mondo, contribuendo agli stessi processi di costruzione dell'identità delle comunità e alla gestione dell'ordine sociale (28).

A partire infatti dalla sua natura relazionale, la narrazione può essere «un mezzo di inclusione sociale», un modo per includere e potenziare le voci di una minoranza mediando situazioni, relazioni e scopi. Essa collega gli individui alla società: le persone la usano per fare cose, per connettersi con altre persone, per affrontare le strutture sociali, facendo eco, resistendo e trasformando i discorsi istituzionali. Narrare è uno strumento per mediare le relazioni tra sé e la società ed è gestendo le relazioni (e quindi filtrando l'applicazione del diritto) che si raggiungono soluzioni negoziate e condivise. Gli autori di narrazioni – coloro che parlano, scrivono o fanno resoconti della loro esperienza – non si limitano a mettere in forma le parole, ma interagiscono con l'ambiente in cui si trovano e

(26) ELLMANN *et al.*, *Lawyers and Clients. Critical Issues in Interviewing and Counseling*, cit.

(27) C. DAIUTE, *Narrative Inquiry: A Dynamic Approach*, New York, 2013.

(28) R. COVER, *The Supreme Court, 1982 – Term-Foreword: Nomos and Narrative*. *Harvard Law Review*. 97, 4-68, 1983-84.

queste interazioni cambiano a seconda dello scopo del parlante/scrivente e dell'*audience* (reale o immaginaria) al momento della condivisione. Le teorie narrative condividono, infatti, la premessa importante che non esiste un'unica storia vera e che le diverse versioni si evolvono nel tempo e nel contesto di interazione. La narrazione è uno strumento simbolico e pratico per mediare l'inclusione in senso ampio delle persone nella società, attraverso l'uso di leggi, documenti politici, orientamenti giurisprudenziali ed approcci educativi. Nel caso, per esempio, della protezione internazionale, i richiedenti asilo sono chiamati a raccontare la storia «giusta» nei procedimenti amministrativi e giudiziari al fine di essere accettati nel Paese ospitante⁽²⁹⁾. Nelle audizioni davanti alla Commissione territoriali, le pressioni esercitate anche indirettamente su persone non necessariamente istruite si scontrano con il dilemma di dover condividere una storia personale in un modo impersonale orientata verso le aspettative di altri attori istituzionali sconosciuti e talvolta ostili, come sono considerate da taluni le Commissioni territoriali⁽³⁰⁾. Per i richiedenti asilo che condividono le loro storie con funzionari pubblici che prenderanno decisioni che avranno un impatto nella loro vita, gli obiettivi da realizzare sul piano amministrativo e legale e la difesa della propria narrazione dell'esperienza vissuta possono confondersi o essere in conflitto. Si parla di «*storytelling*» per sottolineare che ogni condivisione di un'esperienza avviene nel contesto di circostanze fisiche, sociali e psicologiche reali.

⁽²⁹⁾ F. DI DONATO, A. CAMPO (a cura di), *Accesso alle audizioni nella procedura per il riconoscimento della protezione internazionale. Analisi di pratiche e teorizzazioni clinico-legali*, cit.

⁽³⁰⁾ A. SCIURBA, L. LO VERDE, «*Agire il diritto*» e prendere posizione: il caso della Clinica legale Migrazioni e diritti, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2024, 103-114.

In questi contesti di tensioni relazionali, l'approccio narrativo è preso in esame con almeno due funzioni:

- *Per dare voce e rendere udibile la storia del cliente.*

Poiché la narrazione di un individuo è intesa come espressione della sua esperienza, della sua interpretazione della situazione attuale, della sua intenzione e anche come modalità di creazione di sé e di autoaffermazione. In questa prospettiva, raccontare la storia è la strada per richiedere il riconoscimento dei propri diritti.

- *Per sviluppare il rapporto avvocato-cliente-(funzionario)-giudice.*

La narrazione è uno strumento per modellare e inquadrare la ricostruzione dei fatti e dei percorsi di vita nell'interazione tra avvocato-cliente/richiedente-funzionario-giudice⁽³¹⁾.

Uno degli obiettivi della teoria narrativa è di sviluppare pratiche narrative, a partire dai casi reali, sensibilizzando gli avvocati a una migliore comprensione della vita dei loro clienti e dei loro desideri nel momento in cui si rivolgono agli avvocati. In questo senso, la narrazione diventa uno strumento di mediazione nelle relazioni avvocato-cliente proprio come nel caso delle relazioni medico-paziente.

4. Analisi di casi. – Attraverso l'analisi casistica, l'obiettivo è mettere la relazione cliente/avvocato al centro dell'indagine, perché, come è riconosciuto anche in teoria, è nell'articolarsi di questa complessa relazione che si costruiscono le premesse dell'accertamento fattuale, prende forma il tipo di narrazione da proporre al giudice/al funzionario e le strategie legali da adottare nel processo.

Nei paragrafi che seguono analizzerò alcuni casi per mostrare il diverso atteggiamento dei clienti – collaborativo, passivo, vittimizzante – per poi mostrare come un approccio umanistico ed empatico possa essere funzionale alla creazione di un rapporto fiduciario che conduca alla soluzione del caso.

⁽³¹⁾ Sui diversi usi della narrazione nel *lawyering process* rinvio a F. DI DONATO, *The Analysis of Legal Cases*, cit.

4.1. Il caso di Laura: cliente attiva. – Il caso di Laura è paradigmatico della collaborazione proficua tra avvocato e cliente nella messa in atto di una strategia legale condivisa. Laura, infatti, è vittima di una strategia aziendale che mira a costringerla alle dimissioni attraverso atteggiamenti mobbizzanti. All'inizio, ha un impatto emotivo rispetto ai discorsi «insoliti» del responsabile delle risorse umane, poi anche con l'aiuto del suo avvocato diviene consapevole che la percezione degli accadimenti vada rivista e che dietro l'atteggiamento del suo superiore gerarchico che le rinfaccia delle assenze per malattia e la «diminuzione della sua efficacia» lavorativa c'è altro: «cioè proprio mi hanno fatto sentire improvvisamente che quello non era più il mio ufficio anzi dovevo nascondermi perché si vedeva che sul mio viso c'era qualcosa di traumatico che avevo parlato con il capo del personale e ne uscivo nervosa e ciò poteva dar fastidio: questa persona mi aveva detto delle cose di una gravità incredibile; non l'avrei mai immaginato»⁽³²⁾.

L'approccio collaborativo emerge in questo passaggio dell'intervista dove Laura dice: «Quando ne ho parlato con l'avvocato abbiamo deciso che la prima cosa da fare era rimuovere completamente questa richiesta di dimissionamento (...). Abbiamo deciso di mandare questa e-mail in cui dicevo ufficialmente al capo del personale e all'amministratore delegato che erano due anni che venivo sottoutilizzata, che avevo fatto presente questa cosa ai miei diretti superiori che non era cambiato nulla»⁽³³⁾. Questo è il c.d. turning point *della narrazione*: avvocato e cliente attribuiscono il significato di un demansionamento a quegli avvenimenti attraverso la costruzione di nessi causali e temporali che di fatto non esistono in natura ma sono costruiti per l'esigenza del processo: «abbiamo svelato tutto come una serie di ritorsioni a qualunque mia richiesta che l'azienda ha sempre fatto nei miei confronti»⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel ‘processo’*, cit., 133.

⁽³³⁾ *Ibidem*, 126.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

Laura può essere definita come una «cliente attiva» perché è autrice di molte iniziative, alcune delle quali funzionali a qualificare i fatti: «a me l'intento persecutorio della responsabile delle risorse umane appare non solo dalle due visite fiscali consecutive su quattro giorni di malattia, non solo dall'invio di questa comunicazione ma anche e soprattutto dal fatto che nella mail non si dice che sarò capo progetto ma si elencano solo tre mansioni del tutto indefinite; è evidente che la mail di X è una mossa per pararsi; è evidente che la loro linea è di dimostrare che le assenze sono state la causa dei problemi professionali lamentati e non, come invece è, la conseguenza; la mail dice il falso a proposito di un punto centrale»⁽³⁵⁾.

E alla fine la morale della storia è:

«Sono assolutamente sollevata... tutto quello che si doveva dire è stato detto... resta agli atti che non stata lì a firmare la prima cosa che mi hanno sottoposto, ho cercato di reagire, di metterli in difficoltà: questa è la cosa che mi dà più soddisfazione ... comunque ci sono riuscita perché quell'accordo non si sarebbe mai raggiunto se non avessimo fatto insieme all'avvocato tutto questo percorso»⁽³⁶⁾. Laura è stata dunque soddisfatta non solo per il risultato ottenuto ma per il ruolo attivo che ha avuto nella gestione del suo caso, in collaborazione con l'avvocato.

4.2. Il caso di Tiziana: cliente passiva. – Il caso di Tiziana rientra nella tipologia di casi di clienti silenziosi, non collaborativi, perché traumatizzati dagli avvenimenti, in questo caso dall'abbandono del coniuge e dalla difficoltà di comprendere il ruolo dell'avvocato che non potrà essere quello di riportare suo marito a casa. Nell'integrazione con l'avvocato, la domanda culturale di ottenere la restituzione della dote nuziale, che ha un alto valore simbolico, prevale sulla domanda di tutela legale attraverso la richiesta di un assegno di mantenimento. Cosicché la vicenda prosegue su un doppio binario: da un lato, Tiziana e la sua famiglia sembrano unicamente interessate

⁽³⁵⁾ *Ibidem*, 144.

⁽³⁶⁾ *Ibidem*, 126.

ti a recuperare i beni dotali; dall'altro, il legale di Tiziana tenta di orientare la sua strategia anche verso obiettivi diversi (far assegnare la casa familiare a Tiziana; far addebitare la separazione al coniuge di Tiziana) e si vede costretto a ricostruire in autonomia i fatti della vita coniugale di Tiziana che emergono non perché narrati dalla cliente ma perché intuiti dal legale ed hanno a che fare con la difficoltà della coppia di avere figli. Elementi di cui Tiziana non sembra essere pienamente cosciente e sono taciti dalla sua stessa famiglia.

Rispetto a queste anomalie che caratterizzano il rapporto cliente-avvocato, la vicenda si conclude con un accordo transattivo con il quale la famiglia di Tiziana rientra in possesso del corredo (dal quale tuttavia erano state sottratte delle cose) e Tiziana ottiene dal coniuge una somma di denaro. In questo caso il silenzio esprime la difficoltà della cliente sia a comunicare emozioni sia a realizzare e raccontare quanto è accaduto. Il quesito da porre è allora: come ha fatto l'avvocato ad articolare una strategia legale adeguata se Tiziana è reticente e soprattutto se sua madre si intromette nel dialogo con l'avvocato? Come avrà fatto l'avvocato a stabilire un minimo di simpatia con questa cliente?

L'avvocato sopperisce al silenzio della cliente compilando lei stessa l'elenco dei beni che dovrebbero costituire la c.d. dote nuziale, secondo un approccio tradizionale del *lawyering* che attribuisce all'avvocato un ruolo tecnico e di supremazia nella relazione.

Questi due primi esempi che riguardano, rispettivamente, il diritto del lavoro ed il diritto di famiglia sono agli antipodi: nel caso di Laura, l'approccio collaborativo riesce perché tra avvocato e cliente si stabilisce un'intesa; nel secondo caso, la relazione è segnata da un fallimento dal punto di vista della creazione di un approccio fiduciario con il rischio per le persone assistite di non riuscire ad ottenere una tutela giudiziale adeguata⁽³⁷⁾.

⁽³⁷⁾ Il caso di Tiziana è tratto da F. DI DONATO, *La realtà delle storie. Tracce di una cultura*, cit.

4.3. Casi di clienti vulnerabili. – L'approccio collaborativo – in particolare proposto da López e dai giuristi clinici – è maggiormente sperimentabile in casi di clienti vulnerabili, come le vittime di tratta, che richiedono molteplici competenze. In questo paragrafo, l'analisi si apre dunque al ruolo svolto da figure professionali diverse dagli avvocati, come i mediatori culturali che contribuiscono al processo di ricostruzione delle storie da parte della presunta vittima di tratta, funzionale alla successiva identificazione e all'ottenimento della protezione internazionale. La ricostruzione del caso di Margaret mostra come, in teoria, queste diverse figure professionali potrebbero contribuire a potenziare le prestazioni delle clienti vulnerabili nelle procedure che li coinvolgono ma nei fatti ciò richiede un'adeguata preparazione, altrimenti si rischia di aggravare il trauma.

Il caso di Margaret

La storia di Margaret, giunta in Italia dalla Nigeria, prima per sfuggire da un matrimonio forzato e poi per affrancarsi da forme di sfruttamento sessuale⁽³⁸⁾, si è snodata attraverso una serie di interviste con il personale di una cooperativa sociale con sede a Napoli, incaricata della compilazione del rapporto da inviare alla Commissione territoriale funzionale all'identificazione della potenziale vittima. Riporto dei passaggi dell'interazione tra Margaret e le persone incaricate della sua identificazione per mostrare il processo narrativo e la mancanza di una corretta formazione dell'avvocato sul metodo di accertamento dei fatti e di sollecitazione del racconto della persona assistita. Lo scopo dell'analisi è di mostrare come queste diverse collaborazioni interrompano o supportino, dalle loro diverse prospettive, la narrazione della cliente.

Il processo di identificazione di Margaret intrapreso da una cooperativa di lavoro sociale che collabora con la Commissione territo-

⁽³⁸⁾ Il caso di Margaret è analizzato in F. DI DONATO, *New Forms of Collaborative Lawyering and Story Construction in the Field of International Protection: Cases of Victims of Human Trafficking*, in *Migration Letters. Special Issue: Participatory Methods in Migration Research*, 2020, 299-307.

riale (sezione di Napoli) per l'identificazione delle vittime della tratta ha preso la forma di una serie di interviste a cui ho potuto partecipare, tra febbraio e aprile 2018. Quella che segue è una breve descrizione delle tre fasi di queste interviste con Margaret.

Durante il primo incontro, l'avvocato spiega a Margaret come sta per procedere, sottolineando la funzione e il significato del percorso che stavano per intraprendere insieme: quello di ricostruire la sua storia e orientarla ai fini del colloquio che avrebbe avuto con la Commissione qualche mese dopo. L'avvocato ha anche sottolineato l'importanza di costruire una storia che le desse maggiori possibilità di ottenere lo *status* di protezione internazionale, spiegando che il riconoscimento dell'asilo si basa sul presupposto che ci siano buone ragioni per ritenere che la richiedente sarebbe in grave pericolo se dovesse tornare nel suo Paese di origine:

«Dobbiamo essere molto precisi nel ricostruire la tua storia da quando eri ancora in Nigeria. Non riusciremo a fare tutto oggi: è un lavoro complicato. Se facciamo un buon lavoro, abbiamo maggiori possibilità di costruire una storia che porterà a un lieto fine»⁽³⁹⁾. La mediatrice culturale, parlando in parte in inglese e in parte nella lingua della richiedente, aggiunge: «devi convincerli dei rischi che stai per affrontare, devi mostrare solide ragioni. Non è un problema se non ricordi: sentiti libera e rilassati». L'avvocato ha poi chiesto maggiori dettagli sulle varie tappe del viaggio: «Facciamo una parte di questo viaggio? Stiamo lasciando Benin City»⁽⁴⁰⁾. Margaret riprende il suo racconto, precisando che, dopo diverse ore di viaggio, la persona che ne era responsabile li aveva lasciati da qualche parte, dando a ciascuno di loro un numero: dovevano rimanere in quel luogo non identificato fino a quando non fossero stati chiamati sulla base di questo numero. Poiché c'erano alcune lacune nella storia, dopo circa due ore di intervista, l'avvocato suggerisce di fermarsi e di riprendere un'altra volta, commentando così: «Il viaggio è una tappa molto importante per ricostruire la storia. Quindi ci fermia-

⁽³⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

mo ora e continuiamo la prossima volta»⁽⁴¹⁾. Margaret mostra segni di impazienza e chiede quanto tempo dovrà aspettare prima che la Commissione la convochi per l'udienza: aveva presentato la sua domanda nel novembre dell'anno precedente ed erano già passati tre mesi. L'avvocato risponde che il tempo di attesa è generalmente fino a un anno dall'inizio della procedura e che l'obiettivo non è quello di affrettare le cose ma di fare un buon lavoro.

Durante il secondo incontro, la mediatrice culturale guida Margaret nel processo di ricostruzione della storia, evidenziando delle lacune nel racconto ('punti che ci sfuggono'): «loro [la Commissione] sono diretti, tu devi essere specifica. Dalla Nigeria alla Libia, quanti giorni ci sono voluti? Quanto tempo sei rimasta in Libia? Dove? Come sei sopravvissuta? Ti hanno dato dei vestiti?». Considerando la reticenza di Margaret, la mediatrice cerca di incoraggiarla ulteriormente, suggerendole di pensare seriamente alle conseguenze di essere rimandata a casa. La mediatrice parla con impazienza, chiedendo in italiano «ma che stiamo facendo?», poi continua in inglese: «*We are doing everything we can. I am not responsible because I tried. It is time! Who was that man? I want the name! What happened between the two of you? Is he the father of your baby? How long did you stay at that house? Who was he?*».

Margaret inizia allora a parlare nella sua lingua, senza fermarsi, alternando il suo racconto a lacrime. La mediatrice culturale aggiunge qualche commento in italiano che mi ha permesso di capire l'essenza della storia: «Lei [la signora che l'ha attesa all'altro capo del viaggio] porta sette uomini ogni giorno e prende soldi per tre settimane». I brevi estratti di queste conversazioni mostrano come le domande si siano evolute da un incontro all'altro, diventando più pressanti e dirette. Inoltre, questo comportamento verbale è stato accompagnato dalla crescente impazienza della mediatrice culturale, che ha cercato di incoraggiare Margaret a raccontare la sua storia,

⁽⁴¹⁾ *Ibidem.*

dicendo che aveva fatto tutto il possibile per aiutarla e sostenerla nel percorso funzionale all'incontro con la Commissione.

Il ruolo svolto dall'avvocato, presente solo al primo di questi incontri, è stato più incisivo ma limitato alla definizione del quadro operativo e giuridico. Per quanto riguarda l'interazione tra Margaret e le due operatrici, sembra esserci un'apparente mancanza di comprensione e di rispetto per la narrazione quotidiana e socioculturale quando il mediatore dice che «la verità è dentro di te» (42).

Margaret sembra avere poche opportunità di raccontare le sue storie in modo spontaneo, come ad esempio rispetto alle persone che ha incontrato durante il viaggio, il modo in cui l'hanno trattata/hanno parlato con lei e come è arrivata a prendere coscienza di ciò in cui era coinvolta.

Come è stato dimostrato in altri casi, il fatto che una storia sia spontanea e trasparente non è sufficiente da sola a renderla degna di riconoscimento e tutela legale. Questo può forse spiegare l'artificiosità della situazione sopra descritta e l'apparente ricostruzione forzata della storia da parte della mediatrice culturale. Lasciare spazio ad una narrazione libera è importante per catturare appieno il significato personale e sociale della storia e far emergere una verità non stereotipata.

Quando l'ascolto è guidato dalle norme, è probabile che modelliamo ciò che sentiamo in termini di requisiti e criteri, ad esempio per quanto riguarda la credibilità e la coerenza, richiesti dalla legge, rischiando di essere condizionati in un giudizio che deve essere soprattutto di tipo equitativo piuttosto che basato su criteri di verità assoluti. In termini di coerenza interna, le storie che si conformano troppo rigidamente a un copione definito da fughe da violenza estrema e minacce morali in caso di ritorno potrebbero sembrare non autentiche (43). La coerenza e la credibilità sono, dopo tutto, sia

(42) *Ibidem*.

(43) Si vedano F. DI DONATO, C. DAIUTE, *Coerenza e credibilità nei racconti dei richiedenti asilo: analisi, lacune e soluzioni collaborative*, in *Ragion pratica*, 2023, 1.

concetti soggettivi che concetti normativi che implicano un posizionamento complesso intorno al percorso migratorio, che è per definizione un processo psicosociale (relazionale, conflittuale, mutevole, ecc.) che prende forma nell'interazione avvocato-cliente e caso per caso.

Margaret resiste alla domanda della mediatrice culturale «dimmi la verità; non puoi dimenticare la verità perché essa è dentro di te», non perché la sua storia fosse falsa (bastava guardarle le mani per capire che erano deformate dal lavoro precoce di cui aveva parlato durante l'intervista) ma perché si trattava di una domanda mal posta (⁴⁴).

A partire allora dall'esempio di cattiva pratica di interazione cliente-avvocato, nel caso di Margaret, torno alla domanda di partenza: «come si può sviluppare nella pratica professionale un approccio collaborativo, coinvolgendo la persona interessata nella soluzione del suo caso»?

5. Il ruolo di mediazione della clinica. – Per rispondere a questa domanda, propongo esempi che emergono dal lavoro della clinica legale federiciana. Piuttosto che ricostruire analiticamente i casi, voglio mettere l'accento sul nostro modo di lavorare con le persone Rom, rispetto a cui svolgiamo un lavoro di mediazione sociale e giuridica in senso ampio (⁴⁵).

La clinica legale per le persone apolidi (*Statelessness Legal Clinic*) è creata nel 2021 su iniziativa dell'Alto Commissariato delle

(⁴⁴) Ho analizzato il caso di Margaret anche in collaborazione con la Professoressa Colette Daiute facendo emergere i limiti di un'intervista non gestita nel rispetto della condizione di vittima: si veda F. DI DONATO, C. DAIUTE, *Tensions between Norms of Everyday Narrating and Legal Narrating*, in *International Journal of Law in Context*, 2023, Cambridge, 1-20, <<https://doi.org/10.1017/S1744552322000507>>.

(⁴⁵) Sul punto rinvio a F. DI DONATO, *La clinique juridique comme espace de participation et de médiation*, in *Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice*, 2024, <<https://wyaj.uwindsor.ca/index.php/wyaj/article/view/9064>>.

Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR), che ci ha affidato la missione di regolarizzare lo *status* civico di persone apolidi, compito che portiamo avanti in collaborazione con l'unità operativa Rom del comune di Napoli e gli stessi membri della comunità Rom, la maggior parte dei quali sono apolidi. L'obiettivo della clinica legale per l'*apolidia* è quello di contribuire alla diffusione di una cultura dei diritti e della regolarizzazione (attraverso il riconoscimento dell'*apolidia* o dello *status* di cittadino), consentendo ai membri di questo gruppo vulnerabile di accedere ai diritti fondamentali (casa, salute e istruzione).

Quando si affrontano problemi che riguardano un'intera comunità, come nel caso delle persone Rom della comunità di Scampia, si tratta di fare innanzitutto un lavoro di «coscientizzazione», basato sulla partecipazione, sull'accompagnamento e la presa di coscienza⁽⁴⁶⁾, spiegando alle persone assistite che hanno diritti, stimolandole a non accontentarsi della loro condizione di appartenenti a gruppi minoritari e di vittima e ad emanciparsi fino ad avere una voce nel dibattito pubblico. La clinica legale, infatti, se da un lato mette al centro del processo educativo la responsabilizzazione dello studente (come apprendista avvocato ma anche in quanto cittadino), dall'altro, promuove forme di *empowerment* dei beneficiari (coinvolgendoli nella ricerca-azione e nella didattica), attraverso azioni concrete che hanno l'effetto di generare trasformazione⁽⁴⁷⁾.

(⁴⁶) *Ibidem*.

(⁴⁷) Si veda la testimonianza di Milena che ha ottenuto il riconoscimento dello statuto di apolide ed il relativo permesso di soggiorno, grazie al supporto della clinica: <www.facebook.com/100027050850646/videos/pcb.1644583429786670/3021625818013415>. Il caso di Milena è stato analizzato in F. Di DONATO, G. Di FIORE, *Al di là dei rifiuti urbani: una clinica legale dell'ambiente come strumento per l'inclusione*, in F. ABBONDANTE, E. BUONO, F. Di DONATO, G. MASTROMINICO, V. NITRATO IZZO, S. TORRE, M. TUOZZO (a cura di), *Narrazioni degli spazi urbani: attori, luoghi, rappresentazioni. Una prospettiva di law and humanities*. Atti del X Convegno Nazionale della ISLL, 425-441:<https://amsacta.unibo.it/id/eprint/8364/1/Dossier_ISLL2023_Napoli.pdf>.

5.1. Strategie collaborative. – Come si fa ad entrare in comunicazione e a creare un rapporto fiduciario con assistiti in condizioni di marginalizzazione sociale e giuridica? Per i fautori dello *storytelling* ed i clinici la domanda rivoluzionaria sarebbe la personalizzazione di *what's happened in what's your story?* Dal punto di vista delle nostre pratiche cliniche la domanda rivoluzionaria è *come stai?* Come raccontano le borsiste della nostra clinica, a seguito delle loro numerose esperienze a Scampia: «la prima domanda che abbiamo posto è stata come stai? forse perché questo non viene mai chiesto. Sembra una sciocchezza ma in realtà nessuno fa mai questa domanda; si tratta di creare un rapporto empatico non solo con gli assistiti ma anche con le loro famiglie che li influenzano notevolmente» (48). Ed ancora: «La cosa più importante è quella di farli sentire riconosciuti, considerati e questo avviene coinvolgendoli e chiamandoli per capire come stanno visto che molti hanno lamentato di sentirsi abbandonati soprattutto a Scampia. Del resto, sarebbe molto brutto incontrare persone che neanche conosci e cominciare a fare domande di rispetto alla loro storia e alla loro vita senza avere un minimo di tatto, di interesse rispetto a chi sono. È proprio la particolarità della clinica riuscire a mediare tra tutte queste barriere che sono innanzitutto emotive. Teresa, per esempio, una delle persone assistite dalla clinica nell'insediamento rom di Giugliano, si è dispiaciuta perché non poteva ospitarci a casa e offrirci nulla visto che vive in una roulotte, noi l'abbiamo rassicurata a spostare l'attenzione da ciò che non ha su ciò che ha e quindi sul rapporto con i bambini e su quanto fossero educati» (49).

Del resto, sin dalle origini, le cliniche legali sono state create per aiutare persone in situazioni di vulnerabilità sociale e legale, a parti-

(48) Questo passaggio è tratto dal *report* di una delle borsiste della *Statelessness Legal Clinic*:<<https://clinicalegalegiurisprudenza.unina.it/statelessness-legal-clinic/>>.

(49) Si veda F. DI DONATO, G. DI FIORE, *Al di là dei rifiuti urbani: una clinica legale dell'ambiente come strumento per l'inclusione sociale*, in *ISLL Dossier* (in corso di pubblicazione).

re dalla terminologia impiegata di *law dispensary*, simili ai dispensari medici, la cui missione era fornire assistenza «sollievo ai poveri che non possono ottenere giustizia a causa della loro povertà»⁽⁵⁰⁾.

Aiutare la persona a prendere coscienza della propria situazione di marginalizzazione individuando lo strumento giuridico adeguato è un'attività simile a quella del medico che ascolta il suo paziente e fa una diagnosi. Tra il 1908 e il 1916, le cliniche legali furono ufficialmente associate al lavoro di *assistenza legale* «per i poveri e gli indigenti». Nel 1916, l'Ordine degli Avvocati dello Stato di New York aveva richiesto che la clinica legale facesse parte della formazione di ogni studente di giurisprudenza⁽⁵¹⁾. Rappresentare e affermare la dignità e l'autonomia dei clienti vittime di ingiustizie ha fatto parte, sin dal principio, della visione emergente dei giuristi clinici.

Secondo Alfieri, le persone povere ed emarginate possiedono competenze e conoscenze che consentono loro di raccontare «storie alternative», resistendo alle visioni delle élite dominanti della società. Gli avvocati non dovrebbero semplicemente lavorare per i clienti ma *con* loro come «alleati»⁽⁵²⁾. L'obiettivo è quello di rafforzare la posizione degli assistiti insegnando loro a diventare attori politici (e giuridici) a pieno titolo. L'essenza della clinica risiede in ciò che, come si diceva, Wilson definisce *lawyering with conscience*⁽⁵³⁾. Essere un clinico «con coscienza» significa servire individui e gruppi sociali che altrimenti non avrebbero accesso alla giustizia o al riconoscimento della pari dignità.

Nell'ambito della riforma di Bologna, la funzione c.d. di terza missione conferisce all'Università il ruolo di osservatorio privilegiato di problematiche sociali. Le cliniche legali mirano ad analizzare e

⁽⁵⁰⁾ Sul significato originario della clinica legale come *law dispensary* si veda E.H. MILLER, *The Law Dispensary at the University of Pennsylvania*, in A.B.A. *Ann. Rep.*, 1984, 490, menzionato in R.J. WILSON, *The Global Evolution of Clinical Legal Education: More than a Method*, cit., 89-90.

⁽⁵¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

⁽⁵³⁾ *Ibidem*.

a contrastare i meccanismi di esclusione sociale sulla base dell'idea che la risposta alla vulnerabilità risieda nel supporto sociale. L'assistenza reciproca diventa essenziale per il funzionamento della società. Si tratta di promuovere un sistema socio-giuridico che si articoli attorno a un principio relazionale, i cui valori chiave sono la reciprocità, l'interdipendenza, la responsabilità e la fiducia. Riconoscere le reciproche forme di vulnerabilità apre le porte all'empatia, alla comprensione e alla fiducia e ci porta a trovare soluzioni cooperative e interattive ai temi dell'inclusione e della partecipazione.

Le cliniche legali, con la loro vocazione umanistica e sociale, possono farsi carico di questa vulnerabilità agevolando la partecipazione delle persone assistite in quanto non esperte di giustizia, aiutandole a prendere coscienza dei propri diritti e di come poterli esercitare, piuttosto che vivere nell'illegalità e nell'invisibilità⁽⁵⁴⁾. Queste persone si sentono finalmente apprezzate dall'attenzione che la clinica dà loro, come ha scritto Marie Deramat: «(...) Essere ascoltati non significa solo essere ascoltati attivamente. Significa anche avere la possibilità per una persona di potersi esprimere su una situazione che la riguarda, sia sul suo contesto che sulle decisioni che ne possono derivare»⁽⁵⁵⁾.

Nel tempo, le persone della comunità Rom hanno imparato a fidarsi di noi e del servizio offerto dall'Università. Fin dall'inizio, il nostro obiettivo non è stato quello di «sostituirci alla loro parola ma piuttosto di partecipare alla creazione di una vera e propria collaborazione basata su competenze diverse per raggiungere un obiettivo comune»⁽⁵⁶⁾. Lo stretto rapporto che si è sviluppato tra queste persone e gli studenti della clinica ha svolto un ruolo cruciale grazie a un reciproco effetto di *empowerment* e ad un rafforzamento dell'autostima tra le parti coinvolte: persone assistite, da un lato, e

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ M. DERAMAT, *Cliniques juridiques et renforcement du pouvoir d'agir des personnes – l'exemple de la Clinique du droit de Bordeaux*, in *Cliniques juridiques* 2018, <<https://www.cliniques-juridiques.org/?p=399>>.

⁽⁵⁶⁾ *Ibidem*.

studenti, dall'altro⁽⁵⁷⁾. A loro volta, gli studenti vengono sensibilizzati alla causa dei gruppi sociali emarginati. Vogliono aiutarli e cercano risultati concreti – come è stato fatto nel caso di Milena, la prima persona che ha ottenuto lo *status* di apolide⁽⁵⁸⁾.

Abbiamo realizzato quello che i clinici chiamano «*community lawyering*» intorno a problemi reali, immaginando soluzioni *con* gli utenti in base al loro punto di vista e alle loro conoscenze e coinvolgendoli nel processo decisionale. Uscire dalle aule e recarsi al campo Rom, alla periferia della città di Napoli per condividere un caffè con queste persone che vivono in condizioni critiche (mancanza di alloggio, sotto un ponte, senza illuminazione o riscaldamento), non solo ha permesso di fare didattica impegnata, liberatoria ed esperienziale, come aveva auspicato Paulo Freire⁽⁵⁹⁾, ma anche quello che viene chiamato *street law*, un'educazione alla legalità porta a porta. La visita ha permesso la condivisione delle conoscenze ma anche lo sviluppo della comprensione, della fiducia e dell'empatia necessarie per creare una relazione reciproca. In questa dinamica virtuosa di avvicinamento e di scambio tra diverse forme di socialità e conoscenza, la gestione di casi di persone socialmente e giuridicamente vulnerabili diventa non solo un compito legale e burocratico ma una missione. Questa missione consiste nell'assunzione e nella condivisione delle responsabilità, attraverso l'abbattimento delle barriere del «noi» e del «voi» e lo sviluppo di progetti di cooperazione per una vita sociale migliore⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁷⁾ *Ibidem*, 11.

⁽⁵⁸⁾ V. la pagina della clinica legale: <<https://www.giurisprudenza.unina.it/clinica-legale-federico-ii>>.

⁽⁵⁹⁾ Le connessioni tra processo di coscientizzazione, inteso come recupero della coscienza del proprio valore di persona titolare di diritti (e non strumento) ed educazione problematizzante, come premessa per l'emancipazione dal ruolo di oppressi sono esplorate da Paulo Freire che mette in relazione educazione e giustizia sociale, proponendo un approccio pedagogico impegnato (*engaged*) basato sulla partecipazione, sull'accompagnamento e la presa di coscienza, come premessa per l'emancipazione. P. FREIRE, *La pedagogia degli oppressi*, Milano, 1971.

⁽⁶⁰⁾ J. BUTLER, *Vita precaria: i poteri del lutto e della violenza*, New York, 2004.

Abstract

Coniugando la letteratura statunitense in materia di *lawyering* e di *clinical legal education* con un'analisi casistica ambientata nel contesto giuridico italiano, questo contributo sottolinea il possibile ruolo attivo del cliente nell'inquadramento del caso e nella realizzazione della strategia legale. Sono analizzati diversi profili di clienti e l'importanza di un ascolto inteso come cura, calibrato sulla storia personale e sulla comprensione del contesto di vita della persona assistita, specialmente se socialmente e giuridicamente vulnerabile.

L'approccio clinico-legale basato sul coinvolgimento attivo delle persone supportate, oltre che sulla responsabilizzazione degli studenti, è presentato nella sua versione collaborativa, finalizzato alla presa di coscienza e all'*empowerment* sociale e giuridico di persone che vivono in condizioni di marginalizzazione, come nel caso delle persone Rom dell'insediamento di Scampia cui, tra gli altri, la clinica dell'Università di Napoli «Federico II» rivolge la sua attenzione.

By integrating American literature on lawyering and clinical legal education with a case-based analysis situated within the Italian legal context, this contribution underscores the potential active role of clients in the framing of legal cases and in the development of legal strategies. It explores different client profiles and highlights the significance of listening as a form of care – dealing with the client's personal history and everyday lifepath – particularly when the person assisted is socially or legally vulnerable. The clinical law approach grounded in the active engagement of clients, as well as in the assumption of responsibility by students, is presented in its collaborative dimension, aimed at fostering awareness and promoting the social and legal empowerment of people living in conditions of marginalization, such as the Roma community residing in the Scampia settlement, which, among others, constitutes a focus of the Legal Clinic of the University of Naples 'Federico II'.

THE LAWYER'S BEST HARD CHALLENGE: COUNSELING FULLY INFORMED, WISE, AND LOYAL CLIENTS (*)

*Marjorie Corman Aaron (**)*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. Requirements for a Fully Informed, Wise, and Loyal Client. – 3. Goldilocks on Lawyering Models. – 4. Strategies for Meeting the Lawyer-Client Communication Challenges. – 5. Avoiding Legalese is Not Sufficient for Client Understanding. – 6. Working with and Accounting for Psychological Hardwiring. – 7. Beware the Effects of Positive or Negative Framing. – 8. Emotions are Real; Seek to Move Negative Emotional States to More Positive. – 9. Release Clients from their Meaning Trap by Offering Alternatives. – 10. Good News Conclusion.

1. *Introduction.* – When I think about the client counseling, the myth of Icarus and his father come to mind. Without pretending to know it well, I believe Icarus and his father were trapped in a tower on this island of Crete by an evil king. The father hatched an escape plan – to fly from the tower on wings he constructed from feathers held together by wax. It is said that the father advised Icarus not to fly close to the sun. But we do not know exactly what words he

(*) This paper draws from my book, *Client Science: Advice for Lawyers on Counseling Clients Through Bad News and Other Realities* (Oxford University Press, 2012), referred to hereafter by its short title: *Client Science*.

(**) Professor of Practice, Emerita, at the University of Cincinnati College of Law. Mediator and arbitrator at just-decisions.com and for the American Arbitration and the Cincinnati Bar Association

chose, how his advice was delivered or whether reasons underlying this advice were clearly stated. Did his father speak in a way that made Icarus, a teenager, determined not to listen or obey? Did he feel infantilized? Was his father's explanation of the sun's danger too abstract, too cursory, or too technical? Might Icarus have listened better if he understood the science or the gravity of the circumstances? If he felt respected by his father?

Accounts of this myth do not provide details as to Icarus' father's manner or word choice, but the literary and artistic depictions tell us that Icarus made the unwise decision to fly close to the sun. Predictably, his wings melted and he fell to his death. It was an avoidable tragedy. For me, for us, myth of Icarus poses the question: what can lawyers do to foster wise client decisions?

We all know wisdom when we see it. Wikipedia confirms:

Wisdom is the ability to apply knowledge, experience, and good judgment to navigate life's complexities. It is often associated with insight, discernment, and ethics in decision-making. Throughout history, wisdom has been regarded as a key virtue in philosophy, religion, and psychology, representing the ability to understand and respond to reality in a balanced and thoughtful manner. Unlike intelligence, which primarily concerns problem-solving and reasoning, wisdom involves a deeper comprehension of human nature, moral principles, and the long-term consequences of actions.⁽¹⁾

Clearly, when counseling a client, a lawyer applies knowledge learned in law school or from book-filled or digital libraries. Lawyers also draw upon their experience with the workings of the legal system. At a minimum, these aspects of a lawyer's wisdom should inform their client's decision.

⁽¹⁾ <[https://en.wikipedia.org/wiki/Wisdom#:~:text=Wisdom%20is%20the%20ability%20to,ethics%20in%20decision%2Dmaking](https://en.wikipedia.org/wiki/Wisdom#:~:text=Wisdom%20is%20the%20ability%20to,ethics%20in%20decision%2Dmaking>)>.

2. Requirements for a Fully Informed, Wise, and Loyal Client. – If the lawyer-as-counselor's goal is a fully informed, wise and loyal client, what else is required? At the very least, our professional obligation is to make every effort to fully and effectively inform our clients, enabling them to understand the choices offered by law and legal process. A fully informed client recognizes the risk of each choice and the possible consequences for themselves, their organization, and others. Without that, the client is ill-equipped to make wise decisions in a legal context.

Regarding client loyalty – important for sustaining a lawyer's practice: if a client feels fully informed, they trust and feel that the lawyer is competent, skilled, and offering counsel in their best interest. Is not that also what we lawyers seek? If so, then how can lawyers practice client counseling in ways that enable our clients to become fully informed, wise and loyal?

3. Goldilocks on Lawyering Models. – Recognizing that contributors at this conference have spoken about different models of client loyalty and lawyer-client interaction, I offer an admittedly simplified overview of three models, often discussed in U.S.-based legal literature. The first is the 'authoritarian model.' That means full delegation to the lawyer: the lawyer asks questions necessary to put the client's problem into a legal framework, then the lawyer gives advice. The client does not have to understand the lawyer's analysis or strategy. The client is expected to be passive to answer questions and to follow the lawyer's advice.

Descriptions of the authoritarian model are not generally intended to be normative. It is my understanding that conscious resistance to this model arose mostly from experience in law clinics, legal aid and public defender's offices, likely prompted by professors or practitioners who researched or observed the model's effects on clients. In response, the 'client-centered' model of interviewing

and counseling was developed and named. It has been taught in law schools and law practice organizations for quite some time now.

What has the ‘client centered’ model come to mean? This following may not be a fair characterization, but I believe it centers on the idea that the client is right; only the client knows their own identity and values. Thus, the client’s decisions – the client’s approach to a decision – should not be directed. As this plays out in practice, the lawyer questions of the client about the facts, and their circumstances and values. The lawyer explains the law and their analysis and might suggest legal alternatives. But the client alone makes the decision with little or no guidance from the lawyer. The consciously client-centered lawyer avoids influencing client choices. The lawyer resists highlighting their concerns or cautioning against client choices. This is framed as ‘respecting’ client autonomy and ability to act in their own self-interest.

To put it starkly, under the client centered model, the lawyer is an order taker. Again, characterization may be somewhat exaggerated, but I have observed it in operation over decades of experience as a mediator. In mediation caucuses, we often talk about the lawyer’s legal analysis, risks, and litigation or settlement choices. After that, the lawyer who appears to be enacting a client centered model, will then turn to the client and ask: ‘What do you want to do? What do you want to settle for?’ And that is it. The lawyer does not seek to influence the client’s thinking or provide advice or measures to guide their decision.

Many years ago, as I set about implementing our law school’s initiative to require client interviewing and counseling, a colleague in dispute resolution recommended a terrific book: *The Counselor-At-Law: A Collaborative Approach to Interviewing and Counseling*, by R. Cochrane, Jr., J. DiPippa, and M. Peters (LexisNexis 1999, 3d edition, 2014). Their model – ‘collaborative lawyering’ – struck me as akin to the tale of ‘Goldilocks and the Three Bears’. For those who might be unfamiliar, Goldilocks visits –well, trespasses in – the three bears’ house when they are gone. She tastes the

porridge in each of three bowls sitting on their table. The first two are too hot or too cold for Goldilocks but the last one is ‘just right.’

To my taste, collaborative lawyering is ‘just right’ – it seeks a good balance – a wise balance – between client-centered and authoritarian models. For clients to make fully informed and wise decisions in furtherance of their interests and values, their lawyers must seek to understand their clients deeply and well. Thus, the client-centered model’s focus on listening, empathy, and establishing rapport and respect in the lawyer-client relationship is also central to a collaborative model. But the collaborative lawyering model takes an intentionally different stance regarding assertion of the lawyer’s perspective and advice. The collaborative lawyer does not shy away from counseling with what I would call practical wisdom. There’s balance in the lawyer-client relationship. Wisdom, or wise choices, come from both lawyers and clients communicating their knowledge, experience, wisdom and priorities.

In theory and in practice, lawyers and clients can negotiate role allocations and expectations within their collaborative relationship. A client might say, ‘I don’t really want to know all the details of your legal analysis. Keep it simple for me. Tell me what you think I should do’. Or, another client might say, ‘I want to be involved every step of the way. I want you to explain your analysis and reasoning and I will take it from there. I know my own mind’. Two actors, each with claim to perspective, authority, agency, and interests, can determine how they will work together.

To those who might take issue with my characterization of client-centered or authoritarian lawyering, please know I am not particularly tied to labels. A broad-brush historical overview, at least in the United States, is that the prevalent authoritarian model was followed by a move in the opposite direction toward a client-centered model. I am suggesting that the client-centered lawyering has gone too far or certainly can be taken too far in practice. If so, then my experience recommends a collaborative model in which the lawyer is not afraid to offer wise, direct, and clear counsel. I see

collaborative lawyering as a better stance, offering real balance between lawyer and client. It is not about the name. I have no objection to adopting a collaborative approach and calling it client-centered, but without underplaying the lawyer's responsibility to offer counsel, clearly and skillfully.

4. Strategies for Meeting the Lawyer-Client Communication Challenges. – The central questions I want to address today, necessarily in an overview fashion are: Given the lawyer's goal is a fully informed, wise, and loyal client, what lawyer-client communication challenges does that goal pose? And how can a lawyer meet these challenges?

In response to these questions, the Star Trek series character Data comes to my mind. In Star Trek, Data looks mostly human, often wants to be human, but is not. Data is a form of robot, an Android. Data comprehends complexity easily, has a perfect memory, and makes logical, rational decisions quickly, without angst. He expresses his thoughts and questions precisely. If our clients were all like Data, much of this conference, and much of what I have to say would not be necessary. But of course, neither lawyers nor clients are Data; we are very much human. For that reason, unlike Data:

- Our human clients have limited knowledge or understanding of the law and legal process unless they went to law school (which raises its own problems).
- Clients, like all humans, have psychological hardwiring that tends to distort the way we perceive and the way we make judgments and decisions.
- We humans are subject to emotions that reduce our capacity to think and to make wise decisions. We often fall prey to emotional needs to preserve ego, status, and identity or to seek revenge for insult or injury.

- Finally, and, because it is less often discussed, importantly, we humans tend to attribute meaning to our actions and decisions.²

Given our human clients, for lawyers' knowledge, analysis, and wisdom to fully integrated into the client's thinking and decision-making process, lawyers must communicate strategically. What does 'strategically' mean in this context? It does not mean deceptively, dishonestly, or disingenuously. It does mean lawyers should try to communicate in ways more likely to overcome or avoid common psychological and emotional barriers to a client's absorption of law and process analysis. The goal is client understanding and acceptance of their reality. Only then is the client 'fully informed.'

To that end, lawyers can and, I believe, should seek to reduce distortions rooted in our psychological makeup, particularly in the way that a client thinks about risk gain or loss. And in doing so, the lawyer must respect their client's risk tolerance.

Lawyers also enable wise client decisions by acknowledging and, I suggest, trying to reduce emotions' role in client decision making. This need not be at the expense of maintaining emotional connection within the client relationship. Sometimes, that involves offering alternative meanings for potential client decisions, meanings consistent with their identity and personal or professional narrative.

Having set forth these lawyer communication challenges, I offer the following terribly truncated suggestions for meeting them.

5. Avoiding Legalese is Not Sufficient for Client Understanding. – First, for lawyers to communicate 'strategically' – effectively – their

(²) We also have difficulty making decisions in the face of uncertainty, but that is too large a topic to take on here. I address it in part, through the lens and method of decision tree analysis, in *Risk and Rigor: A Lawyer's Guide to Decision Tree Analysis for Assessing Cases and Advising Clients* (DRI Press 2019), available on Amazon but also as free chapter-by-chapter downloads from DRI Press.

knowledge and analysis of law and legal process, they must move beyond avoiding legalese. Most of us know to refrain from technical legal terms or to translate them when explaining applicable law, legal risks, and uncertainties to our clients. However, we too often fail to realize that this is necessary but not sufficient for client understanding. The insufficiency can occur in two ways. When lawyers translate a legal term (often from Latin roots), we may forget that our phrasing involves words and references that are terms of art or rarely found in common speech. We say: ‘They will argue there are no ‘material facts’...’ or ‘the prevailing party’ ... or ‘the judge will consider the facts in the light most favorable to the moving party.’ These phrasings are particular to legal contexts and may be difficult for the client to understand.

It is also true that lawyers sometimes forget to explain not only the legal term’s technical definition, but also what it will mean for their clients. They need to be informed as to how their lawyers’ legal analysis or legal process may play out over time. How might it impact the client? When a lawyer states, ‘There will be some discovery and some depositions on both sides,’ the client does not necessarily understand how long discovery takes or what it involves. What will that mean for a small business client? What will it cost? How much will it intrude on the business? How much control do I lose? What power and what choices do we have in discovery? In other words, effective lawyer-client communication includes discussing the ways law and legal process may unfold for the client.

6. Working with and Accounting for Psychological Hardwiring. – Entirely normal psychological hardwiring poses the lawyer’s second client counseling challenge. Insight from relevant literature on psychology and communication strategies it suggests may be needed for the lawyer’s message to land – for the client to perceive, understand, and integrate it – to be well-informed. For any law

student asking what to read on the way to legal practice, I recommend books and articles about psychology and decision making. There is a considerable body of robust and accessible research describing how psychology affects our perceptions, thinking, and conclusions. I do not have a PhD in psychology, and it is not possible to review all that here. However, I wish to highlight a few hardwired tendencies particularly salient for client counseling. None of these are true for everyone, but research observes them to be present ‘in the aggregate and on the average.’

First, we humans tend toward eco-centrism. We inflate our sense of ourselves, how believable, likeable, and competent we are. We tend to be overconfident. The psychology literature calls it ‘judgmental overconfidence’ and finds it to be particularly strong when people lack expertise or information.

We also tend toward ‘selective perception.’ A client or their lawyer might have heard or read things relevant to the case but only have perceived or remembered what they wanted to know, disregarding or forgetting unwelcome information. Given partisan perception biases and bias blind spots, selective perception tends to occur in biased ways.

In short, I believe lawyers should be aware of these common psychological tendencies when counseling a client and when formulating their advice. Research and experience tell us that neither clients nor lawyers have reliable crystal balls. If the ways we take in information, analyze it, and assess its impact are flawed, then our ability to predict what might happen in litigation is also flawed.

7. Beware the Effects of Positive or Negative Framing. – Within the specific realm of psychology and decision making, I offer a specific piece of strategic advice: lawyers should be aware that the way they frame a client choice – as positive or negative – can very much affect the way the client feels about that choice. This arises in the context of describing responses to risk, loss, and gain. Research has long

found that we tend to be risk averse when faced with losing what we have but risk seeking in the face of possible future losses.

The good news is that additional research yields practical application for a lawyer's strategic communication. It finds that if we frame an option as positive, people are more likely to value and choose it. Thus, the lawyer can say to their client: 'We have this settlement offer now. It is more than your lost salary, and far more than they offered at the beginning when we filed the claim. You can keep it, put in the bank, or we can risk going to trial.' When phrased that way, the settlement seems positive – a current gain, measured against future risk. On the other hand, if settlement option is framed negatively, as 'accepting something far lower than our initial demand' or 'losing the chance to go to trial and get more,' the client feels it to be a loss and is more likely to reject it.

On the defense side, lawyers may say, quite accurately: 'We could lose this case and be forced to pay a large judgment in the future or pay this amount [more than the client had anticipated] to settle now.' This framing presents a negative option – lose money now vs future uncertain risk. When a choice is framed negatively, many people will feel better about a risky option because it enables them to avoid current loss. Obviously, there is a limit. If I suggest paying \$10 or even \$100 to avoid a future \$100,000 risk, most clients will choose to pay. However, the point at which the client will resist is not the same point Star Trek's Data would do so. When working with a defense client where settlement seems wise, the lawyer is advised to strategically reframe to a positive choice – something the client would value and not want to lose. Thus, the lawyer might also accurately say: 'We have the opportunity to settle now for this amount. What is on the table is a bargain compared to their initial demand. And it would save future attorney's fees. I'm concerned that this opportunity for this will disappear after the next round of depositions.'

This is a terribly brief introduction to Prospect Theory⁽³⁾ in psychology and the impact of gain, loss, and risk and framing on decision making. It is a topic well worth studying in more detail. I raise it here because no lawyer wants to *unintentionally* influence the way their client thinks or feels. We should be aware of how our phrasing – framing a choice as negative or positive – might influence the client's choice.

8. Emotions are Real; Seek to Move Negative Emotional States to More Positive. – Related to psychology but worth separate consideration, human emotions rather inarguably present counseling challenges. All humans experience emotions. We know emotions affect not only the way we feel but also the way we process information and make decisions. As Henry David Thoreau observed: ‘But it is a characteristic of wisdom not to do desperate things.’⁽⁴⁾ Research proves the point, finding that when we are angry, we tend to make quicker and riskier decisions. In general, being in a negative emotional state can diminish one’s ability to process subtlety and complexity. Yet, when speaking with our clients about legal issues, legal process or necessary decisions, they do need to be able to process complexity and subtlety. Lawyers want clients capable of rational thought. We want our clients to summon sufficient energy and patience to focus, and perhaps some creativity.

Thus, lawyers and clients are well served by understanding ways to reduce negative emotion during client counseling interactions, as

⁽³⁾ Wikipedia does an accurate and thorough job of summarizing Prospect Theory, originally developed by Daniel Kahneman and Amos Tversky published ‘Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk’ (PDF) *Econometrica*. 47 (2): 263-291(1979). According to Wikipedia, this work was cited when Kahneman was awarded the Nobel prize in Economics in 2002. Prospect theory and subsequent research is described in many accessible books and articles related to psychology and decision-making. A brief discussion is included in chapter 5 of *Client Science*.

⁽⁴⁾ Henry David Thoreau, *Walden* (1854).

well as how the underlying dispute might have affected the clients' emotional states. As detailed in the fourth chapter of *Client Science*, the resource I use for addressing the challenge of negative client emotions is the 'core concerns model' offered by R. Fisher and D. Shapiro in: *Beyond Reason: Using Emotions As You Negotiate* (Penguin 2006). Sufficed to say here that one can apply Fisher and Shapiro's 'emotional core concerns model' to work with emotions in a lawyer-client context. The goal is the bring the client to a relatively positive emotional state – or not a negative one – within the interaction.

Also concerning the topic of emotional state: I assume active listening has been or will be discussed in this conference. Active listening is certainly part of interviewing as well as effective counseling. When a client exhibits strong and particularly negative emotions, it is wise to practice deeper and reflective active listening. Do not shy away. I also teach and preach what I call 'targeted active listening' – listening for and targeting Fisher and Shapiro's five core concerns when reflecting back. Having said that, my bottom line is that lawyers should become adept at active listening for times when client emotions are blocking their ability to become fully informed or make wise decisions.

9. Release Clients from their Meaning Trap by Offering Alternatives. – Finally, I want to suggest that lawyers can and should meet one last challenge: the client's attribution of meaning to available choices. This challenge very much relates to the idea of narrative, spoken of in the previous session. When a client decision would make rational sense, but the *meaning* of that decision clashes with their identity in personal or professional narratives, or runs counter to believed myths, the client will strongly resist or reject it. Thus, lawyers should be aware of the power of client identities, the stories they tell, the beliefs they hold.

In my mediation practice, I have too often seen a client say to their lawyer: 'I understand what you are staying. I get why doing this [settlement or concession] makes sense, but I just can't bring myself to do it.' At that moment, the client sees the rationality of the choice offered – repetition by the lawyer is unnecessary and will be unhelpful – but deeply feels a clash between its meaning and their identity.

The truth and the trick are that, at least in such a moment, people do not realize or remember that meanings are not intrinsic. Meanings are attributed; meanings are constructed. We are the ones who construct and attribute meanings to our choices, to others' choices, to what happens in our lives, in the world.

Yet, the client's feeling of being trapped by the meaning of a choice is real. Imagine the client feels adopting that choice means: 'I'm saying I made a mistake... I'm not competent... I did something intentionally wrong... It would be admitting that I was terrible... I see why a jury or a judge might believe the other side instead of me.... I'm less powerful.... I'm abandoning my principles and my values.' If any or all of these describe your client's attributed meaning, reason and logic are far less likely to govern their decision.

Here is what I propose: if we know meaning is not intrinsic, then it's within the lawyers' purview to offer alternative meanings. By way of example, imagine an employment discrimination case. The lawyer is working with the defense representative, president and owner of a small company. He feels unfairly accused and exploited. He believes the plaintiff, a former long-term employee whom he once knew well, is being vindictive and trying to bankrupt the company. He says: 'This is outrageous! She's an incompetent ingrate out for revenge. I'm not going to allow myself to be exploited. I am a warrior. I fight the bad guys. I will not knuckle under to her or to anyone.' In this client's world, within his narrative, the plaintiff is the bad guy. If he thinks a decision to pay beyond 'nuisance value' to an evil vengeful plaintiff means he is

knuckling under, surrendering, or rewarding this exploiter, he will not allow himself to do it. He will reject what many would view as a reasonable settlement, considering the predictably high risks and costs of litigation in the case.

Rather than argue or press the legal issues, the lawyer might respond: ‘Well, that’s one way to think about this whole thing. I won’t deny that. But you’re the head of this company. How many employees do you have? Wasn’t it fifteen, all relying on their paychecks? If the case were lost because a jury strongly disliked Witness Y, or took plaintiff’s side, you would be okay. You would work through it. Even if the worst happened and the company were bankrupted by a verdict, you are well known in the industry. You would land on your feet. But what would these scenarios, these risks, do to your employees? Would you be forced to lay off some or all of your people? So, another way to think about settling the case, even for an amount that is more than it should be but the company can afford now, is that it means you are choosing to protect your people, your crew. They would be grateful for that.’

Look at what the lawyer’s words have done; they have enabled the client to remove a constructed barrier of attributed meaning. By acknowledging the client’s interpretation, and offering an alternative, the lawyer provides an opportunity to make a rational decision that fits within their identity, their personal and professional narrative.

10. Good News Conclusion. – I will end with good news from a lawyering perspective. With insight and care, lawyers can learn to communicate about legal analysis, process, and risks in ways their clients fully understand. We can communicate strategically to work around common distortions caused by human psychology. We can listen to our clients in ways that respect strong emotions, and, within our interaction, we can seek to foster an emotional state needed for wise decisions. Finally, by offering alternative meanings,

we can resolve conflicts between the client's identity and what appears to be a wise decision.

None of this is easy. But it enables the lawyer to meet the best hard challenge of client counseling – fully informed, wise, and loyal clients. Client counseling is the best hard challenge because we want clients who feel well informed, are well informed, and trust their lawyers. And of course, we want our clients to soar on the wings of their good decisions.

Abstract

Lawyers are professionally obligated to make every effort to ensure their clients are fully informed before making decisions affecting their legal action. To do so, the author asserts that lawyers often must overcome client communication challenges, including their clients': limited understanding of law and legal process; psychological hardwiring that distorts perception, judgment and decision making; emotions that reduce capacity to think and make wise decisions, and attributed meanings to actions and decisions. This article offers an overview of practical strategies for lawyers to meet these challenges.

L'AVVOCATO E L'INTERESSE DEL CLIENTE

INTERESSE DEL CLIENTE E INTERESSE DELL'AVVOCATO IN UN SISTEMA INTEGRATO DI GIUSTIZIA

Giuseppe Ruffini ()*

SOMMARIO: 1. L’interesse del cliente e l’interesse della parte assistita. – 2. I doveri incombenti sull’avvocato a tutela dell’interesse della parte assistita. – 3. L’interesse della parte assistita e il superiore interesse della giustizia. – 4. Il conflitto di interessi. – 5. L’effettivo interesse del litigante e la giustizia consensuale. – 6. La distrazione delle spese.

1. L’interesse del cliente e l’interesse della parte assistita. – Cliente, anche ai sensi dell’art 23 codice deontologico forense ⁽¹⁾, è la persona che conferisce all’avvocato l’incarico professionale, assumendo l’obbligo di retribuirne l’attività, mentre parte assistita è la persona nel cui interesse deve essere espletato il mandato e che deve conferire all’avvocato la procura a rappresentarlo o assisterlo nei procedimenti di giustizia consensuale e nei processi giurisdizionali.

Potrebbe sembrare, pertanto, che il discorso sui rapporti tra l’interesse dell’avvocato e quello del cliente debba concentrarsi solo sulle possibili relazioni intercorrenti tra le parti del contratto

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell’Università di Roma Tre.

(¹) Le citazioni del codice deontologico forense (c. deon. for.) contenute nel presente scritto fanno riferimento al testo approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014, come modificato nella seduta del 23 febbraio 2024, come da comunicato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 102 del 3 maggio 2024, nonché nella seduta del 21 marzo 2024, come da comunicato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 202 del 1° settembre 2025.

d'opera professionale, lasciando in ombra i rapporti tra l'avvocato e la parte nel cui interesse il mandato è conferito.

Non mancano infatti le norme che, nella legge 31 dicembre 2012, n. 247 (Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense) e nel codice deontologico forense, si riferiscono espressamente all'interesse del cliente, al fine di individuare il contenuto degli obblighi che l'avvocato è tenuto a osservare per assicurare la qualità della propria prestazione professionale, ad esempio stabilendo l'obbligo dell'avvocato di curare il costante aggiornamento della propria competenza professionale nell'interesse dei clienti, oltre che dell'amministrazione della giustizia (art. 11, 1° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247), oppure (art. 24, 1° comma, c. deon. for.) o imponendo all'avvocato di astenersi dallo svolgimento di attività che possano determinare una situazione di conflitto con gli interessi del cliente e non solo quindi con gli interessi della parte assistita.

Né mancano norme che – prendendo specificamente in considerazione l'interesse dell'avvocato alla percezione del compenso per l'attività svolta e il contrapposto interesse del cliente a non subire richieste di compensi o di acconti sproporzionati rispetto all'attività svolta o da svolgere o comunque maggiori rispetto a quelli pattuiti (salvo che non sia stata fatta riserva di chiederli nel caso di mancato pagamento degli stessi, come contemplato dall'art. 29, 5° comma, c. deon. for.), oppure consistenti, in tutto o in parte, in una quota del bene oggetto della controversia (art. 13, 4° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247) – prefigurano addirittura possibili conflitti tra avvocato e cliente in ordine al pagamento del compenso, auspicabilmente componibili in via conciliativa (art. 13, 9° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247).

L'avvocato, tuttavia, pur dovendo adempiere fedelmente al mandato ricevuto (art. 10 c. deon. for.), è chiamato a prestare una attività necessariamente caratterizzata dall'autonomia e dall'indipendenza dell'azione professionale e del giudizio intellettuale (art. 3, 1° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247) e, nell'ipotesi in cui il mandato gli sia stato conferito da un terzo nell'interesse proprio o

di altro soggetto, e quindi il suo cliente non coincida con la parte assistita, deve espletare il mandato nell'esclusivo interesse di quest'ultima (art. 23, 1° comma, c. deon. for.).

Si può comunque affermare, anche se con una certa approssimazione, che tutte le norme che, al fine di declinare i doveri dell'avvocato, prendono in considerazione l'interesse della parte assistita senza menzionare quello del cliente⁽²⁾, presuppongono che – come di norma avviene – i due soggetti coincidano, nel senso che colui che conferisce all'avvocato l'incarico professionale, obbligandosi a retribuirne l'attività, coincide con il soggetto nel cui interesse viene eseguita la prestazione e al quale l'avvocato deve essere fedele.

Sul piano logico la tendenziale coincidenza tra il cliente e la parte assistita dovrebbe portare a privilegiare l'utilizzazione della locuzione «parte assistita», nel cui interesse deve essere espletato il mandato anche se il contratto d'opera professionale sia stato stipulato da altri.

Ciò tuttavia non sempre accade, nemmeno sul piano normativo⁽³⁾, il che spiega perché, anche sul piano linguistico, la nozione di cliente dell'avvocato finisce il più delle volte per coincidere con quella di parte assistita dall'avvocato e perché quindi ogni discorso dedicato al rapporto tra l'avvocato e l'interesse del cliente debba più in generale riguardare anche il rapporto tra l'avvocato e l'interesse della parte da lui assistita, a cui tutela deve essere svolto il suo mandato, anche se conferito da un terzo.

Queste precisazioni ci costringono, da un lato, ad ampliare l'angolo di visuale di queste riflessioni, che non possono limitarsi a un discorso sui contrapposti interessi delle parti del contratto di patrocinio, ma dall'altro ci consentono di non spingere il nostro sguardo fino a concentrarci sugli interessi di coloro che, pur non essendo assimilabili ai clienti, sono stati efficacemente definiti in una

⁽²⁾ V., ad esempio, artt. 1, 1° comma, 10 e 18, 1° comma, c. deon. for.

⁽³⁾ V. ad esempio art. 3, 3° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247.

recente monografia (⁴) «quasi clienti» (coloro che non possono essere considerati del tutto estranei al mandato professionale conferito da un ente di cui abbiano la legale rappresentanza o la direzione e con il quale entrino poi in conflitto), «clienti adottivi» (coloro dei quali l'avvocato assuma la rappresentanza o l'assistenza, per un affare determinato, unitamente a quella di un proprio cliente abituale, con il consenso informato di ciascuno degli interessati) e «clienti potenziali» (coloro che, dopo aver fornito all'avvocato informazioni o documenti riservati in vista del conferimento di un mandato, non gliel'abbiano poi conferito).

Oggetto delle presenti riflessioni è infatti il rapporto tra l'interesse dell'avvocato e gli interessi del cliente o del diverso soggetto da lui eventualmente assistito in un sistema integrato di giustizia, e cioè in un sistema di giustizia nel quale coesistano, accanto agli strumenti giurisdizionali, efficienti strumenti non giurisdizionali di giusta risoluzione delle controversie, fondati sul consenso delle parti.

2. I doveri incombenti sull'avvocato a tutela dell'interesse della parte assistita. – Giova preliminarmente ricordare le principali norme che nel codice di procedura civile e nel codice deontologico forense declinano i doveri che l'avvocato assume nei confronti della parte assistita.

Essendo l'avvocato tenuto a adempiere il mandato conferitogli con la diligenza del buon professionista e a tutela dell'interesse della parte assistita (artt. 1176, 2^o comma, e 2236 c.c.; art. 10 c. deon. for.), egli deve innanzitutto astenersi dall'accettare un man-

(⁴) M. BINA, *La felicità dell'avvocato: diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, 111 ss.

dato per il cui espletamento non abbia la necessaria competenza (art. 26, 1° comma, c. deon. for.)⁽⁵⁾.

Incombono inoltre sull'avvocato, sia all'atto del conferimento del mandato, sia nel corso dello svolgimento del rapporto, doveri di sollecitazione, dissuasione e informazione, essendo egli tenuto a rappresentare a chi richiede le sue prestazioni «tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato o comunque produttive del rischio di effetti dannosi, di richiedergli gli elementi necessari o utili in suo possesso, di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole»⁽⁶⁾.

L'avvocato non deve pertanto accettare di proporre azioni o eccezioni che sappia essere infondate o che la parte non abbia interesse a proporre o che siano addirittura contrarie al suo interesse (arg. *ex artt. 96, 94 e 100 c.p.c.*) e deve sconsigliare azioni che, anche se astrattamente sorrette da un interesse rilevante *ex art. 100 c.p.c.*, siano «inutilmente gravose» (art. 23, 4° comma, c. deon. for.).

Una volta accettato l'incarico, inoltre, l'avvocato deve espletarlo con la necessaria diligenza (art. 1176, 2° comma, c.c. e art. 26, 3° comma, c. deon. for.), riferendo alla parte assistita, se nell'interesse di questa, quanto legittimamente appreso nell'esercizio dello stesso (art. 27, 8° comma, c. deon. for.), segnalandole la necessità del compimento di atti necessari ad evitare prescri-

⁽⁵⁾ Cfr. di recente Cons. naz. for. 23 febbraio 2024, n. 23, secondo cui costituisce illecito deontologico «il comportamento dell'avvocato che assuma incarichi senza averne l'adeguata competenza tecnica».

⁽⁶⁾ V., *ex multis*, Cass., sez. III, 12 dicembre 2023, n. 34696. Sul dovere di dissuasione dell'avvocato nei confronti del cliente, v. D. CERRI, *Troppe cause: gli obblighi dei legali nei confronti dei clienti e del sistema giustizia (e di loro stessi)*, in *Danno e resp.*, 2022, 431 ss., al quale si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali. Cfr. anche, in prospettiva storica, R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste: ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, vol. I, Milano, 2012, *passim*, spec. 225 ss.; ID., *La coscienza dell'avvocato: la deontologia forense fra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015, 231 ss.

zioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli (art. 27, 7° comma, c. deon. for.) e dandole, in caso di rinuncia, un congruo preavviso nonché le informazioni necessarie per non pregiudicarne la difesa (art. 32, 2° comma, c. deon. for.).

A tutela dell'interesse delle parti assistite è poi vietato all'avvocato accettare un incarico conferito da un soggetto diverso dall'assistito prima che quest'ultimo abbia espresso il suo consenso (art. 23, 1° comma, c. deon. for.), come pure di assumere la difesa di più parti aventi interessi confliggenti tra loro (art. 24, 1° comma, c. deon. for.)⁽⁷⁾.

L'avvocato deve comunque astenersi dal prestare attività professionale ognqualvolta la stessa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita o con gli interessi del cliente, ciò che può accadere anche qualora (art. 24 c. deon. for.): *a*) venga accettato un incarico conferito da un soggetto avente interessi confliggenti con quelli di altri clienti o altre parti contemporaneamente assistite dal medesimo avvocato o da altri avvocati facenti parti di una stessa società di avvocati, di una stessa associazione oppure che esercitino la professione negli stessi locali collaborando in maniera non occasionale (art. 24, 5° comma, c. deon. for.); *b*) l'assunzione di un nuovo mandato determini la violazione del segreto sulle informazioni fornite da altra parte assistita o da altro cliente (art. 24, 3° comma, c. deon. for.); *c*) la conoscenza degli affari di una parte possa favorire altra parte assistita o altro cliente (art. 24, 3° comma, c. deon. for.); *d*) venga accettata la nomina ad arbitro in un giudizio nel quale una delle parti sia assistita, o sia stata assistita negli ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, oppure che eserciti negli stessi locali o collabori professionalmente in maniera non occasionale (art. 61, 3° comma, c. deon. for.); *e*) venga assunta la funzione di mediatore da un avvocato che intrattenga o abbia intrattenuto ne-

⁽⁷⁾ Cfr. L. CROTTI, *Il conflitto di interessi nell'attività dell'avvocato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 203 ss., spec. 215 ss.; F. RUSSO, *Il conflitto di interessi del difensore costituito per più parti*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 387 ss.

gli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti oppure in un procedimento nel quale una delle parti sia assistita, o sia stata assistita negli ultimi due anni, da altro professionista di lui socio o con lui associato, oppure che eserciti negli stessi locali o collabori professionalmente in maniera non occasionale (art. 62, 3° comma, c. deon. for.).

È poi fatto divieto all'avvocato di assumere un incarico professionale contro una parte già da lui assistita, anche se è decorso un biennio dalla cessazione dell'incarico, quando l'oggetto del nuovo incarico non sia estraneo a quello espletato in precedenza e in ogni caso di utilizzare notizie acquisite in ragione del rapporto già esaurito (art. 68, 1°, 2° e 3° comma, c. deon. for.).

L'avvocato, inoltre, qualora abbia svolto l'incarico di mediatore, non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti qualora l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento di mediazione e, in ogni caso, prima che siano decorsi due anni dalla conclusione dello stesso (art. 62, 4° comma, c. deon. for.).

Norme ancora più rigorose sono poi previste per le controversie di natura familiare, essendo stabilito che l'avvocato non può prestare la propria attività in controversie tra coniugi o conviventi che abbia precedentemente assistito congiuntamente (art. 68, 4° comma, c. deon. for.) e che l'avvocato non può prestare la propria attività in controversie a favore o contro genitori di un minore che abbia precedentemente assistito in controversie familiari (art. 68, 5° comma, c. deon. for.).

È infine fatto divieto all'avvocato di agire giudizialmente nei confronti della parte assistita o del cliente per il pagamento delle proprie prestazioni professionali, se prima non abbia rinunciato a tutti gli incarichi ricevuti (art. 34 c. deon. for.).

3. L'interesse della parte assistita e il superiore interesse della giustizia. – Va peraltro precisato che il criterio dell'interesse della

parte assistita non è assoluto, trovando un invalicabile limite nel superiore interesse della giustizia (⁸), valore che costituisce un canone interpretativo aureo di tutte le norme giuridiche e il cui fondamento risiede nel principio di non contraddizione, oltre che nell'art.111, 1° comma, Cost. (⁹).

È in quest'ottica che devono a mio avviso essere lette tutte le disposizioni che, nel codice deontologico forense, sembrano limitare l'autonomia dell'azione professionale dell'avvocato, sia nell'attività stragiudiziale che in quella giudiziale.

Tra le stesse spiccano, in particolare, quelle che vietano all'avvocato di suggerire comportamenti, atti o negozi nulli, illeciti o fraudolenti, anche se astrattamente rispondenti a un interesse del cliente o della parte assistita (art. 23, 6° comma, c. deon. for.), di svolgere attività, anche se richiesta dal cliente, che sappia essere finalizzata alla realizzazione di un'operazione illecita (art. 23, 5° comma, c. deon. for.) e di consegnare al proprio cliente e alla parte assistita corrispondenza tra colleghi qualificata come riservata o relativa a proposte transattive, che può soltanto consegnare al collega che gli sia succeduto in un mandato professionale (art. 48, 3° comma, c. deon. for.).

Nei procedimenti di giustizia, giurisdizionale o consensuale, l'avvocato non può, inoltre, agire slealmente (art. 89 c.p.c.; art. 10, 1° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28; art. 9, 2° comma, d.l. 12 settembre 2014, n. 132; artt. 9, 1° comma, 19 e 62 bis, 1°comma, c.

(⁸) Può ancora oggi essere utile ricordare il monito di Sant'Agostino «se si considera più strettamente quel ch'esige la giustizia, si dirà con maggior ragione all'avvocato: 'Restituisci l'onorario che hai percepito, dal momento che ti sei schierato contro la verità, hai difeso l'iniquità, hai ingannato il giudice, hai schiacciato l'innocente, hai vinto con la menzogna': S. AGOSTINO, *Lettera 153*, 6.25, versione italiana consultabile sul sito <www.augustinus.it/italiano/lettere/index2.htm>.

(⁹) Mi permetto di rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a G. RUFFINI, *Il giudice e la legge*, in C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, ristampa, Milano, 2022, 315 ss., spec. 324 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2023, 506 ss. Nel senso che «[i]l giusto processo ha direttamente a che fare con la giustizia del suo risultato», cfr. S. CHIARLONI, *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 129 ss., spec. 146 ss.

deon. for.), dovendo anzi assicurare, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio (art. 1, 1° comma, c. deon. for.) e, in ogni sede, rispettare il rilievo costituzionale e sociale della difesa (art. 10 c. deon. for.).

Ai fini della ricostruzione dei fatti rilevanti per la risoluzione di una controversia, non può introdurre o utilizzare nel procedimento le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso di un procedimento di mediazione concluso negativamente, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni (art. 10, 1° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) né le dichiarazioni rese e le informazioni acquisite nel corso di un procedimento di negoziazione assistita, ad eccezione delle dichiarazioni acquisite nell'attività di istruzione stragiudiziale (artt. 62 *bis*, 2° comma, c. deon. for.); e non può produrre, riportare in atti processuali o riferire il contenuto di colloqui riservati con colleghi o la corrispondenza intercorsa tra colleghi e qualificata come riservata, oppure contenente proposte transattive e le relative risposte (art. 48, 1° comma, c. deon. for.)⁽¹⁰⁾.

Non può, inoltre, introdurre o utilizzare nel procedimento mezzi o elementi di prova che sappia essere falsi (art. 50, 1°, 2° e 3° comma, c. deon. for.), e neppure intrattenersi con testimoni o persone informate sui fatti oggetto della causa o del procedimento con forzature o suggestioni dirette a conseguire deposizioni o dichiarazioni compiacenti (artt. 55, 1° comma, e 62 *bis*, 3° comma, c. deon. for.) o rendere false dichiarazioni sull'esistenza o inesistenza di fatti di cui abbia diretta conoscenza e suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato (art. 50, 5° comma, c. deon. for.); e ha il dovere di indicare i provvedimenti già ottenuti, compresi quelli di rigetto, riguardanti

⁽¹⁰⁾ Nel senso che il divieto di produrre in giudizio la corrispondenza riservata tra colleghi, essendo finalizzato a salvaguardare il corretto svolgimento dell'attività professionale, anche in vista di una leale collaborazione tra gli avvocati finalizzata ad una composizione consensuale della controversia tra le parti da loro assistite, prevalga sul dovere di difesa, v. Cons. naz. for., 23 aprile 2019, n. 17.

i medesimi fatti e di cui abbia diretta conoscenza, qualora siano «suscettibili di essere assunti come presupposto di un provvedimento del magistrato» (art. 50, 6° comma, c. deon. for.)⁽¹¹⁾.

È infine ragionevolmente previsto che, all'infuori del caso in cui sia stato nominato curatore speciale del minore, egli non possa procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, sempre che non vi sia confitto di interessi (art. 56, 1° comma, c. deon. for.); e che, nel difendere un genitore in controversie in materia familiare o minorile, debba astenersi da ogni forma di colloquio o contatto con i figli minori sulle circostanze oggetto delle stesse (art. 56, 2° comma, c. deon. for.).

⁽¹¹⁾ Sul dovere di verità dell'avvocato e sui suoi rapporti con il dovere di verità della parte da lui assistita, cfr.: M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 514 ss.; F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in *Prev. for.*, 2003, 222; R. DANOVY, *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, 68 ss.; P. DENARO, *Il dovere di lealtà*, in *Sociol. dir.*, 2010, 61 ss.; F. GIANARIA, A. MITTONI, *L'avvocato necessario*, Torino, 2007, 45 ss.; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 401 ss.; ID., *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in *Corti fiorentine*, 2023, 39 ss.; ID., *La bellezza della giustizia: in difesa dell'obbligo di verità delle parti*, in AA.VV., *Quid est veritas? La dialettica tra verità e certezza nell'esperienza giuridica*, Atti del 73° Convegno nazionale dell'Unione dei giuristi cattolici italiani, Roma, 2025, 219 ss.; A. MARIANI MARINI, *Probabilmente vero: avvocato, giudice, verità*, in *Processo e verità*, Pisa, 2005, 17 ss.; E. RANDAZZO, *L'avvocato e la verità*, Palermo, 2015, 75 ss. In diversa prospettiva, G. SCARSELLI, *Ordinamento giudiziario e forense*, 4^a ed., Milano, 2013, 471 ss., esclude invece l'esistenza di un dovere di verità a carico della parte e del suo difensore.

In giurisprudenza, nel senso che l'avvocato che si trovi nella condizione di non poter seguire allo stesso tempo verità e mandato, leggi e cliente, deve «privilegiare il più alto e pregnante dovere radicato sulla dignità professionale, ossia l'ossequio alla verità ed alle leggi spinto fino all'epilogo della rinunzia al mandato in virtù di un tale giusto motivo, astenendosi dal porre in essere attività che siano in contrasto con il prevalente dovere di rispetto della legge e della verità ex art. 50» c. deon. for., cfr. Cons. naz. for. 31 marzo 2021, n. 61; Cons. naz. for., 22 novembre 2018, n. 142.

4. *Il conflitto di interessi.* – A fronte dell'interesse della parte assistita o se vogliamo, in senso lato, del cliente, sta invece l'interesse dell'avvocato, che può coincidere con quello del cliente – giacché l'avvocato può assumere un incarico anche a «proprio favore» (art. 13, 1° comma, l. 31 dicembre 2012, n. 247), quindi a tutela di un interesse che sia anche proprio – ma mai confliggere con quello di altra parte da lui assistita, nel duplice senso che l'avvocato: *a)* deve astenersi dal prestare attività professionale quando questa possa determinare un conflitto con gli interessi della parte assistita o del cliente (art. 24, 1° comma, c. deon. for.)⁽¹²⁾; *b)* deve rinunciare a tutti gli incarichi ricevuti prima di agire giudizialmente contro il cliente, anche se l'azione riguardi il pagamento del compenso dovutogli in relazione ad uno soltanto di essi (art. 34, 1° comma, c. deon. for.)⁽¹³⁾.

Dal momento che entrambe le citate norme sono poste a presidio dell'astratta condizione di imparzialità e indipendenza dell'avvocato, al fine di evitare anche la sola apparenza del conflitto, «per il significato anche sociale che essa incorpora e trasmette alla collettività, alla luce dell'*id quod plerumque accedit*, sulla scorta di un giudizio convenzionale parametrato sul comportamento dell'uomo medio»⁽¹⁴⁾, appaiono necessarie in proposito alcune puntualizzazioni.

Quanto al primo aspetto, va chiarito che l'interesse del quale l'avvocato potrebbe essere portatore, e che potrebbe entrare in con-

⁽¹²⁾ Cfr. Cons. naz. for., 29 aprile 2022, n. 42. Secondo Cass., sez. un., 12 marzo 2021, n. 7030, «qualora la difesa di due parti, tra loro in conflitto anche solo potenziale di interessi, sia stata affidata allo stesso avvocato, la parte che abbia conferito per seconda la procura a quest'ultimo deve ritenersi non costituita in giudizio, perché un difensore non può assumere il patrocinio di due parti che si trovino o possono trovarsi in posizione di contrasto».

⁽¹³⁾ Cfr. Cons. naz. for., 19 dicembre 2019, n. 174, secondo cui «nell'esercizio dell'attività professionale, l'avvocato deve conservare la propria indipendenza e difendere la propria libertà da pressioni o condizionamenti di ogni genere, anche correlati a interessi riguardanti la propria sfera personale».

⁽¹⁴⁾ Cons. naz. for., 8 novembre 2023, n. 241.

flitto con l'interesse della parte assistita o che chiede assistenza, può riguardare l'oggetto stesso della controversia, oppure la semplice soluzione di una questione di fatto o di diritto rilevante anche per la decisione di una controversia di cui sia parte l'avvocato stesso e che sia anche impropriamente connessa a quella da risolvere nella lite in cui è chiamato a prestare il proprio patrocinio.

Quanto al secondo profilo, va invece precisato che, per assolvere alla propria nobile funzione, l'avvocato non può entrare in conflitto giudiziale con la parte dallo stesso assistita o con il proprio cliente.

L'art. 34 c. deon. for. parla di azione giudiziale relativa al pagamento del compenso, ma mi sembra chiaro che un avvocato non possa espletare il proprio mandato professionale a favore di un soggetto che si trovi con lui in un qualsiasi conflitto giudiziale. La semplice richiesta di esperimento di un tentativo di conciliazione per la liquidazione del compenso, invece, essendo uno strumento finalizzato a evitare l'insorgenza di una lite e quindi il ricorso alla giurisdizione, statale o privata, sembrerebbe non richiedere la previa rinuncia a tutti gli incarichi ricevuti. Il che è circostanza che potrebbe stimolare interessanti riflessioni sulla giustizia consensuale, sulle quali in questa sede non è possibile indugiare.

5. L'effettivo interesse del litigante e la giustizia consensuale. – Il tema della giustizia consensuale suggerisce, tuttavia, altri interessanti spunti di riflessione collegati all'interesse della parte assistita dall'avvocato.

Una prima considerazione, di carattere metagiuridico, attiene al rapporto tra il mandato ricevuto e l'effettivo interesse del cliente, il quale può non coincidere con la sua aspettativa e deve pertanto essere indagato dall'avvocato⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ L'avvocato infatti – come nota efficacemente S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss., spec. 41, nt. 56 – avendo il compito di tutelare gli interessi del proprio assistito, si trova «nella migliore posizione per esplorare quegli

Se l'avvocato, come abbiamo visto, deve adempiere al mandato ricevuto nell'interesse dell'assistito e ai fini della giustizia, egli ha innanzitutto il compito di individuare e mostrare al cliente il suo reale interesse, sconsigliandolo dall'intraprendere strade che potrebbero portarlo verso fallaci obiettivi.

Come aveva intuito l'ultimo Carnelutti, colui che si trova in lite con un suo simile, e che chiama l'avvocato, anche se crede di aver bisogno di vincere, ha in realtà bisogno di pace e della giustizia che alla pace è indissolubilmente legata. Chiama l'avvocato per fare la guerra al suo avversario e ha quindi bisogno di un amico, di un alleato. Ma questo amico, questo alleato, ha un compito ben più nobile di quello di fare la guerra all'avversario: ha invece innanzitutto il compito di cercare di riallacciare il dialogo tra il proprio cliente e il suo avversario dialogando con l'avvocato di quest'ultimo e mediando in tal modo il colloquio tra le parti, alla ricerca di una giusta composizione della controversia⁽¹⁶⁾.

È la giustizia, infatti, che consente di ristabilire la pace ed è in questa ricerca della giustizia, e quindi della pace, che consiste la funzione più nobile degli avvocati, pur costretti a rimettersi alla decisione del giudice ogniqualvolta la lite non possa essere composta sul piano dell'autonomia negoziale attribuendo a ciascuno il suo, ossia ciò che gli spetta⁽¹⁷⁾.

A ogni avvocato spetta infatti, innanzitutto, il compito di cercare di comporre la lite, offrendo, in un leale contraddittorio, una visione dei fatti parziale ma veritiera, tale da poter contribuire a offrire, unitamente alla visione altrettanto parziale offerta dall'avvocato

interessi e aiutare l'assistito ad individuarli e soddisfarli nel modo più appropriato, efficace e rapido». In argomento v. anche M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 476 ss., spec. 484.

⁽¹⁶⁾ Così F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato: colloqui*, Torino, 1961, ora in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita di avvocato – Mio fratello Daniele – In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006, spec. 17 ss.

⁽¹⁷⁾ Mi permetto di rinviare a G. RUFFINI, *Lealtà e verità nella vita dell'avvocato*, in *Etica e giustizia*, 2025, 1 ss., spec. 20 ss.

dell'altra parte, un quadro completo, utile ai fini di un'auspicabile soluzione consensuale della controversia⁽¹⁸⁾.

Solo laddove l'accordo non possa essere raggiunto, in ragione della natura della controversia o dell'incapacità delle parti, sarà il giudice a dovere decidere, troncando la lite⁽¹⁹⁾.

Ciò giustifica il dovere dell'avvocato di informare il cliente in ordine all'esistenza degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi rispetto a quelli giurisdizionali, di cui all'art. 4, 3° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, all'art. 2, 7° comma, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 e all'art. 27, 3° comma, c. deon. for.⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Sono ancora attuali in proposito le parole di F. CARNELUTTI, *Miseria e grandezza dell'avvocatura*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, 231 ss., spec. 237 s.: «Tanto è difficile, anzi superiore alle forze umane codesto camparsi tra due altri a guisa d'un arco per colmare la loro separazione, che uno solo di noi non basta alla bisogna: qui si scopre la profonda ragione per cui mentre il giudice può anzi deve essere uno, onde se i giudici sono più nel collegio *vertunt in un unum*, gli avvocati debbono essere due; la necessità del duello tra di loro, ch'è la posizione drammatica del dubbio, attraverso il quale soltanto si concepisce la verità, esprime l'insufficienza di ciascuno di noi a un'opera, ch'è veramente superiore alle forze di un uomo».

⁽¹⁹⁾ Si ritiene, correttamente, che il verbo decidere derivi dal latino *de-caedere*, che significa tagliare via.

⁽²⁰⁾ In argomento cfr. C. ASPRELLA, *La negoziazione assistita*, Milano, 2024, 373 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 343 ss., 357 ss.; D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla «mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali»*, in *Judicium.it*, 20 aprile 2010; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 575 ss., spec. 582 ss.; E. FABIANI, M. LEO, «Prime riflessioni sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali» di cui al d.lgs. n. 28/2010, in *Riv. not.*, 2010, I, 893 ss., spec. 909 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., spec. 430 ss.; M.A. LUPOI, *Separazione e divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 283 ss., spec. 288 ss.; R. SANTAGATA, *Sull'obbligo di informativa dell'avvocato sull'accesso alla «mediazione» (primi appunti)*, in *Giust. civ.*, 2011, 549 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La nuova disciplina della mediazione. Gli obblighi informativi dell'avvocato*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 979 ss.; S. ZIINO, M. VAJANA, *Sul dovere dell'avvocato di informare il cliente della possibilità di avvalersi della mediazione finalizzata alla conciliazione*.

Sul piano processualcivilistico, poi, sono personalmente convinto che, in mancanza di previsioni normative che ricollegino al mancato previo esperimento di un procedimento di giustizia consensuale l'improcedibilità della domanda giudiziale, le azioni giurisdizionali proposte in difetto di tale esperimento avrebbero potuto essere paralizzate da una eccezione di difetto di interesse ad agire, attraverso una rivitalizzazione dell'art. 100 c.p.c., al pari delle azioni giurisdizionali proposte contro un soggetto cui non sia stato stragiudizialmente richiesto l'adempimento di un'obbligazione la cui esistenza, liquidità o esigibilità non gli sia nota (²¹).

Possono farsi gli esempi della fattura non ricevuta (nell'ipotesi in cui il termine di pagamento decorra dalla ricezione della stessa), degli oneri condominiali approvati dall'assemblea e dovuti dal condono al quale non sia stata trasmessa la delibera, come anche degli oneri condominiali deliberati dall'assemblea e non pagati dall'usufruttuario, qualora l'amministratore del condominio agisca giudizialmente contro il nudo proprietario senza previamente renderlo edotto della morosità del primo.

Da questo punto di vista, pertanto, non trovo affatto insensato che il legislatore ricolleghi l'improcedibilità della domanda al mancato esperimento del procedimento di mediazione o del procedimento di negoziazione assistita la cui obbligatorietà sia imposta dalla legge o prevista dalle parti.

La strada dell'improcedibilità, infatti, a differenza di quella dell'inammissibilità o dell'improponibilità (²²) consente alle parti di

Spunti sull'ambito di applicazione del nuovo istituto della mediazione, in *Judicium.it*, 07 marzo 2011.

(²¹) Cfr., se si vuole. G. RUFFINI, in G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, vol. I, cit., 299 ss.

(²²) Strada ancora oggi irragionevolmente tracciata dal legislatore per talune controversie, come quelle agrarie, e che a mio avviso, *de iure condito*, deve purtroppo essere seguita anche per le controversie in materia di contratti di lavoro certificati (v. in proposito G. RUFFINI, in G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, vol. II, Bologna 2024, 17, 20 ss.; *contra*, cfr. G. TRISORIO LIUZZI, D. DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, Bari, 2021, 281).

sanare il vizio, evitando la chiusura del processo, ottemperando all'invito giudiziale di attivare il meccanismo entro un determinato termine.

Semmai, quello che può apparire assurdo e sintomo di scarsa consapevolezza da parte del legislatore delle dinamiche processuali, oltre che indice di una scarsa fiducia negli avvocati, è la previsione della rilevabilità d'ufficio del vizio nelle ipotesi di mancato esperimento di un procedimento di giustizia consensuale obbligatoriamente imposto dalla legge, assieme alla mancata generalizzazione a tutte le controversie su diritti disponibili della necessità del tentativo di mediazione e alla mancata previsione, in via generale, dell'equipollenza allo stesso del procedimento di negoziazione assistita, su accordo delle parti e dei rispettivi avvocati.

Per favorire la diffusione della cultura della giustizia consensuale nella classe forense la strada non è infatti quella di introdurre ipotesi di mediazione e di negoziazione assistita obbligatorie in una serie di controversie individuate in base a criteri più o meno arbitrari, al pari di quelli che hanno portato a ritagliare più volte le controversie per le quali è invece previsto il tentativo obbligatorio di conciliazione⁽²³⁾, con attribuzione al giudice del potere di rilevare d'ufficio l'improcedibilità anche in difetto di istanza di parte e addirittura anche contro la volontà contraria di tutte le parti.

(²³) Come è noto, le ipotesi di mediazione obbligatoria, originariamente fissate nell'art. 5, 1° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, sono state dapprima ridefinite, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale di tale norma (Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272), nel 1° comma *bis* introdotto dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito, con modificazioni, nella l. 9 agosto 2013, n. 98), modificato con d.lgs. 6 agosto 2015, n. 130, con d.l. 24 aprile 2017, n. 50 e con d.l. 21 maggio 2018, n. 68 e oggi sono fissate nel nuovo art. 5, 1° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, introdotto dall'art. 7 d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149. Sull'irragionevolezza delle scelte operate dal legislatore cfr. fra i tanti L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, cit., spec. 584. Anche secondo R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2011 e 145/2011*, Torino, 2011, 114, il legislatore avrebbe potuto estendere la condizione di procedibilità a tutte le materie aventi ad oggetto diritti disponibili, senza eccezioni.

Se crediamo che la soluzione consensuale dei conflitti corrisponda a un effettivo interesse delle parti, la strada è invece quella di rendere obbligatorio per tutte le controversie su diritti disponibili il tentativo obbligatorio di conciliazione, elevandolo a condizione di procedibilità di tutte le suddette controversie, in modo da far percepire ai consociati, tramite gli avvocati cui essi si rivolgono per la tutela dei loro interessi, che tale obbligatorietà non corrisponde ai capricci momentanei del legislatore di turno, bensì a un dovere sociale di solidarietà, oltre che a un'esigenza di ragionevolezza nella scelta fra gli strumenti di cui gli uomini dispongono per la realizzazione dei loro interessi.

Finché il legislatore penserà di poter distinguere, tra le controversie giurisdizionali aventi ad oggetto diritti disponibili, quelle la cui procedibilità è condizionata al previo esperimento di un procedimento di giustizia consensuale e quelle per le quali detto esperimento non sia invece obbligatorio, sarà sicuramente arduo per gli avvocati spiegare ai loro clienti il fondamento razionale di tale scelta e contribuire in tal modo alla diffusione di una cultura della mediazione (24).

Ma alle parti e ai loro avvocati, chiamati ad espletare il loro mandato nell'interesse dei propri assistiti, deve essere lasciata la possibilità di sostituire di comune accordo, a qualsiasi procedimento di mediazione, un procedimento di negoziazione assistita, attraverso il quale pure deve poter essere realizzata la condizione di pro-

(24) In prospettiva opposta, A. GRAZIOSI, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 37 ss., spec. 65 ss., ritiene invece che la mancata realizzazione di una cultura della mediazione basata sulla risoluzione amichevole delle controversie, finalizzata a «garantire ‘un’equilibrata relazione tra mediazione e procedimento giudiziario’», dipenda dall'imposizione della obbligatorietà della mediazione in modo «generalizzato ed indiscriminato». Dell'a. condivido peraltro l'osservazione secondo cui «la mediazione come attuata in Italia rischia di perdere ‘attrattività e valore aggiunto’».

cedibilità⁽²⁵⁾; e deve essere loro riservato, in caso di mancata realizzazione di tale condizione, il potere di sollevare l'eccezione di improcedibilità, qualora vi sia un effettivo interesse a una soluzione consensuale del conflitto e la conseguente volontà di partecipare attivamente ad un procedimento di giustizia consensuale; fermo restando che a tale eccezione, da riservare rigorosamente al monopolio delle parti interessate, dovrebbe conseguire non la chiusura in rito del processo per improponibilità della domanda, ma il semplice invito alle parti ad attivarsi entro un termine perentorio per realizzare la condizione di procedibilità mancante al fine di conseguire – nel caso in cui il procedimento di giustizia consensuale non porti alla risoluzione consensuale del conflitto – una pronuncia sul merito del rapporto giuridico controverso.

(²⁵) Come è noto, invece, il nostro legislatore, pur ritenendo fungibili la procedura di mediazione obbligatoria di cui al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 e le altre procedure obbligatorie di conciliazione previste dalla legge che prevedano l'intervento di un terzo estraneo alle parti in lite, ritiene prevalenti, sulle norme che prevedono ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria, le disposizioni che prevedono speciali procedimenti obbligatori di mediazione e conciliazione, comunque denominati (art. 3, 1° e 5° comma, d.l. 12 settembre 2014, n. 132); se pertanto è certamente possibile affermare che l'esperimento di un procedimento di mediazione, in luogo del procedimento di negoziazione assistita obbligatoriamente previsto dalla legge, rende comunque procedibile la domanda giudiziale, si ritiene invece che, *de iure condito*, non sia possibile ritenerne che l'esperimento di un procedimento di negoziazione assistita, anche se consensualmente concordato dalle parti e dai loro avvocati, possa soddisfare la condizione di procedibilità imposta dal legislatore con la previsione di un procedimento di mediazione obbligatoria. In giurisprudenza cfr. Trib. Agrigento, 8 gennaio 2025, n. 15; App. Palermo, 13 settembre 2024, n. 1456; Trib. Gorizia, 30 gennaio 2024, n. 35; Trib. Prato, 29 aprile 2024, n. 343; App. Firenze, 30 marzo 2023, n. 543; Trib. Roma, 23 marzo 2023, n. 4817; Trib. Roma, 18 luglio 2022, n. 11431; App. Napoli, 26 giugno 2018, n. 3147; Trib. Torre Annunziata, 23 marzo 2018, n. 740. In dottrina, nel senso che nelle materie in cui sia prevista la mediazione obbligatoria le parti che scelgano di avvalersi preliminarmente della negoziazione assistita sono comunque costrette, nel caso di mancato raggiungimento di un accordo, «ad esperire il previo tentativo (obbligatorio) di mediazione prima di procedere in sede giudiziaria», v. chiaramente A. GRAZIOSI, *Mediaconciliazione e negoziazione assistita*, cit., 47.

Una riforma in questo senso, spostando sulla parte l'onere di sollevare l'eccezione nel caso in cui vi sia una pur minima possibilità di pervenire ad una soluzione consensuale della controversia, favorirebbe certamente la diffusione di una cultura della giustizia consensuale molto più di automatici inviti ad instaurare procedimenti di giustizia consensuale, i quali potrebbero risultare irragionevoli e contrastanti con il principio di ragionevole durata del processo se rivolti a parti che magari hanno già tentato invano, per anni, di percorrere vie alternative alla giurisdizione, anche se non proceduralizzate. In mancanza di elementi obiettivi che possano far pensare al giudice che si possa ancora sperare in un esito positivo di tali procedimenti, infatti, tali automatici inviti rischiano di essere percepiti dalle parti come espedienti per alleggerire il lavoro dei magistrati e consentire allo Stato di sottrarsi al dovere di somministrare la tutela giurisdizionale. Laddove invece tali elementi sussistessero, rimarrebbe pur sempre possibile al giudice disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione *ex art. 5 quater d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28* (mediazione demandata dal giudice) (26).

6. *La distrazione delle spese.* – Per quanto invece riguarda l'interesse dell'avvocato, penso che l'aspetto più interessante da affrontare, in un sistema integrato di giustizia nel quale si neghi che la via della giurisdizione contenziosa sia l'unica strada per la realizzazione degli interessi e la composizione dei conflitti, attenga alla controversa posizione dell'avvocato della parte vittoriosa a favore della quale sia stata disposta, su istanza propria o di altro difensore munito di procura, la distrazione delle spese liquidate a carico della parte soccombente.

(26) Cfr. M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, 2018, 459 ss.; M.F. GHIRGA, *Conciliazione giudiziale e mediazione demandata*, cit., 497 ss.; F. SANTAGADA, *La mediazione*, Torino, 2012, 65 ss.

Come è noto, l'art. 93, 1° comma, c.p.c. – con previsione non sovrapponibile a quella di cui all'art. 373 c.p.c. del 1865⁽²⁷⁾ – dispone al riguardo che il difensore con procura possa chiedere che il giudice, nel condannare la parte soccombente al pagamento delle spese di lite, disponga la distrazione in favore suo e degli altri difensori delle spese che dichiara essere state anticipate e degli onorari che dichiara non essere stati riscossi; mentre il capoverso del medesimo articolo prevede che, finché il difensore non abbia riscosso le somme distratte in suo favore, la parte possa chiedere la revoca del provvedimento di distrazione «qualora dimostri di aver soddisfatto il credito del difensore per gli onorari e le spese», senza distinguere tra l'ipotesi in cui il credito fosse stato già soddisfatto prima del provvedimento di distrazione e quella in cui la parte abbia provveduto al pagamento per intero delle competenze dovute al proprio difensore dopo tale provvedimento⁽²⁸⁾.

(²⁷) L'art. 373 del codice di rito abrogato, ispirato al *Code napoleonico*, aveva il seguente tenore letterale: «I procuratori possono domandare che la condanna al pagamento delle spese sia pronunciata a loro favore, per quella parte che dichiareranno di aver anticipato».

(²⁸) Nel senso che all'avvocato distrattario spetta la facoltà di chiedere al proprio cliente l'intera somma dovutagli, per competenze professionali e spese, fin quando la somma liquidata dal giudice e distratta a suo favore non gli sia stata corrisposta dalla parte soccombente, e che tuttavia la parte, «anche se ha provveduto al pagamento per intero delle competenze dovute al proprio difensore, per quanto distrattario, non può agire esecutivamente nei confronti della controparte per essere soddisfatta delle somme oggetto di distrazione, se non dopo aver richiesto la revoca della distrazione, provando di aver soddisfatto il credito del difensore, prima della distrazione o anche successivamente», cfr. Cass., sez. VI, 9 novembre 2021, n. 32668. In dottrina, peraltro, non manca chi ritiene che – nonostante il tenore letterale dell'art. 93, 2° comma, c.p.c. richieda esclusivamente che la parte vincitrice «dimostri di aver soddisfatto il credito del difensore per gli onorari e le spese», senza alcun riferimento temporale – la revoca del provvedimento di distrazione, con le forme stabilite per la correzione delle sentenze, possa essere richiesta soltanto da chi sostenga di aver soddisfatto il credito prima della distrazione (S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, 1, Milano, 1966, 313 ss.) oppure, all'opposto, soltanto da chi sostenga di aver soddisfatto il credito dopo la proposizione dell'istanza di distrazione (M. STELLA, *La distrazione delle spese di lite: oggetto, procedimento, effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 829 ss., 845 ss., 848).

Si è a lungo discusso, al riguardo, se e in che misura il difensore munito di procura, nel chiedere la distrazione delle spese processuali, deduca in giudizio il proprio diritto al pagamento del credito professionale dallo stresso maturato nei confronti del cliente ed eventualmente, in qualità di sostituto processuale o di rappresentante *ex lege*, i crediti professionali maturati dagli altri difensori, divenendo parte del processo, sia pure limitatamente alla statuizione sulle spese; e se debba pertanto essergli riconosciuto il potere di impugnazione in caso di compensazione o di erronea quantificazione delle spese, di rigetto dell'istanza di distrazione o di omessa pronuncia sulla stessa, nonché, ai sensi dell'art. 288, 3° comma, c.p.c., in caso di revoca della distrazione disposta a seguito di richiesta avanzata dall'assistito *ex art.* 93, 2° comma, c.p.c. (29).

Sebbene sia evidente che, in caso di caducazione del capo di condanna alle spese, la distrazione delle stesse resti priva di efficacia in applicazione dell'art. 336, 2° comma, c.p.c., la Corte di cassazione esclude giustamente che il difensore distrattario – che ha comunque maturato nei confronti del proprio assistito un diritto insuscettibile di essere pregiudicato dalla mancata condanna della controparte al pagamento delle spese – sia legittimato ad impugnare il capo della sentenza con il quale sia stata disposta la compensazione delle spese o siano state determinate in misura inadeguata le spese dovute al suo cliente dal soccombente, o sia comunque legittimato a partecipare in proprio al giudizio di impugnazione avente ad oggetto tale capo, e a maggior ragione gli altri capi, di merito o di rito, che abbiano determinato la vittoria del suo cliente in giudizio e dai quali dipende il capo sulle spese (30).

Sulla scorta dell'assunto secondo cui la richiesta di distrazione non può essere considerata una domanda autonoma, la Suprema Corte è inoltre giunta alla ragionevole conclusione secondo cui

(29) In argomento v. di recente, anche per una accurata ricostruzione del dibattito dottrinale, M. STELLA, *La distrazione delle spese di lite*, cit., 834 ss., 839 ss., con ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali.

(30) Cass., sez. II, 14 marzo 2024, n. 6788; Cass., sez. VI, 9 marzo 2021, n. 6481.

all'omessa pronuncia su tale istanza può rimediarsi, in assenza di espressa previsione legislativa, «con le forme stabilite per la correzione delle sentenze», espressamente richiamate dall'art. 93, 2° comma, c.p.c. per la revoca del provvedimento di distrazione ad istanza del vincitore che dimostri di aver soddisfatto il credito del proprio difensore per i compensi e per le spese⁽³¹⁾; il che arreca indubbiamente benefici sia sul piano dell'accesso alla giustizia giurisdizionale che su quello della ragionevole durata del processo, consentendo di rimediare anche all'omissione di pronuncia realizzata nel giudizio di legittimità, senza che sia imposta la notificazione anche alla parte difesa dall'avvocato antistatario del ricorso diretto a rimediare all'omessa pronuncia, «atteso che il difensore agisce, ex art. 287 e ss. c.p.c., in forza della procura rilasciatagli nel giudizio concluso con la pronuncia da correggere, non potendosi distinguere una proposizione ‘in proprio’ dell’istanza di distrazione avanzata dal difensore (tale da imporre la notificazione della richiesta di correzione anche alla parte rappresentata) da una proposizione della domanda in rappresentanza di parte e in base all’originaria procura»⁽³²⁾.

⁽³¹⁾ Cass., sez. II, 10 aprile 2024, n. 9625; Cass., sez. III, 26 febbraio 2024, n. 5082; Cass., sez. un., 5 novembre 2021, n. 32200; Cass., sez. VI, 30 marzo 2020, n. 7608; Cass., sez. VI, 9 gennaio 2020, n. 162; Cass., sez. un., 27 novembre 2019, n. 31033; Cass., sez. VI, 17 maggio 2017, n. 12437; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2016, n. 3566; Cass., sez. III, 28 gennaio 2014, n. 1761, in *Guida dir.*, 2014, 15, 84; Cass., sez. III, 13 aprile 2012, n. 5894, in *Giust. civ.*, 2012, I, 1191; Cass., sez. III, 30 gennaio 2012, n. 1301; Cass., sez. I, 15 novembre 2010, n. 23074, in *Guida dir.*, 2011, 4, 69; Cass., sez. un., 7 luglio 2010, n. 16037, in *Foro it.*, 2011, I, 1, 137, con nota di L. CARBONE, in *Giust. civ.*, 2011, 1809, con nota di M. AGRESTI, e in *Guida dir.*, 2010, 4, 56, con nota di M. PISELLI. In precedenza, nello stesso senso, cfr. Cass., sez. I, 18 giugno 2010, n. 14831, in *Giust. civ.*, 2011, 1809. *Contra* cfr., invece, Cass., sez. I, 3 novembre 2009, n. 24106; Cass., sez. III, 1° ottobre 2009, n. 21070.

⁽³²⁾ In questo senso v. Cass., sez. II, 8 aprile 2024, n. 9310; Cass., sez. lav., 31 maggio 2023, n. 15302. *Contra* v. peraltro Cass., sez. VI, 14 dicembre 2022, n. 36579; Cass., sez. VI, 2 aprile 2015, n. 6813; Cass., sez. III, 2 luglio 2011, n. 15346; e in dottrina M. STELLA, *La distrazione delle spese di lite*, cit., 856 ss.

Al contempo, però, si continua contraddittoriamente ad affermare che il difensore che abbia chiesto la distrazione delle spese può assumere la qualità di parte, attiva o passiva, nel giudizio di impugnazione, se la sentenza impugnata non abbia pronunciato sull'istanza di distrazione o l'abbia respinta o il gravame investa comunque la stessa pronuncia di distrazione⁽³³⁾; e che inoltre il difensore della parte vittoriosa che abbia riscosso dalla parte soccombente le spese distratte a suo favore è passivamente legittimato per la domanda di ripetizione d'indebito che sia eventualmente proposta nel giudizio di impugnazione o di rinvio⁽³⁴⁾, pur essendo destinato a subire gli effetti della sentenza di condanna alla restituzione delle somme percepite in conseguenza della distrazione anche se «non evocato personalmente in giudizio»⁽³⁵⁾ e pur non assumendo la qualità di parte nel giudizio di impugnazione in cui sia personalmente evocato e non potendo conseguentemente rimanere soccombente in tale giudizio ai fini della condanna alle spese⁽³⁶⁾.

A me sembra, peraltro, che tali orientamenti debbano essere definitivamente abbandonati.

La distrazione delle spese è infatti preordinata a favorire l'accesso alle Corti e non già alla tutela giurisdizionale del diritto dell'avvocato al pagamento del proprio compenso, che non è un diritto litigioso oggetto di accertamento giudiziale. L'avvocato non è in lite con il proprio cliente e non può ovviamente esserlo in un

⁽³³⁾ Cass., sez. III, 3 febbraio 2022, n. 3290; Cass., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21248; Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8215.

⁽³⁴⁾ V. Cass., sez. III, 14 aprile 2025, n. 9761, secondo la quale «la richiesta di restituzione di quanto pagato non può essere rivolta nei confronti dell'assistito, che non ha percepito alcunché, e la domanda, tesa al ripristino della situazione patrimoniale anteriore al pagamento, presuppone la legittimazione del *solvens* e dell'*accipiens* soltanto»; nello stesso senso Cass., sez. III, 10 novembre 2022, n. 33217; Cass., sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21248; Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8215.

⁽³⁵⁾ Cass., sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 25417.

⁽³⁶⁾ Così Cass., sez. VI, 24 febbraio 2022, n. 6225.

processo in cui lo rappresenta⁽³⁷⁾. Sarebbe inoltre contraddittorio, in un sistema in cui si vuole privilegiare la soluzione dei conflitti su un piano consensuale e al contempo realizzare l'obiettivo costituzionale della durata ragionevole dei processi, rendere necessariamente litigioso un diritto sul quale gli interessati potrebbero non avere alcuna intenzione di litigare, trasformando un meccanismo non contenzioso, teso ad agevolare la riscossione dei crediti dell'avvocato verso il cliente e con esso l'accesso alla giustizia giurisdizionale, in un uno strumento di complicazione della gestione del contenzioso giudiziale.

A seguito della distrazione, il difensore della parte vincitrice ottiene un provvedimento di condanna che gli consente di pretendere il pagamento del credito professionale da lui vantato nei confronti del proprio cliente, fino alla concorrenza degli importi liquidati dal giudice a favore dello stesso, direttamente dalla controparte soccombente ed eventualmente di esperire, a tutela del suddetto credito, una azione esecutiva proposta nei confronti di quest'ultima.

La tutela garantita dal sistema al difensore è solo indiretta, ma assai efficace, dovendosi innanzitutto escludere, nonostante il contrario tralaticio orientamento giurisprudenziale⁽³⁸⁾, che in caso di riforma o caducazione del capo di condanna alle spese il distrattario che le abbia riscosse sia tenuto alla restituzione delle stesse, a titolo di indebito oggettivo. Il difensore antistatario, infatti, a seguito della distrazione, riscuote dal soccombente, fino alla concorrenza della somma che quest'ultimo viene condannato a pagare al vincitore a titolo di spese legali, il proprio credito nei confronti di quest'ultimo, la cui esistenza non dipende in alcun modo dal capo di condanna alle spese distratte in suo favore.

(³⁷) Stante il chiaro dettato dell'art. 93 c.p.c., è pacifico che l'istanza di distrazione possa essere avanzata soltanto dal difensore munito di procura. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. II, 4 dicembre 2019, n. 31687.

(³⁸) Cfr., tra le più recenti, Cass., sez. III, 14 aprile 2025, n. 9761; Cass., sez. II, 14 marzo 2024, n. 6788; Cass., sez. VI, 3 aprile 2019, n. 9280; Cass., sez. VI, 25 ottobre 2017, n. 25247; Cass., sez. III, 4 aprile 2013, n. 8215; Cass., sez. III, 15 aprile 2010, n. 9062; Cass., sez. III, 11 maggio 2007, n. 10827, in *Guida dir.*, 2007, 26, 75.

A me sembra, pertanto, che sia nel giusto chi afferma che, sul piano civilistico, il pagamento effettuato al difensore distrattario prima della revoca o della sopravvenuta inefficacia del provvedimento di distrazione abbia piena efficacia solutoria, fino alla concorrenza dell'importo versato, del credito vantato dal professionista nei confronti del proprio assistito; sicché, a seguito della riforma o della cassazione del capo di condanna alle spese, la parte che, in conseguenza della disposta distrazione, abbia già soddisfatto le ragioni creditorie del professionista dispone soltanto di un'azione di indebito arricchimento nei confronti della propria controparte processuale (eventualmente proponibile in sede di rinvio *ex art. 389 c.p.c.*) e nulla può invece richiedere all'avvocato di questa⁽³⁹⁾.

Si aggiunga inoltre che, se il difensore antistatario non è parte del processo concluso con la sentenza impugnata né parte del giudizio di impugnazione della stessa, non è possibile, per il principio di non contraddizione, ritenere che lo stesso possa essere destinatario di una domanda e di una sentenza di condanna; e che, se invece fosse parte di tale giudizio, non sarebbe possibile negare, in caso di soccombenza, la sua assoggettabilità a un provvedimento di condanna alle spese di lite.

È da escludere inoltre che, accanto al procedimento disciplinato dall'*art. 93, 2° comma, c.p.c.*, siano esperibili avverso il provvedimento che abbia deciso (o omesso di decidere) sull'istanza di distrazione altri mezzi di impugnazione e che pertanto sia configurabile un gravame che investa direttamente la stessa pronuncia sulla distrazione.

Non essendo il provvedimento sulla distrazione un capo di sentenza contenente un accertamento idoneo al giudicato – e potendo essere revocato senza alcun limite di tempo, su istanza della parte vincitrice o del suo difensore, a condizione che non sia richiesta la revoca della distrazione di somme che il difensore distrattario abbia

⁽³⁹⁾ M. STELLA, *La distrazione delle spese di lite*, cit., 851 ss.

già riscosso⁽⁴⁰⁾ – va escluso che tale provvedimento possa essere oggetto di impugnazione, ad istanza del difensore antistatario oppure, contro di lui, ad istanza del suo assistito o del soccombente condannato al pagamento delle spese di lite⁽⁴¹⁾; né tale impugnazione potrebbe essere proposta avverso il provvedimento adottato ai sensi dell'art. 93, 2° comma, c.p.c. a seguito di un ricorso proposto «con le forme stabilite per la correzione delle sentenze», non essendo detto richiamo sufficiente per far ritenere applicabili al suddetto provvedimento il regime di cui all'art. 288, 3° comma, c.p.c.

È probabile che l'idea che il provvedimento sulla distrazione sia impugnabile – ad istanza del difensore, del suo assistito o della controparte soccombente – sia in qualche modo legata alla ritenuta impossibilità, per il soccombente condannato al pagamento delle spese di lite, di eccepire in compensazione al difensore della parte vittoriosa in giudizio, oltre ai crediti vantati nei confronti di tale difensore, anche quelli vantati nei confronti del suo assistito⁽⁴²⁾, idea a sua volta collegata a quella secondo cui il difensore munito di procura, il quale chieda la distrazione, a proprio favore, delle spese di giudi-

⁽⁴⁰⁾ Nota esattamente C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 13^a ed., vol. I, Torino, 2023, 687, che è solo nella fase di revoca della distrazione che il difensore assume «la qualità di parte per la tutela del proprio interesse relativo all'attribuzione delle spese».

⁽⁴¹⁾ Nel senso che la domanda di distrazione delle spese non abbia ad oggetto l'accertamento del credito del difensore e sia semplicemente preordinata alla rapida formazione di un titolo esecutivo, v, di recente M. STELLA, *La distrazione delle spese di lite*, cit., 843 ss., spec. 845. In argomento cfr. inoltre S. SATTA, *Commentario*, vol. I, 1, cit., 311 ss.

⁽⁴²⁾ Su tale convinzione non sembra nutrire dubbi nemmeno la dottrina: cfr. P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino, 2022, 92; G. DE STEFANO, *La distrazione delle spese*, Milano, 1957, 41; S. SATTA, *Commentario*, I, 1, cit., 315; M. STELLA, *La distrazione delle spese di lite*, cit., 850. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. II, 23 dicembre 2024, n. 34202; Cass., sez. VI, 26 marzo 2019, n. 8436; Cass., sez. lav., 19 novembre 1985, n. 5695.

zio e degli onorari, agisce per un diritto proprio ed autonomo verso il soccombente⁽⁴³⁾.

Anche tale idea, peraltro, merita di essere sottoposta a revisione, non apparendo logicamente necessitata ed essendo anzi chiaro, sulla base della lettera della legge, che attraverso la richiesta di distrazione il difensore, al fine di soddisfare il credito professionale vantato nei confronti del proprio assistito, chiede di sostituirsi a quest'ultimo nella titolarità dei poteri a lui spettanti nei confronti della parte soccombente in relazione al rimborso delle spese legali liquidate dal giudice, secondo un meccanismo non molto dissimile da quello disciplinato nell'art. 511 c.p.c. ⁽⁴⁴⁾.

Abstract

Lo scritto analizza il rapporto tra l'interesse dell'avvocato e quello del proprio cliente e del proprio assistito in un sistema integrato di giustizia nel quale coesistano strumenti giurisdizionali e strumenti non giurisdizionali di giusta risoluzione delle controversie, fondati sul consenso delle parti.

Dopo aver evidenziato il rapporto tra i doveri dell'avvocato e l'interesse dell'assistito, l'a. dimostra come il criterio dell'interesse dell'assistito non sia assoluto, trovando un limite nel superiore interesse della giustizia, valore che costituisce un canone interpretativo di tutte le norme giuridiche, ivi comprese quelle sul conflitto di interessi.

Particolare attenzione viene poi dedicata al rapporto tra l'interesse del cliente e il ricorso alla giustizia consensuale, con la formulazione di una proposta di riforma così articolata: *a)* estensione del tentativo obbligatorio di mediazione a tutte le controversie aventi ad oggetto diritti disponibili, a pena di improcedibilità del giudizio; *b)* non rilevabilità d'ufficio dell'improcedibilità per mancato esperimento del procedimen-

⁽⁴³⁾ Cfr. Cass. Cass., sez. II, 23 dicembre 2024, n. 34202; Cass., sez. VI, 26 marzo 2019, n. 8436.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. S. SATTA, *Commentario*, I, 1, cit., 311.

to di mediazione obbligatoria; c) possibilità di soddisfare la condizione di procedibilità attraverso la negoziazione assistita.

Nell'ultimo paragrafo, dedicato alla distrazione delle spese di lite, l'a. critica l'attuale orientamento giurisprudenziale, inadeguato ad un sistema che voglia privilegiare la composizione consensuale dei conflitti e al contempo perseguire l'obiettivo costituzionale della durata ragionevole dei processi.

This paper explores the relationship between the lawyer's own interest and that of their client or represented party within an integrated system of justice – namely, a system in which judicial mechanisms coexist with effective non-judicial, consent-based means for the fair resolution of disputes.

After analysing the connection between the lawyer's professional duties and the interests of the party represented, the author argues that the primacy of the client's interest is inherently limited, as it ultimately yields to the overarching interest of justice. This higher value functions as a fundamental interpretative and ethical compass for the legal profession – a golden canon guiding the interpretation of all legal norms, including those addressing conflicts of interest, and ensuring the lawyer's essential impartiality and independence.

Particular emphasis is placed on the relationship between the client's interest and the use of consensual justice mechanisms. In this context, the author advances a proposal for legislative reform, articulated as follows: a) extending the requirement of prior mandatory mediation to all disputes concerning rights that the parties may freely dispose of, with failure to comply resulting in the inadmissibility of subsequent judicial proceedings; b) excluding the possibility for courts to raise such inadmissibility ex officio (on their own motion) in cases where mandatory mediation has not been attempted; c) allowing the admissibility requirement to be fulfilled through other consensual mechanisms, such as assisted negotiation, when jointly chosen by the parties.

In the final section, devoted to the allocation of litigation costs, the author critiques the prevailing judicial interpretation of the relevant provisions, arguing that it is ill-suited to a justice system that seeks both to pro-

mote the consensual settlement of disputes and to fulfil the constitutional objective of ensuring the reasonable duration of proceedings.

IL DOVERE DELL'AVVOCATO DI INFORMARE IL CLIENTE

Marco Gradi ()*

SOMMARIO: 1. Il rapporto fiduciario fra l'avvocato e il cliente. – 2. I doveri informativi dell'avvocato. – 3. Informazioni relative all'oggetto dell'incarico e alle opzioni di tutela. – 4. Informazioni su tempi e costi della prestazione. – 5. Altre informative preliminari. – 6. Notizie relative all'andamento dell'incarico. – 7. Informazioni da fornire in caso di rifiuto o di rinuncia all'incarico. – 8. Natura dei doveri informativi. – 9. Profili soggettivi del diritto dell'informazione. – 10. L'obbligo di informare il cliente dei suoi doveri.

1. *Il rapporto fiduciario fra l'avvocato e il cliente.* – La fiducia in una relazione è un sentimento che ci consente di affidarci alla cura degli altri, che genera una sensazione di sicurezza e di tranquillità, perché si crede fermamente che l'altro si occuperà al meglio del nostro interesse. La fiducia nasce cioè dalla convinzione che l'altro agirà a nostro vantaggio, prendendosi in carico i nostri bisogni e tutelandoli con diligenza⁽¹⁾. In questa prospettiva, la relazione tra il cliente e l'avvocato che lo assiste non può che fondarsi sulla fiducia. Si tratta di un'esigenza naturale, che esiste ancora prima del suo riconoscimento normativo: non sorprende, quindi, che il codice deontologico forense, all'art. 11, 2° comma, la contempli espressamente.

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

(¹) Sul ruolo della fiducia nel diritto, è fondamentale l'opera di T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021, 88 ss.

La fiducia che il cliente ripone nell'avvocato è tanto più rilevante in quanto il primo, nella maggior parte dei casi, non dispone delle competenze tecnico-giuridiche necessarie per valutare autonomamente la propria posizione. Anche quando il cliente non è una persona fisica o un consumatore – e dunque non appartiene alla categoria dei soggetti «istituzionalmente deboli» – egli si trova comunque in una situazione di asimmetria informativa rispetto all'avvocato, che possiede il patrimonio di conoscenze e di esperienza proprie della professione forense. Solo nel caso in cui la parte sia a sua volta un avvocato tale asimmetria potrebbe ridursi; tuttavia, anche in tale ipotesi, il rapporto fiduciario deve essere preservato, poiché l'affidamento di un interesse alla cura di un altro professionista implica sempre una dimensione fiduciaria⁽²⁾.

La fiducia, tuttavia, non può essere concepita come un sentimento unilaterale. L'art. 11, 2° comma, c. deon. for. induce a ritenere che essa debba essere reciproca: non solo il cliente deve confidare nell'avvocato, ma anche quest'ultimo deve poter riporre fiducia nel proprio assistito. Tale reciprocità, benché solo implicitamente riconosciuta dal codice, è indispensabile per l'equilibrio della relazione professionale e per il corretto esercizio dei diritti e dei doveri che ne derivano⁽³⁾.

La fiducia è inoltre strettamente connessa alla fedeltà. L'avvocato è tenuto ad adempiere fedelmente al mandato ricevuto, come esige non solo la deontologia, ma anche la stessa rilevanza penale dell'«infedele patrocinio»⁽⁴⁾. La fedeltà rappresenta,

⁽²⁾ Sulla fiducia come principio regolatore dei rapporti fra l'avvocato e il cliente, ancor prima del suo riconoscimento nel codice deontologico del 1997, v. C. LEGA, *Deontologia forense*, Milano, 1975, 179 ss.; P. GIANNITI, *Principi di deontologia forense*, Padova, 1992, 147 ss.

⁽³⁾ Sulla natura bidirezionale del rapporto fiduciario fra l'avvocato e il cliente, v. M. BINA, *La felicità dell'avvocato. Diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, 84 ss.

⁽⁴⁾ Sul tema, v. l'ampio studio di L. DURIGATO, *Sul delitto di infedele patrocinio*, Milano, 1966, 3 ss.; e, più di recente, G. TOSCANO, *Il «delitto di difesa»: il ri-*

dunque, la traduzione operativa della fiducia: essa consiste nell'agire nell'interesse altrui, in modo leale. In questa prospettiva, il dovere di fedeltà si collega direttamente al dovere di lealtà. Non a caso, il codice deontologico prevede, all'art. 9, l'obbligo generale di lealtà nell'esercizio dell'attività professionale, che si estende ben oltre la dimensione processuale disciplinata dall'art. 88 c.p.c. (⁵).

A ciò si aggiungono altresì la previsione dell'art. 12 c. deon. for., che impone all'avvocato un dovere di diligenza qualificata, nonché il disposto dell'art. 14, che sancisce l'obbligo di competenza, vietando l'assunzione di incarichi per i quali il professionista non possieda un'adeguata preparazione tecnica.

Il principio di fiducia si concretizza, dunque, attraverso le manifestazioni della fedeltà, della lealtà, della diligenza e della competenza. Ci si fida di chi è leale, onesto e sincero, ma anche di chi possiede la capacità tecnica necessaria per perseguire l'interesse del cliente in modo efficace e responsabile.

A tali principi fondamentali deve essere collegato il dovere di informazione dell'avvocato. Essere fedele, leale, competente e diligente significa, infatti, anche informare adeguatamente il cliente, in modo chiaro e completo, consentendogli di esercitare consapevolmente le proprie scelte (⁶). L'adempimento dell'obbligo informativo, a sua volta, rafforza e conferma la fiducia che il cliente ripone nel proprio difensore.

schio penale dell'avvocato nel rapporto con il cliente, in *Etica e giustizia*, 2025, 163 ss., spec. 166 ss.

(⁵) In proposito, rinvio allo studio di G. RUFFINI, *Lealtà e verità nella vita dell'avvocato*, in *Etica e giustizia*, 2025, 15 ss.; in una prospettiva comparata, v. inoltre G.C. HAZARD, A. DONDÌ, *Legal Ethics: A Comparative Study*, Stanford, 2004, nella trad. it., *Etiche della professione legale: un approccio comparato*, Bologna, 2005, 241 ss.

(⁶) Per il collegamento fra il dovere di informazione dell'avvocato e i doveri di correttezza e lealtà, v. in particolare, Cass., sez. un., 17 aprile 2003, n. 6188, in *Giur. it.*, 2004, 762 ss.

In conclusione, il nesso tra fiducia, fedeltà, lealtà, diligenza, competenza e informazione delinea un quadro unitario dell'etica professionale forense: un insieme di virtù che non si esauriscono in meri obblighi normativi, ma che costituiscono un vero e proprio *habitus* mentale, un *modus vivendi* del buon avvocato, chiamato a operare fiduciariamente nell'interesse del proprio cliente e, al tempo stesso, nella tutela della giustizia⁽⁷⁾.

2. I doveri informativi dell'avvocato. – Occorre innanzitutto partire dal dato normativo che disciplina i doveri di informazione dell'avvocato. Tali doveri sono infatti previsti a favore di una pluralità di destinatari: ne beneficiano non soltanto il cliente, ma anche il pubblico indistinto, che comprende i potenziali clienti⁽⁸⁾; altri doveri informativi sono previsti a favore della controparte e del giudice⁽⁹⁾, oppure hanno come destinatari i colleghi dell'avvocato e le istituzioni forensi⁽¹⁰⁾.

Con riguardo al complesso dei doveri informativi dell'avvocato, il dovere di informare il proprio cliente riveste un rilievo indubbiamente centrale. In tale ambito assume primaria importanza l'art. 27 c. deon. for., rubricato appunto «Doveri di informazione». Le in-

⁽⁷⁾ Sull'importanza per l'avvocato di agire secondo principi etici, al fine della tutela della parte assistita e della realizzazione della giustizia, rinvio in particolare all'alto monito di A. CANDIAN, *Avvocatura*, Milano, 1949, 85 ss.

⁽⁸⁾ Si tratta, più precisamente, dei doveri di informazione sull'esercizio dell'attività professionale (artt. 17 e 35 c. deon. for.); sul punto, v. F. DE SANTIS, *Appunti di deontologia forense*, Pisa, 2024, 39 ss.

⁽⁹⁾ Mi riferisco in particolare al dovere di verità dell'avvocato, sancito dall'art. 50 c.. deon. for., sul quale v. in particolare F. CIPRIANI, *L'avvocato e la verità*, in *Prev. for.*, 2003, 222 ss.; R. DANOVY, *Deontologia e giustizia*, Milano, 2003, 68 ss.; M. BINA, *Il dovere di verità dell'avvocato nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 514 ss.;

⁽¹⁰⁾ A questo riguardo vengono in rilievo, in particolare, i doveri di informazione che derivano dal rapporto di colleganza (art. 38, 46 e 47 c. deon. for.) e il dovere di comunicazione alla Cassa forense (art. 17 l. n. 576 del 1980). Sul tema, v. R. DANOVY, *Ordinamento forense e deontologia*, 20^a ed., Milano, 2025, 140 ss.

formazioni che l'avvocato è tenuto a fornire al cliente hanno diversi ambiti di applicazione, corrispondenti alle varie fasi e alle diverse dimensioni del rapporto professionale.

3. Informazioni relative all'oggetto dell'incarico e alle opzioni di tutela. – Innanzitutto, ai sensi dell'art. 27, 1° comma, c. deon. for., l'avvocato, al momento dell'assunzione dell'incarico, ha l'obbligo di fornire al cliente un'informazione completa e trasparente circa le caratteristiche, l'importanza e la complessità del mandato professionale. Egli deve altresì illustrare le attività da svolgere, le iniziative da intraprendere e le possibili ipotesi di soluzione della controversia. Analogo principio è rinvenibile nell'art. 13, 5° comma, legge professionale forense (n. 247 del 2012). Tale dovere informativo è funzionale a garantire che il cliente possa assumere una decisione pienamente consapevole in ordine all'opportunità di intraprendere un'azione giudiziaria.

Sempre in sede di conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare la parte assistita circa l'esistenza dei percorsi alternativi alla giurisdizione previsti dall'ordinamento, con particolare riferimento agli strumenti di giustizia consensuale, quali la mediazione e la negoziazione assistita. In taluni casi, egli deve anche rappresentare l'obbligatorietà del previo esperimento di un tentativo di composizione amichevole della lite, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁽¹¹⁾.

Tale dovere di informazione trova fondamento in diverse disposizioni normative. In primo luogo, l'art. 2, 7° comma, decreto-legge n. 132 del 2014 impone all'avvocato, al momento del conferimento dell'incarico, di informare il cliente della possibilità o della necessità di ricorrere alla negoziazione assistita. Analogamente,

⁽¹¹⁾ Sul tema, v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 97 ss.; D. DALFINO, *La mediazione civile e commerciale*, vol. del *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2016, 170 ss.; C. ASPRELLA, *La negoziazione assistita*, Milano, 2024, 373 ss.

mente, l'art. 4, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010 prevede l'obbligo, sempre in capo all'avvocato, di illustrare al cliente la facoltà di avvalersi del procedimento di mediazione, che, in alcune ipotesi, costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'avvocato è inoltre tenuto a informare il cliente dei vantaggi e delle agevolazioni fiscali connessi ai procedimenti di risoluzione consensuale delle controversie.

La legge prevede che l'informativa debba essere resa per iscritto, in modo chiaro e comprensibile; il relativo documento deve inoltre essere sottoscritto dalla parte assistita e allegato all'atto introduttivo del giudizio. L'omessa allegazione può comportare, nei casi di obbligatorietà della procedura alternativa, la dichiarazione di improcedibilità della domanda giudiziale. In ipotesi di mediazione facoltativa, il giudice può invece informare la parte della possibilità di avvalersene. Si deve inoltre ricordare che, in caso di mancata informazione, il contratto di patrocinio può essere dichiarato annullabile, ferma restando la validità degli atti processuali compiuti, poiché la procura alle liti è un atto distinto dal contratto di patrocinio.

Al di là del dato tecnico, la sostanza è che l'avvocato contemporaneo – e ancor più quello del futuro – deve valorizzare il proprio ruolo di consulente della pace e non solo di contendente, promuovendo presso il cliente la conoscenza e l'apprezzamento dei vantaggi della giustizia consensuale, sotto il profilo dell'efficienza, della creatività delle soluzioni e della riduzione della conflittualità⁽¹²⁾.

(12) Sui vantaggi delle soluzioni consensuali delle liti, v. F.P. LUISO, *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, 1201 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 3 ss.; P. LUCARELLI, *La giustizia consensuale anche a beneficio della sostenibilità*, in ID. (a cura di), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, Firenze, 2023, 169 ss.; sul ruolo dell'avvocato come propulsore di soluzioni consensuali delle controversie nell'ambito di un sistema integrato di giustizia, v. inoltre S. DALLA BONTÀ, *La funzione sociale dell'avvocato*, in *Etica e giustizia*, 2025, 89 ss.

Infine, ai sensi dell'art. 9, 4° comma, decreto-legge n. 1 del 2012, l'avvocato deve informare il cliente della complessità dell'incarico professionale. Tale informativa, che va resa al cliente, non deve necessariamente essere fornita al momento del conferimento dell'incarico, potendo intervenire anche in un momento successivo.

Qualora l'incarico richieda competenze diverse da quelle proprie, l'avvocato è tenuto altresì a prospettare al cliente e alla parte assistita la necessità di integrare l'assistenza mediante la collaborazione di un collega dotato delle necessarie specializzazioni. In questo modo dispone espressamente l'art. 26, 2° comma, c. deon. for., che concerne il dovere di competenza dell'avvocato⁽¹³⁾.

4. Informazioni su tempi e costi della prestazione. – Ai sensi dell'art. 27, 2° comma, c. deon. for., l'avvocato è tenuto a informare sia il cliente sia la parte assistita in merito alla prevedibile durata dell'incarico e agli oneri ipotizzabili connessi alla sua esecuzione. A colui che conferisce l'incarico deve inoltre essere fornita per iscritto, su richiesta dell'interessato, una stima del presumibile costo della prestazione professionale⁽¹⁴⁾.

Nella formulazione originaria dell'art. 9 decreto-legge n. 1 del 2012, convertito in l. n. 27 del 2012 (che ha disposto l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate), così come dell'art. 13, 5° comma, legge professionale forense (anch'essa del 2012), l'obbligo dell'avvocato di fornire un preventivo scritto dei costi prevedibili sorgeva soltanto su richiesta del cliente, non operando dunque automaticamente. Tali disposizioni sono state in seguito modificate nel 2017, per effetto della legge n. 124, in forza della quale è adesso previsto l'automatismo di tale obbligo di comunicazione preventiva in forma scritta.

⁽¹³⁾ Sul dovere di competenza professionale, v. in particolare Cons. naz. for., 23 febbraio 2024, n. 23.

⁽¹⁴⁾ Sul tema, v. DANOVIS, *Ordinamento forense e deontologia*, cit., 102 ss.

L'art. 13, 5° comma, legge professionale forense precisa inoltre che l'avvocato ha l'obbligo di comunicare per iscritto a colui che conferisce l'incarico la prevedibile misura del costo della prestazione, distinguendo fra oneri, quali ad esempio il contributo unificato e le spese di notifica, le spese generali o forfettarie, e il compenso professionale.

Si tratta di un obbligo sicuramente apprezzabile sul piano della trasparenza del rapporto professionale, ma si deve al contempo registrare che si tratta di disposizioni dotate di scarsa effettività pratica, perché il contratto di prestazione d'opera intellettuale che si instaura fra il professionista e il cliente è comunque valido ed efficace anche in mancanza della consegna di un preventivo scritto al cliente⁽¹⁵⁾.

Infatti, sul piano civilistico, l'art. 2233, 3° comma, c.c. sancisce soltanto la nullità degli accordi sul compenso, privi di forma scritta, stipulati fra l'avvocato e il suo cliente. Inoltre, la legge professionale stabilisce, all'art. 13, 2° comma, che il compenso è di regola pattuito all'atto del conferimento dell'incarico e, all'art. 14, 1° comma, che l'incarico si perfeziona con l'accettazione, quindi anche in mancanza di una pattuizione scritta sul compenso.

In tali ipotesi, il professionista può chiedere la verifica di congruità della parcella da parte del Consiglio dell'Ordine di appartenenza, mentre la liquidazione giudiziale del compenso avviene secondo i parametri forensi stabiliti con l'apposito decreto ministeriale: così dispongono il novo e sesto comma dell'art. 13 della legge professionale forense. Pertanto, la mancanza del preventivo non comporta la nullità del contratto di patrocinio, in quanto la validità dell'incarico non è subordinata alla pattuizione scritta del compenso.

⁽¹⁵⁾ In modo conforme, v. V. AMENDOLAGINE, *Brevi riflessioni sul contratto di patrocinio legale*, in *Contratti*, 2024, 215 s., secondo il quale la determinazione del compenso non è un elemento essenziale del contratto di patrocinio legale.

Inoltre, non pare possibile comminare alcuna sanzione deontologica all'avvocato che, in mancanza di richiesta del cliente, non abbia fornito preventivamente per iscritto una stima dei costi prevedibili, in quanto l'art. 27, 2° comma, c. deon. for. prevede ancora – come canone deontologico – l'obbligo di comunicare il preventivo al cliente soltanto su richiesta di quest'ultimo. Il disallineamento tra la disciplina di legge e la disciplina contribuisce così ad attenuare l'obbligatorietà del preventivo, subordinandolo alla richiesta del cliente.

L'illecito deontologico si verifica però certamente nel caso in cui l'avvocato, dopo aver trasmesso un preventivo scritto al cliente, abbia richiesto un compenso superiore a quello preventivato⁽¹⁶⁾. È quindi opportuno che il professionista inserisca clausole di salvaguardia che gli consentano di adeguare il compenso in caso di mutamento delle circostanze o di ampliamento dell'incarico.

Di recente, la disciplina deontologica è stata innovata con l'introduzione dell'art. 25 bis c. deon. for., volto a recepire i principi dell'equo compenso e i relativi doveri informativi. In attuazione dell'art. 5, 5° comma, l. n. 49 del 2023, la sopra richiamata norma deontologica prevede dunque l'obbligo, per l'avvocato, di avvertire per iscritto il cliente che il compenso deve rispettare i limiti previsti dalla normativa vigente, a pena di nullità dell'accordo. Tale disposizione – con il relativo dovere informativo – opera però soltanto nel caso in cui l'accordo sul compenso sia stato raggiunto sulla base di un testo predisposto esclusivamente dall'avvocato.

5. Altre informative preliminari. – Oltre alle informazioni inerenti al contenuto e alle modalità di svolgimento dell'incarico professionale, l'avvocato è tenuto a fornire preliminarmente al cliente

⁽¹⁶⁾ In tal senso, v. Cons. naz. for., 25 marzo 2023, n. 36.

ulteriori informative di diversa natura, previste sia dal codice deontologico forense sia dalla normativa vigente.

In particolare, l'art. 27, 4° comma, c. deon. for. stabilisce che, ove ne ricorrono le condizioni, l'avvocato deve informare la parte assistita della possibilità di avvalersi del patrocinio a spese dello Stato. Tale comunicazione deve essere resa al momento del conferimento dell'incarico professionale. Nel contesto del processo penale, l'art. 49 del medesimo codice prevede inoltre l'obbligo, per l'avvocato nominato difensore d'ufficio, di informare l'assistito circa la facoltà di nominare un difensore di fiducia, a garanzia dell'effettività del suo diritto di difesa.

L'art. 27, 5° comma, c. deon. for., in combinato disposto con l'art. 5 d.p.r. n. 137 del 2012, impone altresì all'avvocato di fornire al cliente gli estremi della propria polizza assicurativa per la responsabilità professionale, assicurando così la trasparenza e la tutela dell'assistito in caso di eventuali inadempienze o errori professionali⁽¹⁷⁾.

Infine, ai sensi del regolamento generale sulla protezione dei dati personali – reg. (UE) 2016/679 – l'avvocato è tenuto a rendere l'informativa sul trattamento dei dati personali, indicando il soggetto titolare del trattamento, le finalità – principalmente connesse all'esecuzione dell'incarico professionale – e ogni altro elemento richiesto dalla normativa. In tale ambito, è altresì necessario acquisire il consenso espresso del cliente per il trattamento dei dati personali⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Al riguardo, v. Cons. naz. for., 7 luglio 2021, n. 139; Cons. naz. for., 1° giugno 2022, n. 88.

⁽¹⁸⁾ Con riferimento a tutte queste informative preliminari, che si risolvono in una serie di adempimenti formali a carico dell'avvocato, v. però il commento critico di A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (festeggiando l'anniversario della fondazione della Facoltà di Giurisprudenza della Luiss)*, in *Giust. civ.*, 2022, 573, il quale osserva: «[p]reventivo, assicurazione professionale, informative sulla privacy, informative sulla conciliazione, informative sulla conduzione e sull'esito della lite ecc. (...). Siamo ancora prima dell'inizio della partita processuale e già un profluvio di norme e normicine pedanti ammolla la

6. Notizie sull'andamento dell'incarico. – Un ulteriore e rilevante ambito dei doveri informativi dell'avvocato concerne l'obbligo di tenere costantemente informato il cliente e la parte assistita circa l'andamento dell'incarico professionale, le informazioni acquisite nell'esercizio del mandato e i documenti ottenuti nel corso del suo svolgimento⁽¹⁹⁾.

L'art. 27, 6° comma, c. deon. for. prevede, infatti, un preciso dovere di informativa sullo svolgimento del mandato, che si estende sia all'attività processuale sia a quella stragiudiziale. L'avvocato è tenuto a fornire alla parte assistita e al cliente copia degli atti e dei documenti dei procedimenti che li riguardano, fatta eccezione per la corrispondenza riservata tra colleghi, che resta coperta da riservatezza professionale⁽²⁰⁾. In sostanza, il professionista deve assicurare al proprio assistito una conoscenza effettiva e aggiornata dello stato della pratica, illustrando con chiarezza l'evoluzione del procedimento e fornendo la documentazione relativa alle attività svolte per suo conto⁽²¹⁾.

Particolarmente significativa è l'obbligazione di trasmettere copia dei provvedimenti giudiziari che concernono l'assistito – in primo luogo le sentenze – affinché egli possa pienamente comprendere le decisioni assunte dall'autorità giudiziaria e le relative impli-

fase preparatoria come se davvero il cliente fosse il peggior nemico del suo avvocato e viceversa».

(¹⁹) Nella giurisprudenza disciplinare, v. in particolare Cons. naz. for., 9 novembre 2022, n. 207, che ha sanzionato un avvocato che non aveva ritenuto di spiegare al suo cliente quanto avvenuto nell'ambito di un'udienza; Cons. naz. for., 26 novembre 2022, n. 226, che collega la violazione di tale dovere informativo ad una compromissione del rapporto di fiducia fra il cliente e l'avvocato.

(²⁰) Sulla corrispondenza riservata degli avvocati, v. R. DANOV, *Produzione di corrispondenza riservata e azione in conflitto di interessi fra deontologia e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2025, 117 ss.

(²¹) Le informazioni fornite devono ovviamente essere veritieri, come è stato precisato da Cons. naz. for., 15 dicembre 2006, n. 145; e da Cons. naz. for., 7 maggio 2024, n. 172. Tali informazioni devono anche essere complete, non essendo sufficiente un adempimento parziale dell'obbligo informativo: v. Cons. naz. for., 15 dicembre 2022, n. 256; Cons. naz. for., 16 giugno 2023, n. 127.

cazioni⁽²²⁾, adottando le più opportune iniziative al fine di tutelare i propri interessi⁽²³⁾.

Ai sensi dell'art. 27, 8° comma, c. deon. for., l'avvocato ha inoltre il dovere di comunicare alla parte assistita ogni informazione appresa nello svolgimento del mandato che risulti di interesse per la tutela dei suoi diritti o che possa comunque incidere sulla posizione giuridica del cliente. Tale obbligo di comunicazione non è subordinato a una richiesta della parte, ma opera automaticamente, in ossequio ai principi di lealtà e diligenza.

L'art. 27, 7° comma, impone altresì all'avvocato di informare tempestivamente la parte assistita circa la necessità di compiere atti idonei a evitare la prescrizione o la decadenza, nonché altri effetti pregiudizievoli per la salvaguardia dei diritti o delle posizioni giuridiche del cliente.

Coerentemente con la logica di assicurare al cliente tutte le informazioni utili per la migliore difesa dei propri interessi, rientra tra i doveri di correttezza professionale anche quello di comunicare eventuali vicende personali o professionali che possano incidere sull'esercizio del mandato. Rientra, in tal senso, l'obbligo di informare l'assistito dell'eventuale sospensione o cancellazione dall'albo professionale, circostanza che, se taciuta, potrebbe compromettere gravemente la completezza e l'efficacia dell'attività difensiva⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Va dunque sanzionato l'avvocato che, con un comportamento caratterizzato da assoluta negligenza, abbia violato i doveri di informazione nei confronti del proprio cliente, comunicando l'avvenuta notifica della sentenza conclusiva del procedimento a distanza di circa un anno e mezzo dalla pubblicazione: v. Cons. naz. for., 11 novembre 2006, n. 100.

⁽²³⁾ Si noti altresì che, in caso di morte della parte assistita, l'avvocato deve fornire una compiuta informativa agli eredi, non potendo assumere iniziative processuali in totale autonomia: in tal senso, v. Cass., sez. un., 13 maggio 2019, n. 12636.

⁽²⁴⁾ In proposito, v. Cons. naz. for., 23 novembre 2000, n. 190, in *Rass. for.*, 2001, 435 ss., secondo la quale: «[i]l professionista che, sospeso disciplinamente per 6 mesi, non comunichi tempestivamente ai suoi clienti l'interruzione dei procedimenti in corso e la sua sopravvenuta incapacità alla difesa, a causa della predetta sanzione disciplinare, pone in essere un comportamento deontologicamente ri-

7. Informazioni da fornire in caso di rifiuto o di rinuncia all'incarico. – Ulteriori obblighi informativi sorgono in capo all'avvocato nei casi in cui egli rifiuti un mandato professionale che gli è stato proposto, oppure nel caso in cui rinunci a un incarico già accettato.

A questo proposito, l'art. 24, 4° comma, c. deon. for. prevede l'obbligo per l'avvocato di comunicare alla parte assistita l'esistenza di un conflitto di interessi, ossia di quelle circostanze che impediscono l'esercizio dell'attività professionale richiesta. Si tratta di un dovere di informazione preventiva, da adempiere al momento della proposta di incarico, che implica, ove il conflitto sussista, la necessità di non accettare il mandato. Tale previsione tutela la lealtà nei confronti del cliente e garantisce l'imparzialità dell'avvocato, prevenendo qualsiasi interferenza tra interessi contrapposti.

L'art. 32 c. deon. for. disciplina, invece, la rinuncia al mandato. In base al secondo comma, l'avvocato che intenda rinunciare all'incarico è tenuto a informare per iscritto la parte assistita, con congruo preavviso, affinché essa possa adottare le misure necessarie a non compromettere la propria difesa. Il preavviso ha la funzione di consentire al cliente di individuare tempestivamente un nuovo difensore: una volta adempiuto tale obbligo, l'avvocato non risponde dell'eventuale mancata prosecuzione dell'assistenza legale, restando comunque ferma, nel processo, l'ultrattività della procura alle liti sino alla nomina del sostituto.

Ai sensi del quinto comma del medesimo articolo, l'avvocato che abbia rinunciato al mandato deve altresì informare la parte assistita di ogni comunicazione o notificazione che, nel frattempo, gli pervenga nell'interesse dell'*ex* cliente, in modo da non pregiudicarne i diritti.

Il codice deontologico non disciplina invece espressamente l'ipotesi di revoca del mandato da parte del cliente, ossia la deci-

levante perché lesivo del dovere di probità, correttezza e informazione a cui ciascun professionista è tenuto».

sione unilaterale di interrompere il rapporto professionale. Tuttavia, in tale fattispecie devono essere applicati per analogia i medesimi principi previsti per la rinuncia, in quanto la revoca del mandato costituisce, al pari della rinuncia, una soluzione di continuità nell'assistenza tecnica, con la conseguenza che anche in tale fattispecie devono operare i medesimi obblighi di informazione e comunicazione a carico dell'avvocato, necessari per non compromettere la difesa della parte in precedenza assistita (25).

Ne consegue che, anche nel caso di revoca, l'avvocato è tenuto a un comportamento ispirato a correttezza e diligenza professionale, garantendo un passaggio ordinato e informato della difesa, in coerenza con la funzione fiduciaria che caratterizza il rapporto tra avvocato e cliente.

8. Natura dei doveri informativi. – Dall'analisi complessiva della disciplina emerge che i doveri informativi dell'avvocato costituiscono un aspetto prioritario della deontologia forense, imponendo al professionista una condotta ispirata a trasparenza, diligenza e correttezza nei confronti del cliente e della parte assistita.

Si osserva, in particolare, che l'obbligo di informazione presenta una dimensione temporale articolata: talune comunicazioni devono essere rese al momento del conferimento dell'incarico, altre nel corso del suo svolgimento, ed ulteriori alla cessazione o anche successivamente alla conclusione del rapporto professionale. In ogni caso, la diligenza professionale impone all'avvocato di adempiere a tali obblighi con la massima sollecitudine, sempre entro un termine ragionevole, in modo da garantire la piena consapevolezza del cliente rispetto alle scelte difensive e agli sviluppi del mandato.

(25) In tal senso, v. Cass., sez. II, 12 ottobre 2009, n. 21589, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 1324 ss.; Cass., sez. un., 30 gennaio 2019, n. 2755, in *Foro it.*, 2019, I, 2113 ss., con nota di L. CARBONE, *Gli obblighi informativi dell'avvocato nei confronti del cliente in caso di revoca e rinuncia al mandato*.

Gli obblighi informativi possono derivare direttamente dalla legge, oppure dal codice deontologico forense. Tuttavia, ai sensi dell'art. 2, 4° comma, e dell'art. 3, 3° comma, legge professionale forense, il rispetto delle norme deontologiche costituisce comunque un obbligo giuridico per l'avvocato, con valore vincolante nell'ordinamento professionale (²⁶).

La violazione dei doveri informativi può dar luogo a una pluralità di conseguenze giuridiche. Essa può determinare: la responsabilità civile, con obbligo di risarcire il danno o, nei casi più gravi, l'invalidità del contratto di patrocinio; l'applicazione di sanzioni disciplinari, in sede ordinistica; e, nei casi estremi, la responsabilità penale, ad esempio per infedele patrocinio o per abbandono della difesa. Ne consegue che la violazione dei doveri informativi assume rilevanza in diverse sedi: nei procedimenti civili, in materia di responsabilità professionale o di determinazione dei compensi; nei procedimenti disciplinari, a carico dell'avvocato incolpato; e nei processi penali, quando la condotta integra un illecito penalmente rilevante.

Appare dunque essenziale che l'avvocato documenti per iscritto l'adempimento degli obblighi informativi, sia nei casi in cui la legge lo impone espressamente, sia come buona prassi professionale, anche ai fini probatori. A tal fine, l'informazione può essere formalizzata mediante comunicazioni scritte – ad esempio e-mail, dichiarazioni di presa visione, messaggi di posta elettronica certificata o lettere raccomandate – che attestino inequivocabilmente l'avvenuta informazione. Non può ritenersi sufficiente, a tal fine, il solo rilascio della procura alle liti, poiché esso non equivale all'adempimento del dovere informativo, che resta autonomo e sostanziale rispetto al potere di rappresentanza processuale.

(²⁶) Per la natura giuridica delle norme deontologiche, v. R. DANOVIS, *Il diritto degli altri: storia della deontologia*, Milano, 2022, 230 ss.; G. DI FAZZIO, *Gli studi sull'etica forense in Italia*, in *Etica e giustizia*, 2025, 309 s.

9. Profili soggettivi del diritto all'informazione. – Un ulteriore profilo che emerge dall'esame congiunto delle norme di legge e delle disposizioni deontologiche concerne l'ambito soggettivo dei doveri informativi dell'avvocato, poiché le figure del cliente e della parte assistita non sempre coincidono nella medesima persona.

Tale distinzione si giustifica in ragione del fatto che il soggetto che conferisce l'incarico professionale e sostiene gli oneri economici della prestazione può essere diverso da colui nel cui interesse l'attività viene effettivamente svolta. L'art. 23 c. deon. for. disciplina espressamente tale ipotesi, prevedendo che l'avvocato possa accettare un incarico conferito da un terzo nell'interesse della parte assistita, purché quest'ultima presti il proprio consenso. I casi pratici possono essere molteplici: si pensi, ad esempio, al genitore che incarica un avvocato di assistere il figlio, oppure al datore di lavoro che affida all'avvocato la difesa legale di un proprio dipendente⁽²⁷⁾.

In tali situazioni, pur permanendo un legame contrattuale con il cliente-terzo, l'avvocato è tenuto a svolgere l'incarico nell'esclusivo interesse della parte assistita, la quale rappresenta il vero titolare del diritto alla difesa. Conseguentemente, gli obblighi informativi concernenti lo svolgimento del mandato e le strategie difensive devono essere adempiuti nei confronti della parte assistita, poiché è nel suo interesse che l'attività professionale si esplica. Al cliente-terzo, invece, spetta ricevere le informazioni di carattere economico, e in particolare quelle relative ai costi, agli oneri e ai compensi connessi all'incarico, in quanto soggetto obbligato al pagamento della prestazione.

Ne deriva, pertanto, una distinzione funzionale tra i destinatari degli obblighi informativi: da un lato, la parte assistita, titolare dell'interesse sostanziale e processuale, dall'altro, il cliente, quale soggetto conferente e finanziatore dell'incarico. Tale differenziazione impone all'avvocato un'attenta gestione della comunicazione

⁽²⁷⁾ Sulla nozione di cliente e di parte assistita, v. in particolare DANOVIS, *Ordinamento forense e deontologia*, cit., 101.

professionale, al fine di garantire la trasparenza nei rapporti e di evitare potenziali conflitti di interesse tra i soggetti coinvolti.

10. L'obbligo di informare il cliente dei suoi doveri. – In conclusione, appare opportuno soffermarsi su un'ultima considerazione, che si ricollega alla riflessione iniziale sulla natura bidirezionale del rapporto fiduciario tra l'avvocato e il cliente.

L'avvocato non ha soltanto il dovere di informare il cliente circa i suoi diritti, poteri e opportunità, ma anche di renderlo edotto dei suoi doveri giuridici. L'obbligo informativo, dunque, non si esaurisce nell'illustrazione delle possibilità di azione, ma comprende anche la chiara indicazione di ciò che non è lecito fare, o che può essere fatto solo nel rispetto di determinate forme e condizioni⁽²⁸⁾.

Si tratta di un terreno complesso, poiché la definizione dei «doveri del cliente» nel processo non è sempre nitida. La sensibilità dei singoli avvocati può condurre a differenti atteggiamenti, più o meno rigorosi. Tuttavia, è principio fermo che l'oggetto del dovere informativo comprenda anche la comunicazione dei vincoli sostanziali e processuali che gravano sulla parte assistita.

L'avvocato, nell'esercizio della propria funzione, deve quindi richiamare il cliente alla correttezza e alla lealtà che l'ordinamento impone come presupposto del diritto di difesa. Ciò non costituisce un tradimento del mandato fiduciario, bensì la sua più alta espressione: adempiere fedelmente all'incarico significa anche impedire che il cliente abusi del processo o persegua fini ingiusti. Come ha osservato Carmine Punzi, l'avvocato è il *dominus*, non il *nuncius* del cliente: non un mero esecutore di volontà, ma un interprete re-

⁽²⁸⁾ Osserva assai significativamente G. RUFFINI, *Lealtà e verità nella vita dell'avvocato*, cit., 33 ss., che: «[l']avvocato deve essere fedele al proprio cliente, quindi – purché non sia chiamato ad affermare il falso o a negare il vero – non è tenuto a tradire la fiducia della parte assistita sostituendosi ad essa, ma ha il dovere etico di rammentare al proprio cliente quali siano i suoi obblighi».

sponsabile del diritto e dei suoi limiti⁽²⁹⁾). In questa prospettiva, la missione dell'avvocato è quella di tutelare i diritti nel rispetto dei doveri, contribuendo al contempo al corretto funzionamento della giustizia⁽³⁰⁾.

Da tale impostazione discendono due importanti conseguenze. In primo luogo, il rispetto del rapporto fiduciario implica che anche il cliente abbia un dovere di lealtà e veridicità nei confronti del proprio difensore. Il cliente deve fornire all'avvocato informazioni veritiero e complete, affinché questi possa adempiere correttamente al mandato ricevuto. L'art. 28 c. deon. for. tutela la riservatezza del rapporto, ma al quarto comma chiarisce che l'avvocato può utilizzare le informazioni apprese nella misura in cui siano necessarie per lo svolgimento dell'attività di difesa. Ne consegue che, soprattutto nel processo civile, dove sussiste un ragionevole e limitato obbligo di verità a carico delle parti⁽³¹⁾, l'avvocato può e deve rappresentare in modo veritiero i fatti, anche quando siano sfavorevoli al proprio assistito, poiché solo così può esercitare correttamente la difesa nel rispetto del mandato e della legge.

In secondo luogo, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti riconoscono ragionevolmente in capo all'avvocato anche un dovere di dissuasione, che si concretizza nel dovere di scoraggiare il cliente dall'intraprendere azioni manifestamente infondate⁽³²⁾, specialmen-

⁽²⁹⁾ C. PUNZI, *La difesa nel processo civile e l'assetto dell'avvocatura in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 813 ss., spec. 817 ss.

⁽³⁰⁾ In questa prospettiva, v. anche le riflessioni di M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, cit., 66 ss.

⁽³¹⁾ Sul tema, sia consentito il rinvio a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 711 ss.; ID., *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in *Corti fior.*, 2023, 39 ss.; ID., *La bellezza della giustizia: in difesa dell'obbligo di verità delle parti*, in *Quid est veritas? La dialettica tra verità e certezza nell'esperienza giuridica*, Atti del 73° Convegno nazionale dell'Unione dei giuristi cattolici italiani, Roma, 2025, 219 ss.

⁽³²⁾ In tal senso, v. Cass., sez. III, 20 maggio 2015, n. 10289; Cass., sez. II, 19 aprile 2016, n. 7708; Cass., sez. III, 19 luglio 2019, n. 19520; Cass., sez. III, 13 settembre 2023, n. 26470. In proposito, v. anche lo studio di D. CERRI, *Troppe cause: gli obblighi dei legali nei confronti dei clienti e del sistema giustizia (e di loro stessi)*,

te quando esse presuppongano menzogne, reticenze o abusi del processo. Tale obbligo va inteso, peraltro, con prudenza nel caso delle cause infondate in diritto: l'avvocato ha infatti il compito di interpretare il diritto, anche in modo innovativo e partigiano, purché lo faccia con serietà argomentativa e tenendo conto degli orientamenti consolidati, ove intenda discostarsene.

In questa prospettiva, occorre chiedersi che cosa accade se una causa sia manifestamente infondata secondo il diritto vigente, ma l'avvocato la ritenga giusta sul piano sostanziale e sociale. Si pensi, ad esempio, al contenzioso climatico, oggi spesso ostacolato da questioni di giurisdizione o di legittimazione ad agire, come nel caso giudiziario noto come «giudizio universale»⁽³³⁾.

Se l'avvocato etico si fa promotore di un'istanza di giustizia, diviene motore del cambiamento culturale, contribuendo allo sviluppo del sistema giuridico. In tal senso, egli non solo può, ma forse anche deve sostenere la causa che ritiene giusta, argomentandola con rigore e lealtà, nella consapevolezza che il diritto vive anche attraverso il coraggio di chi lo interpreta in vista del futuro⁽³⁴⁾. È in questa prospettiva che si manifesta la più alta forma di etica profes-

in *Danno e resp.*, 2022, 431 ss.; sul divieto di difendere cause ingiuste, in prospettiva storica, v. inoltre R. BIANCHI RIVA, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna*, vol. I, Milano, 2012, 124 ss.; ID., *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto ed etica in età moderna*, Milano, 2015, 232 ss.

(33) Mi riferisco a Trib. Roma, 26 febbraio 2024, in *Giur. it.*, 2024, 2344 ss., con nota di G. CONTALDI, *Quale azione per il contenzioso climatico strategico?*; in *Danno e resp.*, 2024, 644 ss., con nota di V. JACINTO, *La prima decisione italiana sulla responsabilità climatica dello Stato: chiusura legittima o coraggio mancato?*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, I, 309 ss., con nota di C.M. MASIERI, *La causa «Giudizio Universale» e il destino della climate change litigation*.

(34) Ciò è in seguito avvenuto proprio nell'ambito del contenzioso climatico, portando alla decisione di Cass., sez. un., 21 luglio 2025, n. 20381, la quale ha riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario italiano nella causa promossa da Greenpeace e da alcuni cittadini contro l'Eni, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Cassa depositi e prestiti, per ottenere il risarcimento dei danni causati dal cambiamento climatico legato alle emissioni.

sionale dell'avvocato: quella che coniuga il dovere verso il cliente con la responsabilità verso la giustizia e verso la società.

Abstract

Il saggio esamina il dovere dell'avvocato di informare il cliente quale espressione essenziale del rapporto fiduciario che fonda la relazione professionale. L'obbligo informativo, previsto dalla legge professionale forense e dal codice deontologico forense, si articola in diverse fasi, dall'assunzione dell'incarico alla sua esecuzione e cessazione, comprendendo informazioni su oggetto, costi, tempi, andamento e possibili alternative di tutela. L'a. evidenzia la funzione di tale dovere nel garantire trasparenza, consapevolezza e lealtà, nonché nel prevenire conflitti e abusi del processo. La riflessione si estende infine al piano etico, delineando il ruolo dell'avvocato come interprete responsabile del diritto e custode della giustizia, chiamato a informare il cliente non solo dei suoi diritti, ma anche dei suoi doveri.

The essay deals with the lawyer's duty to inform the client as an essential expression of the fiduciary relationship that underpins the professional bond. This informational duty, established by the Italian Law on the Legal Profession and the Code of Legal Ethics, unfolds through various stages – from the acceptance of the mandate to its performance and termination – and encompasses information regarding the object, costs, duration, progress, and possible alternative means of protection. The Author highlights the function of this duty in ensuring transparency, awareness, and loyalty, as well as in preventing conflicts and abuses of process. The reflection ultimately extends to the ethical dimension, portraying the lawyer as a responsible interpreter of the law and a guardian of justice, called upon to inform the client not only of his rights but also of his duties.

IL RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE FRA MEDIAZIONE, ARBITRATO E PROCESSO

Elena Zucconi Galli Fonseca (*)

SOMMARIO: 1. Gli avvocati e i *designer*. – 2. Il fattore soggettivo: il cliente. – 3. Il fattore soggettivo: l'avvocato. – 4. Il fattore tempo. – 5. Il rapporto avvocato-cliente: ascolto e informazione. – 6. L'avvocato come *manager* dei conflitti.

1. *Gli avvocati e i designer*. – Cos'hanno a che spartire due figure professionali così differenti?

Lo studioso Lon Fuller intitolava un suo saggio «*The Lawyer as Architect of Social Structures*»⁽¹⁾ e spiegava in questo modo il parallelo fra la professione di avvocato e quella di architetto: «l'avvocato è costantemente impegnato a inserire in un disegno praticabile le relazioni delle persone fra di loro»⁽²⁾.

Io preferirei evocare la figura del *designer*⁽³⁾, che, nella tradizione del *Bauhaus*, vuole creare un connubio fra arte, artigianato e tec-

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Processuale civile nell'Università di Bologna.

(¹) L. FULLER, *The Lawyer as Architect of Social Structures*, in K.J. WINSTON (a cura di), *The principles of social order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, Durham, 1981, ora London, 2002, 285 ss.

(²) Testualmente: «*The lawyer is constantly engaged in fitting into some workable design the relations of men to one another. His task as a social architect can demand creative imagination of a high order*». Cfr. L. FULLER, *The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally*, in K.J. WINSTON (ed.), *The principles of social order*, cit., 170 ss., su cui P.S. ATIYAH, *Fuller and the Theory of Contract*, in *Essays on Contract*, Oxford, 1986, 74 ss.

(³) D. DARDI, V. PASCA, *Manuale di storia del design*, Milano, 2019, 78, racconta in modo efficace la struttura della Scuola del *Bauhaus*: appunto, arte, artigianato e tecnologia.

nologia, ed oggi, nella sua più moderna evoluzione, pone al centro le relazioni umane. L'avvocato è, insomma, un fine *designer* di un progetto concretamente realizzabile, che sia in grado di gestire positivamente i rapporti fra le persone e, in ultima analisi, contribuisca a quello che Fuller definisce l'«ordine sociale». Una espressione generica che va declinata, nella mia prospettiva, in un rafforzamento della garanzia di accesso alla giustizia⁽⁴⁾.

E, come il *designer* utilizza la matita ed un foglio di carta, così gli attrezzi dell'avvocato sono i *legal processes*, gli strumenti giuridici adatti alla soluzione del problema⁽⁵⁾. La sua cassetta contiene molti attrezzi: «un processo, un rinvio, un accordo, una transazione, o persino un'ammissione blanda che l'antagonista ha ragione nella sua affermazione e dovrebbe essere risarcito come sostiene (...»)⁽⁶⁾; fi-

⁽⁴⁾ L'*access to justice* di cappelletiana memoria diviene focale, perché, per poter ottenere giustizia, il fattore costo e la disponibilità di rilevanti risorse economiche sono sempre più importanti: su questi aspetti lo studio di P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa*, Torino, 2022, 11 ss.; spunti di comparazione in R. POTENZANO, *La ragionevole durata del processo civile. Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2022, IX ss.

⁽⁵⁾ D. SANDOMIERSK, *Catalytic agents? Lon Fuller, James Milner, and the lawyer as social architect, 1950-69*, in *71 University of Toronto Law Journal*, 2021, 91, riporta l'interessante esperienza di James Milner nella *Law School* di Toronto, per la realizzazione di una didattica in linea con l'idea di Fuller. L'a. racconta il contenuto del *Syllabus* di Milner, per il corso del 1951-52: «While the first five listed items reflect a conventional picture of case law analysis, the last three include broad, realistic factors. Item 8 includes [s]peculating how the results of the 'law' can be avoided in practice by (i) drafting suitable agreements in advance, (ii) (...) legislative correction of the 'law' and (iii) (...) resort to negotiation, compromise and arbitration, i.e. 'short of law' procedures. Near the document's end, Milner includes a 'Problem of Negotiation and Draftsmanship' whose instructions conclude: 'Is there any procedure, contract clause, or legal or economic device which will break up this log jam in negotiation?'».

⁽⁶⁾ P. PHILLIPS, *A lawyer approach to commercial arbitration*, in *44 Yale Law Review*, 1934, 32 ss.: «Instead it should be treated as any other tool in the lawyers equipment for the settlement of business dispute, accepted or rejected by the same balancing of factors we use in deciding upon: a trial, a reference, a settlement, an accord and satisfaction, or even a bland admission that the antagonist is correct in his contention and should be compensated as he contends».

nanche una combinazione ed un intreccio di alcuni o tutti questi strumenti del mestiere.

Sono strumenti variegati, ma riconducibili a due funzioni sociali fondamentali: quella aggiudicativa e quella creativa di regole o di strutture. Nella prima funzione rientra l'avvocato che difende il cliente davanti alla corte, o assume il ruolo di giudicante in un arbitrato; nella seconda, l'avvocato che redige un contratto, pianifica attività e comportamenti, negozia o media⁽⁷⁾.

È richiesta, dunque, una «immaginazione creativa di alto livello»⁽⁸⁾ e per poterla praticare, non basta conoscere il diritto ed i suoi interpreti, ma occorre tenere in conto la mutevolezza della realtà e i fattori extra-legali che incidono sul problema che il cliente gli sottopone. Vediamone qualcuno.

2. Il fattore soggettivo: il cliente. – In ogni scelta, il fattore soggettivo è quasi sempre determinante, sia con riguardo a chi compie la scelta, sia rispetto a chi ne è il destinatario. Partendo dal cliente, l'assunto vale per tutte le controversie, anche quelle in cui la sper-

⁽⁷⁾ L. FULLER, *What the Law Schools Can Contribute to the Making of Lawyers*, in 1(2) *Journal of legal education*, 1948, 189 ss.; ID., *The Forms and Limits of Adjudication*, in 92 *Harvard Law Review*, 1978, 353 ss. Ci sono dei limiti strutturali nella procedura aggiudicativa e se l'avvocato vuole essere un *problem solver* deve avere una visione più ampia: in questa prospettiva, l'avvocato può essere protagonista nel processo o può essere lui stesso un «*law-maker, planner, negotiator, draftsman*». Non a caso, D. SANDOMIERSK, *Catalytic agents?*, cit., 99, sempre a proposito del *Syllabus* di Milner, ne riporta le parole: «[R]emember that for every instance of litigation over a contract, there will be hundreds, thousands, of contracts in the business world, arrangements of human affairs by negotiation and agreement between or among the interested parties that never see the law courts in any way. As a lawyer your job is to know as much as possible about this process of ordering affairs, and this involves your knowing the construction of contracts and the analysis of affairs, just as much as you must understand the attitudes and approaches of courts».

⁽⁸⁾ L. FULLER, *The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally*, cit.

sonalizzazione è, in apparenza, particolarmente accentuata, come il pagamento di somme in un rapporto d'affari.

Il fattore soggettivo rileva *a)* in combinazione con l'oggetto della vertenza e *b)* con riguardo al profilo cliente in sé considerato.

a) Quanto al primo punto, un aspetto basilare da indagare è quali siano i *desiderata* del cliente⁽⁹⁾: i suoi interessi e, sulla base di questi, i suoi obiettivi⁽¹⁰⁾.

La differenza fra interessi e pretese fa ormai parte del bagaglio culturale dei nuovi avvocati, per cui mi limito ad una riflessione che, a mio avviso, è di particolare rilevanza nell'epoca di transizione in cui ci troviamo.

La sintesi e la semplificazione che le recenti riforme del processo impongono all'avvocato sono adattabili alle pretese⁽¹¹⁾, molto meno agli interessi. Mi spiego meglio. Nel *mediation bridge* di *Kleros*, uno dei sistemi di soluzione delle liti ideato per l'ambiente *blockchain Ethereum*, il mediatore assume la funzione di «semplificatore» delle pretese, fino a ricondurle ad uno schema che ricorda da vicino il linguaggio binario (si/no), al fine di rendere il giudizio dei terzi incaricati della decisione semplice e rapido e far sì che la suddetta decisione sia comprensibile allo *smart contract*, incaricato di eseguirla (l'immediata ed automatica attuazione è uno dei profili più interessanti di questo sistema). La semplificazione è, in questo caso, portata all'estremo, ma mette in luce che la binarietà è favorita anche nella controversia processualmente intesa.

Gli interessi, invece, sono lo specchio delle complessità del fattore umano rispetto a quello della macchina. Sono multiformi e variegati, si muovono in una realtà in cui i rapporti, di natura non solo giuridica ma anche extra-giuridica, sociali, economici, politici, psi-

⁽⁹⁾ C. MAUGHAN, J. WEBB, *Lawyering Skills and the Legal Process*, Cambridge, 2005, 107 ss.

⁽¹⁰⁾ M. COLATRELLA JR., *A «Lawyer for All Seasons»: The Lawyer as Conflict Manager*, in *49 San Diego Law Review*, 2012, 114.

⁽¹¹⁾ C. MENKEL-MEADOWS, *When Winning Isn't Everything: The Lawyer as Problem Solver*, in *28 Hofstra Law Review*, 2000, 907.

cologici, etici, morali⁽¹²⁾ si intrecciano fra loro, secondo l'adagio riadattato «*no right is an island*». L'interdipendenza, tipica degli interessi, riguarda anche e soprattutto gli interessi dell'altra parte e proprio questo intreccio può essere la chiave per trovare una soluzione negoziata. Quando si parla di interessi, dunque, è necessario che l'avvocato mantenga una spiccata flessibilità mentale, nella individuazione di una soluzione che permetta al cliente di raggiungere in tutto o in parte i suoi obiettivi: se, poi, saranno scelte le strade aggiudicative, come il processo e l'arbitrato, il suo compito rientrà nei binari – per molti più familiari – della riduzione degli obiettivi in pretese giuridiche⁽¹³⁾.

Gli interessi sono fondamentali anche sotto l'aspetto temporale. La domanda, scontata, su «quanto conta il tempo nella soluzione del problema?» va, infatti, misurata esclusivamente sulla base degli interessi e degli obiettivi del cliente e non sulla pretesa astrattamente considerata, che porterebbe sempre alla risposta «il problema va risolto il più presto possibile».

b) Quanto al secondo aspetto, il profilo caratteriale e le attitudini del cliente possono contare assai più della sua disponibilità finanziaria, quando occorre valutare, ad esempio, i *pro* e i *contra* di un lungo processo in corte o di un arbitrato.

Le domande da farsi sono le più varie: il cliente è «portatore di aspettative irragionevoli», o è «poco incline a rischiare»?⁽¹⁴⁾ O, ancora, quanto conta per lui l'aspetto reputazionale? E così via.

L'avvocato si baserà sulla sua relazione con il cliente, su una visione relativa, insomma, che deve partire dalla propria esperienza e sarà molto facilitato, nella sua indagine, quando si tratta di un cliente abituale.

⁽¹²⁾ *Ibidem*, 909.

⁽¹³⁾ M. COLATRELLA JR., *A «Lawyer for All Seasons»*, cit., 116.

⁽¹⁴⁾ G. PASCUZZI, *Giuristi si diventa*, Bologna, 2008, 220.

3. Il fattore soggettivo: l'avvocato. – La scelta dipende sempre da chi la compie. L'avvocato, dunque, dovrà mettersi in gioco, nello sceverare quali, fra i vantaggi e svantaggi di ogni rimedio, si riferiscono al cliente e quali a sé stesso.

Quando si dice che l'arbitrato è più vantaggioso per la parte, perché il tribunale che avrebbe giurisdizione utilizza una procedura non familiare, quest'ultima circostanza riguarda, a ben vedere, la competenza dell'avvocato a maneggiare quella procedura: dunque, in alcuni casi potrà e dovrà acquisire questa competenza, in altri casi dovrà dirottare il cliente da un consulente più esperto, se il rimedio giudiziale sia, nel bilanciamento di tutti i fattori, la scelta più conveniente per il cliente.

Parimenti vale per una lingua diversa da quella d'origine.

Diversamente, la maggiore difficoltà di eseguire una transazione in territorio straniero rispetto ad un lodo arbitrale è uno svantaggio diretto del cliente, che non riguarda la qualità della prestazione dell'avvocato.

L'avvocato deve, dunque, chiarire bene al cliente quali fattori influiscono sulla prestazione d'opera intellettuale che gli viene chiesta e quali fattori incidono, invece, direttamente sul suo assistito e prescindono dal livello di qualità della sua prestazione.

4. Il fattore tempo. – Il fattore tempo è di grande importanza⁽¹⁵⁾: non mi riferisco alla durata del rimedio di soluzione della lite, ma al momento temporale in cui si manifesta il problema ed il cliente si rivolge all'avvocato.

(¹⁵) P. PHILLIPS, *A lawyer approach to commercial arbitration*, cit., scrive, già negli anni Trenta: «*His advice to a client regarding arbitration should be based, not on utilitarian generalities, but on whether or not, considering the economic factors and legal rules regarding it, it will pay his client to arbitrate or to agree to do so in the individual case. He must decide: (a) shall I advise my client to agree to arbitrate before a dispute arises, and if so what and how; (b) shall I advise him to arbitrate after a dispute arises, and if so, what and how; (c) what shall my advice and service be after he has agreed to arbitrate?*».

Su questo tema, la visione del sociologo è preziosa, più di quanto lo sia l'impostazione tecnico-giuridica dello studioso del processo o dei contratti.

Infatti, l'esperto del diritto positivo incentrerà la valutazione dei meccanismi rimediali su definizioni squisitamente tecniche: ad esempio, leggendo gli artt. 808 c.p.c. o 1966 c.c., si baserà sulla nozione di controversia, come «contestazione» o «lesione» di un dato diritto, per definire il tipo di convenzione arbitrale da adottare e studierà cosa intenda il legislatore della transazione quando si riferisce alla «lite» sorta o insorgenda.

La prospettiva sociologica della vicenda coglie, invece, il fattore temporale in modo sfaccettato e intrecciato con altri fattori extra-giuridici.

Per esemplificare, partirei dalla scala di Glasl⁽¹⁶⁾: il conflitto ha una *escalation*⁽¹⁷⁾ e molto dipende dal momento in cui si interviene. Glasl distingueva fasi susseguenti, partendo dal primo, timido, segnale di divergenza, fino alla distruzione reciproca⁽¹⁸⁾. Ora, a seconda del gradino temporale in cui ci troviamo, le circostanze da tenere in debito conto cambiano. Se siamo al momento in cui il conflitto esce dalla sfera individuale, incidendo sull'immagine dei contendenti verso gli altri, va considerata l'esigenza di salvaguardia della reputazione, che può orientare verso un dato rimedio rispetto ad un altro, in apparenza meno conveniente; se vi è stato un allargamento del conflitto, occorrerà trovare una strada rimediale che

⁽¹⁶⁾ F. GLASL, *Konfliktmanagement. Ein Handbuch für Führungskräfte, Beraterinnen und Berater*, Stoccarda, 2012, 223 ss. In lingua italiana si può leggere ID., *Auto-aiuto nei conflitti. Modelli, esercizi, metodi pratici*, Firenze, 2019, 124-5.

⁽¹⁷⁾ M. COLATRELLA JR., A «*Lawyer for All Seasons*», cit., 114 nota come le ADR siano efficaci solo se intervengono il prima possibile, al sorgere del conflitto.

⁽¹⁸⁾ La scala può sintetizzarsi come segue: tensione, irrigidimento; dibattito e polemica; azione al posto delle parole; preoccupazione per l'immagine e ricerca di alleati; perdita della faccia; strategie della minaccia; distruzione limitata; disintegrazione; distruzione reciproca. Per un disegno generale delle teorie sull'*escalation* del conflitto, R. BÖSCH, voce *Conflict Escalation*, in *Oxford Research Encyclopedias, International studies*, 20 novembre 2017, 1 ss., si può leggere in *Conflict Escalation | Oxford Research Encyclopedia of International Studies*.

coinvolga anche terzi. L'avvocato dovrà, allora, chiedersi: a che punto del conflitto siamo giunti? Qual è l'approccio migliore nella fase del conflitto in cui ci troviamo? (¹⁹).

In ultimo: poiché la malattia si cura, ma si può (e si deve) anche prevenire, l'avvocato potrebbe essere chiamato ad intervenire prima ancora che si determini il primo segnale del conflitto. Se, ad esempio, l'avvocato è incaricato di seguire un imprenditore nella stipula di un contratto di affari, è importante guardare alla questione dei rimedi in caso di controversie con un «sguardo attento al futuro» (²⁰), mettendo a frutto la propria esperienza e la propria sensibilità, in una funzione predittiva la cui fallibilità dipenderà dalla quantità di dati a disposizione. Tuttavia, fra questi dati, ve ne saranno alcuni che non hanno alcuna valenza nel processo (²¹): qual è rapporto fra il mio cliente ed il suo *partner* in affari? La trattativa è faticosa oppure c'è una forte fiducia reciproca? La clausola rimediiale entra in una trattativa più ampia, o è liberamente valutabile? Sono fattori, si noti, che la funzione predittiva dei nuovi strumenti di intelligenza artificiale non coglie e che possono essere, invece, decisivi.

La chiave sta, come si dirà subito appresso, nel saper comunicare al cliente la propria predizione, affinché non si ingeneri nel cliente una aspettativa diversa da quella immaginata dall'avvocato.

5. Il rapporto avvocato-cliente: ascolto e informazione. – Tutto ciò che si è detto nelle pagine precedenti si realizza, nella dinamica concreta avvocato-cliente, attraverso due funzioni essenziali: *a)* ascolto e *b)* informazione.

(¹⁹) F. GLASL, *The Process of Conflict Escalation and Roles of Third Parties*, in G.B.J. BOMERS, R.B. PETERSON (ed.), *Conflict Management and Industrial Relations*, Berlino, 1982, 119 ss. Ed è interessante come ciascuno di questi stati, raggruppati in livelli, si adattino, secondo lo studioso, ad uno specifico rimedio.

(²⁰) P. PHILLIPS, *A lawyer approach to commercial arbitration*, cit., 34.

(²¹) L. FULLER, *What the Law Schools Can Contribute to the Making of Lawyers*, cit., 195, li definisce *managerial facts*.

a) L'avvocato deve fare buon uso delle tecniche di «ascolto attivo»: non solo ascoltare, ma anche comprendere quello che il cliente vuole dire, facendogli capire, attraverso una sintesi personale a voce alta, di aver compreso. È dunque essenziale che dette tecniche siano studiate, tramite modalità di *learning by doing*, nella formazione del giurista di oggi e domani, come negoziatore, avvocato in mediazione e, perché no, mediatore.

b) Speculare all'ascolto è il compito informativo che l'avvocato offre al cliente. In proposito, si parla di dovere di informazione, o di «consenso informato»⁽²²⁾. Quest'ultimo, in particolare, ha trovato il suo maggior sviluppo nel rapporto medico-paziente, ma non può, come giustamente notato, essere declinato allo stesso modo nel rapporto avvocato-cliente, perché l'avvocato, a differenza del medico, conserva un margine di autonomia più ampio e, agendo come mandatario, è in grado di adattare le scelte al divenire degli eventi: un accordo che prima non era reputato conveniente potrebbe diventarlo per effetto di un mutamento delle circostanze⁽²³⁾.

Da tempo, il legislatore si preoccupa di assicurare che il cliente sia adeguatamente informato⁽²⁴⁾ delle opzioni a disposizione per la soluzione del suo problema, a partire dalla legge professionale fo-

⁽²²⁾ Fra gli altri, A. GALIMBERTI, «..Ma l'avvocato non mi ha informato..»: *l'obbligo di informazione dell'avvocato tra legge e deontologia*, in *Resp. civ. e prev.*, 2022, 2008 ss. (nota a App. Milano, 24 novembre 2021, n. 3438).

⁽²³⁾ D. LUBAN, *Paternalism and the legal profession*, in *Wisconsin Law Review*, 1981, 454 ss.

⁽²⁴⁾ Nel caso risolto da App. Milano, 24 novembre 2021, n. 3438, cit., gli avvocati «avevano rassicurato la cliente in ordine alla possibilità di ottenere un esito positivo» (A. GALIMBERTI, «..Ma l'avvocato non mi ha informato..», cit., 2008), senza invece informarla dei relativi rischi. Benché l'obbligazione dell'avvocato sia, per usare un'espressione ancora attuale, di mezzi e non di risultato, l'informazione del soggetto che manca di specifiche conoscenze tecniche rientra nella diligenza che gli è richiesta ex art. 1176, 2º comma, c.c., in una con l'art. 2236 c.c. (fra le tante Cass., 12 dicembre 2023, n. 34696): informazione che deve perdurare per tutto il corso della vicenda (App. Torino, 18 settembre 2020, n. 913).

rente (²⁵), passando dalla previsione contenuta nel d.lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione, per finire con l'art. 27 c. deon. for. che si esprime assai chiaramente: «L'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione» (corsivo aggiunto). L'espressione è centrata: gli attrezzi sono tanti ed è utile formulare delle ipotesi alternative, con i relativi incombenti, per individuare l'ipotesi migliore in modo condiviso (per inciso, l'accento posto dal comma successivo sullo specifico dovere informativo circa le alternative alla giustizia statuale è superfluo ed anzi dannoso, instillando l'idea che dette alternative siano esclusivamente ispirate ad un intento deflattivo e non a migliorare la vita delle persone) (²⁶). Qualche volta, l'avvocato consiglierà finanche di rinunciare alla prestazione, in applicazione del dovere di «lealtà» nei riguardi del cliente (²⁷).

Dunque, l'informazione è un dovere dell'avvocato? Per la legge senz'altro sì, ma, secondo il mio parere, è molto di più: è l'essenza stessa della relazione fra cliente ed avvocato. Affinché questa relazione porti all'obiettivo della soluzione del problema, sono necessarie una fiducia reciproca ed una collaborazione realizzabili solo attraverso una corretta informazione: informazione che raggiungerà la sua piena efficacia quando il cliente è «individuo razionale e libero», in grado di far propria la scelta del rimedio, se adeguatamente notiziato (²⁸).

Ridurre l'informazione ad un dovere porta agli eccessi di quella che chiamerei «giustizia difensiva», che finiscono per negarne

(²⁵) Art. 13, 5° comma, l. n. 247 del 2012, centrato, però, sul livello di complessità dell'incarico.

(²⁶) V., *si vis*, il mio *Mediazione e nuove domande*, in questa *Rivista*, 2024, 88 ss.

(²⁷) I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, 143.

(²⁸) *Ibidem*, 142. C'è, però, il tema del cliente vulnerabile, la cui capacità di decisione può non essere piena (ma non necessitante la nomina di un amministratore di sostegno). Su questi aspetti M. BINA, *La felicità dell'avvocato*, Torino, 2024, 99.

l'effettività: si pensi ad uno scritto redatto con linguaggio da addetti ai lavori e presentato al cliente con la richiesta «firmi qui», oppure ad un fiume verbale di astratte opzioni che si conclude con un suggerimento paternalistico⁽²⁹⁾.

È una questione di *forma mentis*⁽³⁰⁾, scrive una acuta dottrina; ma è possibile cambiare la prospettiva dell'avvocato dal «dovere» al «piacere» della informazione? Credo di sì, attraverso un'attenta ed oculata formazione dei futuri avvocati come «gestori del conflitto».

6. L'avvocato come manager dei conflitti. – La formazione di un professionista forense è sempre più difficile, per via della crescente complessità delle regole del processo, ma non bisogna desistere.

L'apprendimento coordinato e intrecciato delle due funzioni fondamentali, aggiudicativa e creativa (non parlerei invece più di «giudiziale» e «stragiudiziale», che suonano a contrapposti e non colgono tutte le complessità)⁽³¹⁾; una maggiore focalizzazione ed efficace gestione dei fattori extra-giuridici che vengono in rilievo in ogni conflitto; una maggiore apertura verso altre scienze umane⁽³²⁾, che non significa allargamento del sapere formativo, già di per sé

⁽²⁹⁾ Sul punto, D. LUBAN, *Paternalism and the legal profession*, cit., 493; critica I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, cit., 142, secondo cui «[l]a visione che l'avvocato ha del miglior interesse del cliente entra dunque in collisione con la visione che il cliente ha del suo personale interesse e il paternalismo da parte del professionista può concludersi in un atteggiamento di slealtà visto dalla parte del cliente».

⁽³⁰⁾ A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (festeggiando l'anniversario della fondazione della facoltà di giurisprudenza della Luiss)*, in *Giust. civ.*, 2022, 574: «[i]n realtà non c'è in proposito regola che tenga. È questione di *forma mentis* (e fors'anche di *metus* di tipo nordamericano per autentiche ed effettive sanzioni disciplinari)».

⁽³¹⁾ Efficace l'espressione di *ibidem*, 577: «solo chi sa scrivere un contratto è in grado di gestirne la patologia in giudizio e solo chi conosce quel che succede davanti al giudice, e quando il piacevole clima da brindisi *post closing* è un lontano ricordo, può saper scrivere un contratto».

⁽³²⁾ O. CHASE, *Gestire i conflitti*, Bari, 2009, 167.

ampio, bensì consapevolezza, attraverso la sottoposizione di casi, delle implicazioni economiche, sociologiche, psicologiche che una vertenza inevitabilmente presenta⁽³³⁾; l'incontro (e non scontro) con gli strumenti di intelligenza artificiale⁽³⁴⁾, per trarne l'utile ed imparare a gestire il nocivo; sono tutti ingredienti utili per formare un vero e proprio *manager* del conflitto a disposizione di chi ne ha bisogno.

Ed ecco, allora, un vero avvocato *designer*, capace, per riprendere le parole di Fuller, di «inserire in un disegno praticabile le relazioni delle persone fra di loro».

Abstract

Lo scritto esplora l'evoluzione del ruolo dell'avvocato, paragonandolo alla figura del *designer*. Analizza il fattore soggettivo del cliente, con i suoi interessi e obiettivi, e dell'avvocato, con le sue competenze e responsabilità. Viene sottolineata l'importanza del fattore tempo, visto non solo e non tanto come durata della lite, ma come valutazione dello stadio del conflitto nel momento in cui è richiesto l'intervento del professionista. L'articolo enfatizza l'ascolto attivo e l'informazione come pilastri del rapporto avvocato-cliente e propone una formazione forense orientata a trasformare

⁽³³⁾ L. FULLER, *What the Law Schools Can Contribute to the Making of Lawyers*, cit., 201: «I suggest that we take as our goal, therefore, not training the lawyer to be an economist, but training him to participate in a process of decision that brings law and economics into a common crucible. This means that he must know enough economics, and must have that kind of economic learning, that will enable him to utilize the economist effectively and appraise his contribution intelligently».

⁽³⁴⁾ In un intervento tenuto da Sir Geoffrey Vos al *Bar Council of England & Wales* nel luglio 2023, in occasione della *Lincoln's Inn Annual Law Reform Lecture*, egli propone tre principi guida nell'approccio alla AI: «1. Gli avvocati hanno il dovere verso i propri clienti di fare un uso costruttivo della tecnologia disponibile, se questa aiuta a fornire un servizio migliore, più rapido e più economico. 2. Nell'adozione di nuove tecnologie, gli avvocati devono proteggere i clienti dai loro effetti negativi. 3. Gli avvocati non dovrebbero rinunciare a nuove tecnologie solo perché comportano un rischio o una sfida al modo in cui si facevano le cose».

l'avvocato in un *manager* dei conflitti, capace di integrare competenze giuridiche, umanistiche e tecnologiche per una gestione efficace e innovativa delle controversie.

The paper explores the evolving role of the lawyer, likening it to that of a designer who crafts practical legal solutions tailored to human needs. It examines the subjective factors of both the client, with their interests and goals, and the lawyer, with their skills and responsibilities. The importance of time is highlighted, seen not only as the duration of the dispute, but as an assessment of the stage of the conflict at the moment when the intervention of the professional is required. The article emphasizes active listening and information as the pillars of the lawyer-client relationship and advocates for legal training that transforms lawyers into conflict managers, capable of integrating legal, humanistic, and technological skills for effective and innovative dispute management.

L'AVVOCATO E LA PERSONA CHE VIVE LA CRISI FAMILIARE.

DAL METODO AVVERSARIALE A QUELLO COLLABORATIVO

Filippo Danovi ()*

SOMMARIO: 1. L'avvocato e i fattori di complessità delle controversie familiari. – 2. La tutela dell'assistito e il dovere (ulteriore) di salvaguardare i soggetti vulnerabili. – 3. La riforma Cartabia. La dimensione valoriale quale componente essenziale del procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie. – 4. I tradizionali doveri di lealtà e probità: dalla loro specificazione deontologica alla nuova e più ampia declinazione nel dovere di leale collaborazione. – 5. Il rispetto della persona. – 6. Il diritto del minore all'ascolto e il dovere di non-ascolto da parte dell'avvocato. – 7. Il dovere di informativa. – 8. Il nuovo paradigma della giustizia consensuale, un richiamo generale per l'avvocato. – 9. La mediazione familiare (l'avvocato sullo sfondo). – 10. La negoziazione assistita (l'avvocato al centro). – 11. L'importanza di un nuovo linguaggio. – 12. La formazione e la specializzazione.

1. *L'avvocato e i fattori di complessità delle controversie familiari.* – Non è agevole racchiudere nel breve spazio di una relazione la vastità dei possibili significati riconducibili alla professione di avvocato. La figura del difensore, il suo ruolo e la sua funzione, assumono caratteristiche diverse a seconda delle aree di applicazione, delle specifiche competenze acquisite, e finanche delle sensibilità che permeano il suo quotidiano operare, anche in relazione ai necessari confronti e scambi con la posizione dell'assistito (fuori dal processo

(*) Professore Ordinario di Diritto Processuale civile nell'Università degli Studi di Milano.

ovvero dentro il processo). Nella sua più nobile aspirazione il polimorfismo dell'essere avvocato trova tuttavia una sicura espressività identitaria: quella di costituire una missione, o meglio ancora, parafrasando Francesco Carnelutti, una «*vocazione* nel senso proprio e pregno di chiamata»⁽¹⁾.

In questa prospettiva, il primo e fondamentale richiamo soggettivo che l'avvocato avverte è quello che promana dal suo assistito; egli è per definizione, invero, un professionista che ha il compito (*id est*, il dovere) di assolvere al meglio nell'interesse della parte assistita il mandato ricevuto, seguendo la legge.

Nel campo delle relazioni familiari, tuttavia, l'avvocato si trova di fronte a una sorta di paradosso, perché l'area delle relative controversie presenta caratteristiche ulteriori, differenti e sconosciute rispetto a quelle di tutti gli altri settori del diritto. Vi è un perimetro normativo definito, in fondo abbastanza contenuto; vi è una sicura dose di tecnicismo, ma non eccessiva, né soprattutto mai di per sé dirimente; e vi è in parallelo e al contempo una dimensione ben più vasta e sfuggente, che trae origine dalla complessità delle vicende umane, personali e familiari, che rende assai difficile la funzione organizzativa e regolatrice del diritto in un territorio, o piuttosto un'isola (ricordando la celebre immagine jemoliana) che il mare del diritto «può lambire, ma lambire soltanto»⁽²⁾. Le variabili e pressoché infinite istanze riconducibili alle relazioni e dinamiche familiari modellano e trasformano ogni fattispecie, rendendola in concreto

⁽¹⁾ Così F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato*, Milano, rist. 2006, a cura di F. Cipriani e con Prefazione di G. Alpa, 13, il quale, per esattezza, concludeva il pensiero con formula interrogativa («E non si dovrebbe parlare di *vocazione* nel senso proprio e pregno di chiamata?»), ma in forma quasi retorica, per rafforzarlo ancor più nella relativa spiegazione («Qualcosa mi chiamava da lontano, dal fondo della strada, alla quale mi sentivo astratto, e non sapevo chi fosse»).

⁽²⁾ Cfr. A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, vol. III (1948-1949), Napoli, 1949, 57 ss. Per una recente ripresa e revisione di tale prospettiva v. S. PATTI, *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.

una realtà unica e non riproducibile (chi non ricorda al riguardo il magnifico *incipit* di Anna Karenina?).

Questa sottostante complessità è in particolare riconducibile a una serie di fattori.

In primis, vi è il fattore-tempo. Esso permea e modella il ruolo dell'avvocato in due modi diversi: innanzitutto, e con una prima modalità declinata al passato, impone al legale di tenere presente che la vicenda familiare non è mai un dato istantaneo, ma piuttosto una realtà complessa e scomponibile, che può avere radici anche molto lontane. Vi sono, è vero, casi di rapporti destinati a consumarsi in tempi anche brevissimi (*dans «l'espace d'un matin»*); ma accanto a questi vi sono anche casi di controversie o processi dolorosi che sorgono da storie stratificate negli anni, da fattori di crisi antichi, per lungo tempo non identificati oppure sopiti, e quindi venuti alla superficie per un lento logorio o per la deflagrazione di improvvisi e laceranti strappi, consumando in ogni caso una vita e una complessità di relazioni intessute, che hanno generato figli e con essi un progetto identitario (a seconda della prospettiva soggettiva) personale, dialogato ed eterodiretto. Da questo punto di vista occorre riflettere su quanto sia difficile costruire un rapporto solido, che sfidi le tempeste del tempo, e con esso una famiglia capace di rinnovarsi a ogni nuova primavera con energie sempre vive e l'indispensabile dose di fiducia, altruismo e dedizione all'altro, e quanto invece sia (almeno all'apparenza) facile tentare di distruggerlo in pochissime battute. L'avvocato deve dunque sapere leggere oltre le parole del suo assistito, la realtà della vicenda e l'intrecciarsi della storia familiare nelle dinamiche soggettive dei protagonisti.

Il fattore-tempo non deve poi soltanto essere coniugato al passato, essendovi per l'avvocato un'ulteriore – e per paradosso ancor più importante – declinazione temporale, rivolta al futuro.

Il processo, chiamato a regolare la vita di una famiglia in crisi e la successiva crescita dei minori, non esaurisce invero la vita delle persone che nello stesso sono coinvolte. Lo stesso è una parentesi che dovrebbe essere il più possibile anche contenuta dal punto di vista

diacronico e temporale e ha una portata proiettiva che fa parte della sua fisiologica istituzionale finalità e che non può essere in alcun modo trascurata. Il corretto svolgimento della funzione difensiva, così come l'utilizzo della funzione giurisdizionale, non possono mai prescindere anche dal proiettarne per quanto possibile i contenuti e gli effetti in chiave prospettica per l'avvenire. Il «comando» (di chiovendiana memoria) contenuto nella sentenza è tanto più efficace quanto più idoneo a garantire il suo rispetto ad opera delle parti del processo; ma fuori di esso e nel campo delle relazioni personali e familiari perché ciò avvenga può essere opportuno (quando non indispensabile) un ulteriore monito e sostegno ai membri della famiglia per comprendere la necessità di un cambiamento di mentalità nella futura gestione dei propri rapporti, in funzione del benessere dei figli minori.

Questa riflessione trova riscontro anche nel naturale collegamento, nella proiezione che intercorre tra il provvedimento giudiziale e la sua successiva dimensione vitale, *id est* la sua attuazione. Ciò si traduce in termini tecnici nella scissione tra il giudizio (la fase, se estendiamo lo sguardo alla funzione giurisdizionale nel suo complesso) di cognizione e il giudizio (la fase) di esecuzione e deve declinarsi in un'attenzione particolare da riservare a tale rapporto, per il corretto mantenimento anche *de futuro* delle linee programmatiche esplicitate dal giudice. Lo conferma la linea (fatta propria anche dalla riforma Cartabia) di affidare ove necessario anche la fase di attuazione a una nuova parentesi cognitiva da parte del giudice (art. 473 *bis*.38 c.p.c.).

In questa prospettiva, l'avvocato deve quindi anche sempre tenere conto che egli lascerà in eredità al proprio assistito un nuovo avvenire, un tempo successivo e ulteriore, nel quale, quanto migliore sarà stata la capacità di gestione della controversia, tanto più speranzosa potrà essere la possibilità che rinascano semi per una ripresa e un rinnovato miglioramento dei rapporti futuri.

Accanto al fattore-tempo vi è poi il fattore umano, che trae origine dal fatto che la controversia non investe solo le situazioni sog-

gettive più lineari, che la dottrina processualistica e prima ancora quella sostanzialista indagano nelle rispettive declinazioni, e che per definizione si esprimono nei diritti soggettivi e nei rapporti giuridici, nozioni ed entità dotate di una definita perimetrazione e di confini abbastanza netti⁽³⁾). Nelle controversie familiari il conflitto investe invece gli *status*. Questi possono certamente a loro volta essere considerati come situazioni giuridiche, ma rappresentano le più complesse tra queste⁽⁴⁾, poiché vanno a intersecarsi in modo profondo con la stessa identità della persona alla quale pertengono e quindi con la sua sottostante dimensione identitaria⁽⁵⁾). L'azione

⁽³⁾) Secondo la concezione tradizionale, la tutela giurisdizionale può avere ad oggetto (salve rare eccezioni) diritti, rapporti giuridici o *status* personali. In argomento v. ad es. E.F. RICCI, voce *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., vol. I, Torino, 1987, 20; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 7^a ed. a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E.F. Ricci, Milano, 2007, 142 ss.

⁽⁴⁾) Sul concetto di *status* la letteratura civilistica è estremamente vasta. Per una messa a fuoco di tale figura, e l'individuazione delle sue peculiarità rispetto alle situazioni giuridiche soggettive ordinarie e in particolare al diritto soggettivo cfr. ad es. P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, 209 ss., anche per ampi richiami alla letteratura straniera; C. MAZZÙ, *Status del soggetto, ordinamento democratico e fruizione dei beni*, in *Dir. fam. e pers.*, 1980, 968 ss.; G. CRISCUOLI, *Variazioni e scelte in tema di status*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, 157 ss.; A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984; G. ALPA, *Status e capacità*, Roma-Bari, 1993, 3 ss. Per specifici riferimenti all'area della famiglia v. poi C. GRASSETTI, voce *Famiglia (dir. priv.)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1965, 49 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1966, rist. 1989, 23 ss.; G. TAMBURRINO, *Le persone fisiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale* fondata da W. Bigiavi, Torino, 1990, 286 ss.; 303 ss.

⁽⁵⁾) Con specifico riferimento ai diritti inerenti agli *status* valgano le riflessioni di L. QUERZOLA, *Riforma della filiazione e processo: nuove sfumature delle categorie giuridiche tradizionali?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 1041 ss., per la quale «nel caso della separazione, del divorzio, dell'interdizione, dell'inabilitazione, dell'adozione, e via discorrendo, il provvedimento del giudice che ha natura, contenuto e finalità tipicamente costitutivi ai sensi dell'art. 2908 c.c., andando ora a costituire ora a modificare ora ad estinguere un rapporto giuridico, è un provvedimento che, partendo sempre dalla verifica di una situazione di fatto (ad esempio e in sintesi, l'intollerabilità della prosecuzione della coabitazione fra coniugi per la separazione, il decorso del tempo necessario dalla pronuncia del provvedimento di

che ne deriva ha dunque spesso portata *lato sensu* costitutiva (ovvero costitutiva in senso stretto, modificativa o estintiva) dello *status* stesso⁽⁶⁾, nonché del complesso articolato di situazioni soggettive che allo stesso si ricollega, e che in ultima analisi consiste non solo in una *summa* di (ancora una volta) diritti e doveri, facoltà e pretese, obblighi e soggezioni, ma altresì in un fascio di ulteriori bisogni e interessi, istanze ed esigenze diversificate, che coinvolgono differenti aspetti della persona, finanche extragiuridici.

A questo riguardo, il fattore umano trova una declinazione ancor più complessa dal punto di vista intersoggettivo. Le relazioni umane non sono infatti mai diadi, una sorta di specchio in cui ciascuno dei protagonisti vede unicamente il riflesso di se stesso e dell'altro; in una vicenda familiare nessuno è in realtà considerato e vissuto solo con il suo immediato antagonista e soltanto in funzione sua. Questo perché le relazioni familiari sono piuttosto poliedri: sono molto più complesse, soggettivamente articolate e per natura sfaccettate, perché nella dimensione familiare non esistono profili

separazione per il divorzio, le condizioni fisio-psichiche del soggetto per l'interdizione o certi comportamenti pregiudizievoli per l'inabilitazione, lo stato di abbandono di un minore e le condizioni degli aspiranti genitori per l'adozione) crea, cioè tecnicamente costituisce, la corrispondente situazione di diritto e/o di rapporto giuridico».

(6) In generale, sulla complessità dell'area della tutela costitutiva v. A. BONSIGNORI, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario del codice civile*, vol. I, diretto da A. Scialoja, G. Branca, Bologna-Roma, 1999, *passim*; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2023, 29 ss.; ID., voce *Domanda giudiziale*, in *Dig. civ.*, vol. VII, Torino, 1991, 44 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sulla tutela c.d. costitutiva (e sulle tecniche di produzione degli effetti sostanziali)*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 60 ss.; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti della personalità: strumenti e tecniche di tutela*, in *Foro it.*, 1990, V, 1 ss.; R. TISCINI, *Riflessioni sparse intorno alla tutela costitutiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 1231 ss.; L. MONTE-SANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., Torino, 1994, 17 ss.; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, Padova, 1970, 259 ss.; ID., voce *Costitutiva (azione)*, in *Enc. giur.*, vol. X, Milano 1988, 1 ss.; M. FORNACIARI, *Situazioni pote-stative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, *passim*; R. MURONI, *L'azione ex art. 2932 c.c. Contributo allo studio del giudicato costitutivo*, Napoli 2018, 21 ss.

che legano esclusivamente due persone, potendo sempre intersecarsi con altri soggetti.

L'avvocato che si occupa delle persone e delle famiglie deve dunque tenere conto di questa complessità temporale, soggettiva, emotiva. In ultima analisi, egli deve condividere anche nella veste professionale una dimensione di apertura empatica e umana.

2. La tutela dell'assistito e il dovere (ulteriore) di salvaguardare i soggetti vulnerabili. – Sempre tenendo conto del ‘materiale umano’ con il quale l'avvocato si trova a lavorare, vi è poi nelle relazioni familiari (e dunque anche nelle relative controversie) un ulteriore dato di criticità, rappresentato dal fatto che non vi è per definizione mai una definita e assoluta corrispondenza tra le posizioni delle parti.

Invero, se pure nella dimensione generale della legge l'uguaglianza rappresenta, se non un assioma, un dogma o quanto meno «un mito duro a morire»⁽⁷⁾, nel più circoscritto settore del diritto dei minori e delle famiglie tale principio viene costantemente rimesso in discussione. Non vi è mai una perfetta uguaglianza, una pura e speculare simmetria, il sinallagma perfetto, in un contesto contraddistinto da un ricorrente fattore di fragilità. Le relazioni familiari coinvolgono spesso soggetti per definizione vulnerabili, quali sono i figli minori della coppia; ma anche in assenza di questi hanno luogo tra adulti che comunque non sono neppure sempre tra loro in una posizione di perfetta equivalenza (non già dal punto di vista della dignità e del diritto, quanto da quello economico o sociale, o finanche emotivo). Non è un caso, ad esempio, che nella lunga e complessa evoluzione del tema del riconoscimento e della quantificazione dell'assegno di divorzio (e analogamente anche per quello di mantenimento nella separazione) nel linguaggio giuridico corren-

⁽⁷⁾ L'espressione è di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 197.

te e nelle decisioni giudiziali si parli di un «coniuge più debole» in evidente contrapposizione a un altro, specularmente più forte⁽⁸⁾.

In questi contesti l'avvocato è dunque chiamato a un ulteriore compito; quello di saper individuare e comprendere questa asimmetria e questa fragilità dei rapporti, e, al di là della sua specifica posizione nel binomio tra le parti contrapposte, comunque riconoscere che il dato di sistema tiene conto che la stessa esiste anche e proprio al fine di salvaguardarla nel modo più corretto. Come è stato sottolineato in giurisprudenza, l'avvocato di famiglia non è mai soltanto difensore della sua parte, perché vi sono profili indisponibili che vengono in gioco nel processo (e anche prima e fuori del processo) quando vi sono minori da tutelare; in questi casi, il difensore è direttamente chiamato a tenere conto anche dei bisogni e degli interessi di questi⁽⁹⁾.

Poste queste premesse diviene allora chiaro come l'avvocato che intende occuparsi delle vicende (e delle controversie) familiari debba sempre tener conto di molteplici fattori. E per tali ragioni egli deve crearsi una specialità di competenze, una specializzazione che è altamente opportuna in generale, ma ineludibile per le controversie che riguardano le persone, i minori e le famiglie. In questo campo, oltre tutto, vi è un profilo di controllo e salvaguardia più ampio ed esteso da parte dell'ordinamento che l'avvocato deve ulteriormente conoscere, poiché le controversie investono diritti e situazioni soggettive dalla valenza spesso meta-individuale, indisponibile per le parti, ponendo così a tutti gli operatori coinvolti l'esigenza di confrontarsi su profili ai quali l'ordinamento attribuisce una rilevanza particolare, della quale è indispensabile tenere conto.

⁽⁸⁾ Cfr. ad es., tra le più recenti, Cass., 27 gennaio 2025, n. 1889; Cass., 11 ottobre 2024, n. 26520; Cass., 9 settembre 2024, n. 24110; Cass., 9 settembre 2024, n. 24111; Cass., 29 agosto 2024, n. 23323.

⁽⁹⁾ Si v. in tal senso Trib. Milano, Sez. IX, ord. 23 marzo 2016, in *Fam. e dir.*, 2016, 1152 ss., con nota di R. DANOVİ, *I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense*.

3. La riforma Cartabia. La dimensione valoriale quale componente essenziale del procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie. – Le particolari caratteristiche che connotano le controversie familiari si riflettono anche nella sede processuale e hanno sempre dato origine a marcati profili di specialità. Tra questi possono essere ricordate le deroghe (in alcuni casi) alle ordinarie categorie della legittimazione ad agire, l'intervento necessario del p.m. (con i suoi correlati poteri), la previsione di un accertamento incidentale *ex lege* per le questioni di stato, l'efficacia *erga omnes* della decisione.

Il legislatore della riforma, nel costruire un nuovo modello processuale unitario che potesse sostituire la molteplicità di riti prima esistenti, si è dunque trovato di fronte al difficile compito di risistemare e cristallizzare *per tabulas* principi e regole talvolta anche già contemplati (per elaborazione pretoria) nel sistema previgente, ma ha dovuto affiancarli con una serie di ulteriori canoni e precetti, attraverso i quali la nuova disciplina si presenta come un comparto del diritto processuale completo e organico, autonomo e a sé stante (pur con le inevitabili *liaisons* con il modello archetipico del rito ordinario), dall'indubbio valore sistematico⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ In dottrina, pressoché tutti i commentatori hanno salutato con favore l'introduzione del nuovo rito unitario in materia di persone, minorenni e famiglie, e il suo valore sistematico. In questo senso, tra i molti, v. ad es. C. SILVESTRI, *L'architettura della riforma della giustizia familiare*, in <www.judicium.it>, 2022, par. 4; M. BIANCA, *Parole introduttive*, in M. BIANCA, F. DANOVY (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile. Legge 26 novembre 2021, n. 206 e D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 787 ss.; C. CECCELLA, *Introduzione generale alla riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, in ID. (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie. Legge 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 19; ID., *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive. L'istruttoria*, in ID. (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, 19; R. DONZELLI, G. SAVI, *Introduzione*, in R. DONZELLI, G. SAVI (a cura di), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento ragionato*, Milano, 2023, 1 ss.; E. ITALIA, *La riforma della giustizia per le persone, per i minorenni e per la famiglia tra processo e ordinamento giudiziario*, in *Familia*, 2023, 7; B. POLISENO, *L'ambito di applicazione del procedimento in materia di persone, minorenni e fa-*

In questo contesto, è stato in primo luogo attribuito al giudice un potere di intervento ampio e articolato; un potere che non deve essere considerato assoluto o incondizionatamente invasivo, bensì piuttosto perimetrato in funzione della legge e dei principi superiori dell'ordinamento processuale, con una dedicata attenzione, in particolare, alla salvaguardia dei *best interests of the child* (oltre che degli ulteriori soggetti vulnerabili). Questa funzione è, in ultima analisi, la chiave di volta che ispira l'art. 473 bis.2 c.p.c., e che per suo tramite offre al giudice la possibilità di rendersi proattivo anche rispetto alle parti nel segno dell'effettività della tutela giurisdizionale, in quanto soggetto promotore dell'indispensabile protezione dei soggetti più vulnerabili e della correlata indisponibilità dei diritti che agli stessi appartengono.

Sempre in questa cornice, la figura del minore, che già in passato era unanimemente considerata quale parte in senso sostanziale, ma in tale limitata veste veniva purtroppo in qualche modo relegata al ruolo di convitato di pietra nel processo⁽¹¹⁾, è stata rivalutata e posta al centro della scena processuale, in una prospettiva che la dottrina non ha mancato di qualificare come paidocentrica⁽¹²⁾, attrac-

miglie, in M. BIANCA, F. DANOVIS (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minore*. Legge 26 novembre 2021, n. 206 e D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, cit., 818; M.A. LUPOI, Sub art. 473 bis c.p.c., in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 755-6; R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 4 ss. Analogamente, si esprime in termini di apprezzamento sull'introduzione del nuovo rito unitario G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della «legge Cartabia»* (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). *Profili problematici delle novità introdotte nella disciplina delle relazioni familiari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1409, pur sottolineando, tuttavia, una nota critica per l'inserimento nel comparto processuale anche di disposizioni «di tenore primariamente sostanziale» che avrebbero a suo avviso meritato di essere racchiuse dal codice civile.

⁽¹¹⁾ Per i necessari riferimenti v. ex plurimis B. POLISENO, *Profili di tutela del minore nel processo civile*, Napoli, 2017, 37 ss., spec. 49 ss.

⁽¹²⁾ Per tutti v. M. SESTA, *La riforma e il diritto di famiglia. La prospettiva paidocentrica dal diritto sostanziale al diritto processuale*, in M. BIANCA, F. DANOVIS (a

verso la riorganizzazione dell'istituto dell'ascolto, al quale è stata attribuita una disciplina unitaria e organica all'interno del codice di rito, e soprattutto attraverso la presenza del curatore speciale. Per il suo tramite, infatti, è stata attribuita al minore anche quella legittimazione formale che prima gli mancava e che gli consente, con l'interposizione soggettiva del proprio rappresentante e difensore tecnico, di esplicitare in modo compiuto ogni necessaria difesa all'interno del giudizio⁽¹³⁾.

Questi due comparti di norme permeano anche il ruolo degli avvocati, che devono conoscere (e sapere interpretare, anche in via preventiva) quali siano le possibili modulazioni officiose del giudice e devono altresì saper dialogare con la figura del curatore speciale, quando non anche addirittura darvi essi stessi vita (il curatore speciale è di regola nominato tra gli avvocati proprio per consentire al minore di disporre di una figura qualificata che possa fungere non solo da rappresentante processuale ma altresì da difensore tecnico,

cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, cit., 1054 ss.; M. BIANCA, *Parole introduttive*, cit., 788.

(13) In argomento v. B. FICCARELLI, *I poteri del giudice*, in C. CECCHELLA (a cura di), *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, 120 ss.; M. VELLETTI, *I poteri officiosi del giudice*, in M. BIANCA, F. DANOVY (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile. Legge 26 novembre 2021, n. 206 e D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., spec. 849 ss.; A. SIMEONE, *Il diritto alla nomina del curatore speciale*, *ibidem*, 1090 ss.; V. PICCININI, *Il curatore speciale del minore*, in G. LA ROCCA, E. BILOTTI, V. PICCININI (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*. Milano, 26-27-28 gennaio 2023, Torino, 2024, 145 ss. Alcune note critiche in proposito sono state evidenziate da G. DE CRISTOFARO, *Le modificazioni apportate al codice civile dal decreto legislativo attuativo della «legge Cartabia»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 1434 ss., spec. 1439, proprio per la possibile commistione «di una pluralità di soggetti dotati di poteri decisionali e rappresentativi inerenti alla sfera personale del minore»; a mio parere, tuttavia, la figura del curatore speciale, proprio perché volta a sanare una altrimenti grave lacuna nella possibilità di far valere i diritti processuali del minore, e in ciò agevolata dal possibile contatto diretto (beninteso nei limiti consentiti dall'età del minore stesso) può costituire una risorsa estremamente rilevante in questo ambito, il cui apporto benefico deve dunque ritenersi senza dubbio superiore ai timori sopra rappresentati.

capace di dare diretto apporto in tutti gli ambiti relativi al processo).

Il legislatore della riforma ha peraltro inviato agli avvocati un più generale segnale, sottolineando l'importanza anche all'interno del processo non soltanto delle forme e delle tecniche, ma altresì di una più elevata dimensione valoriale. A questo proposito, l'intera trama del procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie lascia chiaramente trasparire una pluralità di compiti e doveri per le parti e per i difensori, volti non soltanto nella direzione di una più salda effettività della tutela, ma anche a una valorizzazione della dimensione etica del processo.

In questo senso va segnalato *in primis* il principio di autoresponsabilità, per il quale le parti e per esse primariamente proprio i difensori sono tenuti a tenere in attenta e costante considerazione le dinamiche e regole tecniche del processo. A questo proposito, l'adozione di un modello processuale imperniato per quanto riguarda i diritti disponibili in una sequenza di fasi e termini particolarmente cadenzati e contraddistinti da uno stretto regime decadenziale (in quanto di fatto tutte le attività difensive e la completa estrinsecazione tanto del *thema decidendum* quanto del *thema probandum* devono avvenire necessariamente anteriormente alla prima udienza) impone agli avvocati non solo di conoscere e rispettare le regole e i termini, ma con essi di elaborare le stesse tecniche e strategie difensive, e dunque in ultima analisi entrare in connessione con la logica che sorregge l'intera trama del processo. In questa stessa prospettiva giocano poi anche ulteriori regole, come quella della *disclosure* da compiere negli atti introduttivi, oggi molto più analitica rispetto al passato, che rispondono già anche al principio di autoresponsabilità, ma sono altresì legate al dovere di leale collaborazione di cui si dirà appresso⁽¹⁴⁾.

Il nuovo rito unitario pone in effetti al centro, e la eleva a fattore trainante dell'intera disciplina dell'*iter iudicii*, la collaborazione.

⁽¹⁴⁾ Sul principio di autoresponsabilità v. F. DANOVIS, *Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare*, in *Fam. e dir.*, 2023, 907 ss.

Quest'ultima si esplicita a diversi livelli, e se nella sua più pura e ideale aspirazione è volta a instaurare un canale di collegamento lineare, diretto e trasparente tra le parti e gli avvocati, da un lato, e il giudice, dall'altro, come si dirà in seguito, in realtà diviene spinta formante anche nello stesso rapporto tra le diverse autorità giudiziarie che in ipotesi si trovano a occuparsi della stessa vicenda familiare. A questo proposito, l'art. 473 bis.12, 2° comma, c.p.c. precisa che il ricorso deve introduttivo deve altresì indicare l'esistenza di altri procedimenti aventi a oggetto, in tutto in parte, le medesime domande o domande ad esse connesse, e che a tal fine i difensori devono avere cura di allegare (*rectius*, produrre) copia di eventuali provvedimenti, anche provvisori, già adottati in tali procedimenti⁽¹⁵⁾.

Il principio di collaborazione si esplicita anche direttamente tra le parti e il giudice per quanto attiene alla situazione personale di vita dei minori, in relazione alla quale è stata introdotta l'allegazione negli atti introduttivi di un piano genitoriale, ossia un documento che illustri gli impegni, le attività quotidiane dei figli relativamente al loro percorso scolastico, educativo, alle attività extra-scolastiche, alle frequentazioni abituali, alle vacanze normalmente godute⁽¹⁶⁾. Il piano genitoriale deve poter essere validamente de-

(¹⁵) In argomento v. ad es. A. CARRATTA, *La fase introduttiva: il ricorso e la fissazione dell'udienza*, in M. BIANCA, F. DANOVY (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile. Legge 26 novembre 2021, n. 206 e D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 1126; C. CEA, Sub art. 473 bis.12 c.p.c., in R. DONZELLI, G. SAVI (a cura di), *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie. Commento ragionato*, cit., 116; M.A. LUPOI, Sub art. 473 bis.12 c.p.c., in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., 798.

(¹⁶) Sulla nuova figura del piano genitoriale v. ad es. F. TOMMASEO, *Nuove regole per i giudizi di separazione e divorzio*, in *Fam. e dir.*, 2023, 288 ss.; E. AL MUREDEN, *Il piano genitoriale*, in *Fam. e dir.*, 2023, 998 ss.; ID., *Il piano genitoriale*, in M. BIANCA, F. DANOVY (a cura di), *La nuova giustizia familiare e minorile*, cit., 1345 ss.; F. DANOVY, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam. e dir.*, 2022, 844; M.A. LUPOI, Sub art. 473 bis.12 c.p.c., cit., 799 ss.; C. CEA, Sub art. 473 bis.12 c.p.c., cit., 117, 119; B. DE FILIPPIS, *Il nuovo diritto di famiglia dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, 46 ss.; A. SPADAFORA, *La tutela del minore nella genitorialità*

cronica, perché se da un lato esso rappresenta una fotografia del passato e del presente, *id est* della situazione di vita e degli impegni del minore nel momento del radicarsi della litispendenza, dall'altro esso deve anche immaginare una prospettazione del futuro, ossia di quello che la parte, grazie all'avvocato che lo aiuta a redigerlo, ausplicabilmente vorrebbe, sempre nell'interesse del minore, in quella che sarà la nuova sistemazione e il nuovo assetto della famiglia a valle dell'evento separativo.

Anche la Suprema Corte ha riconosciuto l'importanza di uno scambio leale e un proficuo rapporto di collaborazione tra gli avvocati e il giudice, ricordando che l'avvocato «è investito di una funzione di grande rilievo sociale, che esige da lui la massima professionalità. L'esercizio della giurisdizione non può avere luogo senza la reciproca e continua collaborazione tra avvocati e magistrati, che si deve fondare sul principio di lealtà; per cui, ove il professionista tradisca questa fiducia, potrà certamente essere chiamato a rispondere, in altra sede, del suo operato infedele; ma non si deve trarre dall'esistenza di possibili abusi, che pure talvolta si verificano, una regola di giudizio che abbia come presupposto una generale e immotivata sfiducia nell'operato della classe forense» (¹⁷⁾).

4. I tradizionali doveri di lealtà e probità: dalla loro specificazione deontologica alla nuova e più ampia declinazione nel dovere di leale collaborazione. – Quest'ultimo, autorevole richiamo ci riporta in modo compiuto al tema dell'importanza della dimensione etica, sottolineata da una pluralità di ulteriori fonti, tutte rivolte in modo specifico alla figura e al ruolo dell'avvocato.

pianificata, in *Fam. e dir.*, 2024, 208 ss.; R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 111 ss.

(¹⁷⁾) Così Cass., sez. un., 9 dicembre 2022, n. 36057.

In questo senso devono essere lette, e opportunamente rivalutate, due norme ‘storiche’ volte a descrivere i doveri dei difensori (e prima ancora delle parti) nel processo, gli artt. 88 e 89 c.p.c., che come noto ricordano ai soggetti del processo la necessità del rispetto, lungo l’intera dorsale di questo, dei doveri di lealtà e di probità, richiamandoli altresì a non utilizzare mai espressioni sconvenienti e offensive che possano incrinare la pacifica e leale dimensione del contraddittorio (¹⁸).

Alle generali norme codistiche si affiancano poi i principi generali tratti dal codice deontologico forense, che si applicano all’avvocato in modo costante, lo accompagnano nello svolgimento della

(¹⁸) In generale, sull’art. 88 c.p.c. v. ad es. C.E. BALOSSINI, *La responsabilità per le spese e i danni del processo ed il dovere di lealtà delle parti*, in *Jus*, 1960, 373 ss.; C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *Sul dovere di lealtà e probità dei difensori nei processi civili e nella legge professionale forense*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 257 ss.; L.P. COMOGLIO, *Sub art. 88 c.p.c.*, in L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, Torino, 2012, 1125 ss.; ID., *Regole deontologiche e doveri di verità nel processo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, 128 ss.; G. DELLA PIETRA, *Sub art. 88 c.p.c.*, in R. VACCARELLA, G. VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, vol. I, Torino, 1997, 686 ss.; P. RUGGIERI, *Giudizio di verità, giudizio di probabilità e lealtà nel processo civile*, in *Dir. formazione*, 2004, 287 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 88*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2006, 253 ss.; M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, spec. 155 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, 993 ss.; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 47 ss. e (parte seconda), *ibidem*, 491 ss.; M. GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo sguardo. Riv. fil.*, 2012, 95 ss.; C. MANDRIOLI, *Dei doveri delle parti e dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile* diretto da E. ALLORIO, vol. I, 1, Torino, 1973, 959 ss.; G. CALOGERO, *Probità, lealtà, veridicità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, 129 ss.; A.D. DE SANTIS, *Buona fede processuale nel diritto italiano*, in *Civil Procedure Revie*, 2021, 133 ss. Sull’art. 89 c.p.c. cfr. poi anche R. PARTISANI, *La responsabilità aquiliana per espressioni offensive in discorsi e scritti defensionali*, in *Resp. civ. prev.*, 2004, 36 ss.; G. VANACORE, *Espressioni difensive sconvenienti ed offensive tra Cassazione civile e penale*, in *Resp. civ.*, 2012, 444 ss.; ID., *Il dovere processuale di lealtà e probità e le espressioni sconvenienti ed offensive: riflessione sugli artt. 88 e 89 c.p.c.*, *ivi*, 2011, 342 ss.

sua funzione sociale, e che ovviamente toccano anche l'avvocato di famiglia: tra i molti che devono essere ricordati segnaliamo i doveri di fedeltà verso la parte assistita (art. 10 c. deon. for.), di diligenza (art. 12 c. deon. for.) e di competenza (art. 14 c. deon. for.), di segretezza e riservatezza (art. 13 c. deon. for.), di lealtà e di correttezza (art. 19 c. deon. for.); tutti, congiuntamente, sotto l'egida del dovere di probità, dignità, decoro e indipendenza (art. 9 c. deon. for.), a chiudere il cerchio (¹⁹), e tutti con una particolare declinazione e un rilievo a volte anche più marcato nella dimensione delle controversie familiari e minorili.

Ciascuno dei doveri appena menzionati potrebbe essere analizzato, arato, ulteriormente approfondito, perché ciascuno di questi accompagna ogni atto processuale, ogni consiglio, ogni gesto quotidiano del difensore; ma già solo al menzionarli, capiamo ancora una volta che l'avvocato che è chiamato a svolgere il proprio ruolo in controversie di questa tipologia si trova di fronte all'esigenza di trovare un componimento nella complessità; e il componimento passa, il più delle volte necessariamente, attraverso la ricerca di un equilibrio, e quindi il cambiamento di una prospettiva e di quella che è la logica difensiva tradizionale.

A questo proposito, la riforma Cartabia ha altresì inserito nel tessuto della riforma l'art. 473 bis.18 c.p.c., rubricato «Dovere di leale collaborazione» in forza del quale «il comportamento della parte che in ordine alle proprie condizioni economiche rende informazioni o effettua produzioni documentali inesatte o incomplete è valutabile ai sensi del secondo comma dell'articolo 116, nonché ai sensi del primo comma dell'articolo 92 e dell'articolo 96»(²⁰). La

(¹⁹) Sugli specifici doveri richiamati nel testo v. R. DANOVIS, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano, 2014, *passim*, al richiamo delle singole norme richiamate.

(²⁰) Per un commento alla norma v. ad es. F. DANOVIS, *Criteri ispiratori, principi e caratteri del nuovo procedimento familiare*, cit., 918 ss.; M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, in R. TISCINI (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., 48 ss.; M.A. LUPOI, Sub art. 473 bis.18 c.p.c., *ibidem*, 809 ss.; C. CECCELLA, *Il*

norma, per quanto in via immediata ricollegata funzionalmente all'iniziale dovere di *disclosure*, ha a ben vedere una portata ben maggiore e deve essere considerata applicabile anche a tutti gli eventuali comportamenti elusivi rispetto a successivi ordini di esibizioni o indagini integrative disposte dal giudice, e più in generale a ogni possibile violazione della *fairness processuale* (²¹).

5. Il rispetto della persona. – In effetti, l'attuale codice deontologico, rispetto a quello precedente del 1997, ha per la prima volta dedicato uno spazio specifico e riservato proprio ai rapporti familiari, facendoci comprendere che, anche dal punto di vista della funzione sociale, è giusta e fondata la percezione per cui le controversie che coinvolgono le persone, i minori e le famiglie devono essere affron-

processo in materia di persone, minorenni e famiglie, Pisa, 2024, 56 ss.; R. DONZELLI, *Sub art. 473 bis.18 c.p.c.*, in R. DONZELLI, G. SAVI, *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni alle famiglie. Commento ragionato*, cit., 142 ss.; ID., *Manuale del processo familiare e minorile*, cit., 112 ss.

(²¹) Cfr. F. DANOV, *Un processo unitario per la giustizia familiare e minorile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 479. La linea di considerare il principio in esame ormai come vera e propria figura generale è seguita anche da M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, cit., 30 ss.; ID., *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in *Corti fior.*, 2023, 39 ss., il quale correttamente rileva come la portata del dovere di leale collaborazione sia in realtà ben più ampia dell'area del (solo) procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie e arrivi a permeare, attraverso le modifiche apportate in altre disposizioni generali (gli artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.) l'intero sistema, introducendo una nuova e più definita chiave di lettura per la dimensione valoriale del processo. In effetti, il significato ultimo chiaramente percepibile dalla complessa trama della riforma, in particolare per quanto riguarda la giustizia familiare e minorile, pare proprio quello di richiamare le parti a non assumere atteggiamenti opachi, ma al contrario improntare il loro complessivo comportamento processuale alla trasparenza, tenuto conto che come già rilevato all'interno del giudizio il bene tutelato sottostante travalica i confini della posizione personale delle parti, tocca valori metaindividuali e investe soggetti fragili quali i minori, per i quali lo sforzo di individuare ogni possibile cautela e misura di salvaguardia deve essere corale da parte di tutti i protagonisti del processo.

tate con una sensibilità adeguata, superiore e più profonda, rapportata alle specificità dei diritti e dei valori in discussione.

In questa prospettiva, la parte deve sempre e prima di ogni altra cosa essere vista come persona. Nella gestione delle controversie familiari da parte dell'avvocato questo aspetto è assolutamente imprescindibile. Il difensore deve rimanere in contatto prima di tutto con l'essenza più intima del proprio assistito, con il suo essere persona, che è un concetto più profondo e, così almeno ritengo, anche più rilevante dell'avere, che invece occupa la scena – talvolta in modo comprensibile, spesso invece esagerato e ingiustificato – delle controversie familiari. Egli deve saper leggere il suo vissuto, comprenderne le esigenze e i bisogni e in tale veste saper elaborare le istanze di cui la parte si fa portatrice.

Quest'attenzione e il particolare legame che si crea suo tramite tra l'avvocato e la parte assistita si traducono in alcune norme, prima di tutto di natura deontologica.

L'art. 68 c. deon. for., prevede al quarto comma che l'avvocato che abbia assistito congiuntamente coniugi o conviventi in controversie di natura familiare deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno di essi in eventuali successive controversie che dovessero avere luogo fra i medesimi. La disposizione, accostata a quello che è invece il generale divieto di assunzione di incarichi dell'avvocato contro una parte già assistita, ci fa capire che nelle controversie di famiglia il dovere di attenzione e di evitare incompatibilità del legale si traduce in un divieto che assume dal punto di vista diacronico una più decisa valenza. Non vi è un limite di tempo, non si prende come parametro il biennio che normalmente invece contraddistingue questo dovere e questo corrispettivo divieto con riferimento ad altre tipologie di cause.

Tra l'altro, e con sensibilità, il codice deontologico non contiene più, come faceva quello precedente, un riferimento alla sola nozione di coniugi, ma vi inserisce anche quella di conviventi. Il che ci fa interrogare su quelle che sono le modulazioni sempre più ampie, sulle

sempre più numerose possibili declinazioni dell'idea di famiglia (22), per le quali la riforma Cartabia ha utilizzato il termine al plurale,

(22) Sono i fenomeni sempre più diffusi delle famiglie «di fatto» non fondate sul matrimonio, nonché delle c.d. *stepfamilies*, ossia quelle convivenze, stabili (e talvolta confluenti in un nuovo matrimonio) ma altresì saltuarie, che derivano dalla disgregazione di precedenti rapporti familiari (per un approfondimento, nella letteratura ormai sterminata, si vedano senza pretesa di completezza ad es. V. ROPPO, voce *Famiglia di fatto*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1989, 1 ss.; G. ALPA, *La famiglia di fatto: profili attuali*, in *Giur. it.*, 1989, IV, 401 ss.; M. DOGLIOTTI, voce *Famiglia di fatto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. *civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 188 ss.; M. BERNARDINI, *La convivenza fuori del matrimonio tra contratto e relazione sentimentale*, Padova, 1992; E. AL MUREDEN, *La famiglia ricomposta tra autonomia privata e tutela dei diritti indisponibili*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, Napoli, 2018, 27 ss.; E. CALÒ, *Le convivenze registrate in Europa*, Milano, 2000; F. D'ANGELI, *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 2001; P. RESCIGNO, *Le famiglie ricomposte: nuove prospettive giuridiche*, in *Familia*, 2002, 1 ss.; L. BALESTRA, *La famiglia di fatto*, Padova, 2004; ID., *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in T. AULETTA (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in *Trattato di diritto privato diretto da M. Bessone*, IV, Torino, 2010, 1 ss.; M. BONINI BARALDI, *Le nuove convivenze tra discipline straniere e diritto interno*, Milano, 2005; G. GIACOBBE, *Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, 305 ss.; L. QUERZOLA, *Il processo minorile in dimensione europea*, Bologna, 2010, 22 ss.; M. CARTABIA, *Avventure giuridiche della differenza sessuale*, in *Iustitia*, 2011, 285 ss.; A. RENDA, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013, spec. 30 ss.; G. CECCHERINI, L. GREMIGNI FRANCINI, *Famiglie in crisi e autonomia privata. I contratti dei coniugi e dei conviventi tra principi normativi e regole della giurisprudenza*, Padova, 2013; V. SCALISI, «*Famiglia*» e «*famiglie*» in *EuroPa*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 7 ss.; T. AULETTA, *Modelli familiari, disciplina applicabile e prospettive di riforma*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 615 ss.; A. ALBANESE (a cura di), *Le nuove famiglie*, Pisa, 2019; E. AL MUREDEN, *Le famiglie dopo il divorzio tra libertà, solidarietà e continuità dei legami affettivi*, in *Fam. e dir.*, 2021, 23 ss.; G. D'AMICO, *Riflessioni sulla famiglia* (recte: *sulle famiglie*) come *fattispecie*, in *Familia*, 2023, 771 ss.), alle quali si aggiungono ancora le famiglie *same-sex*, alle quali pure il legislatore sostanziale ha saputo dare una concreta disciplina, dimostrando di non volere rimanere arretrato rispetto ai profondi cambiamenti intervenuti nella società e nel mondo intero, anche se allo stato non risulta ancora una disciplina per le famiglie omogenitoriali (per alcuni riferimenti v. ad es. C. SARACENO, *Coppie e famiglie. Non è questione di natura*, Milano, 2012, *passim*, spec. 17 ss.; I. NICOTRA, *La famiglia in «divenire» dinanzi ad un legislatore «fuori tempo massimo»*, in F. GIUFFRÉ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, IX ss.; F. BIONDI, *Fami-*

tanto nell'individuazione del procedimento (si veda il titolo IV *bis* del libro II del c.p.c.) quanto nell'individuazione del nuovo organo giudiziario (il tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie).

Sotto questo profilo, tra l'altro, credo sia importante ricordare come il divieto dell'avvocato di prestare la propria assistenza in favore di uno di coniugi in controversie successive fra i medesimi sia

glia e matrimonio. Quale modello costituzionale, *ibidem*, 4 ss.; D. FERRARI (a cura di), *Lo status giuridico delle coppie same sex: una prospettiva multilivello*, Padova, 2014; G. PALMERI, *La famiglia omosessuale. Linee di tendenza e prospettive*, in F. ROMEO (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Milano, 2014, 45 ss.; A. SCHUSTER, M.G. TONIOLLO, *La famiglia omogenitoriale in Europa. Diritti di cittadinanza e libera circolazione*, Roma, 2015; G. ALPA, *La legge sulle unioni civili e sulle convivenze. Qualche interrogativo di ordine esegetico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 1718 ss.; M. BLASI, R. CAMPIONE, A. FIGONE, F. MECENATE, G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze. Legge 20 maggio 2016, n. 76*, Torino, 2016; G. SAVI, *L'unione civile tra persone dello stesso sesso. Contributo al primo studio della legge 20 maggio 2016, n. 76, art. 1, commi 1-35*, Perugia, 2016; C.M. BIANCA (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; d.lgs. n. 6/2017; d.lgs. n. 7/2017*, Torino, 2017; G. SALVI, *Percorsi giurisprudenziali in tema di omogenitorialità*, Napoli, 2018; R. BAIOCCHI, A. BUSACCA, B. DE FILIPPIS, *Unioni civili e genitorialità: le nuove frontiere della giurisprudenza. Interesse del minore e genitorialità same sex*, Padova, 2018; S. PATTI (a cura di), *Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze*, in *Commentario del Codice civile e codici collegati* diretto da V. SCIALOJA, G. BRANCA, F. GALGANO, a cura di G. DE NOVA, *Libro Primo: Persone e famiglia l. 20 maggio 2016, n. 76*, Bologna, 2020, *passim*; ID., *La famiglia: dall'isola all'arcipelago?*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 507 ss.; A. MENDOLA, *Le mobili frontiere della filiazione*, Pisa, 2020, 185 ss.; F. AZZARRI, voce *Unioni civili*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. IV, Milano, 2022, 1329 ss.; A. SARRI, A.C. POLITO, *La filiazione delle coppie omoaffettive*, Milano, 2022; E. MAGLIACCIO, «*Famiglia omoaffettiva*» e diritto alla genitorialità, in G. LA ROCCA, E. BILOTTI, V. PICCININI (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*. Milano, 26-27-28 gennaio 2023, Torino, 2024, 61 ss.; A. FIGONE, G. MONTALCINI, *Coppie omogenitoriali nel contesto nazionale e internazionale*, Milano, 2024. Per una diversa lettura v. F. VARI, *A proposito della scomparsa (del progetto costituzionale di promozione) della famiglia*, in G. LA ROCCA, E. BILOTTI, V. PICCININI (a cura di), *Le relazioni giuridiche familiari tra natura e storia. Prospettive culturali e questioni aperte*. Milano, 26-27-28 gennaio 2023, Torino, 2024, 47 ss.

stato interpretato in senso ampio. Lo stesso Consiglio Nazionale Forense nel 2013, con la decisione n. 137, poi ripresa integralmente dal Supremo Collegio⁽²³⁾, ricorda che il significato e l'ampiezza del divieto di assumere un incarico contro la parte già assistita non richiedono che sia espletata una vera e propria attività defensionale o di rappresentanza (all'interno quindi della specifica cornice processuale), ma sia sufficiente, perché esso trovi applicazione, che il professionista abbia semplicemente svolto attività diretta a creare l'incontro delle volontà tra i coniugi, anche solo su un unico punto degli accordi di separazione. Una volta che abbia tutelato il proprio assistito, l'avvocato deve quindi rimanere estraneo da ulteriori e future situazioni che possano ancora riguardare aspetti privati e personali della vicenda.

Questa esigenza di rispetto della persona è stata tenuta in debita considerazione anche dal legislatore della riforma, in diversi contesti. Pensiamo *in primis* alla norma che disciplina le modalità di ascolto del minore (art. 473 bis.5 c.p.c.); pensiamo ancora alla ri-scrittura dell'art. 403 c.c. e dei suoi presupposti legittimanti; pensiamo infine all'ultima variazione introdotta dal decreto correttivo (d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164), sia pure 'in punta di penna', con una precisazione che potrebbe all'apparenza risultare di mera forma, ma che in realtà nasconde un preciso dato valoriale e di sostanza. In questo senso, nell'art. 473 bis.14 c.p.c. si è sostituita la formula della necessità di nomina di un curatore speciale al convenuto «malato di mente», inizialmente inserita quale diretto (e forse in effetti poco meditato, stanti i tempi serrati che la promulgazione della riforma ha imposto) ricalco dell'originaria terminologia prevista dalla legge speciale sul divorzio, con la diversa formula «quando il convenuto è persona con disabilità psichica». La modifica è certamente apprezzabile come adeguamento della norma dal punto di vista formale, sostituendo a tal fine una formula ormai arcaica – e giustamente desueta per il suo possibile 'retrogusto' dispregiativo – con una più

⁽²³⁾ Cass., sez. un., 7 aprile 2014, n. 8057.

rispettosa e più coerente con la temperie attuale e la sensibilità moderna.

In questa prospettiva, l'intervento è funzionale al necessario mantenimento anche dal punto di vista definitorio di formule *politically correct*. Al di là di questo evidente aspetto, l'intervento non deve essere considerato di mero *restyling*, avendo in realtà un ulteriore e più pregnante significato: quello di chiarire quanto la giustizia familiare, in tutte le sue possibili personificazioni (da quella astratta del Legislatore a quelle concrete del giudice e dell'avvocato), debba sempre essere attenta al dato della persona e ai valori irrinunciabili dell'ascolto, del rispetto e della dignità.

6. Il diritto del minore all'ascolto e il dovere di non-ascolto da parte dell'avvocato. – Vi è poi un'ulteriore norma del codice deontologico che merita di essere citata: l'art. 56 c. deon. for., relativo all'ascolto del minore⁽²⁴⁾.

Il nostro ordinamento dà voce al minore e riconosce che lo stesso debba esprimerla nel processo. Tutto questo risponde a una logica di natura, ed è stato confermato dalla grande riforma del 2012-2013 nell'art. 315, 3° comma, c.p.c., per il quale il figlio minore che ha compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore ove capace di discernimento, ha diritto di essere ascoltato «in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano». La norma ricorda che l'ascolto è una componente imprescindibile per il diritto del fanciullo di vivere la sua vita e di esprimere i suoi bisogni, esigenze e interessi, e che l'ascolto deve avvenire da parte del mondo degli adulti, da parte dei genitori, ovviamente, ma anche delle scuole, dei medici, di tutti quelli che entrano a contatto con i figli.

Questo connubio, questa necessità di mantenere il più possibile saldo un canale di comunicazione tra il mondo degli adulti e il mondo dei bambini, è qualcosa che dovrebbe riguardare tutti gli

⁽²⁴⁾ In argomento v. ancora R. DANOVİ, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, cit., 359 ss.

adulti. Il minore ha bisogno di un'attenzione e di una sensibilità delicate, come ricorda la toccante dedica iniziale de *Il piccolo principe* di Antoine de Saint-Exupéry per la quale «tutti i grandi sono stati bambini una volta, ma pochi di loro se ne ricordano».

Al riguardo, invece, l'avvocato deve per giusto paradosso compiere un passo indietro, perché come sancisce l'art. 56 c. deon. for. l'avvocato non può procedere all'ascolto di una persona minore di età senza il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale, e sempre che ciò non determini un conflitto di interessi con gli stessi. Questa previsione di fatto spunta in radice la possibilità dell'avvocato di intervenire: essa finisce quasi per escluderla, *et pour cause*, mi sentirei di dire, perché in queste situazioni un conflitto di interessi, almeno in potenza, è sempre latente, dietro l'angolo. Perciò, anche nell'ipotesi in cui i genitori fossero pure entrambi d'accordo all'ascolto del minore da parte dell'avvocato, è sempre molto poco opportuno e prudente immaginare che esso abbia luogo.

Non è l'avvocato, in altri termini, il soggetto deputato all'ascolto del minore (così come addirittura, neppure il mediatore familiare di regola tende a coinvolgere i minori nel percorso di mediazione). In queste ipotesi l'avvocato deve dunque spostare la richiesta dell'ascolto su un altro terreno, coinvolgendo, sempre con il consenso dei genitori, diversi professionisti, esperti di psicologia o neuropsichiatria infantile.

Di recente, peraltro, l'art. 56 c. deon. for.. è stato affinato, in primo luogo prevedendo che il divieto di ascolto del minore non valga per l'avvocato che sia stato nominato curatore speciale del minore. La modifica è quanto mai opportuna, in quanto nelle ipotesi in cui l'avvocato sia anche curatore speciale, e rappresenti pertanto a tutti gli effetti il minore nel processo, lo stesso per curarne gli interessi deve poter interloquire con il suo rappresentato, e deve farlo in modo da comprendere anche l'effettiva e genuina volontà del minore, a dispetto di ogni possibile superiore coinvolgimento da parte dei genitori.

Per queste ipotesi, e per le altre come sopra detto residuali in cui un ascolto del minore può comunque risultare legittimo, è stato poi previsto l'inserimento di un nuovo 1° comma *bis* in forza del quale «L'avvocato procede all'ascolto del minore secondo modalità che assicurino il preminente interesse dello stesso». La norma, non diversamente da quanto prevede l'art. 473 *bis.5* c.p.c. per l'ascolto giudiziale, sottolinea la delicatezza del coinvolgimento del minore nella crisi familiare e ricorda come l'incombente dell'ascolto non sia mai da sottovalutare ma debba essere compiuto, anche nell'esplicazione delle concrete modalità con cui avviene, in modo tale da garantire la serenità (e con essa il vero interesse) del minore stesso.

7. Il dovere di informativa. – L'avvocato che si occupa di controversie familiari ha poi ulteriori specifici doveri.

Uno tra questi è il dovere di informativa. L'informazione costituisce un elemento di valore, in quanto esprime il primo e dunque fondamentale contatto tra l'avvocato e il suo assistito. È per questo motivo, verosimilmente, che l'art. 27 c. deon. for., in tema di doveri di informazione, assegna all'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, un dovere che presenta un carattere generale e al contempo presuppone una declinazione diversificata proprio in ragione delle molteplici possibilità di svolgimento dell'incarico.

Ecco perché, in via generale (primo comma), l'avvocato deve informare «chiaramente» la parte assistita delle caratteristiche e dell'importanza del mandato e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione (e dunque, in tale veste, già fornire alla parte un completo affresco circa le possibili strade da intraprendere per la soluzione della controversia).

Sotto questo profilo, poi, il codice deontologico esprime con chiarezza l'importanza dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie, e in particolare della giustizia consensuale, precisando che, sempre all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato abbia a informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvaler-

si del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione. Il comma conclude precisando che l'avvocato deve altresì informare la parte dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge.

Questa norma ha un'importanza fondamentale, perché ricorda che l'avvocato in prima battuta, osservando questo dovere di informativa, deve ricordare anche a se stesso, prima ancora che al suo assistito, che nelle controversie familiari il percorso giudiziale tradizionale avversariale e contenzioso non rappresenta mai la strada maestra. In questo campo il dovere di informativa si pone in misura, se vogliamo, ancora più netta rispetto a quello che sussiste nel tradizionale ambito civile. Sovente ormai, nei protocolli e linee guida che in modo virtuoso e responsabile vengono adottati a livello territoriale nella Repubblica, questo aspetto viene ricordato e messo in adeguata evidenza. Così, ad esempio, le Linee Guida per la redazione degli atti in materia di famiglia adottate a Milano nel 2023⁽²⁵⁾ esordiscono proprio ricordando che «[l']avvocato che assiste le parti deve sempre ricercare soluzioni il più possibile condivise, privilegiando il ricorso alla mediazione familiare e ad altri strumenti alternativi e, ove tali soluzioni non siano percorribili, redigendo gli atti processuali evitando di esasperare il conflitto e fornendo al giudice ogni informazione necessaria sulla reale situazione personale ed economica delle parti, sulla vita familiare e sociale dei figli e sui loro bisogni anche materiali: solo la completa informazione sui fatti oggetto della controversia consente, infatti, alla autorità giudiziaria di assumere in tempi rapidi una decisione ponderata, equa ed esaustiva».

⁽²⁵⁾ Adottate sotto la direzione della Corte d'Appello di Milano, il Tribunale per i minorenni di Milano, il Tribunale di Milano, il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano e l'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano.

8. Il nuovo paradigma della giustizia consensuale, un richiamo generale per l'avvocato. – Le Linee Guida appena menzionate, elaborate anche sulla scorta delle molteplici indicazioni provenienti dalla nuova disciplina processuale introdotta dalla riforma Cartabia, contengono dunque un preciso richiamo anche alla mediazione familiare e ad altri strumenti alternativi di giustizia consensuale. L'avvocato che si occupa di controversie di famiglia deve quindi ricordare all'assistito e a se stesso che la giustizia consensuale ha in quest'area una valenza superiore a quella tradizionale, per almeno due ordini di ragione chiari e indiscutibili.

Il primo è quello per il quale il processo ha di regola un perimetro necessariamente delimitato, dai confini rigidi. La dottrina processualista insegna che per tradizione l'oggetto del processo, ossia – come definito in termini tecnici – il *thema decidendum*, può riguardare unicamente definite situazioni giuridiche soggettive, quali diritti, rapporti giuridici e *status*. Vi sono per verità ipotesi derogatorie, come la verificaione della scrittura privata o la querela di falso, in cui l'oggetto del processo è rappresentato da fatti giuridici, così come vi sono ulteriori casi in cui il processo incide per verità su situazioni giuridiche preliminari (come accade in generale per le azioni volte a far dichiarare le invalidità contrattuali, che tuttavia nella loro peculiarità finiscono sempre per riverberarsi su diritti o altre situazioni soggettive). Ma si tratta pur sempre di casi eccezionali, che non intaccano la regola per la quale l'oggetto del processo deve per definizione rimanere rigorosamente perimetrato.

La controversia familiare, invece, come già si ricordava in esordio, presenta tutta una serie di sfumature che il processo non riesce a prendere in considerazione, e che invece la giustizia consensuale riesce a tenere debitamente in conto. Se si indaga a fondo nella dimensione del conflitto familiare, emerge come questo sia contraddistinto da una molteplicità di profili, attinenti tanto alle sue cause e più profonde motivazioni, quanto ai bisogni e alle esigenze di cui le parti sono portatrici e che si esprimono attraverso tutta una serie di

aspetti e temi che non trovano un'attenzione adeguata (ma forse neppure possibile) all'interno del processo.

Riflettendo su questi temi sono arrivato a ritenere che ogniqualvolta risulti formalmente pendente un processo della crisi familiare vi sia *a latere* una sorta di *oggetto parallelo della controversia*, non nitidamente definibile, ma sicuramente più ampio e frastagliato del *thema decidendum* di causa e in qualche modo allo stesso impermeabile, nella misura in cui sullo stesso il giudice non riesce a disporre di alcun potere di intervento.

È un profilo riconosciuto anche e proprio dalla giurisprudenza, che ha sottolineato l'esistenza di una micro-conflittualità familiare, spesso esasperata e tale da interessare «una *res litigiosa* inesistente e frutto del solo desiderio di creare nuove occasioni di scontro»⁽²⁶⁾, con una terminologia che allude a profili controversi solo in astratto di minore rilievo, ma purtroppo in concreto ottusamente amplificati tra le parti e comunque tali da non poter essere gestiti in via endoprocessuale.

E di questi profili e problemi l'avvocato deve essere edotto e sapere tenere conto, anche acquisendo una più diffusa conoscenza e, se non vere e proprie competenze, quanto meno capacità di comprendere il linguaggio di altre scienze umane (la psicologia, la psichiatria, la sociologia) e con queste dialogare.

Il secondo aspetto è invece quello della cura. Il processo ha purtroppo una funzione necessariamente avversariale, e con essa alla fine del contenzioso porta a un provvedimento di natura decisoria: la sentenza compie così quello che ricorda l'etimo latino del verbo decidere (der. da *caedēre*), che è lo stesso di tagliare via, troncare, mozzare, perché il giudice, tra due antitetiche strade, suggerite dalle contrapposte pretese delle parti, ne sceglie una sulla base di quello che il diritto gli indica e gli impone. La sua sentenza è comunque un atto autoritativo, che interviene dall'alto, ricavando da quella *aucto-*

⁽²⁶⁾ Così la già citata Trib. Milano, sez. IX, ord., 23 marzo 2016, in *Fam. e dir.*, 2016, 1152 ss., con nota di R. DANOV, *I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense*.

ritas che è propria del *munus* del magistrato da un lato una particolare forza, ma con essa anche un'invasività che rappresenta inevitabilmente un ulteriore strappo nella vita e nella relazione dei protagonisti della scena processuale⁽²⁷⁾.

La giustizia consensuale, invece, opera in modo completamente diverso. perché non taglia il filo della relazione ormai controversa, già profondamente sfibrato dalla sua patologica evoluzione; la giustizia consensuale lo riannoda, lo ricuce, lo ricostruisce. In questo senso, la formula magica che gli inglesi – con la loro consueta capacità di sintesi – ci danno è quella del *win-win*, che sottolinea come alla fine di un percorso di giustizia consensuale non ci si trovi (come al termine del processo) in un campo di battaglia, tra soccombenti-morti e vincitori-vivi, ma comunque feriti (e forse in modo doloroso). Il positivo espletamento di uno dei metodi di giustizia consensuale lascia invece auspicabilmente prevedere di trovarsi dinanzi a due parti, due persone, che hanno nuovamente voglia di riprendere il loro rapporto.

È per questo che nella lunga gestazione della riforma Cartabia di fronte alle possibili opzioni sulla mediazione civile e commerciale si è deciso di imprimere ancora una necessaria iniezione di risorse e di energia: perché affinché la mediazione attecchisca nell'immaginario degli utenti del servizio giustizia occorre ancora dare fiducia allo sviluppo della relativa cultura. Ed è per tale motivo che la mediazione intesa come condizione di procedibilità della domanda giudi-

⁽²⁷⁾ A questo proposito, il significato etimologico del vocabolo *sententia*, che significa «opinione», «giudizio», «parere», potrebbe a prima vista indurre a ritenerne la stessa sia prima di tutto un atto logico (e l'elemento logico in effetti era stato sottolineato anche da parte della dottrina più antica, come ad es. A. ROCCO, *La sentenza civile. Studi*, Torino, 1906, 32 ss.). Dal punto di vista semantico, tuttavia, il termine sentenza intende rappresentare nel linguaggio comune prima di tutto una decisione autoritativa del giudice. In questo senso, per la rivalutazione dell'elemento volitivo - autoritativo v. *inter alios* F. MENESTRINA, *La pregiudiciale nel processo civile*, Vienna, 1904, rist. Milano, 1963, 27 ss.; P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, ora in *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, 106 ss.; E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano, 1935, 39 ss.

ziale è stata ulteriormente estesa, sia pure seguendo una precisa scelta logica, anche a tutti i rapporti di durata (28).

Se questo è dunque un richiamo generale per l'avvocato, le controversie familiari sono per definizione rapporti di durata, perché al di là del processo, lo ricordavo all'inizio, c'è il fattore tempo declinato al futuro, e i figli dovranno ancora crescere e i figli saranno comunque figli tutta la vita di quei due genitori, anche a distanza di anni di tempo. Per cui se la famiglia non esiste più nel senso giuridico, nel significato attuale del termine la famiglia, intesa come complesso di riferimento e di relazioni poliedriche, essa continua a resistere, anche dopo la crisi.

9. La mediazione familiare (l'avvocato sullo sfondo). – Per la gestione delle controversie familiari non è utilizzabile la mediazione civile e commerciale ‘ordinaria’, che per definizione presuppone controversie coinvolgenti diritti pienamente disponibili. Nell'ampio panorama dei metodi di giustizia consensuale valorizzati dalla riforma l'avvocato deve tuttavia ricordare che vi è un altro e specifico strumento, la mediazione familiare, che della prima mantiene una parte del *nomen juris*, diversificandosi, tuttavia, per una molteplicità di profili, che in ultima analisi si ricollegano a quanto all'esordio considerato in relazione alla specialità delle controversie familiari.

La mediazione familiare ha per la prima volta ricevuto un preciso riconoscimento formale e sistematico nel nostro ordinamento

(28) È come noto la modifica ampliativa apportata all'art. 1, 5° comma, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, che nella formula attuale prevede che «[c]hi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia 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 con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, associazione in partecipazione, consorzio, franchising, opera, rete, somministrazione, società di persone e subfornitura, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente capo».

per opera della riforma Cartabia, che ne ha inserito importanti richiami all'interno della disciplina del nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie. Essa è stata in particolare collocata addirittura nella prima sezione, dedicata alle disposizioni generali: e il suo rilievo pare ancor più sottolineato dal fatto che l'art. 473 *bis*.10 c.p.c. (rubricato «Mediazione familiare») è l'unica norma contenuta nella sezione dedicata ai principi della giustizia familiare e minorile che non riguarda personalmente un soggetto coinvolto direttamente nel processo⁽²⁹⁾. La collocazione della mediazione familiare tra i principi non è stata dunque concepita in funzione soggettiva, per dedicare rilievo alla figura del mediatore (anche perché quest'ultimo opera per definizione fuori del processo), quanto piuttosto per elevare il relativo percorso a principio generale comunque collegato al processo, anche se per paradosso esterno ad esso: la mediazione è in effetti concepita quale forma indispensabile per il migliore componimento della controversia e la pacificazione delle relazioni familiari e in tale veste contribuisce, al pari del processo, alla causa della giustizia.

A questo riguardo, la mediazione familiare non rappresenta un ambito da cui l'avvocato deve necessariamente rimanere del tutto estraneo. Il mediatore familiare può operare in modo anche sinergico con la figura dell'avvocato, perché l'avvocato può lasciare spazio al mediatore per quelli che sono gli aspetti più personali e intimi della vicenda e per l'individuazione delle migliori soluzioni alle relative questioni giuridiche (l'affidamento, che a quel punto si auspica condiviso, e gli ulteriori aspetti relativi alle visite, frequentazioni e alla vita quotidiana del minore). Dal punto di vista degli aspetti patrimoniali, invece, se anche vi è una mediazione familiare in corso, nulla vieta che gli avvocati dialoghino tra di loro per poter in pa-

⁽²⁹⁾ Mentre le norme precedenti toccano i poteri e il ruolo del giudice (art. 473 *bis*.2 c.p.c.) e del pubblico ministero (art. 473 *bis*.3 c.p.c.), il ruolo del minore attraverso l'ascolto (art. 473 *bis*.4, art. 473 *bis*.5 e art. 473 *bis*.6 c.p.c.), il tutore, il curatore (art. 473 *bis*.7 c.p.c.) e il curatore speciale (art. 473 *bis*.8 c.p.c.), la disciplina dei figli maggiorenni portatori di *handicap* o disabilità grave (art. 473 *bis*.9 c.p.c.).

rallelo ricucire anche quelle che possono essere le necessarie distanze dal punto di vista delle rispettive istanze e rivendicazioni economiche. Perché ciò avvenga, naturalmente, è indispensabile un atteggiamento leale e trasparente, improntato a *fairness* e senza retropensieri avversariali.

L'avvocato può poi essere chiamato a svolgere un ruolo di rilievo anche alla conclusione del percorso, e quando la mediazione ha portato all'auspicata intesa, poiché in quel contesto entrambi i legali (per definizione devono ormai essere uno per parte) sono chiamati a vagliare l'accordo raggiunto al fine di verificarne la correttezza formale in termini giuridici e la congruenza e correttezza anche dal punto di vista dei sottostanti indeclinabili diritti delle parti e dei minori.

Se l'accordo raggiunto soddisfa tutte le esigenze in discussione ed è soddisfacente per le parti, gli avvocati possono allora valutare la forma più corretta del contenitore nel quale trasfonderlo (una domanda congiunta al Tribunale, in particolare nell'ipotesi che vi sia un procedimento già pendente, ovvero ancora, laddove il processo non fosse stato mai instaurato, un accordo di negoziazione assistita). Qualora invece sia stato raggiunto un accordo solo parziale, o parimenti nell'ipotesi in cui nessuna intesa sia stata purtroppo realizzata, il processo ritorna ad acquisire il suo ruolo di gestione autoritativa della controversia.

10. La negoziazione assistita (l'avvocato al centro). – Il ruolo dell'avvocato nella giustizia consensuale diviene poi fondamentale nell'ambito della negoziazione assistita. Quest'ultima è stata una conquista straordinaria quando nel 2014 è stata introdotta e resa applicabile alla materia della separazione e del divorzio, perché – come abbiamo avuto più volte modo di ricordare – la sua introduzione ha segnato la prima volta in cui il legislatore ha avuto il coraggio di intaccare il dogma della giurisdizione necessaria costituti-

va in materia di *status*⁽³⁰⁾. E quando un dogma è intaccato, si incrina e per definizione non è più tale. Così, per la prima volta il sistema ha riconosciuto la possibilità di modificare o elidere uno *status* – come accade appunto con la separazione e il divorzio per lo *status* matrimoniale – non più necessariamente ricorrendo alla figura del giudice, ma semplicemente tramite la negoziazione assistita tra avvocati, o addirittura con un procedimento puramente amministrativo, che si svolge di fronte al sindaco o all'ufficiale di stato civile da lui delegato.

Malgrado quest'importante innovazione, vi erano nell'originaria disciplina della negoziazione assistita inaccettabili lacune, perché erano rimaste incongruamente fuori dal suo ambito applicativo – ciò che rappresentava un grandissimo *vulnus* tanto dal punto di vista dei principi⁽³¹⁾, quanto dal punto di vista applicativo – le famiglie di fatto, non fondate sul matrimonio⁽³²⁾. In osservanza del principio di uguaglianza, la riforma Cartabia ha dunque esteso anche per queste ultime l'ambito applicativo della negoziazione assistita; così come la ha parimenti estesa alle ipotesi di figli maggiorenni non autosufficienti (che possono dunque oggi ricorrere direttamente alla negoziazione assistita per ottenere un contributo al loro mantenimento) e infine alle controversie alimentari.

Ancora, la riforma ha previsto la possibilità, che prima era esclusa, di prevedere nell'ambito della negoziazione assistita il cosiddetto assegno di divorzio *una tantum*, ovvero l'assegno in un'unica solu-

⁽³⁰⁾ Sia consentito al riguardo il richiamo a F. DANOVIS, *Crisi della famiglia e giurisdizione: un progressivo distacco*, in *Fam. e dir.*, 2015, 1043 ss.; ID., *Il cumulo di separazione e divorzio: una tutela più funzionale all'autonomia dei coniugi*, nota a Cass., 18 ottobre 2023, n. 28727, in *Familia*, 2023, 858 ss.

⁽³¹⁾ A questo riguardo, tenuto conto che l'art. 315 c.c. detta ormai lo statuto giuridico del figlio precisando che tutti i figli sono uguali e non devono ricevere disegualanze di trattamento in ragione dell'evento della nascita, la portata del principio riguarda anche e necessariamente tutte le forme di tutela (giudiziaria o stragiudiziale) che ai minori devono essere riconosciute.

⁽³²⁾ Sul tema cfr. F. DANOVIS, *Negoziazione assistita e figli nati fuori del matrimonio: il tribunale può sanare l'erroneo utilizzo dello strumento?*, nota a Trib. Como, decr., 13 gennaio 2016, in *Fam. e dir.*, 2016, 687 ss.

zione (come previsto dall'art. 5, 8° comma, l. div.), delegando agli avvocati stessi la certificazione dell'equità della somma pattuita, e chiarendo così che vi è una perfetta parificazione tra lo strumento e l'area del contenzioso tradizionale ordinario.

Queste innovazioni chiariscono dunque la grande portata della negoziazione assistita nelle controversie di famiglia. In questo ambito, al generale dovere di informativa sopra ricordato l'avvocato che si occupa di diritto di famiglia ha a mio avviso anche un dovere ulteriore: un dovere di trasparenza, che non soltanto si accompagna *naturaliter* ai richiami già menzionati della lealtà e della buona fede, ma che presuppone un accompagnamento sincero e onesto del proprio assistito nell'analisi del dato reale della vicenda controversa⁽³³⁾.

A questo proposito ho fatto mie due metafore. In primo luogo, l'avvocato non deve mai promettere la luna all'assistito. Vi è infatti una profonda differenza fra l'aspettativa (e così pure la pretesa) e l'interesse. Spesso il vero interesse dell'assistito non coincide con la sua aspettativa, né con la sua pretesa e l'avvocato ha esattamente il dovere di fargli comprendere questa discrepanza e accompagnarlo a meglio valutare quanto le esigenze e i bisogni corrispondano agli interessi suoi (e degli altri componenti del nucleo, che potrebbero essere portatori di interessi diversi). A questo proposito l'avvocato deve sempre far capire all'assistito quello che potrebbe essere il verosimile scenario in un'ipotesi di giudizio contenzioso, scenario che in quanto futuro e dipendente da una pluralità di fattori, tra cui non ultima la discrezionalità giudiziale non è mai certo o preconizzabile in assoluto. Ma l'avvocato che ha competenza ed esperienza sa quello che potrebbe essere il generale orientamento circa del giudice in un eventuale conflitto giudiziario e dunque l'esito finale della lite. Da questo punto di vista quindi l'avvocato ha un dovere ulteriore: quello di conoscere le prassi, perché ogni tribunale segue determinate prassi e addirittura all'interno di ogni tribunale o sezione specializzata ogni giudice ha una sua particolare sensibilità. Ecco,

⁽³³⁾ In argomento v. M. GRADI, *Sincerità dei litiganti ed etica della narrazione nel processo civile*, in *Lo sguardo. Riv. fil.*, 2012, 95 ss.

quindi, che nelle controversie di famiglia assistiamo a un ulteriore fattore di complessità, legato alla lettura *ex ante* della vicenda, a una prognosi circa lo sviluppo della controversia. L'assistito deve essere accompagnato con pazienza e competenza anche sotto questo profilo.

La seconda metafora, che amo ancor di più perché sono un sostenitore della relativa iconografia, è quella di Giovanni Battista. L'avvocato di famiglia non deve mai promettere al suo assistito la testa del Battista sul piatto d'argento, come purtroppo a volte succede che l'assistito inizialmente chieda, in un accesso, in un'enfasi di rivendicazione, di rabbia, di contrasto esasperato. L'avvocato deve sempre sapere, e quindi anche ricordare in modo saggio, competente e piano all'assistito, che quando si cerca di schiacciare la posizione dell'altro, mistificando la realtà, ricercando il conflitto e lo scontro, alla fine si può ottenere solo una formale consacrazione di pretese e ragioni, ma non si raggiunge mai lo scopo reale della giustizia. In questi casi, infatti, il processo finisce per perdere la funzione di salvaguardia e tutela dei diritti, e soprattutto perde di vista la funzione di tutela dell'interesse superiore del minore e finisce per essere una sorta di guerra distonica in cui ciascuna parte vuole soltanto la sopraffazione dell'altro. Se l'avvocato di famiglia ha un dovere sociale e una missione, nei termini che abbiamo ricordato, deve fungere da elemento di decompressione e non già di esasperazione della carica rivendicativa del suo assistito.

Del resto, i già richiamati principi di lealtà e trasparenza, come visto significativamente declinati sotto il mantello del «dovere di leale collaborazione», ci richiamano (anche con precise conseguenze sul piano dell'attribuzione della ripartizione delle spese processuali nonché ai fini della decisione del giudice) all'importanza nel processo della completezza informativa e della fedeltà nella ricostruzione dei fatti. Così operando, è stato sicuramente in parallelo enfatizzato anche un ulteriore dovere, il dovere di verità, che la dottrina ha in anni recenti elevato a principio informatore del processo civile e che nei processi della famiglia trova sicuramente una ancor più mirata e

nitida declinazione⁽³⁴⁾). Nelle controversie familiari e così pure nei processi della famiglia, invero, la verità deve essere per quanto possibile, e per paradosso anche nel processo e attraverso il processo, una verità quanto più possibile condivisa. Certo, sarà sempre una verità processuale, e in quanto tale per definizione formale e relativa, ma per parte mia ritengo che il processo raggiunga davvero il suo scopo e la sua funzione quanto più esso sia in grado di avvicinare le due versioni dei fatti, le contrapposte verità delle parti, e non già separandole o allontanandole ulteriormente.

Da ultimo, l'importanza del ruolo dell'avvocato in questo campo è stata sottolineata anche dalla parziale riforma del 2025 del codice deontologico, che ha introdotto un nuovo art. 62 *bis*, specificamente finalizzato a ricordare i corretti canoni comportamentali che l'avvocato deve seguire nell'ambito della negoziazione assistita.

11. L'importanza di un nuovo linguaggio. – Quest'ultimo richiamo alla necessità di stemperare e contenere per quanto possibile i sentimenti negativi, di rabbia e rancore, e con essi le (non sempre giustificate e spesso immotivate) pretese dell'assistito si può realizzare anche attraverso l'utilizzo di un nuovo linguaggio.

Da anni nel nostro sistema si registra un'attenzione crescente al tema del linguaggio giuridico e del linguaggio nel processo⁽³⁵⁾; e i

⁽³⁴⁾ In argomento v. il fondamentale volume di M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018; cui adde gli ulteriori scritti ID., *Il divieto di menzogna e di reticenza delle parti nel processo civile*, in *Dir. e formaz.*, 2009, 793 ss.; ID., *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, cit., 35 ss.; ID., *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, cit., 39 ss.

⁽³⁵⁾ In argomento la letteratura è ormai molto copiosa. Per alcuni riferimenti v. *ex plurimis*, G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 853 ss.; G. IANNI, *Il principio di sinteticità degli atti e le sue conseguenze nel processo civile*, in <www.ilprocessocivile.it>, 5 gennaio 2017; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 467 ss.; ID., *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, in *Judicium*, 2017, 141 ss.; M. GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurispru-*

molteplici segnali provenienti a questo riguardo dalla giurisprudenza e dalla dottrina sono stati colti anche dal legislatore della riforma Cartabia, che ha recepito e fatto proprio il riferimento (costante e quasi alla stregua di mantra⁽³⁶⁾) alla sinteticità e alla chiarezza. Si inizia quindi a riflettere sull'idea che gli atti processuali possano essere contraddistinti da una possibile 'giusta' dimensione, anche quantitativa; dimensione che deve in linea tendenziale rispondere al canone della sintesi, da intendersi come effettiva e incomprimibile pertinenza (esattamente come avviene per le opere letterarie, per le

denza e protocolli, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 485 ss.; F. DANOVIS, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, *passim*; G. CANALE, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1025 ss.; A. PANZAROLA, *Sul (presunto) principio di sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 69 ss.; G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018.

⁽³⁶⁾ In particolare, l'esigenza che gli atti processuali siano redatti in modo chiaro e sintetico è stata sottolineata in una norma-quadro, l'art. 121 c.p.c. (La nuova rubrica dell'art. 121 c.p.c. è «Libertà di forme. Chiarezza e sinteticità degli atti», e al testo previgente della norma viene aggiunta una chiusa per la quale «[t]utti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico»), e ha poi ripreso il tema per gli atti introduttivi del processo di primo grado (art. 163 c.p.c. e art. 167 c.p.c., sia pure con la diversa diaide «in modo chiaro e specifico»), per l'appello (art. 342 c.p.c., dove si legge che «l'appello deve essere motivato, e per ciascuno dei motivi deve indicare a pena di inammissibilità, in modo chiaro, sintetico e specifico» una serie di contenuti), per il giudizio in Cassazione (art. 366 c.p.c.), nonché e per quanto qui specificamente interessa, per il processo familiare e minorile. Si stabilisce così che nel procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie il ricorso introduttivo debba contenere (art. 473 bis.12, lett. e), c.p.c.) «la chiara e sintetica esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali la domanda si fonda, con le relative conclusioni»; mentre per la comparsa di risposta del convenuto la corrispondente applicazione dei principi di chiarezza e sinteticità si desume dal richiamo all'art. 167 c.p.c. contenuto nell'art. 473 bis.16 c.p.c. In argomento è stato poi emanato anche il Decreto del Ministero della giustizia, 7 agosto 2023, n. 110, recante «Regolamento per la definizione dei criteri di redazione, dei limiti e degli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo, ai sensi dell'articolo 46 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile». Per un commento in materia v. ad es. F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in <www.judicium.it>, 2023.

quali spesso si sente dire che la giusta misura si raggiunge nel momento in cui non vi è più nulla da togliere e non già in quello in cui non vi è più nulla da aggiungere). Naturalmente, il canone di sinteticità vale in quanto funzionale, e ha dunque di per sé un valore segnatamente strumentale, poiché esso tende a realizzare come fine ultimo quello della chiarezza.

Nelle controversie di famiglia il principio va comunque sempre confrontato alla luce anche dell'analiticità, della complessità e quindi della completezza dei dati di cui è indispensabile rendere edotto il giudice.

In questo senso il compito dell'avvocato diviene più delicato, poiché si tratta di sapere utilizzare un linguaggio che sia al tempo – senza che questo possa essere considerato un paradosso – sintetico ma completo⁽³⁷⁾, conciso ed efficace ma allo stesso tempo non omissivo⁽³⁸⁾ e correttamente descritto e raffigurativo della cornice fattuale del procedimento⁽³⁹⁾, e comunque in ogni caso sempre chiaro, perché come detto è la chiarezza il vero obiettivo, che serve alla maggiore funzionalità dell'esercizio della funzione giurisdizionale, sia per consentire ove possibile l'attenuazione della lite e il reperimento di profili condivisi, sia per meglio dirigere il giudice ove la lite non dovesse giungere a un componimento consensuale.

(³⁷) Sul dovere di completezza (e sul suo rapporto con il dovere di verità) v. A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte prima)*, cit., 47 ss.; ID., *Dovere di verità e completezza nel processo civile (parte seconda)*, cit., 491 ss. Per la positiva esistenza nel sistema di un obbligo di collaborare all'accertamento dei fatti come obbligo di chiarificazione processuale v. anche M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, cit., 35 ss; ID., *Il processo come dialogo*, in *Giustizia consensuale*, 2024, 215 ss.

(³⁸) Cfr. sul tema e più in generale anche M. GRADI, *Omissa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in *Foro it.*, IV, 2015, 198 ss.

(³⁹) Ricordava correttamente già F. CARNELUTTI, *La prova civile (Studi). I. (Il concetto giuridico della prova)*, Venezia, 1914, 15, che di fronte alla presa d'atto dell'esistenza di una necessaria contrapposizione tra la verità materiale e il concetto di verità formale, unico realmente perseguibile attraverso il giudizio, quello che conta nel processo non è più tanto la ricerca della verità, quanto piuttosto proprio la fissazione o determinazione dei fatti, «che può coincidere o non coincidere con la verità di questi e ne rimane affatto indipendente».

A questi connotati, ormai generali del linguaggio processuale, rientro poi che nelle controversie di famiglia debba aggiungersi un altro aspetto: in questi casi il ruolo dell'avvocato è invero estremamente importante anche nell'approccio formale e linguistico, che dovrebbe per quanto possibile rimanere pacato e sempre proteso a smussare le asperità della situazione, aiutando l'assistito a sciogliere il velo di nebbia in cui la controversia lo ha avvolto a rimeditare in modo sereno sulla situazione nel suo complesso, e a individuare le possibili soluzioni per uscire dal conflitto (⁴⁰). Il linguaggio dell'avvocato deve dunque sempre essere un linguaggio non ostile, un linguaggio per quanto possibile pacato, un linguaggio misurato. È in ultima analisi necessaria una costante cura delle parole, per riportare le alteure della controversia a un terreno più pianeggiante in cui il dialogo tra le parti possa tornare a essere costruttivo e fecondo (⁴¹).

12. La formazione e la specializzazione. – Avviandoci a concludere, occorre chiedersi come possa sinteticamente non soltanto esprimersi, ma altresì realizzarsi, il complesso di esigenze e istanze che abbiamo fino a ora rappresentato. Al riguardo, riteniamo che la risposta sia semplice e si condensi in due richiami: formazione e specializzazione.

Questi sono in effetti i poli su cui si deve orientare il modo di essere dell'avvocato.

L'avvocato deve essere sempre preciso e costante nella sua formazione, attento a un diritto che cambia in modo repentino per effetto delle frequenti riforme, dell'opera giurisprudenziale, delle

(⁴⁰) Nello stesso senso anche R. DANOVIS, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, cit., 361, laddove precisa che «in questi casi, per i valori che sono coinvolti, il comportamento degli avvocati deve essere ispirato da un alto grado di sensibilità e dalla volontà e necessità di ricondurre i contrasti all'equilibrio e non all'esasperazione».

(⁴¹) In argomento v. S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, 2024, 185 ss., spec. 197.

sempre più numerose ipotesi di fonti secondarie e di *soft law*, e che si plasma altresì grazie alla costante opera di interpretazione della dottrina e delle sempre più pervasive contaminazioni del progresso tecnologico, che si diffonde a macchia d'olio e arriva a sovrastare tutti i settori della vita e della socialità umana.

In questo modo l'avvocato deve formarsi una specializzazione che sappia a sua volta essere ricognitiva di tali cambiamenti, poiché la pratica quotidiana della professione richiede una costante *mise à jour* per essere non soltanto competitivi, ma soprattutto capaci di aiutare il proprio assistito. Per questo motivo occorre tenere conto di tutti i connotati e aspetti specifici che ogni particolare area del diritto presenta; e sempre per questo, nell'ambito delle controversie familiari, è indispensabile quel cambio di paradigma di cui si è fatta menzione, nella prospettiva della diffusione della cultura anche della giustizia consensuale e degli strumenti di giustizia complementare.

Tutti questi fattori devono sempre ricordare a coloro che si affacciano a questo mondo e che vogliono entrare a farne parte, che al suo interno non esiste né assume rilievo soltanto la dimensione giuridica, ma che una corretta formazione dell'avvocato deve necessariamente presupporre il confronto con nuovi saperi, diversi linguaggi, le forme espressive delle altre scienze umane. Egli deve dunque saper dialogare con il giudice e con il collega avversario, *bien sûr*, ma altresì con i consulenti tecnici (in particolare, quelli di parte), con il curatore speciale, con gli ulteriori ausiliari, con i rappresentanti dei servizi sociali, con i mediatori familiari, e talvolta finanche con il personale scolastico o sanitario.

In questa veste l'avvocato deve sempre prima di tutto ascoltare e guidare il suo assistito, ma addirittura anche meglio comprendere l'avversario: perché così operando egli può svolgere in modo migliore il ruolo che lo riguarda, sempre in ultima analisi a tutela dei reali interessi della parte da lui assistita.

Una sensibilità e per quanto possibile una formazione interdisciplinare e pluralista consentiranno all'avvocato di dotarsi di una fun-

zione collaborativa, per meglio orientare l'assistito; il che non significa affatto entrare nella dimensione ben diversa della pratica collaborativa, che come noto costituisce un metodo differente per affrontare professionalmente la crisi della famiglia (⁴²), ma significa saper mantenere aperto un canale di dialogo con tutti gli ulteriori protagonisti (anche antagonisti) della vicenda.

Se tutto questo avviene, la crisi familiare non sarà più un elemento da demonizzare. Certo, essa indubbiamente costituisce un fallimento di un importante progetto di vita; ma allo stesso tempo essa si presenta anche come occasione per un cambiamento, per l'apertura di nuove porte e per uno sguardo verso nuove prospettive; così ragionando l'avvocato saprà aiutare il suo assistito a capire che la crisi costituisce un momento di *impasse*, di apparente perdita degli orizzonti, ma che si può sempre individuare non già una linea di fuga, quanto piuttosto la linea dell'orizzonte per mantenere comunque dritta la rotta anche durante la tempesta, la stella polare per ritrovare la strada più giusta, quella di un nuovo inizio.

Abstract

Il ruolo dell'avvocato risente in modo significativo della tipologia delle vicende nelle quali lo stesso è chiamato a intervenire. Nell'ambito delle controversie relative alla crisi familiare, in particolare, l'avvocato è tenuto a confrontarsi con elevati fattori di complessità e soprattutto con il tema della fisiologica fragilità di alcuni soggetti del nucleo familiare. Il suo ruolo finisce quindi per essere profondamente plasmato della necessità di rispettare valori e principi di ordine superiore. Così operando, l'avvocato si trova protagonista di un nuovo paradigma di giustizia, quello di una risoluzione delle controversie non più contenzioso e avversariale, quanto piuttosto costruito sull'ascolto, sul dialogo e sul componimento degli interessi. In questa prospettiva, la riforma Cartabia ha dato un rinnovato slancio al

(⁴²) Sulla pratica collaborativa v. *ex plurimis* M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Dialogo fra teoria e prassi*, Torino, 2017.

tema della giustizia consensuale, ponendo al centro nella risoluzione delle controversie familiari, metodi di giustizia complementare, tra i quali la mediazione familiare e la negoziazione assistita.

The legal role is significantly affected by the type of cases in which lawyers are called. In the context of disputes relating to family crises, in particular, lawyers are required to deal with highly complex factors and, above all, with the issue of the physiological fragility of some members of the family. Their role is therefore deeply shaped by the need to respect higher values and principles. In doing so, lawyers find themselves at the forefront of a new paradigm of justice, one in which disputes are no longer resolved through litigation and adversarial proceedings, but rather through listening, dialogue and the reconciliation of interests. In this perspective, the Cartabia reform has given renewed impetus to the theme of consensual justice, placing complementary methods of justice, including family mediation and assisted negotiation, at the centre of family dispute resolution.

IL RAPPORTO AVVOCATO-CLIENTE E LA FORMAZIONE UNIVERSITARIA

PER UN RIPENSAMENTO DELLA FORMAZIONE DEL GIURISTA

Paola Lucarelli ()*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le persone nel sistema integrato di giustizia: si aprono nuove strade ed è richiesta una nuova coscienza. – 3. Avvocato e cliente: si aprono nuove strade ed è richiesta una nuova prudenza. – 4. Per un pensiero epistemologico attuale. – 5. Qual è oggi il vero problema del sistema integrato di giustizia?

1. Premessa. – La formazione del giurista pone oggi agli studiosi un nuovo panorama di riflessioni collocandosi nell'attuale sistema che vede ampliarsi il novero dei percorsi di giustizia e che, soprattutto, mette in discussione il paradigma culturale tradizionale. Il ripensamento dei relativi canoni fondamentali, alla luce delle implicazioni della più recente evoluzione del sistema, si è fatto urgente e richiede una rinnovata attenzione, forse per la prima volta dedicata, senza veli e sterili formalismi, alle persone e alla relazione che le coinvolge⁽¹⁾.

Se il diritto oggi può configurarsi ordine e motore delle relazioni sociali di qualsiasi tipo è anche perché, dopo il superamento dell'assolutismo giuridico, un altro primato è stato messo in discussione.

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Commerciale nell'Università degli Studi di Firenze.

(¹) Per la prima volta, con la riforma del d.lgs. n. 28 del 2010 realizzata nel 2022, si è assegnata alla mediazione dei conflitti una portata di rilievo nell'ordinamento giuridico, riscrivendo le relative norme nel segno del beneficio generato dalla ricerca consensuale della soluzione della lite, per le parti confliggenti e per la società tutta.

sione nella sua esclusività, quello della soluzione eteronoma, giudiziale, della lite fra le persone.

Allora, il ruolo dell'avvocato e il suo rapporto con il cliente, tema centrale di questo simposio, è senza dubbio essenziale nella riflessione dedicata alla formazione del giurista e deve essere inquadrato oggi nella prospettiva più ampia di un sistema non più confinato nello studio del processo giurisdizionale, ma includente la gestione – e persino la prevenzione – consensuale della conflittualità⁽²⁾.

Proprio il sistema integrato di giustizia induce, allora, a interrogarsi sulla complessità del rapporto tra i vari percorsi, prima di tutto a livello epistemologico. Come considerarlo? Possiamo davvero concepirlo con maggiore consapevolezza come sistema complesso, anche sul piano della conoscenza, dello studio e dell'apprendimento?

Il quesito cui rispondere è, dunque, cosa significhi *essere* giurista in un simile contesto.

2. *Le persone nel sistema integrato di giustizia: si aprono nuove strade ed è richiesta una nuova coscienza.* – La relazione tra avvocato e cliente non si esaurisce nella prestazione di un servizio: l'avvocato assume l'incarico con la responsabilità di contribuire alla soddisfazione del bisogno di giustizia della persona in lite o in crisi di cooperazione, traducendo il diritto legale in soluzione della *controversia*, ben sapendo però che sotto la controversia c'è il conflitto, cioè una relazione che richiede strumenti di approccio adeguati. In

⁽²⁾ Su questo tema si vedano le osservazioni di Elena Zucconi Galli Fonseca su *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, pubblicate in questo volume che ha sottolineato l'importanza del tempo nell'attività professionale e nel rapporto tra avvocato e cliente, evidenziando come la conflittualità assuma un rilievo diverso a seconda della prospettiva dalla quale viene affrontata.

questo quadro, seppure abbozzato nell'essenziale, le coordinate fondamentali sono proprio i *bisogni degli esseri umani* (³).

Se evidentemente non è affatto nuovo il riferimento al rilievo dell'interesse del cliente nel rapporto con il suo avvocato, ciò che, invece, risulta ancora scarsamente studiato è il modo in cui questa relazione si ridefinisce all'interno del sistema integrato di giustizia, che contempla, cioè, anche la giustizia consensuale.

Se il cliente, con la sua posizione giuridica, continua a poter essere configurato quale *soggetto titolare* di *situazioni giuridiche attive e/o passive*, egli diviene oggi, con piena evidenza nella pratica della giustizia consensuale, prima di tutto la *persona* protagonista della relazione, dalla dimensione fisiologica a quella eventuale conflittuale, con il suo problema, i suoi bisogni, possibilmente anche artefice della giustizia grazie al dialogo, all'ascolto e alla consapevolezza generativa di soluzioni. È la persona che vive relazioni sociali e che non cessa di esserne parte, *rectius* partecipe seppure con l'assistenza dell'avvocato, allorquando si presenta la crisi di collaborazione, cioè il conflitto.

Valorizzare il ruolo e la portata delle *persone* confliggenti nella pratica della trasformazione del conflitto in soluzione e soddisfazione, potenziando l'idea dell'uso solidale del diritto, non può che contribuire a estraniare il diritto da quella dimensione esclusivamente patologica, rimediale, sanzionatoria che è quella propriamente eteronoma giudiziale, cioè della risposta dall'alto della giurisdizione; soprattutto contribuisce ad elevarlo al piano dei valori fondamentali della convivenza pacifica e responsabile. Vediamo in che senso.

L'art. 3 della Costituzione italiana considera fondamentale – e impegna a non ostacolare – il pieno sviluppo della persona umana.

Il coinvolgimento di coloro che vivono il conflitto con la responsabilità della sua soluzione, anziché rimanere passivi rispetto al provvedimento imposto dal terzo, genera la consapevolezza delle

(³) Si è parlato di *human clients* e qui, dopo le relazioni odierne, merita ancora sottolineare che, prima ancora di clienti, si tratta di esseri umani.

ragioni, l'impegno nel confronto, il riconoscimento reciproco, la capacità di scelta ed esercizio della volontà, di comprensione, di solidarietà, di emancipazione, il controllo della propria vita: il pieno sviluppo della persona umana, appunto.

Se è questo il cambiamento cui stiamo assistendo osservando il sistema integrato di giustizia, allora è certo che anche l'uomo della strada, nei cui panni si poneva Paolo Grossi, riuscirà ad apprezzare del diritto la sua «funzione fisiologica, (ovvero) nell'ordinaria scansione della vita quotidiana, che è costellata da un'infinità di atti giuridici» (4).

Già vent'anni fa, Paolo Grossi affermava: «Si impone un recupero per il diritto, un requie». Era il contesto della formazione del giurista e dell'esigenza di un odierno ripensamento metodologico.

Oggi, la conferma di questo pensiero illuminato si trova proprio nel sistema di giustizia aperto al dialogo, all'ascolto e al consenso: se il metodo è quello di ripensare il diritto nella sua dimensione relazionale, orizzontale, plurale, partecipata, qui troviamo una nuova estensione della sua portata. Nella pratica di mediazione le persone continuano ad essere presenti anche nel conflitto, nelle ragioni che lo hanno determinato, nella ricerca delle soluzioni possibili, divenendo fisiologica e indispensabile la loro partecipazione, il loro volere, la loro consapevolezza, sempre nella cornice del diritto che permette anche alla relazione conflittuale di essere trasformata. Un modello di civiltà pure nella differenza di vedute e pretese.

Il valore fiduciario del diritto raddoppia la sua portata (5).

(4) P. GROSSI, *La formazione del giurista e dell'esigenza di un odierno ripensamento metodologico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, n. 32, Milano, 2004, 37. In particolare, ricordiamo che Paolo Grossi si mise nei panni di colui ai cui occhi, la dimensione giuridica si manifestava sempre nella veste potestativa e sanzionatoria del giudice, dell'ufficiale di polizia, dell'esattore delle imposte, «perché egli si accorgeva del diritto soltanto nel momento della violazione, ossia nel suo aspetto più visibile e patologico, mentre gli era difficile percepirla nella sua funzione fisiologica, appunto».

(5) T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021.

La formazione dei giuristi in erba cresce, allora, sulle radici nate dal pensiero dei Costituenti che permette loro di meditare sul sistema integrato di giustizia seguendo un itinerario già magistralmente concepito. Dal castello dell'assolutismo giuridico – nel quale ancora sembra che siano imprigionati nelle Scuole di diritto – occorre accompagnare gli studenti ad assistere alle trasformazioni affinché non abbiano solo la visione della «validità», ma prima di tutto quella della «effettività» nella quale «si guarda cioè alla carica vitale di certi fatti e alla loro *incisività nel sociale*, una incisività determinata da una loro propria forza interiore» (...) verso «un'apertura sostanzialmente pluralistica»⁽⁶⁾ per la quale la regola di giustizia è il frutto anche di ciascuna pratica di mediazione nella quale si produce il consenso sano e longevo fra le persone⁽⁷⁾.

La formazione del giurista può oggi accrescere, dunque, il senso e la portata del principio fondamentale sopra ricordato, portando i giovani a considerare nei fatti la complessità del sociale comprensiva della giustizia relazionale e delle persone che ne sono artefici, creata cioè dagli stessi confliggenti in un momento di autentica socialità: ciò che Giuseppe Dossetti avrebbe inteso portare all'attenzione dell'Assemblea Costituente il 9 settembre del 1946 con un ordine del giorno peraltro non accolto: «riconoscere ad un tempo la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale, anzitutto in varie comunità intermedie disposte secondo una naturale gradualità: comunità familiari,

⁽⁶⁾ P. GROSSI, *La formazione del giurista*, cit., 38.

⁽⁷⁾ In proposito, si consideri l'efficacia del pensiero di S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in *Giustizia consensuale*, 2021, 1 ss., spec. 4: «[n]on può negarsi, infatti, esso sottenda una questione teorica centrale, dai contorni invero ancora bisognosi di adeguata ricostruzione sistematica: quella che concerne il rapporto tra giustizia ed autonomia delle parti. Il suo essere rimasta negli studi, per così dire, in penombra, d'altronde, non stupisce. Nella tradizione giuridica occidentale (e vice-più euro-continentale), che per arate ragioni storiche ha esaltato una concezione della giustizia quale risultato dell'esercizio della giurisdizione statale, si è attardata per lungo tempo sullo sfondo la possibilità di una 'giustizia pluralista'».

territoriali, professionali e, laddove queste non siano sufficienti, nello Stato»⁽⁸⁾). Già allora veniva proposta, dunque, una riflessione per completare il tessuto della Costituzione.

Oggi, a distanza di tempo, è essenziale ritornare a quel pensiero non solo per comprendere il passato, ma soprattutto per interpretare il presente e disegnare il futuro. È necessario acquisire consapevolezza del fatto che il giurista non è più soltanto *l'esperto della legge*, l'interprete delle norme e dei relativi commi, seppure nel combinato disposto.

La formazione giuridica si colloca oggi – *rectius* deve essere collocata – alle fondamenta culturali della convivenza sociale di qualità. La scelta ordinante un sistema di giustizia plurale, cioè che si avvale anche della mediazione civile e penale, rappresenta una scelta di società adulta e partecipata, una scelta di civiltà. Così come il diritto è ovunque, non solo nei testi normativi seppure autorevoli, anche la giustizia è ovunque e, soprattutto, nel dialogo impervio, ma anche responsabile e costruttivo, fra i confliggenti.

3. Avvocato e cliente: si aprono nuove strade ed è richiesta una nuova prudenza. – Elena Zucconi Galli Fonseca ha osservato come l'affiancamento e l'assistenza dell'avvocato anticipati alla fase pre-conflittuale agevolino il controllo e rendano proficue le relazioni di ogni tipo. Prima ancora che la relazione si irrigidisca e divenga vera e propria lite fra le parti, l'avvocato può sviluppare e supportare la capacità di prevenzione e gestione della crisi di cooperazione⁽⁹⁾. Ciò può apparire scontato, ma ad una più attenta riflessione non lo è affatto, soprattutto dal punto di vista del giurista. Egli si è sempre concepito come il professionista del rimedio, colui che interviene

⁽⁸⁾ *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei Deputati, 1970, VI, 323.

⁽⁹⁾ Sul tema, sia permesso ricordare P. LUCARELLI, L. RISTORI, *I contratti commerciali di durata. Crisi di cooperazione e gestione del cambiamento*, Milano, 2016.

nella patologia relazionale, che ha a che fare con le sanzioni, con il giudizio su chi ha torto e chi ha ragione. Invece, il diritto è anche, anzi soprattutto, catalizzatore del buon funzionamento delle relazioni, strumento che le alimenta e le rafforza. Le persone, prima di tutto, ne sono protagoniste e coautrici.

D'altro canto, la Giustizia è «un principio regolativo dell'esperienza di rapporto tra esseri personali, che vuole siano garantiti a ciascuno i mezzi per realizzare autenticamente sé stesso»⁽¹⁰⁾.

Dunque, il giurista, occupandosi delle relazioni tra le persone e della loro socialità, necessita delle competenze, delle conoscenze e del bagaglio di virtù che gli permettano di essere architetto della pace e, dunque, della convivenza sociale di qualità⁽¹¹⁾.

La dimensione esperienziale nella quale si colloca la regola di giustizia non può prescindere dalla concretezza della vicenda fra esseri umani e se è questo, come riteniamo che sia, allora le persone sono i primi artefici della Giustizia; i confliggenti non stanno fuori come meri destinatari di provvedimento, ma dentro la dinamica del confronto, ciascuno alla ricerca dell'autentica realizzazione di sé stesso.

Tale Giustizia è resa possibile dalla presenza degli avvocati in funzione di tutela e di cura degli interessi, nonché del mediatore che offre alle persone i mezzi per l'autenticità, cioè una comunicazione efficace e generativa di riconoscimento ed *empowerment*⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2012, 218 ss. Il corsivo è nostro.

⁽¹¹⁾ J. MORINEAU, *Lo spirito della mediazione*, Milano, 1998: «[...]a mediazione accoglie il disordine. È un momento, un luogo, in cui è possibile esprimere le nostre differenze e riconoscere quelle degli altri. È un incontro nel quale si scopre che i nostri conflitti non sono necessariamente distruttivi, ma possono essere anche generatori di un nuovo rapporto».

⁽¹²⁾ Soprattutto nella cosiddetta mediazione trasformativa. Cfr. J. FOLGER E R.B. BUSH, *La promessa della mediazione. L'approccio trasformativo alla gestione dei conflitti*, a cura di G. Scotto, Firenze, 2009; G. FRIEDMAN, J. HIMMELSTEIN, *La mediazione attraverso la comprensione. Sfidare il conflitto: principi e tecniche di un metodo rivoluzionario*, Milano, 2011.

Quanto più, invece, il diritto e la giustizia si chiudono in un sistema autoreferenziale e nell'apparato giurisdizionale, all'interno di una sorta di castello, una fortezza di norme prodotte e imposte, tanto più – in modo inversamente proporzionale – si riduce l'autonomia del giurista e, soprattutto, l'autonomia delle persone, precipitando verso un sapere tecnico e sterile, il primo, verso l'infantilizzazione sociale, le seconde (¹³).

Ed è proprio questo il punto cruciale della riflessione a proposito della formazione del giurista. Se non smantelliamo quel muro, se non consideriamo che il diritto è ovunque – anche nell'operato di tutti gli avvocati che affiancano i loro clienti, nelle decisioni dei *manager* che si avvalgono dei giuristi per costruire fiducia nei rapporti contrattuali, nel confronto tra i confliggenti, con l'assistenza dei loro avvocati, generativo della regola, autentico frutto di dialogo responsabile e 'adulto' – rischiamo di ridurre la figura dell'avvocato a quella di un mero esecutore, un tecnico della legge, libero solo di interpretarla al massimo livello di raffinatezza esegetica; soprattutto oggi siamo in grado di osservare – proprio grazie al prorompente valore del sistema integrato di giustizia – che rischiamo di limitare oltremodo lo spazio dell'autonomia delle persone, nel vero e proprio senso della loro *capacità* di produrre la norma del caso concreto con l'esercizio democratico del loro potere, tramite il confronto civile, assumendo la responsabilità del volere, del proporre, del condividere: il pieno sviluppo dell'essere umano.

Storicamente, l'idea che ha guidato ogni riforma del sistema giuridico è stata quella dell'eteronomia: il giurista guidato dalla legge, unico faro di certezza e conoscibilità del diritto. Questa concezione ha condotto a un modello di sistema giuridico che ha lasciato un margine angusto al giurista, chiamato semplicemente ad aderire in

(¹³) Sia permesso rinviare a P. LUCARELLI, *Territorio e giustizia consensuale*, in R. BARTOLI (a cura di), *Cittadinanza e coesione sociale tra personalismo e digitalizzazione*, Torino, 2024.

modo letterale, quasi fisico, al testo della legge⁽¹⁴⁾. Con tutte le conseguenze che i filosofi e i teorici del diritto hanno ben messo in evidenza. In particolare, a noi interessa in questa sede trovare conferma che debba essere superata la rappresentazione di un «accen-tramento istituzionalizzato del sistema giuridico, pensato e realizz-zato come un cerchio conchiuso, precisamente delimitato, che faceva perno sulla legge», nonché di un «ideale di diritto come qualcosa di ‘solido’ e ‘formato’, che può e deve essere forgiato in officine ap-positamente deputate a farlo e che, solo successivamente, può essere offerto alla fruizione dei suoi ‘clienti’ (giuristi e cittadini). Ne deriva come conseguenza un’idea di giurista intesa quale figura profes-sionale che si vede e si pretende *separata nei confronti del resto della società*, rispetto alla quale non deve far altro che mediare, nei suoi diversi ruoli e a fini strettamente applicativi – grazie al suo sapere tec-nico specialistico – l’operazione che vede il diritto calare dall’alto verso il basso»⁽¹⁵⁾.

Ma se è plausibile che lo studioso del diritto non dovrebbe limi-tarsi a un’attività che si esaurisce nell’analisi della norma stessa, per-ché il diritto è molto di più, qual è, allora, il sistema di valori, la vi-sione di convivenza che lo sottende, e come proporla ai giovani giu-risti in erba affinché non divengano meri esegeti di norme e ap-prendenti di manuali? Occorre un pensiero calato, prima di tutto, nella responsabilità del giurista come conoscitore del bene e della virtù del voler guardare lontano: «[s]olo se l’etica cessa di essere considerata come mero insieme di regole, quello della motivazione morale dell’agire cessa di essere un problema, dal momento che siamo *automaticamente* motivati a fare ciò che crediamo sia bene per noi. Ecco a cosa serve coltivare la prudenza». E poi, ancora: «mentre con la tecnica si ragiona intorno al fare, la ragion pratica,

⁽¹⁴⁾ T. GRECO, *L’orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto aperta*, Torino, 2023, 23, ove anche ampi e interessantissimi riferimenti bibliografici in no-ta.

⁽¹⁵⁾ T. GRECO, *L’orizzonte del giurista*, cit., 24. Il corsivo è nostro.

cioè la prudenza, serve a ragionare sul cosa fare e come farlo in vista del bene» (¹⁶).

4. *Per un pensiero epistemologico attuale.* – Se queste riflessioni sono ormai maturate da decenni e sono ancora vive nella mente degli studiosi, perché la formazione giuridica continua a basarsi esclusivamente sulle norme dei codici? Perché, ancora oggi, interi corsi e intere lezioni si concentrano sulle disposizioni normative, senza integrarle con una visione più ampia, dinamica, responsabile e plurale del diritto? Perché si studia ancora oggi solo il processo come sede della pratica di giustizia e tutela dei diritti, troppo spesso senza considerare che la mediazione è giustizia ed è dentro il sistema della Giustizia? (¹⁷).

L'impostazione classica dello studio del diritto non stimola una lettura critica, né un'analisi dei problemi, anche gravi, della società odierna e neppure la consapevolezza del ruolo del giurista. L'immagine rimane quella del cerchio: al centro si trovano la legge, il giudice e l'avvocato. Una rappresentazione, quella del cerchio, chiuso per natura, che esclude, prima di tutto, proprio la persona, con la sua vita e con il suo conflitto prima ancora della controversia. Vicino all'avvocato, il cliente, ma fuori dal cerchio.

Solo esternamente alla vicenda processuale – direi anche fin troppo cinicamente – si è posto, fino a un tempo recente, l'incontro, il confronto, il problema, i bisogni, le emozioni, il riconoscimento, l'*empowerment*, il protagonismo, la centralità dei confliggenti, dunque la mediazione, la negoziazione, la giustizia frutto del consenso.

Dovrebbe risultare chiaro, ormai, quanto tale raffigurazione nulla abbia a che vedere con un sistema integrato di giustizia, cioè con

(¹⁶) S. ZAMAGNI, *Prudenza*, Bologna, 2015, 91. Il corsivo è nostro.

(¹⁷) In tal senso, la limpida ed esaustiva sentenza del Tar Lazio n. 5489 del 2025, e il commento di S. DALLA BONTÀ, *La giustizia consensuale ‘presa sul serio’*. *La disciplina dei costi della mediazione al vaglio del giudice amministrativo*, di prossima pubblicazione in *Giustizia consensuale*.

una giustizia che contempli la pluralità di percorsi e, soprattutto, le persone dei confliggenti e il bene della società.

Occorre, dunque, una nuova consapevolezza, peraltro fino ad oggi offuscata da un ostacolo sostanziale: la conoscenza stessa.

Mauro Ceruti ha osservato che viviamo in un'epoca caratterizzata dall'iperspecializzazione e dalla sovrabbondanza di conoscenze settoriali. Tuttavia, paradossalmente, questa iperspecializzazione ci sta facendo perdere la capacità di cogliere i fondamentali, di comprendere la complessità e le ragioni profonde dei problemi della convivenza⁽¹⁸⁾.

E questo è il vizio anche della nostra formazione giuridica. L'università insegna a separare rigidamente le discipline: procedura civile, diritto penale, diritto amministrativo e così via. Se non fosse per l'apporto degli storici, dei filosofi e sociologi, sarebbe quasi impossibile connettere tra loro queste conoscenze, se non per pura comparazione. E non parliamo poi della separazione tra diritto, scienze naturali, biologia e le altre scienze della vita. Oggi, con l'urgenza di affrontare temi come la sostenibilità e l'ambiente, stiamo finalmente apprezzando la necessità di superare questa dissociazione, che rappresentava una necessità fino a un tempo recente. Tuttavia, separare in tal modo la conoscenza significa allontanarla anche dalle persone, realizzando la *nemesi del progresso*: la frammentazione estrema della conoscenza e la sua profondissima specializzazione verticale rischiano di renderci incapaci di affrontare i problemi capitali e di sviluppare una lettura critica – e prudente – della realtà⁽¹⁹⁾. L'iperspecializzazione, priva della capacità interpretativa dei problemi nel contesto ampio e sul piano alto della prudenza, impone di ripensare il modo in cui si insegna e si apprende, garantendo sempre la maturazione di una coscienza critica, soprattutto nei giovani giuristi.

⁽¹⁸⁾ M. CERUTI, *Il tempo della complessità*, Milano, 2018.

⁽¹⁹⁾ E. MORIN, *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero*, Milano, 2000.

5. Qual è oggi il vero problema del sistema integrato di giustizia? – È difficile abbandonare la logica del potere e del suo ruolo determinante ed esclusivo nella decisione sulla sorte della lite.

Questa consapevolezza si acquisisce solo attraverso percorsi di conoscenza che mettono in discussione l'esclusività e il primato del processo nei metodi di gestione della conflittualità. Se si supera l'idea che il processo sia l'unico strumento possibile e meritevole di riconoscimento e attenzione sociale, si può iniziare a concepire altre strade.

Se in passato si è creduto che l'unico modo di gestire un conflitto fosse dinnanzi al giudice (al più arbitro privato, a conferma dell'esclusività del giudizio) e con l'ausilio del difensore nel processo giudiziale, si comprende perché l'avvocato tenda a rimanere distante dalla pratica della mediazione, adducendo di 'voler vincere'.

La vittoria, nella logica del potere inteso come superiorità, è la sfida dell'uno contro l'altro, è l'obiettivo della ragione accordata dal giudice rispetto al torto dell'altro, associando il ruolo al potere della decisione, appunto. La visione che ha impedito alla mediazione dei conflitti di essere inclusa nella Giustizia è proprio quella della conservazione di tale potere e dei ruoli nella lotta per vincere, io o tu. Non c'è spazio per entrambi, ma solo per uno dei due: decide il giudice chi dei due, l'avvocato mira a vincere. Potere e ruolo sono strettamente e inevitabilmente connessi nella sfiducia che le persone, i confliggenti, siano in grado di risolvere la lite pacificamente e responsabilmente, comunicando fra loro.

Tale è la sfiducia, che perfino qualora si 'intraveda' una possibilità di soluzione che non polarizzi le posizioni delle parti in causa, è comunque nel ruolo del giudice – è nel suo potere – stabilire cosa sia 'meglio' per loro.

Così, perveniamo, però, alla messa in pericolo della convivenza sociale improntata a un buon livello di civiltà. Se una persona, per il tramite del suo avvocato si rivolge al giudice per ottenere una sentenza che disponga chi ha torto e chi ha ragione, diritto fondamentale in uno Stato di diritto, ma ottiene la risposta «*questo è meglio*

per te», significa che il giudice sta trattando quella persona come un adolescente, se non addirittura come un bambino. Considerato quanto sia rilevante, direi determinante, l'impatto della Giustizia per la qualità della convivenza, non si può trascurare come la prassi della *proposta conciliativa* giudiziale conduca alla regressione sociale verso un sistema paternalistico e infantilizzante: una società di cittadini immaturi e dipendenti dalle decisioni altrui anche sulla convenienza di precise soluzioni transattive pensate dal giudice.

La disposizione dell'art. 185 bis c.p.c. è stata introdotta nell'ordinamento processuale nel 2013, con il c.d. *Decreto del Fare*, allorquando si bilanciò la reintroduzione dell'obbligatorietà del tentativo di mediazione, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2012, con il nuovo potere giudiziale: la proposta conciliativa formulata direttamente dal giudice. È davvero questo il tentativo di liberare le persone dagli ostacoli che si pongono al pieno sviluppo della loro umanità?

Se ha indubbio valore l'opera del giudice di indurre le parti ad esercitare la loro autonomia, assistite dagli avvocati, ciò non significa affatto dover superficialmente cadere nella tentazione di scegliere per loro. La *giuris-prudenza* diviene, altrimenti, *giuris-imprudenza*.

Si rifletta, dunque, a proposito della pratica diffusa oggi della proposta conciliativa giudiziale, cioè proveniente dallo stesso giudice che deciderà la causa nell'ipotesi di rifiuto della proposta. È chiamata *giustizia civile*, ma in realtà è priva di uno dei valori fondamentali della società evoluta: la partecipazione attiva dei cittadini, i quali, insieme ai loro avvocati, dovrebbero essere protagonisti maturi della gestione dei propri conflitti. Si assiste al fenomeno paradigmatico dell'*etero-consenso*. In altre parole, questo fenomeno realizza un'*etero-autonomia*. Possiamo davvero accettarlo con convinzione? Possiamo accontentarci di una giustizia che impone una pseudo-autonomia?

Se vogliamo una formazione giuridica di qualità, occorre lavorare sul massimo spazio assegnato alla pacificazione civile e nello stesso tempo promuovere l'autonomia, perché i primi protagonisti del-

la risoluzione dei conflitti siano gli stessi confliggenti, con i loro consulenti. Naturalmente, ogni problema ha una sua dimensione giuridica ed è per questo che le persone, nell'assumere la responsabilità di essere protagonisti delle decisioni, devono essere affiancate da avvocati competenti⁽²⁰⁾. Conciliazione non significa che la soluzione frutto di accordo possa essere imposta dall'alto o eterodeterminata: la conciliazione può solo essere il risultato del volere autentico e dell'impegno responsabile delle persone, altrimenti non è conciliazione, ma giudizio equitativo.

Questo è il nodo centrale del problema: non si tratta soltanto di una questione giuridica, ma di un problema epistemologico ed etico di enorme portata, se l'obiettivo deve essere quello di consentire alle persone di essere artefici della propria vita, con piena consapevolezza e senso di responsabilità.

Se i giudici continuassero a decidere *cosa sarebbe meglio, più conveniente*, e non *la soluzione secondo il diritto di chi ha torto e chi ha ragione*, ci ritroveremmo di fronte a un problema ancora più grande: la rassegnazione dinnanzi ad una società infantile di persone incapaci di impegnarsi per il bene comune, altro che una convivenza di qualità⁽²¹⁾.

«Tutte le nostre proclamazioni di diritti appartengono al mondo dell'ideale, al mondo di ciò che dovrebbe essere, di ciò che è bene che sia. Ma guardiamoci intorno: le nostre sempre più perfezionate comunicazioni di massa, dagli occhi di Argo, ci fanno fare ogni

⁽²⁰⁾ Cfr. E. RIGOTTI, S. GRECO MORASSO, *Argumentation as object of interest and as a social and cultural resource*, in *Argumentation and education: theoretical foundations and practices*, 2009: «le parti appaiono consapevoli della loro maturità argomentativa, vicini a quel rispetto della ragione e della libertà dell'altro che risulta essere uno dei tratti costitutivi della ragionevolezza cui si ispira la discussione argomentativa».

⁽²¹⁾ Cfr. C. MENKEL-MEADOW, *Roots and inspirations. A brief history of the foundations of dispute resolution*, in *The handbook of dispute resolution*, San Francisco, 2005: «la soluzione migliore del conflitto non emerge da un giudice esterno ma dalla capacità dei confliggenti di discutere, tenendo conto dei loro interessi profondi e della prospettiva dell'altro».

giorno più volte il giro del mondo, e vediamo le nostre strade macchiate di sangue, mucchi di cadaveri abbandonati, intere popolazioni cacciate dalle loro case, lacere e affamate, bambini macilenti con le occhiaie fuori dalla testa che non hanno mai sorriso e non riescono a sorridere prima della loro morte precoce. È bello, forse anche incoraggiante, chiamare *diritti dell'uomo* una grande invenzione della nostra civiltà. Ma, rispetto alle invenzioni tecniche, questa è un'invenzione che rimane più annunciata che seguita. Il nuovo *ethos* mondiale dei diritti dell'uomo risplende soltanto nelle solenni dichiarazioni internazionali e nei congressi mondiali che li celebrano e dottamente li commentano. Ma a queste solenni celebrazioni corrisponde, in realtà, la loro sistematica violazione, in quasi tutti i paesi del mondo, nei rapporti tra potenti e deboli, tra ricchi e poveri, tra chi sa e chi non sa»⁽²²⁾.

Ecco, è di questo che dobbiamo discutere con gli studenti, anche quando insegniamo il diritto positivo e processuale. Perché insieme alle grandi dichiarazioni sui diritti, occorre che si radichi l'etica dei doveri e della responsabilità, che si realizza con un processo di cambiamento profondo, perfino antropologico, al quale tutti partecipano di necessità.

Dobbiamo insegnare agli studenti che esiste un modo per evitare di diventare pessimisti cronici. Perché accettare passivamente l'evoluzione delle cose significa rassegnarsi. Il giurista in erba deve sapere che la priorità è una società in grado di promuovere la capacità delle persone di vivere pacificamente grazie all'esercizio dell'autonomia consapevole e responsabile, la priorità è che lo Stato rimuova ogni ostacolo che possa impedire il pieno sviluppo della persona.

Il modo è quello di insegnare a leggere criticamente ciò che accade, insegnare che i cittadini possono diventare gli autori della propria vita, che l'avvocato può prendersi cura dell'autonomia dei

⁽²²⁾ N. BOBBIO, *Autobiografia*, a cura di A. Papuzzi, Roma-Bari, 1997, 261; «parole che hanno il significato di una resa, di una sconfitta» secondo G. ZAGREBELSKY, *Il dubbio e il dialogo. Il labirinto di Norberto Bobbio*, Torino, 2024, 68.

propri clienti, che il giudice deve offrire un servizio laddove sia indispensabile e utilizzare la mediazione demandata come strumento ordinario, perché è questa la sede della vera conciliazione, che la norma non preordinata al bene comune deve essere eliminata, che la giustizia, ancor più quella consensuale, è come l'acqua, di cui tutti hanno bisogno per vivere.

Così, si può garantire alla formazione del giurista il valore che merita nella società odierna: le occasioni sono moltissime, perché il livello della riflessione critica è molto alto e le condizioni per il ripensamento della realtà sono molteplici. È d'uopo, a questo proposito, lavorare con gli studenti sulle considerazioni preziose cui è già pervenuta anche la scienza giuridica processualistica: «[l']udienza del processo deve essere pubblica», perché vi domanderete, «[p]erché tutti devono sapere, perché i cittadini devono formarsi una *coscienza di ciò che accade* e di come possano essere partecipi dello sviluppo della maturità sociale». L'autore aggiunge: «[a]l tempo stesso, i cittadini acquisterebbero una maggiore consapevolezza dei loro diritti, ma anche della loro *capacità di contribuire alla formazione della giustizia*»⁽²³⁾.

Abstract

Il contributo propone una riflessione sulla necessità di ripensare la formazione del giurista nell'attuale sistema integrato di giustizia. Si supera il paradigma giuridico tradizionale, centrato sul processo e sull'eteronomia del giudizio, per valorizzare la dimensione relazionale e partecipativa del diritto. L'avvocato, il cliente e il mediatore sono visti come protagonisti consapevoli di un percorso di giustizia fondato sul dialogo e sulla responsabilità. La formazione giuridica deve promuovere un sapere critico e interdisciplinare, capace di coniugare diritto, etica e socialità. Infine, evidenziando come il giurista contemporaneo debba essere costruttore di pace e di convi-

⁽²³⁾ Le citazioni sono del bellissimo saggio di M. GRADI, *Burocrazia giudiziaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 779 e 780.

venza civile, non semplice tecnico della legge, il saggio invita a recuperare la dimensione umana del diritto, in cui la giustizia è processo di emancipazione, crescita personale e collettiva.

The paper offers a reflection on the need to rethink the legal education within today's integrated system of justice. It moves beyond the traditional legal paradigm, centered on litigation and the heteronomous nature of judgment, to enhance the relational and participatory dimensions of law. Lawyers, clients, and mediators are seen as conscious protagonists in a justice process grounded in dialogue and responsibility. Legal education must promote a critical and interdisciplinary knowledge capable of combining law, ethics, and social awareness. Finally, by highlighting that the contemporary jurist should be a builder of peace and civil coexistence rather than a mere technician of the law, the essay calls for recovering the human dimension of law, where justice becomes a process of emancipation and of personal and collective growth.

EMOZIONI E DIRITTO.

TRA RAZIONALITÀ GIURIDICA E INTELLIGENZA EMOTIVA

Luigi Cominelli ()*

SOMMARIO: 1. Introduzione: diritto emotivo. – 2. Intelligenze professionali. – 3. L’importanza del senso di giustizia. – 4. La giustizia procedurale. – 5. Il complesso ruolo emotivo dell’avvocato.

1. Introduzione: diritto emotivo. – Il ruolo delle emozioni nel diritto è oggi ampiamente tematizzato ma sconta ancora numerose incertezze che vanno affrontate. La visione formalistico-positiva richiede un diritto astratto e razionale, non influenzabile dalle pulsioni emotive e dagli istinti, perché solo in questo modo esso può svolgere con imparzialità il suo ruolo di plasmare la realtà sulla base degli ideali sociali e costituzionali.

Per questa ragione, il giudice, ma anche l’avvocato, non possono empatizzare con le parti oltre certi limiti, e non possono essere travolti essi/e stessi/e dalle emozioni. Eppure, diverse emozioni entrano tra i parametri che devono formare il giudizio del giudice. Il diritto deve essere in grado di valutare l’emotività dall’esterno, senza farsene influenzare, e sul presupposto che gli stati emotivi e passionali non possano escludere la responsabilità o la negligenza (si veda ad esempio l’art. 90 c.p.).

Anche ammettendo le difficoltà nel delimitare un concetto uni-

(*) Professore Associato di Filosofia del Diritto nell’Università degli Studi di Milano.

voco di emozione (¹), è comunque necessario fissare dei punti di riferimento. I primi modelli che definiscono la categoria chiusa delle emozioni di base universali arrivavano a enumerarne quattro. Altri modelli si sono sviluppati fino ad arrivare a dieci e oltre. Uno dei *crime drama* più interessanti degli ultimi anni (*Lie to me*) prende liberamente ispirazione proprio dal lavoro di ricerca di Paul Ekman sul riconoscimento delle emozioni. Qui adottiamo una prospettiva di mezzo che prende in considerazione sei emozioni basiche: felicità, tristezza, rabbia, paura, disgusto e sorpresa.

A queste si sovrappongono le emozioni di tipo secondario e terziario, che nascono dalla combinazione di emozioni di livello più basico. Le emozioni terziarie sono legate alla situazione sociale: senso di colpa, imbarazzo, vergogna, orgoglio, gelosia, invidia, ammirazione, gratitudine, risentimento, indignazione e disprezzo sociale, ma anche fiducia, anticipazione e interesse. Molte tra queste, insieme alle emozioni basiche, entrano tra gli elementi la cui presenza ha una potenziale rilevanza giuridica.

Peraltro, esistono una serie di fenomeni emotivi che non coincidono in senso stretto con l'emozione così come sopra delimitata, e che spesso sono impropriamente confusi con essa:

- 1) L'*affezione*: la valenza positiva o negativa che viene assegnata all'emozione.
- 2) L'*umore/mood*: il *background* emotivo non transitorio, di natura diffusa e non legato a una situazione specifica.
- 3) Il *temperamento*: la predisposizione comportamentale legata primariamente a tratti biologici, che si sviluppa in età evolutiva e può essere anche definita come *stile emotivo*.
- 4) Il *sentimento/feeling*: la disposizione affettiva stabile conscia verso oggetti, persone o eventi. È un processo cognitivo consci che si origina da esperienze pregresse o dall'apprendimento sociale. Il sentimento tende a confondersi con l'emozione e i due elementi so-

(¹) P. EKMAN, *Basic Emotions*, in T. DALGLEISH, M. J. POWER (eds.), *Handbook of Cognition and Emotion*, Chichester, UK, 1999, 45-60.

no spesso collegati, anche se il primo ha natura tendenzialmente più stabile.

5) *L'eccitazione/arousal*: la sensibilità a uno stimolo e l'intensità della reazione fisiologica allo stesso.

Ogni emozione rappresenta una classe di stati in relazione tra loro, e talvolta anche uno stato cognitivo, come l'amore romantico, l'affetto filiale, o la tristezza. Nella loro componente biologica, le emozioni si manifestano quando ci troviamo ad affrontare compiti esistenziali con modalità che nel nostro passato evolutivo erano adattive⁽²⁾. Le funzioni delle emozioni possono essere in questo senso almeno di tre tipi: l'acquisizione di informazioni rispetto ad opportunità materiali, la sollecitazione della nostra attenzione rispetto a situazioni di pericolo, e l'ispirazione delle scelte strategiche⁽³⁾. L'emozione si prospetta quindi come una razionalità istintiva, per usare un ossimoro, e da istinto incontrollabile e per definizione a-razionale o irrazionale, inizia ad assumere un ruolo centrale anche nell'analisi sociale dell'azione⁽⁴⁾.

Randall Collins individua il concetto di *emotional energy* come criterio chiave della razionalità, e come strumento per rendere comparabili i valori dell'economia con i valori sociali della salute personale, della sicurezza, della vita o dell'onore⁽⁵⁾: attraverso la 'valuta' dell'energia emotiva, si crea un mercato dei rituali di interazione, attraverso cui vengono valutati anche fattori materiali di produzione e di scambio. Sarebbero in sostanza queste esperienze emotive il valore che come soggetti sociali tutti cerchiamo di massimizzare.

⁽²⁾ *Ibidem*, 56.

⁽³⁾ K. MAZZOCCO, *Emozioni e decisione*, in N. BONINI *et al.* (a cura di), *Psicologia del giudizio e della decisione*, Bologna, 2008, 161 ss.

⁽⁴⁾ P. IAGULLI, *La sociologia delle emozioni*, Milano, 2011; S. WILLIAMS, *Emotion and Social Theory*, in *Emotion and Social Theory*, London-New Dehli, 2001.

⁽⁵⁾ R. COLLINS, *Emotional Energy as the Common Denominator of Rational Action*, in *S(2) Rationality and Society*, 1993, 204.

2. *Intelligenze professionali.* – Un altro concetto centrale esplorato ancora se solo superficialmente nel quadro delle interazioni giuridiche è quello dell'intelligenza emotiva (IE). Il concetto tradizionale di intelligenza, inteso come *set* di capacità analitiche e logico-deduttive misurabili attraverso test standardizzati, si è oggi notevolmente evoluto. All'avvocato servono numerose e variegate competenze cognitivo-intellettuali che non possono essere definite e testate sotto la semplice etichetta di 'intelligenza'.

Burton parla in proposito di quelle «*lawyering intelligences*» necessarie per arrivare a una decisione equilibrata (*good judgment*)⁽⁶⁾: 1) l'intelligenza *linguistica*, formata non solo di competenze grammaticali e sintattiche avanzate, ma anche della capacità di chiarezza, organizzazione logica, precisione e concisione; 2) l'intelligenza *catalogatrice* (*categorizing*), che implica la capacità di classificare e generalizzare; 3) l'intelligenza *logico-matematica*, che richiede di pensare astrattamente e analizzare problemi con attitudine scientifica; 4) l'intelligenza narrativa, cioè l'abilità di interpretare e costruire storie nelle quali eventi e circostanze acquistino un senso; 5) l'intelligenza *strategica* di pensare e pianificare modalità di azione di medio-lungo periodo, che tengano da conto diverse opzioni alternative; 6) l'intelligenza *intrapersonale* e *interpersonale* di capire motivazioni, pensieri, atteggiamenti e valori propri e altrui.

Queste ultime due tipologie di intelligenza personale sono in ultima analisi riportabili direttamente all'*intelligenza emotiva*, e confermano insieme alle altre che anche in campo dottrinale non contano più solo le capacità analitiche, mnemoniche, logico-deduttive e retoriche. È proprio la Corte di Cassazione italiana a statuire come la nuova disciplina della mediazione prefiguri un ruolo nuovo per il legale, e che sono necessarie nuove competenze di tipo relazionale e umano⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ A.O. BURTON, *Cultivating Ethical, Socially Responsible Lawyer Judgment: Introducing the Multiple Lawyering Intelligences Paradigm Into the Clinical Setting*, in 11(1) *Clinical Law Review*, 2004, 26 ss.

⁽⁷⁾ Cass., sez. III, 27 marzo 2019, n. 8473.

L'intelligenza emotiva è la capacità di monitorare le proprie e le altrui emozioni e sentimenti, di distinguere tra questi, e di orientare i propri pensieri e comportamenti in maniera appropriata a seconda delle situazioni⁽⁸⁾. Occorre evidenziare che le capacità sociali di comunicazione, di pianificazione, di *leadership*, e di persuasione sono cosa diversa dall'intelligenza emotiva, anche se tendono a rinforzarsi l'una con l'altra.

L'intelligenza emotiva si traduce in *skills* operativi: la percezione, valutazione ed espressione dei messaggi emotivi attraverso la decodificazione del verbale e del non-verbale; l'assimilazione delle emozioni nei processi cognitivi; la comprensione e l'analisi delle emozioni in sé e negli altri, e delle reciproche interrelazioni, cause e conseguenze, inclusi i sentimenti complicati e gli stati emotivi contraddittori, e le traslazioni da uno stato all'altro; la regolazione delle proprie e delle altrui emozioni, gestendo in maniera appropriata sia quelle negative che quelle positive, moderando le prime e valorizzando le seconde. Si tratta in alcuni casi di filtrare e modificare le fonti dell'eccitazione emotiva, di reindirizzare l'attenzione e di effettuare delle rivalutazioni, e in altri casi di adottare strategie di soppressione di talune emozioni per ottenere un maggiore controllo su determinati pensieri e comportamenti.

La modulazione dell'attenzione e la rivalutazione cognitiva (*cognitive reappraisal*) hanno effetti benefici sia sul contesto professionale che su quello individuale. Altrettanto essenziale è imparare a superare le strategie maladattive come l'evitamento, la preoccupazione, l'eccessiva auto-critica, che sfociano in dinamiche di ripetizione delle emozioni negative e nell'incapacità di adattamento. Diventa rilevante la capacità di focalizzare l'attenzione e le energie sul presente. La corteccia prefrontale media, da un punto di vista neuropsicologico, è il luogo biologico più rilevante nella modifica delle risposte condizionate non più necessarie.

⁽⁸⁾ D. GOLEMAN, *Intelligenza emotiva*, Milano, 1999.

Lo sviluppo della propria intelligenza emotiva richiede un processo di alfabetizzazione anche rispetto agli aspetti fisiologici come la respirazione, o a quelli cognitivi come il *false-positive thinking*, ossia il fare sempre buon viso a cattivo gioco e non lasciare emergere mai le emozioni negative.

Il livello di intelligenza emotiva (IE) è fortemente correlato con i risultati e la soddisfazione in diverse aree della vita personale, scolastica e professionale. Un livello di IE più basso è spesso associato a problemi di comportamento come l'iperattività dei bambini, o le difficoltà relazionali e lavorative negli adulti. L'intelligenza emotiva è dunque importante anche nel campo professionale, come e anche più delle conoscenze procedurali o della materia sostanziale, e questo è tanto più valido professioni legali (⁹).

La centralità delle emozioni va riconosciuta come un punto qualificante nel sistema giudiziario e del *lawyering* (¹⁰). Anche il giudice si affida alla sua pancia (*gut feeling*), o per dirla in termini più eleganti, alla sua «emotività epistemica», in modo da concentrare l'attenzione sui fatti rilevanti e dar loro una configurazione giuridica adeguata attraverso la riflessività, la calibrazione, e la problematizzazione degli stati d'animo, attraverso il processo di *legal encoding* (¹¹).

Tra i precursori della psicologia giuridica, Petrażycki (¹²) guarda all'attitudine soggettiva verso le norme come a un'endiadi tra percezione di azioni ed emozioni normative, che spingono l'individuo a compiere (*appulsions*) o ad astenersi dal compiere (*repulsions*) tali atti, senza bisogno di ulteriori motivazioni. Questa visione, che non

(⁹) S.S. DAICOFF, *Expanding the Lawyer's Toolkit of Skills and Competencies: Synthesizing Leadership, Professionalism, Emotional Intelligence, Conflict Resolution, and Comprehensive Law*, in *52 Santa Clara Law Review*, 2012, 795-874.

(¹⁰) S. FRIEDLAND, *Cold Cognition, Hot Emotion, and the Training of Lawyers*, 2019, 103.

(¹¹) A. MINISALE, *Scrutinising gut feelings: emotional reflexive practices in Italian courts*, in *6(1) Emotions and Society*, 2024, 10.

(¹²) L. PETRAŻYCKI, *Law and Morality*, New Brunswick-London, 2011.

collima necessariamente con le emozioni individuate dalla psicologia moderna, è stata accostata alle concettualizzazioni della *morale de la contrainte* di Piaget e dall'idea del *superego* introiettato di Freud (¹³). Proprio come queste ultime, le emozioni giuridiche si manifestano come se provenissero da una voce esterna. Non così dissimile è la ricostruzione operata da Frank rispetto alla certezza e alla durezza del diritto, come strumento di pressione analogo a quello della figura paterna (¹⁴). Solo le emozioni giuridiche, e non anche quelle morali, richiederebbero però l'esistenza di un titolare del diritto, e l'aggressione reattiva che deriverebbe dal contravvenire. Fittipaldi ricostruisce l'emozione giuridica come un rilascio di aggressività socializzata che ci spinge a ricostruire determinati comportamenti come aggressivi (¹⁵).

Può essere interessante a questo punto analizzare alcune specifiche emozioni che hanno diretta rilevanza giuridica. Rabbia e paura, ad esempio, entrano normalmente nel processo di valutazione degli atti criminali (¹⁶). In merito al disgusto, si è acutamente osservato che la sua valorizzazione in sede di giudizio è sfruttabile tanto in una prospettiva di conservazione dei valori sociali tradizionali, quanto nella critica progressista agli stessi (¹⁷). Posner sottolinea che il disgusto permette al giudice di considerare i bisogni delle parti offese che non possono prendere parte al processo, contrastando in questo modo il *bias* della disponibilità: negare queste istanze

(¹³) E. FITTIPALDI, *Petrazycki's Puzzle of Jural Emotions. Bridging the Psychological Theory of Law with Modern Social and Psychological Science*, in E. FITTIPALDI, A. J. TREVIÑO (eds.), *Leon Petrazycki: Law, Emotions, Society*, New York- London, 2023.

(¹⁴) J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, London, 1949.

(¹⁵) E. FITTIPALDI, *Petrazycki's Puzzle of Jural Emotions. Bridging the Psychological Theory of Law with Modern Social and Psychological Science*, cit, 149.

(¹⁶) M.C. NUSSBAUM, «*Secret Sewers of Vice». Disgust, Bodies and the Law*», in S. BANDES (ed.), *The Passions of Law*, New York-London, 1999, 48.

(¹⁷) D.M. KAHAN, *The Progressive Appropriation of Disgust*, in S. BANDES (ed.), *The Passions of Law*, New York-London, 1999, 63.

finirebbe per sfociare in reazioni contrarie di populismo punitivo⁽¹⁸⁾.

La rabbia che sfocia nel sentimento di vendetta è un impulso complicato, che origina da risentimento e odio, e trova la sua giustificazione morale nella prospettiva retribuzionista⁽¹⁹⁾. L'unica forma di vendetta oggi legittimata è quella compiuta attraverso l'autorità giudiziaria, e richiede la capacità di distinguere tra vendetta, retribuzione, e rappresaglia⁽²⁰⁾. Il desiderio di vendetta per una violenza subita è stato tuttavia utilizzato quale circostanza attenuante nei crimini violenti, quando ingeneri stati emotivi particolarmente forti⁽²¹⁾.

Lo stato emotivo del senso di vergogna può essere preso in considerazione quale circostanza per valutare il grado di colpevolezza nell'azione di un soggetto, ma è utilizzato anche indirettamente come leva per rafforzare l'afflittività delle sanzioni sia civili che penali, come accessorio della sanzione principale. In taluni casi, la sanzione stessa può esaurirsi nella pubblicizzazione del fatto illecito. Per la violazione di norme ambientali si è parlato di *eco-shaming*⁽²²⁾, ma si pensi anche alle decisioni che accertano una violazione del Giurì dell'autodisciplina pubblicitaria⁽²³⁾, o

⁽¹⁸⁾ R.A. POSNER, *Emotion versus Emotionalism in Law*, in S. BANDES (ed.), *The Passions of Law*, New York-London, 1999.

⁽¹⁹⁾ R. GIRARD, *The Scapegoat*, Baltimore, 1986; S. JACOBY, *Wild Justice: the Evolution of Revenge*, New York, 1983; I. TERRADAS SABORIT, *Justicia Vindictoria. De la ofensa e indefensión a la imprecación y el oráculo, la vindicta y el talión, la ordalía y el juramento, la composición y la reconciliación*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2008.

⁽²⁰⁾ R. C. SOLOMON, *Justice v. Vengeance. On Law and the Satisfaction of Emotion*, in S. BANDES (ed.), *The Passions of Law*, New York-London, 1999, 131ss.

⁽²¹⁾ S. JACOBY, *Wild Justice: the Evolution of Revenge*, cit., 183ss.

⁽²²⁾ S. YADIN, *Government Regulation by Eco-Shaming Corporations: Balancing Effectiveness and Fairness*, in M. PINTO, G. SEIDMAN (eds.), *The Legal Aspects of Shaming: An Ancient Sanction in the Modern World*, Cheltenham, 2023, 225-48.

⁽²³⁾ M.C. REALE, *L'autodisciplina pubblicitaria in Italia. Teoria e prassi di un sistema normativo semiautonomo*, Milano, 2022.

dell'Arbitro bancario e finanziario⁽²⁴⁾. Anche qui, l'obiettivo dello svergognamento può essere puramente afflittivo/vendicatorio, e al contempo avere una funzione preventiva, in considerazione dei danni che provoca alla reputazione sociale⁽²⁵⁾.

È stato rilevato che in alcune culture il termine *shame* è connotato meno negativamente, e che può indicare anche sentimenti di umiltà o di modestia, tanto che vi è una tendenza a rimpiazzarlo con l'ingenerazione del senso di colpa, la quale rimane confinata al sentire individuale⁽²⁶⁾. Lo *shaming* comporta un livello di pressione sociale a conformarsi e un ostracismo che le società occidentali vogliono oggi evitare⁽²⁷⁾, associandolo primariamente alla gogna pubblica e ad altre forme di punizione ora aborate⁽²⁸⁾.

La ragione di questo ritiro dallo *shaming* potrebbe non essere una scelta dettata dalla sua limitata efficacia preventiva (che in alcuni casi sarebbe anche elevata), o il divieto di trattamenti crudeli o contrari al senso di umanità (che in taluni casi potrebbe anche essere ridotto, quando non implicasse una violenza fisica), ma il fatto che legittima una giustizia dei forconi (*lynch justice*) allineata populisticamente agli istinti della folla⁽²⁹⁾.

Pure se in taluni casi si è sostenuto che potrebbe essere il reo stesso, messo dinanzi all'alternativa della pena detentiva, a preferire lo *shaming*, si tratta di una soluzione inaccettabile perché contraria alla «*transactional dignity*»: assoggetta infatti il cittadino a una

⁽²⁴⁾ G. CARRIERO, *Arbitro bancario finanziario: morfologia e funzioni*, in *Foro it.*, 2012, 214-7.

⁽²⁵⁾ M. PINTO, G. SEIDMAN, *Introduction: Shaming – Definition, Historical Origins and Contemporary Proliferation of an Elusive Concept*, in M. PINTO, G. SEIDMAN (eds.), *The Legal Aspects of Shaming: An Ancient Sanction in the Modern World*, Cheltenham, 2023, 15.

⁽²⁶⁾ *Ibidem*, 18-19.

⁽²⁷⁾ *Ibidem*, 23.

⁽²⁸⁾ J.Q. WHITMAN, *What Is Wrong with Inflicting Shame Sanctions?*, in *107(4) Yale Law Journal*, 1998, 1055.

⁽²⁹⁾ *Ibidem*, 1055.

reazione del pubblico in certa misura imprevedibile, esponendolo a un senso di insicurezza⁽³⁰⁾.

Oggi le esigenze della *privacy*, e la necessità di assicurare, dopo la rieducazione, una completa riabilitazione, impongono limiti alla natura pubblica del processo e della sanzione penale, sotto forma di diritto alla riservatezza e all'oblio, per soggetti fragili come i minori ma non solo. Ciò ha lo scopo di evitare uno stigma permanente per quanto commesso in passato, specie in un'era di informazione pervasiva. Anche il principio di presunzione di innocenza si scontra con il principio della pubblicità del processo, che comporta implicitamente una sanzione reputazionale⁽³¹⁾.

L'emotività impatta anche sui giudici, siano essi togati od onorari, e naturalmente sui membri delle giurie. Le dichiarazioni delle vittime e delle parti offese, e i cosiddetti *victim impact statements*, sono volti proprio a creare questo impatto emotivo, e hanno sollevato la prevedibile obiezione che si tratti di elementi non prioritari nella determinazione della sanzione, anche se alcuni studi empirici sembrano concludere che l'effetto sarebbe in questo senso modesto o inesistente. Un impatto notevole sembrerebbe, invece, avere l'utilizzo di filmati o di prove raccapriccianti e violente, che spingerebbero verso un aggravio della condanna⁽³²⁾.

3. L'importanza del senso di giustizia. – Negli ultimi anni si sono accumulate prove dell'esistenza di un sentimento innato di giustizia⁽³³⁾. Il senso della proprietà e del possesso, o di un'equa distribuzione, sono esempi di quelle emozioni giuridiche cui

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, 1090.

⁽³¹⁾ A. HARDUF, *The Process is the Shaming: Criminal Procedure vs. Human Dignity*, in M. PINTO, G. SEIDMAN (eds.), *The Legal Aspects of Shaming: An Ancient Sanction in the Modern World*, Cheltenham, 2023, 129-150.

⁽³²⁾ K. SCHWEITZER et al., *Legal and Extralegal Factors that Affect Jurors' Decisions*, in M. K. MILLER et al. (eds.), *The Cambridge Handbook of Psychology and Legal Decision-Making*, Cambridge UK, 2024, 368-369.

⁽³³⁾ S. FUSELLI, *Diritto, neuroscienze, filosofia: un itinerario*, Milano, 2014, 132.

abbiamo accennato. Nonostante si sia parlato di una reciproca incommensurabilità delle teorie della giustizia⁽³⁴⁾, secondo Stone⁽³⁵⁾, la ricerca del concetto di giustizia «represents a social-psychological phenomenon of great importance, especially in a modern democratic society [and it] sums up the attitude of constant criticism of existing law, and of unwillingness to accept the law for the time being as more than means to other ends».

Anche chi si è occupato delle determinanti sociali del concetto di giustizia⁽³⁶⁾, pur essendo interessato ad analizzare le variabili socio-demografiche che potrebbero influenzare la scelta tra criteri alternativi, prende come punto di partenza la tradizionale distinzione aristotelica tra giustizia commutativa e distributiva. Molte altre classificazioni sono ipoteticamente formulabili: Strahlendorf⁽³⁷⁾ distingue ad esempio tra giustizia distributiva, commutativa, retributiva e procedurale.

Sebbene le distinzioni aristoteliche anticipino quelle più recenti tra giustizia formale e concreta⁽³⁸⁾, o tra giustizia procedurale e distributiva⁽³⁹⁾, la sociologia è rimasta strettamente legata all'approccio etico-filosofico. Le teorie etiche possono essere in grado di guidare e relativizzare i risultati della ricerca empirica, mentre gli approcci empirici, semplicemente osservando le regolarità, possono

⁽³⁴⁾ B. CULLEN, *Philosophical theories of justice*, in K.R. SCHERER (ed.), *Justice. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge UK, 1992, 60.

⁽³⁵⁾ J. STONE, *The Province and Function of Law. Law as Logic, Justice, and Social Control: A Study in Jurisprudence*, Sydney, 1950, 784.

⁽³⁶⁾ T. ECKHOFF, *Justice. Its determinants in social interaction*, Rotterdam, 1974; V. FERRARI, *Giustizia e diritti umani. Osservazioni sociologico-giuridiche*, Milano, 1995.

⁽³⁷⁾ P. STRAHLENDORF, *Traditional Legal Concepts from an Evolutionary Perspective*, in R. D. MASTERS, M. GRUTER (eds.), *The Sense of Justice. Biological Foundations of Law*, Newbury Park-London-New Dehli, 1992, 135ss.

⁽³⁸⁾ C. PERELMAN, *La giustizia*, Torino, 1959, 57 ss.

⁽³⁹⁾ B. CULLEN, *Philosophical theories of justice*, cit., 16.

a loro volta ispirare costruzioni etiche, riconoscendo la difficoltà di trovare verità universali (⁴⁰).

Il risultato raggiungibile a medio termine, considerando la difficoltà del concetto e la relatività dei valori, può essere così sintetizzabile: «*defining a procedure to adopt in the discussion of justice questions and relinquishing the dream of being able to agree on universal principles of justice*» (⁴¹). Ecco che da un punto di vista etologico ed empirico, il senso di giustizia si spiega anche con il tabù contro l'accumulazione opportunistica. Questo tabù è stato anche definito come un *bias* (*equity bias*, o *justice-seeking bias*) che renderebbe la specie umana istintivamente ugualitaria (⁴²).

L'esistenza di tale *bias* ha trovato conferma attraverso il *setting* sperimentale dell'*ultimatum game* (⁴³). In questa situazione ipotetica, una delle parti è titolare di una modesta somma di denaro, ed è costretta a offrirne una porzione ad una seconda parte, che invece è nullatenente, ma è a conoscenza del valore della somma. Quest'ultima non ha nessuna possibilità di negoziare o motivare quanto sarebbe soddisfatta di ricevere, ma solo di accettare o rifiutare la porzione di ricchezza che le viene offerta. Nel caso in cui accetti, la divisione effettuata dall'offerente diviene definitiva, ma nel caso in cui rifiuti, rimane a bocca asciutta ma anche l'offerente, che perde tutto ciò che ha.

Quando il gioco viene simulato da due persone che non si conoscano, e che presumono che in futuro non ci saranno ulteriori interazioni, il potere conferito alla parte nullatenente è notevole, ed è sostanzialmente analogo a quello attribuito all'offerente. L'effettuazione di questo gioco su un vasto campione di soggetti, anche in contesti sociali e culturali molto differenziati, indica che la

(⁴⁰) B. MARKOVSKY, *Prospects for a Cognitive-Structural Justice Theory*, in *Social Justice in Human Relations: Societal and psychological origins of justice*, New York, 1991.

(⁴¹) B. CULLEN, *Philosophical theories of justice*, cit., 9.

(⁴²) M. RIDLEY, *The Origins of Virtue*, New York, 1996, 243.

(⁴³) W. GÜTH *et al.*, *An experimental analysis of ultimatum bargaining*, in 3(4) *Journal of Economic Behavior & Organization*, 1982, 367-88.

parte offre tra il 40% e il 50% di quanto in suo possesso⁽⁴⁴⁾, e che circa la metà dei nullatenenti tendono a rifiutare le offerte al di sotto del 30%. Dal punto di vista dell'economia classica ciò dovrebbe costituire un paradosso, perché in una relazione di potere di questo genere, qualsiasi offerta superiore allo zero dovrebbe essere bene accetta⁽⁴⁵⁾. Il risultato dimostra invece l'esistenza di una soglia universale del senso di giustizia, scendendo sotto la quale si attiva un meccanismo vendicativo: la parte nullatenente è pronta a subire personalmente delle conseguenze svantaggiose, pur di punire il soggetto che percepisce come egoista e profittatore.

Grazie all'uso della tecnica dell'fMRI, questa pulsione verso una giustizia distributiva equalitaria è stata collegata ai processi che si verificano nella corteccia ventromediale pre-frontale e nella corteccia insulare, ossia a due regioni legate alle preferenze sociali⁽⁴⁶⁾. Si badi bene che l'esistenza di un correlato neurale non indica necessariamente una relazione diretta e lineare di causa-effetto. Questa sensibilità all'ingiustizia percepita, che ci spinge a rischiare anche il nostro tornaconto, insieme agli altri *bias* di cui diremo nel prosieguo, potrebbe tuttavia spiegare in alcuni casi la scelta di avviare un contenzioso, o talune strategie giudiziarie che sembrano ispirate dal «*taste for spite*»/dallo sgarbo fine a sé stesso⁽⁴⁷⁾. Si tratta di un'emozione adattiva che si sviluppa esclusivamente nelle società fortemente integrate come quella umana⁽⁴⁸⁾, dove le regole si appli-

⁽⁴⁴⁾ O.D. JONES,T.H. GOLDSMITH, *Law and Behavioral Biology*, in *150 Columbia Law Review*, 2005, 439.

⁽⁴⁵⁾ M.A. NOWAK *et al.*, *Fairness Versus Reason in the Ultimatum Game*, in *289 Science*, September, 2000, 1774.

⁽⁴⁶⁾ C.T. DAWES *et al.*, *Neural basis of egalitarian behavior*, in *109(17) Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2012, 6479 ss.

⁽⁴⁷⁾ O.D. JONES, *Time-Shifted Rationality and the Law of Law's Leverage: Behavioral Economics Meets Behavioral Biology*, in *95(4) Northwestern University Law Review*, 2001, 1154.

⁽⁴⁸⁾ R. AUNGER, V. CURTIS, *Gaining Control. How Human Behavior Evolved*, Oxford, 2015, 55.

cano a un alto numero di soggetti non necessariamente imparentati e magari neppure in relazione tra di loro.

4. *La giustizia procedurale.* – Un’ulteriore emozione giuridica che ha un forte impatto sulla nostra percezione di giustizia deriva dall’essere trattati o meno equamente da un punto di vista procedurale. Gli studi socio-psicologici di *procedural justice* ipotizzano a partire dagli anni Settanta che la nostra percezione di giustizia dipenda anche, se non in gran parte, dal modo in cui sentiamo di essere rispettati quali parti del procedimento di risoluzione. L’obiettivo di uno dei primi studi empirici sul tema fu di capire quale sistema di risoluzione delle controversie fosse in astratto preferibile dal cittadino⁽⁴⁹⁾. I risultati portarono a individuare alcuni principi universali di giustizia procedurale, validi indistintamente per tutti gli individui e le culture.

Tyler e Lind contribuiscono successivamente con una scoperta: le preferenze individuali formatesi a priori possono cambiare quando il soggetto è attivamente coinvolto in un procedimento o ne ha già fatto esperienza. In alcune situazioni, il livello di gradimento della procedura sembra più strettamente legato alla soddisfazione per l’equità percepita che non all’esito più o meno favorevole⁽⁵⁰⁾. Gli individui sembrerebbero dunque più interessati a essere trattati con gentilezza e rispetto, mentre l’esito della procedura non sarebbe determinante nell’opinione sulla sua equità⁽⁵¹⁾. Il senso di giustizia

⁽⁴⁹⁾ J. THIBAUT et al., *Procedural Justice as Fairness*, in 26 *Stanford Law Review*, 1974, 1275.

⁽⁵⁰⁾ T.R. TYLER, E.A. LIND, *Procedural Justice*, in J. SANDERS, V.L. HAMILTON (eds.), *Handbook of Justice Research in Law*, New York-Boston-Dordrecht-London-Moscow, 2001, 69.

⁽⁵¹⁾ T.R. TYLER, *Procedure or result: what do disputants want from legal authorities?*, in K. J. MACKIE (ed.), *A Handbook of Dispute Resolution: ADR in Action*, London-New York, 2002, 23-24.

procedurale non sarebbe neppure legato a particolari contesti conflittuali o oggetti di una contesa⁽⁵²⁾.

Perché l'aspetto procedurale, che sembra legato più alla forma del procedimento che alla sostanza della decisione, ha una tale importanza? Sono state avanzate diverse ipotesi, che sembrano tutte sostanzialmente convergere sul fatto che l'opportunità di esercitare un controllo e poter esprimere la propria opinione, ci convince che godiamo di una reputazione sociale soddisfacente. Ciò è sufficiente a farci propendere per l'equità del procedimento, visto che non potremmo comunque comprenderne la motivazione tecnico-giuridica e quindi la sua equità sostanziale.

La metodologia e la sostanza di questi studi sono stati criticati in più occasioni. In primo luogo, sono state riscontrate sostanziali differenze tra le culture che si considerano prevalentemente individualiste, e che quindi attribuiscono un valore maggiore all'autonomia, rispetto alle culture collettivistiche⁽⁵³⁾. Nei Paesi con un orientamento individualista, i valori dominanti sono più adatti alle procedure in contraddittorio. La differenza emerge ad esempio nel confronto con le società collettiviste asiatiche, dove il sistema del contraddittorio è stato importato, e dove nella pratica i contendenti hanno continuato a rimettersi ampiamente al giudice per il controllo del procedimento.

Anche dal punto di vista della metodologia, Taruffo sostiene per esempio la sostanziale incomparabilità di procedure che sono espressione di culture giudiziarie diverse⁽⁵⁴⁾. Kaplow e Shavell⁽⁵⁵⁾

⁽⁵²⁾ N. VIDMAR, *Procedural Justice and Alternative Dispute Resolution – Oñati International Series in Law and Society*, in K.F. RÖHL, S. MACHURA (eds.), *Procedural Justice*, Dartmouth, 1997, 129.

⁽⁵³⁾ A. SHELBY ROSETTE et al., *When Cultures Clash Electronically: The Impact of E-mail and Culture on Negotiation Behavior*, in 43(4) *Journal of Cross-Cultural Psychology*, 2012.

⁽⁵⁴⁾ M. TARUFFO, *Introduzione*, in J. THIBAUT, L. WALKER (a cura di), *Il giusto processo*, Milano, 1981, x, xvii.

⁽⁵⁵⁾ L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Fairness Versus Welfare*, in 114 *Harvard Law Review*, 2001.

sostengono che le metodologie impiegate negli studi di giustizia procedurale non hanno dato debitamente conto dell'intensità di queste preferenze, né delle reali prassi giudiziarie, e che si è spesso confuso il piano della preferenza personale con l'interesse immediato o con la valutazione individuale sulle politiche pubbliche. Hensler ha obiettato che sono stati mescolati campi troppo lontani fra di loro, in primo luogo il settore delle controversie civili e quello dei procedimenti penali, prendendo talvolta in considerazione anche situazioni senza una vera domanda di giustizia o un conflitto. Sull'aspetto più sostanziale, parte della ricerca empirica ha sostenuto che il senso di giustizia procedurale è comunque largamente influenzato dagli effetti distributivi della decisione sostanziale⁽⁵⁶⁾.

A completamento dei criteri di giustizia distributiva e procedurale, è stata suggerita l'inclusione della *giustizia di interazione* (*interactional justice*). Con essa ci si riferisce all'equità del trattamento che riceviamo con riguardo in special modo alla sensibilità e al rispetto personali, piuttosto che alla procedura in sé⁽⁵⁷⁾. La giustizia di interazione può essere ulteriormente distinguita nella «giustizia informativa», che pertiene alla qualità e quantità delle informazioni fornite per spiegare la procedura, e nella «giustizia interpersonale», che riguarda il rispetto in senso stretto⁽⁵⁸⁾. Mi sembra tuttavia che si tratti qui di ulteriori sottodistinzioni, le quali tutto sommato non negano la validità generale del concetto aggregato di giustizia procedurale.

⁽⁵⁶⁾ K. VAN DEN BOS *et al.*, *Procedural and distributive justice: What is fair depends more on what comes first than on what comes next*, in 72(1) *Journal of Personality and Social Psychology*, 1997; K. VAN DEN BOS, *What Are We Talking about When We Talk about No-Voice Procedures? On the Psychology of the Fair Outcome Effect*, in 35(6) *Journal of Experimental Social Psychology*, 1999, 560-7.

⁽⁵⁷⁾ J.M.L. POON, *Distributive Justice, Procedural Justice, Affective Commitment, and Turnover Intention: A Mediation-Moderation Framework*, in 42(6) *Journal of Applied Social Psychology*, 2012, 1507.

⁽⁵⁸⁾ S. BEIER *et al.*, *Influence of judges' behaviors on perceived procedural justice*, in 44(1) *Journal of Applied Social Psychology*, 2014, 47.

Tutte le considerazioni critiche citate, anche se colgono aspetti da non sottovalutare, credo che in ultima analisi non scalfiscano un semplice fatto che è in accordo con la psicologia cognitiva: il modo in cui veniamo trattati ha un impatto notevole sul nostro senso di giustizia (e di ingiustizia). Oltre a essere cronologicamente preliminare, l'equità procedurale è più semplice da valutare rispetto alla correttezza sostanziale della decisione, e questo ha effetti particolarmente rilevanti anche quando la decisione è favorevole, ma la procedura è stata comunque percepita come ingiusta o irrispettosa⁽⁵⁹⁾.

5. Il complesso ruolo emotivo dell'avvocato. – Credo che si siano poste le premesse sufficienti per sostenere che l'aspetto emotivo sia centrale nella professione forense, e che maggiore consapevolezza e progettualità dovrebbero essere dedicate a sviluppare le competenze emotive nei giuristi in formazione. Un saggio di alcuni anni fa sosteneva che l'organizzazione degli studi in giurisprudenza fosse purtroppo ancora molto indietro nel considerare i tratti emotivi e le attitudini relazionali degli studenti⁽⁶⁰⁾.

Le competenze intellettuali che sono tradizionalmente favorite in questo percorso formativo sono mnemoniche e analitiche. Tali capacità, benché certamente allenabili, sono piuttosto statiche nel tempo e sono tradotte in indici quantitativi standardizzati come il quoziente intellettuale. Tuttavia si è stimato che il quoziente intellettuale sia in grado di predire solo una porzione limitata del successo professionale, mentre una parte sostanziale dipende dall'intelligenza emotiva, che è più plastica e può facilmente evolversi e migliorare⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁹⁾ K. VAN DEN BOS *et al.*, *Procedural and distributive justice: What is fair depends more on what comes first than on what comes next*, cit.

⁽⁶⁰⁾ D. AUSTIN, R. DURR, *Emotion Regulation for Lawyers: A Mind Is a Challenging Thing to Tame*, in 16(2) *Wyoming Law Review*, 2016, 388.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, 390.

L’obiettivo del legale in formazione dovrebbe essere di raggiungere un equilibrio tra un coinvolgimento empatico con le vicende del cliente (*engagement*) e un obiettivo distacco da esse (*objectivity*), richiesto dagli obblighi deontologici di indipendenza e di fedeltà all’ordinamento. Quando il coinvolgimento è eccessivo, oltre a verificarsi un rischio di violazione di tali obblighi, si erodono gli importanti confini che devono rimanere tra vita personale e vita professionale⁽⁶²⁾.

Negli ultimi anni ha iniziato a manifestarsi nei professionisti una forte incidenza dei disturbi traumatici indiretti, che cioè affliggono coloro che sono a contatto con persone traumatizzate. Si tratta di un vero e proprio stress traumatico secondario (altrimenti conosciuto come *vicarious traumatization* o *compassion fatigue*)⁽⁶³⁾. I sintomi sono simili a quelli della sindrome da stress post-traumatico, e derivano dall’interiorizzazione dei racconti del cliente/paziente, e dal relativo impatto sulla memoria e sull’immaginario personale. Ciò si riflette negativamente su senso di sicurezza, stima, indipendenza e intimità, trascinandosi spesso oltre la sfera professionale. I meccanismi di *transfer* e identificazione con il cliente, specie nelle relazioni professionali di lunga durata, sfociano in un vero e proprio *burnout*, frutto del lento accumulo di stress. Subentrano sintomi psico-fisici come stanchezza, insonnia, mal di testa, ansietà, irritabilità, depressione e aggressività, che spesso trascendono nell’abuso di sostanze e nel decadimento delle relazioni personali e degli standard professionali⁽⁶⁴⁾.

La ricerca citata ha comparato in particolare le esperienze traumatiche secondarie di alcuni gruppi di professionisti, tra i quali gli avvocati impegnati nell’assistenza di vittime di violenza domestica e famigliare, nonché di coloro che prestano il patrocinio a spese dello

⁽⁶²⁾ L. TOWNSLEY, *Thinking like a Lawyer Ethically: Narrative Intelligence and Emotion*, in 24(1) *Legal Education Review*, 2014, 83.

⁽⁶³⁾ A.P. LEVIN, S. GREISBERG, *Vicarious Trauma in Attorneys*, in 24(1) *Pace Law Review*, 2003, 245-6.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*, 248.

Stato ai meno abbienti nei procedimenti penali (*legal aid agencies*). Comparati con i gruppi di controllo costituiti da operatori del settore della salute mentale e da assistenti sociali, è risultato che questi avvocati, in prevalenza donne, si sobbarcavano un numero comparabile o anche maggiore di clienti traumatizzati rispetto agli altri due gruppi professionali, e che mostravano maggiori sintomi tipici della sindrome di *burnout*, come ricordi traumatici intrusivi, minore interesse nelle attività quotidiane, irritabilità e problemi di concentrazione⁽⁶⁵⁾. In un altro studio condotto sugli avvocati familiaristi, si è evidenziata una tendenza a farsi coinvolgere dalle vicende dei clienti e a non farsi pagare adeguatamente, con l'emersione successiva di cambiamenti dell'umore, senso di spassatezza, perdita della sicurezza e problemi di comunicazione con i colleghi⁽⁶⁶⁾.

Sempre nel quadro dell'intelligenza emotiva, è opportuno includere tra le competenze chiave anche la capacità di autoregolazione (*emotional regulation*), cioè la capacità di moderare la tensione emotiva quando tende ad alzarsi troppo, ad esempio quando si ha a che fare con un cliente agitato o colleghi ostili (*down-regulation*), e simmetricamente di aumentarla quando invece il coinvolgimento sia troppo basso (*up-regulation*)⁽⁶⁷⁾.

L'autoregolazione emotiva è sviluppata attraverso pratiche e abitudini che diminuiscono l'impatto dello stress, e consentono di prioritizzare i compiti in maniera seriale e non parallela, ignorando il falso senso di urgenza indotto dalle esigenze di *multi-tasking*. Autoconsapevolezza e metacognizione, intese come attenzione agli stati interni, sostengono e sviluppano queste capacità⁽⁶⁸⁾.

Conclusivamente, la consapevolezza crescente riguardo all'importanza delle competenze emotive nel contesto legale evi-

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*, 250.

⁽⁶⁶⁾ L. MORGILLO, *Do Not Make their Trauma Your Trauma: Coping with Burnout as a Family Law Attorney*, in *53(3) Family Court Review*, 2015, 455-6.

⁽⁶⁷⁾ D. AUSTIN, R. DURR, *Emotion Regulation for Lawyers: A Mind Is a Challenging Thing to Tame*, cit., 393.

⁽⁶⁸⁾ *Ibidem*, 406-7.

denzia un cambiamento necessario e urgente nel modo in cui la professione forense si prepara alle sfide reali della pratica quotidiana. Formare giuristi che non solo siano capaci di rispondere alle esigenze cognitive e analitiche del mestiere, ma anche di gestire e riflettere sulle proprie emozioni e relazioni con i clienti, diventa essenziale per un esercizio professionale sostenibile e competente.

La gestione equilibrata dei vissuti emotivi, l'autoregolazione e la consapevolezza del proprio impatto psicologico non solo proteggono la salute mentale dei professionisti, ma migliorano anche la qualità del servizio prestato, creando un ambiente lavorativo più sano. La sfida, dunque, è integrare queste competenze nei *curricula* di giurisprudenza, affinché il professionista non solo sia un esperto legale, ma anche una persona in grado di navigare consapevolmente le difficoltà emotive che inevitabilmente emergeranno nell'esercizio della professione.

Abstract

Le emozioni svolgono un ruolo complesso e spesso sottovalutato nel diritto, nonostante la tradizionale visione formalistica tenda a escluderle in nome di un'imparzialità razionale e astratta. L'articolo esplora la tensione tra la necessità di un diritto oggettivo e l'inevitabile influenza delle emozioni nelle dinamiche giudiziarie, nell'esperienza professionale degli avvocati e nella percezione di giustizia. Vengono analizzate le emozioni di base e quelle secondarie, la loro rilevanza giuridica e il modo in cui interagiscono con processi decisionali, dalla valutazione della colpevolezza alla determinazione delle sanzioni. Un focus particolare è dedicato all'intelligenza emotiva come competenza essenziale per i professionisti del diritto, in grado di bilanciare empatia e distacco critico, evitando fenomeni come il *burnout* o il *compassion fatigue*. Si discute inoltre il senso di giustizia innato, esaminando come *bias* cognitivi e dinamiche emotive influenzino le scelte individuali e collettive, dalla giustizia distributiva a quella procedurale. Si riflette infine sulle sfide poste dall'integrazione delle emozioni

nel diritto, proponendo una maggiore attenzione alla formazione emotiva dei giuristi e a un approccio più consapevole alla gestione degli aspetti affettivi.

Emotions play a complex and often underestimated role in law, despite the traditional formalistic view tending to exclude them in the name of rational and abstract impartiality. The article explores the tension between the need for objective law and the inevitable influence of emotions in judicial dynamics, in the professional experience of lawyers, and in the perception of justice. Basic and secondary emotions are analyzed, along with their legal relevance and how they interact with decision-making processes, from assessing guilt to determining sanctions. A particular focus is devoted to emotional intelligence as an essential skill for legal professionals, capable of balancing empathy and critical detachment, avoiding phenomena such as burnout or compassion fatigue. The discussion also addresses the innate sense of justice, examining how cognitive biases and emotional dynamics influence individual and collective choices, from distributive to procedural justice. Finally, the article reflects on the challenges posed by integrating emotions into law, proposing greater attention to the emotional training of legal professionals and a more conscious approach to managing affective aspects.

HOW THE U.S. NEXTGEN BAR EXAM IMPACTS LEGAL EDUCATION AND FOSTERS CLIENT-CENTERED LAWYERING

Karen Tokarz ()*

TABLE OF CONTENTS: 1. Introduction. – 2. The U.S. Moves to the NextGen Bar Exam. – 3. The NextGen Bar Exam Tests Foundational Law Doctrines and Lawyering Skills. – 4. ABA Accreditation Standards Impact Law School Curriculum and Teaching in the U.S. – 5. Conclusion.

1. Introduction. – Client counseling is the lawyer's most difficult and most important professional challenge. Client-centered lawyering involves creating a trusting lawyer-client relationship, exploring underlying interests for all sides, and counseling clients as to the risks and benefits of potential outcomes.⁽¹⁾

In light of this, the American Bar Association (ABA), the accrediting agency for American law schools, has adopted accreditation standards focusing on lawyering practice skills and the National Conference of Bar Examiners has developed a new bar exam.

(*) Karen Tokarz, Charles Nagel Professor of Public Interest Law & Policy; Director, Negotiation & Dispute Resolution Program. Professor Tokarz helps coordinate the Trento University/Washington University LLM Negotiation & Dispute Resolution Concentration Degree Program, now in its 11th year.

(¹) See, e.g., M.C. AARON, *Risk and Rigor: A Lawyer's Guide to Decision Tree Analysis for Assessing Cases and Advising Clients* (DRI Press 2019); D. BINDER, P. BERGMAN, P. TREMBLAY, I. WEINSTEIN, *Lawyers as Counselors: A Client-Centered Approach* (West Pub. 2019, 4th ed); J. MACFARLANE, *The New Lawyer: How Clients Are Transforming the Practice of Law* (UBC Press 2017, 2nd ed); K. KRUSE, *Engaged Client-Centered Representation and the Moral Foundations of the Lawyer-Client Relationship*, in 39 *Hofstra L. Rev.* 577 (2011).

2. The U.S. Moves to the NextGen Bar Exam. –The NextGen Bar Exam, (2) scheduled to go into effect across the country in summer 2026, grew out of a multi-year analysis of law practice by the ABA. The new bar exam will test a range of both foundational law doctrines and foundational lawyering skills. Designed to balance the knowledge and the skills needed for competent legal practice, the exam reflects many key changes that law schools have been making over the years, building on the successes of law school clinical legal education programs, dispute resolution programs, and legal writing and analysis programs.

The bar exam in the U.S., like almost all other countries in the world, has always focused on testing multiple foundational doctrinal areas of law. However, the new NextGen Bar Exam makes significant changes, reducing the focus on doctrinal law areas, adding foundational lawyering practice skills areas, combining foundational doctrine concepts with foundational lawyering practice skills in the exam questions, balancing transactional and litigation context in the questions, and including authentic interactions with clients and parties with whom lawyers deal, using realistic prompts and tools in the questions and highlighting client focused lawyering. These are major changes after almost a century.

3. The NextGen Bar Exam Tests Foundational Law Doctrines and Lawyering Skills. – The first structural change to the new exam is the reduction to eight doctrinal law areas: constitutional law, civil procedure, contracts, criminal law, evidence, business associations, torts, and real property. In 2028, family law will also be added.

(2) <<http://nextgenbarexam.ncbex.org/>>.

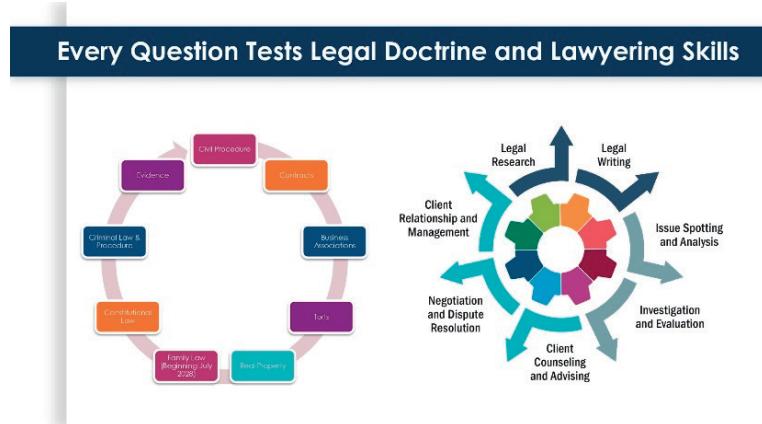


The second structural change to the new exam is the addition for the first time of testing on seven foundational lawyering skills: client counseling and advising, negotiation and dispute resolution, client relationship and management, legal research, legal writing, issue spotting, and investigation and evaluation.



The third major change is that every question on the exam will test both foundational legal doctrines and foundational lawyering skills in an integrated fashion. The exam designers are hard at work developing the questions and the measures for assessing both legal doctrines and skills. The plan is to use three types of questions with multiple-choice questions, integrated questions, and performance tasks. As to multiple choice questions, the exam will address multi-

ple areas in one question – some of which will have a single answer, some multiple answers. (3)



4. ABA Accreditation Standards Impact Law School Curriculum and Teaching in the U.S. – The ABA Accreditation Standards have informed and impacted law school curriculum and teaching over many years. In 2014, for example, the ABA amended Accreditation Standard 303, which focuses on required curriculum. (4) In addition to law schools previously being required to offer at least one course in professional responsibility and two faculty supervised writing experiences, schools are now required to provide one or more experiential courses totaling six credit hours. This experiential course can be a simulation course, a law clinical course, or a field placement externship.

(3) See Appendix.

(4) N. HAMILTON, LOUIS BILIONIS, *Revised ABA Standards 303(b) and (c) and the Formation of Lawyer's Professional Identity: Understanding the New Requirements*, NALP (May 2022), <<https://www.nalp.org/revised-aba-standards-part-1>>.

Law schools have embraced this new standard. Washington University, for example, like a growing number of U.S. law schools, has complied above and beyond Standard 303. Washington University, which launched its Clinical Education Program 50 years ago, currently includes 17 unique clinics and seven unique field placement courses in St. Louis, across the country, and around the world, guaranteed to all students.⁽⁵⁾ Over 90% of students take one clinic or externship and almost 50% participate in two or more clinics or externships.

Washington University also offers a robust Negotiation & Dispute Resolution Program with a lawyering skills curriculum with over 20 simulation courses, most of which focus on client counseling and dispute resolution skills, such as Mediation, Business Negotiation, Comparative Business Negotiation, Advanced Negotiation, Cross-Cultural Dispute Resolution, Multi-Party/Public Policy Dispute Resolution, Pre-Trial Practice & Procedure, Trial Practice & Procedure, Domestic Arbitration, International & Domestic Business Lawyering, Securities Litigation & Dispute Resolution, IP Litigation & Dispute Resolution, Investor-State Arbitration, International Commercial Arbitration, Transnational Litigation & Arbitration, and others.⁽⁶⁾ We are one of the few law schools in the country to offer a required first-year course on Introduction to Negotiation & Dispute resolution, now in its 15th year.

5. Conclusion. – The focus of the NextGen Bar Exam is on preparing students to practice law (not just know the law) and on preparing students to better represent clients with a client-centered focus. Important curricular innovation has been happening in U.S. law schools and other law schools around the world over the past several years. The new NextGen Bar Exam will accelerate and precipitate future curricular and teaching changes. Different law schools

⁽⁵⁾ <<http://law.washu.edu/academics/clinical-education-program/>>.

⁽⁶⁾ <<http://law.washu.edu/academics/negotiation-dispute-resolution/>>.

will take different approaches to the new exam, but surely there will be more innovation and enhanced client-centered lawyer representation in the future.

APPENDIX

NextGen Structure – Example Design

Each three-hour section will consist of a mix of multiple-choice questions, integrated question sets, and one performance task.

Sequence and timing will be finalized after data analysis from Field and Prototype Tests—below is an example:



Sample Criminal Law, Evidence, Client Counseling and Negotiation Questions



Initial Scenario Provided to Test Taker:

The initial scenario, raising issues of Criminal Law and Evidence, includes:

- A police report
- A statute governing assault and battery
- A short excerpt from a case interpreting the statute

Initial Prompts in the Questions

What fact in the police report will be most helpful in proving the element of "knowingly"?

List three avenues

you would pursue to gather other evidence relevant to the issue of "great bodily harm."

Multiple choice:

Will the police officer or the prosecutor be able to negotiate the level of the offense and the sentencing?

Abstract

In recent decades, the United States (U.S.) has experienced an increased focus on client-centered lawyering, progressive law school curricular changes, and the development of a new American bar exam. Set to debut in a number of states in 2026, the NextGen Bar Exam, developed by the National Conference of Bar Examiners (NCBE), will now test a broad

range of foundational lawyering skills, including client counseling and advising, negotiation and dispute resolution, and client relationship development, in addition to the traditional focus on doctrinal law areas. These changes reflect new American Bar Association (ABA) law school accreditation standards and the growing success of U.S. law school clinical legal education programs, alternative dispute resolution programs, and legal writing and analysis programs. This essay outlines the growth of client-centered lawyering in the U.S. and the role of law schools, the ABA, and the NCBE in fostering client-centered lawyer representation.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

IL RAPPORTO AVVOCATO-PERSONA ASSISTITA: IL SEME DI UNA GIUSTIZIA INTEGRATIVA ED INTEGRATA

Silvana Dalla Bontà ()*

Le aspettative alimentate da un titolo tanto ambizioso – *Il rapporto avvocato-assistito-cliente per un sistema integrato di giustizia* – non potevano trovare soddisfazione migliore. In una fioritura di riflessioni maturate da angolature diverse, ne è emerso un quadro di sorprendente armonia, consegnata da un punto di fuga che pare all’orizzonte di tutti i contributi raccolti in questo volume: l’integrazione nella complessità, che la giustizia più matura e completa deve offrire al consociato che ad essa aneli allorché egli si rivolga a chi è chiamato – *ad-vōcātus* – ad aiutarlo e soccorrerlo nel suo raggiungimento, l’avvocato⁽¹⁾.

In un mondo che vive sempre più il «momento della complessità»⁽²⁾, alla banalizzazione della semplicistica binarietà – destinata a scadere non di rado in pericoloso manicheismo – la risposta che restituiscono le polifoniche riflessioni qui raccolte è quella di una giustizia integrativa ed integrata. Forza trainante e vivifica nel cammino

(*) Professoressa Ordinaria di Diritto Processuale civile nell’Università di Trento.

(¹) Così F. DANOVY, *L’avvocato e la persona che vive la crisi familiare. Dal metodo avversoriale a quello collaborativo*, in questo volume. Agli scritti raccolti nella presente opera si riferiscono anche le citazioni contenute nelle successive note a piè di pagina, ove non altrimenti specificato.

(²) Così A. DONDÌ, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, laddove richiamano M.C. TAYLOR, *The Moment of Complexity. Emerging Network Culture*, Chicago, 2001, 5 ss. (anche in trad. it., *Il momento della complessità. L’emergere di una cultura a rete*, Torino, 2005).

no che ad essa conduce è il *rapporto avvocato-persona assistita* (di regola coincidente con il cliente), quale seme di un *sistema integrato di giustizia* la cui radice trova terreno fecondo nella *relazione umana* che unisce il primo alla seconda⁽³⁾, in uno scambio biunivoco che, nella *cura*, sa essere (ri)generativo di una (ri)costruzione della convivenza civile, perché fondato su un rapporto fiduciario in cui alla fedeltà, lealtà, diligenza, competenza e informazione dell'avvocato risponde, con reciprocità, il dovere dell'assistito di lealtà e veridicità nei confronti del proprio difensore⁽⁴⁾.

Si tratta di un rapporto avvocato-cliente che si mostra esso stesso ‘integrato’, perché non più paternalisticamente ‘autoritario’, ossia centrato sulla superiorità tecnico-giuridica e logico-razionale-retorica dell'avvocato⁽⁵⁾, bensì attento alla relazione con la *persona assistita*⁽⁶⁾, impiernata sull'ascolto e sulla comprensione di chi sia il «vero cliente»⁽⁷⁾ e di quali possano essere modo e strumenti più adeguati per rispondere ai suoi bisogni, alle sue esigenze, ai suoi interessi. Un rapporto, questo, che pur abbandonando il paradigma delegatorio all'avvocato della gestione del contenzioso, a vantaggio del recupero dell'auto-responsabilità nella persona che vive il con-

⁽³⁾ Così, incisivamente, F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente. Strategie per un rapporto collaborativo cliente-avvocato*, e E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*.

⁽⁴⁾ Con condivisibile vigore, così M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*.

⁽⁵⁾ Lo restituiscono con efficacia F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit., e M. CORMAN AARON, *The Lawyer's Best Hard Challenge: Counseling Fully Informed, Wise, and Loyal Clients*.

⁽⁶⁾ Così, nell'esaltazione della centralità della relazione umana, F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.; M. CORMAN AARON, *The Lawyer's Best Hard Challenge: Counseling Fully Informed, Wise, and Loyal Clients*; K. TOKARZ, *How the U.S. NextGen Bar Exam Impacts Legal Education and Fosters Client-Centered Lawyering*.

⁽⁷⁾ Si riprende qui la ficcante espressione di A. DONDI, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, cit.

flitto⁽⁸⁾, non fa di questo il pretesto per una de-responsabilizzazione dell'avvocato⁽⁹⁾. Se persona assistita e suo vero interesse meritano di essere messi al centro, ciò non significa, infatti, abdicazione dell'avvocato alla propria – nobile e professionale – funzione di guida dell'assistito nella scelta fra le possibili risposte al conflitto e al contenzioso⁽¹⁰⁾. Lavorare *con* – e non solo *per* – la persona che li vive⁽¹¹⁾, implica per l'avvocato mantenere ferma la responsabilità del suo ruolo di professionista legale, che con il suo *sapere tecnico*, le sue *intelligenze* e le sue *competenze* è in grado di accompagnare il cliente nel non facile percorso di individuazione della via più appropriata di soluzione della sua conflittualità.

Se questo è invero da sempre il compito dell'avvocato, non v'è dubbio, però, esso si stagli più urgente nei tempi attuali, in cui le relazioni umane sono sfidate da una crescente complessità⁽¹²⁾, che se, in un contesto via via più globale, reca l'emersione di nuove voci e nuove istanze, al contempo porta alla caduta di certezze consolidate e alla conseguente ricerca, ancora incompiuta, di nuovi punti di riferimento.

In questo mare sconfinato e perigoso è chiamato a navigare l'avvocato, a fianco della persona assistita, per disegnare con costei una giustizia che si rivela sempre più complessa, nel senso – più sopra cennato – di giustizia *integrativa e integrata*. Una giustizia, cioè, che, in risposta alla complessità del conflitto e del contenzioso, perde la sua irenica e pacificante monoliticità – identificata con la

⁽⁸⁾ Incoraggiano in questa direzione F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit. e P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*.

⁽⁹⁾ Avverte in tal senso M. CORMAN AARON, *The Lawyer's Best Hard Challenge*, cit.

⁽¹⁰⁾ Ancora, con concretezza e pragmatismo, M. CORMAN AARON, *The Lawyer's Best Hard Challenge*, cit.

⁽¹¹⁾ Sono le parole di F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.

⁽¹²⁾ Su cui, con uno sguardo che volge anche Oltreoceano, A. DONDI, V. ANSANIELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, cit.

giurisdizione, nella sua peraltro basica configurazione processuale ‘a due sole parti’ e con oggetto un ‘avere’ – per aprirsi ad un polimorfismo che, abbracciando la *prevenzione* dell’accesso alla via giurisdizionale, assume la forma anche di quelle a-giurisdizionali e quindi consensuali⁽¹³⁾.

È, questo, un sistema integrato che dà pieno compimento alla nozione stessa di *accesso alla giustizia*⁽¹⁴⁾, alla cui porta l’avvocato accompagna e introduce l’assistito, essendone, nella sua nobile funzione sociale e nella complessità della sua umanità, custode.

Nello spettro che va dalla lite da crisi familiare alla *mass tort litigation*⁽¹⁵⁾, d’altronde, non tutti i conflitti e i contenziosi sono uguali. All’avvocato, quindi, il compito di coglierne le differenze e di rinvenire le peculiarità di chi in quei conflitti e contenziosi è coinvolto. L’avvocato, quindi, come «fine *designer* di un progetto, concretamente realizzabile, che sia in grado di gestire positivamente i rapporti fra le persone»⁽¹⁶⁾ e di mettere a disposizione dell’assistito «gli strumenti giuridici adatti alla soluzione del problema»⁽¹⁷⁾, guidandolo nella scelta fra quelli giurisdizionali e a-giurisdizionali.

Premessa e fondamento di questo percorso è il ‘vero incontro’ fra avvocato e assistito, intendendosi per tale quello in cui il primo vede e ascolta ‘per davvero’ l’essere umano – concreto e unico – che

⁽¹³⁾ Ne restituiscono, in una visione olistica di giustizia, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.; G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.; P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.; e, dalla specifica prospettiva del conflitto da crisi familiare, F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.

⁽¹⁴⁾ Lo rimarca E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.

⁽¹⁵⁾ Abbracciano gli estremi di questo spettro di contenzioso civile, rispettivamente, F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit. e A. DONDI, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, cit.

⁽¹⁶⁾ Sono le parole di E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.

⁽¹⁷⁾ *Ibidem*.

a lui si rivolge. È, questo, il momento del colloquio avvocato-persona assistita, che, deontologicamente riservato, può (o dovrebbe) diventare il ‘segreto’ del successo di un rapporto fiduciario fecondo tra il primo e la seconda e, con ciò, di quel sistema integrativo e integrato di giustizia di cui in queste pagine si discorre⁽¹⁸⁾.

È in quel colloquio, infatti, che trova la sua fonte quella biunivoca «creazione di significati»⁽¹⁹⁾, giuridici e non solo, che passa attraverso le domande dell'avvocato, la «narrazione» di chi vive il conflitto e la conseguente co-costruzione di una (ri-)narrazione, che apre alla «svolta partecipativa» verso la giustizia grazie ad una scelta responsabile e consapevole della via di soluzione del conflitto⁽²⁰⁾. Non sorprende, pertanto, che in quel colloquio la c.d. *lawyering theory* – corrente di studi che schiude e promuove un esercizio di riflessività sulla professione forense⁽²¹⁾ – individui uno degli oggetti di sua particolare attenzione. È lì, infatti, che si spiegano informativa e raccolta di informazioni dell'avvocato in merito non solo al conflitto, ma anche alla persona che lo vive e, allargando lo sguardo, a tutti coloro che vi siano coinvolti⁽²²⁾.

Ebbene, nella sua complessità anche quel colloquio-incontro si rivela ‘momento di integrazione’. Innanzitutto, in ragione della visione integrata che esso richiede all'avvocato: ben prima di qualsiasi qualificazione giuridica del ‘narrato’ dalla persona assistita, infatti, egli deve di questa comprendere il profilo soggettivo *per se* nonché

⁽¹⁸⁾ Fermo sul rapporto reciprocamente fiduciario tra avvocato e assistito, a ragione, M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, cit.

⁽¹⁹⁾ È la penetrante osservazione di F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁾ Ne dà conto ancora F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.

⁽²²⁾ Vi si soffermano, in maniera pluriprospettica, G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.; M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, cit.; F. DANOVI, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.

in rapporto al conflitto⁽²³⁾; deve valutare l'impatto del tempo, nella sua tridimensionalità di passato, presente e futuro⁽²⁴⁾; nonché la 'collocazione' di quella conflittualità nel più ampio contesto sociale-relazionale in cui l'assistito si muove⁽²⁵⁾.

Ne discende, quale logica conseguenza, che l'incontro avvocato-persone assistita è 'momento di integrazione' (anche) di intelligenze e competenze, che il primo pone a servizio della seconda.

Dato per acquisito nell'avvocato il sapere giuridico necessario a 'mettere a punto' lo strumento legale eletto per la soluzione del conflitto, sono le intelligenze e competenze 'altri' ad essere chiamate a 'integrarsi' con quel sapere. Se la persona assistita è un *unicum*, con le sue autopercezioni ed emozioni, con i suoi pregiudizi cognitivi e le sue narrazioni, nonché con i suoi tempi⁽²⁶⁾, si intende come l'effettività di informativa e raccolta di informazioni da parte dell'avvocato passi per il riconoscimento e lo sviluppo delle sue «intelligenze», che superando quella linguistica, catalogatrice, logico-matematica, narrativa e strategica⁽²⁷⁾, devono comprendere anche quella intra- ed interpersonale, quale elemento essenziale dell'intelligenza emotiva⁽²⁸⁾. È quest'ultima, infatti, a consentire all'avvocato di «monitorare le proprie e altrui emozioni e sentimenti, distinguere tra questi, e orientare i propri pensieri e comportamenti in maniera

⁽²³⁾ Lo sottolinea con sagace realismo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.

⁽²⁴⁾ L'osservazione, valida per qualsiasi contenzioso civile, come evidenzia ID., *op. cit.*, diventa ancora più urgente in quello familiare, come ricorda, invocando una dovuta sensibilità, F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.

⁽²⁵⁾ Apre a tale dimensione, dalla prospettiva dell'esperienza anche sociale delle cliniche legali, F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.

⁽²⁶⁾ Illuminante a riguardo M. CORMAN AARON, *The Lawyer's Best Hard Challenge*, cit.

⁽²⁷⁾ Le enumera L. COMINELLI, *Emozioni e diritto. Tra razionalità giuridica e intelligenza emotiva*.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*.

appropriata a seconda delle situazioni»⁽²⁹⁾, e quindi di comprendere quella «sorta di oggetto parallelo della controversia, non nitidamente definibile, ma sicuramente più ampio e frastagliato del *thema decidendum* di causa e in qualche modo allo stesso impermeabile»⁽³⁰⁾, che alimenta ed esacerba il contenzioso. Non solo.

Possesso e dominio nell'avvocato dell'intelligenza emotiva costituiscono il nutrimento delle sue competenze sociali «di comunicazione, di pianificazione, di leadership»⁽³¹⁾, solo grazie alle quali egli potrà efficacemente accompagnare il cliente nel recupero della propria «agentività»⁽³²⁾, e quindi nella scelta consapevole e responsabile del modo e dello strumento di soluzione del conflitto che, nel rispondere al suo vero interesse, siano non solo giuridicamente validi, ma anche «effettivi»⁽³³⁾.

È solo così che l'avvocato, lungi dal limitarsi ad essere paternalistico *litigator* o, all'opposto, «*order taker*», ossia passivo esecutore di scelte non guidate del cliente⁽³⁴⁾, diventerà professionista della cura del conflitto, grazie anzitutto a quella delle parole e della propria professionale condotta⁽³⁵⁾, che le intelligenze e competenze sociali più sopra richiamate gli assicureranno. Se linguaggio e diritto condividono infatti un fondamento comune – *i.e.* la funzione ordinante della società – l'avvocato deve essere di entrambi *magister*, al fine di assicurare il vero interesse dell'assistito e, con questo, il rag-

⁽²⁹⁾ Sono sempre le parole di L. COMINELLI, *Emozioni e diritto*, cit.

⁽³⁰⁾ Così, testualmente, con efficace rappresentazione, F. DANOV, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.

⁽³¹⁾ Ancora una volta si cita L. COMINELLI, *Emozioni e diritto*, cit.

⁽³²⁾ Ne parla, incoraggiandola, F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.

⁽³³⁾ Il superamento della ‘validità’ per arricchirla con l‘effettività’ è il valore aggiunto dell'accordo responsabile e consapevole secondo P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.

⁽³⁴⁾ Calzante quanto diretta l'espressione usata da M. CORMAN AARON, *The Lawyer's Best Hard Challenge*, cit.

⁽³⁵⁾ Nel conflitto da crisi familiare ciò diventa, secondo F. DANOV, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit., profilo imprescindibile vista la vulnerabilità dei soggetti coinvolti, in particolare se minori.

giungimento della *giustizia* – ché «l’interesse della parte assistita non è assoluto, trovando un invalicabile limite nell’interesse della giustizia, valore che costituisce un canone interpretativo aureo di tutte le norme giuridiche e il cui fondamento risiede nel principio di non contraddizione, oltre che nell’art. 111, 1° comma, Cost.»⁽³⁶⁾.

L’avvocato non esaurirà pertanto la sua attenzione alla persona assistita limitandosi ad evitare il «*legalese*»⁽³⁷⁾, bensì impegnandosi in una comunicazione che, consapevole dei condizionamenti che ostacolano scelte razionali nel senso di responsabili – *i.e.* egocentrismo, percezione selettiva, grado di propensione al rischio, autorapresentazione di sé⁽³⁸⁾ – consenta di re-inquadrare («*reframe*») in modo (più) oggettivo e completo la situazione conflittuale e il ventaglio di sue soluzioni⁽³⁹⁾.

Non solo. L’integrazione di conoscenze, intelligenze e competenze più sopra richiamate costituirà fondamento per quel sano equilibrio interiore dell’avvocato che gli consentirà di accompagnare l’assistito senza rischiare di essere ‘usurato’ dall’immedesimazione perniciosa – e deontologicamente inopportuna – con quest’ultimo⁽⁴⁰⁾; di distinguere il suo interesse da quello della persona assistita⁽⁴¹⁾; di evitare un loro vizioso conflitto⁽⁴²⁾; di avvedersi dei limiti della propria competenza professionale⁽⁴³⁾; e, non da

⁽³⁶⁾ Lapidario, quanto condivisibile, G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

⁽³⁷⁾ Avverte a riguardo M. CORMAN AARON, *The Lawyer’s Best Hard Challenge*, cit.

⁽³⁸⁾ *Ibidem*, nonché L. COMINELLI, *Emozioni e diritto*, cit.

⁽³⁹⁾ La tecnica è richiamata e illustrata da M. CORMAN AARON, *The Lawyer’s Best Hard Challenge*, cit.

⁽⁴⁰⁾ Avverte su questa insidia L. COMINELLI, *Emozioni e diritto*, cit.

⁽⁴¹⁾ Sul punto scende in profondità G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*.

⁽⁴³⁾ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.

ultimo, di collaborare con il collega che assiste l'altra parte, con quest'ultima e, ove si avvii il processo, con il giudice⁽⁴⁴⁾.

Discorrere di rapporto avvocato-assistito per un sistema integrato di giustizia significa, infatti, (ri)mettere al centro la *collaborazione*, e quindi reclamare non solo il superamento di un processo frontalmente avversoriale, da «lotta senza quartiere»⁽⁴⁵⁾, tramite la valORIZZAZIONE di norme vecchie e nuove su *lealtà e probità* della condotta di avvocati e parti⁽⁴⁶⁾, ma prima ancora provocare ad un ripensamento dell'avvocato quale promotore anzitutto della «dimensione relazionale, orizzontale, plurale, partecipata» del diritto⁽⁴⁷⁾. È in questa prospettiva, infatti, che il giurista – e il diritto con lui – si riappropriano del contatto con la società e quindi con le persone, quali individui portatori non soltanto di «diritti e doveri, facoltà e pretese»⁽⁴⁸⁾, bensì anche di «bisogni dell'essere umano»⁽⁴⁹⁾ che ne costituiscono, al fondo, la «dimensione identitaria»⁽⁵⁰⁾. È in questa prospettiva che si coglie il dovere dell'avvocato non soltanto di informare la persona assistita dei suoi diritti, poteri e opportunità, ma anche di renderla edotta dei suoi doveri giuridici⁽⁵¹⁾. L'obbligo in-

⁽⁴⁴⁾ Il principio e al contempo l'obbligo/il dovere di collaborazione ritorna in A. DONDI, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, cit.; G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

⁽⁴⁵⁾ Si cita A. DONDI, V. ANSANELLI, *Rapporto avvocato-cliente, complessità del conflitto e inquadramento dei problemi del processo*, cit.

⁽⁴⁶⁾ Richiamano i 'vecchi' artt. 88 e 89 c.p.c. e il nuovo art. 473 bis.18 c.p.c. F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.; nonché M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, cit.

⁽⁴⁷⁾ Così P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit., richiamando T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021.

⁽⁴⁸⁾ In tal senso F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit., riflettendo sul 'significato' profondo delle situazioni soggettive.

⁽⁴⁹⁾ Di nuovo, con approccio beneficamente umanistico, P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.

⁽⁵⁰⁾ In particolare laddove vegano in gioco *status*, come ricorda F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.

⁽⁵¹⁾ Così, incisivamente, M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, cit.

formativo, infatti, «non si esaurisce nell'illustrazione delle possibilità di azione, ma comprende anche la chiara indicazione di ciò che non è lecito fare, o che può essere fatto solo nel rispetto di determinate forme e condizioni»; un obbligo che diventa quindi anche «dovere di dissuasione», quale «dovere di scoraggiare il cliente dall'intraprendere azioni manifestamente infondate specialmente quando esse presuppongano menzogne, reticenze o abusi del processo»⁽⁵²⁾.

Capace di percepirci – oltre le maglie di un astretto positivismo giuridico – non quale mero esegeta ed interprete delle norme bensì come catalizzatore dei bisogni umani⁽⁵³⁾, il giurista-avvocato diventa così strumento per riscattare i consociati da «meri destinatari di provvedimenti» giurisdizionali a «primi artefici della Giustizia»⁽⁵⁴⁾, grazie a quella loro forza nomopoietica che trova nel sapere tecnico-giuridico, e non solo, dell'avvocato la possibilità di manifestarsi verso l'esterno⁽⁵⁵⁾.

È, quest'ultimo, d'altronde, un avvocato che, grazie ad un'educazione e formazione che supera l'iperspecializzazione per guadagnare una visione d'insieme⁽⁵⁶⁾, conosce, riconosce e utilizza – con *prudenza*, quale «ragion pratica» che «serve a ragionare sul cosa fare e come farlo in vista del bene»⁽⁵⁷⁾ – (anche) il percorso della mediazione civile e commerciale⁽⁵⁸⁾, in cui, nel dialogo co-

⁽⁵²⁾ *Ibidem*.

⁽⁵³⁾ Rompe con una visione asfittica del giurista P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem*.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem*, nonché E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il rapporto avvocato-cliente fra mediazione, arbitrato e processo*, cit.

⁽⁵⁶⁾ Così P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.; K. TOKARZ, *How the U.S. NextGen Bar Exam Impacts Legal Education and Fosters Client-Centered Lawyering*, cit.

⁽⁵⁷⁾ Di nuovo P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.

⁽⁵⁸⁾ K. TOKARZ, *How the U.S. NextGen Bar Exam Impacts Legal Education and Fosters Client-Centered Lawyering*, cit., che restituisce l'esperienza formativa maturata sul campo nel contesto universitario statunitense.

struttivo con l'altra parte condotto con lealtà, *correttezza e buona fede*, grazie all'ausilio di un terzo mediatore, «il valore fiduciario del diritto raddoppia la sua portata»⁽⁵⁹⁾. Verità e giustizia, d'altronde, non sono mai frutto di una voce sola⁽⁶⁰⁾.

Una constatazione, questa, che trova la sua più intensa espressione nel conflitto da crisi familiare, in cui il rapporto avvocato-persona assistita vede accentuate le proprie peculiarità e sensibilità, richiedendo al primo quella professionalità, deontologia ed etica giuridica che lo illuminino su quando e come rimanere «sullo sfondo»⁽⁶¹⁾, per lasciare spazio e tempo alla mediazione familiare, e quando invece tornare o mettersi «al centro», per tentare una negoziazione da lui assistita in collaborazione con l'avvocato dell'altra parte⁽⁶²⁾.

Neppure ove il componimento del conflitto e della lite non si dia, però, si esaurirà il dovere di collaborazione, perché anche alle soglie e nello spiegarsi della giurisdizione verità e giustizia sgorgano solo da «un leale contraddittorio»⁽⁶³⁾, in cui ciascun avvocato, con e per la sua parte assistita, consegna nel processo «una visione dei fatti parziale ma veritiera, tale da poter contribuire ad offrire, unitamente alla visione altrettanto parziale offerta dall'avvocato dell'altra parte, un quadro completo»⁽⁶⁴⁾ – ché come, diceva con pensiero

⁽⁵⁹⁾ Sono le parole di P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.

⁽⁶⁰⁾ Nell'esaltazione dell'indispensabilità del confronto, che nel processo si fa contraddittorio, G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

⁽⁶¹⁾ Loda la capacità dell'avvocato di saper assumere la posizione e postura più appropriata a seconda del miglior interesse della persona assistita, senza timore di fare un passo di lato, F. DANOVY, *L'avvocato e la persona che vive la crisi familiare*, cit.

⁽⁶²⁾ *Ibidem*.

⁽⁶³⁾ Così G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

⁽⁶⁴⁾ *Ibidem*.

elevatissimo Francesco Carnelutti, «concepi[re] la verità (...) è un'opera, ch'è veramente superiore alle forze di un uomo» solo⁽⁶⁵⁾.

Anche una volta avviato il processo, quindi, l'avvocato è tenuto a vivere il rapporto con il proprio assistito e con il giudice all'insegna di un contraddittorio autenticamente leale⁽⁶⁶⁾. Se così è, ben potrà accadere allora che il processo giunga anche a concludersi con «un'auspicabile soluzione consensuale della controversia»⁽⁶⁷⁾, perché non v'è dubbio che in tal caso le parti avranno potuto contare su avvocati che vivono la professione forense ‘con coscienza’ (*lawyering with conscience*)⁽⁶⁸⁾, ossia avendo cura di tenere sempre aperto, anche lite pendente, lo spiraglio per l'esercizio dell'autonomia privata dei loro assistiti e la composizione consensuale del conflitto – intendendosi per tale quella vera, e cioè non imposta dal giudice⁽⁶⁹⁾: ché un' proposta conciliativa o transattiva giudizialmente imposta, cela di frequente, pur formalmente accettata dalle parti, un rifiuto implicito quanto meno di una di esse.

L'avvocato ‘con coscienza’, quindi, è quello che sente ed interpreta il suo ruolo quale «consulente della pace e non solo di contendente»⁽⁷⁰⁾. Il che non è constatazione nuova, ancorché pur sempre meritevole di essere ricordata, dal momento che, con acuta quanto nobile intuizione, sottolineava ancora una volta Francesco

⁽⁶⁵⁾ È F. CARNELUTTI, *Miseria e grandezza dell'avvocatura*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, vol. II, Padova, 1953, 231 ss., spec. 237 s., richiamato da G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

⁽⁶⁶⁾ In questi termini, limpida mente, M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, cit.

⁽⁶⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁸⁾ La nozione è ripresa da F. DI DONATO, *La centralità dell'ascolto e della narrazione della storia del cliente*, cit.

⁽⁶⁹⁾ A ragione aspramente critica a riguardo P. LUCARELLI, *Per un ripensamento della formazione del giurista*, cit.

⁽⁷⁰⁾ Questa la bella espressione di M. GRADI, *Il dovere dell'avvocato di informare il cliente*, cit.

Carnelutti (⁷¹): colui che si trova in lite con un suo simile e chiama l'avvocato, anche se crede di aver bisogno di vincere, ha in realtà bisogno di pace e della giustizia che alla pace è indissolubilmente legata.

Abstract

Il contributo restituisce le osservazioni maturate a conclusione del Convegno internazionale dedicato a «Il rapporto avvocato-cliente per un sistema integrato di giustizia», tenuto nell'Università di Trento il 14 e 15 novembre 2024, nel quadro delle iniziative promosse dell'unità di ricerca trentina in seno al Progetto di Rilevante Interesse Nazionale PRIN 2022 «Edu4Just», finanziato dall'Unione europea nel quadro del piano *Next Generation EU*.

Pur muovendo da prospettive diverse, un tratto comune segna tutti i contributi offerti al tema della Conferenza: la dimensione umana della relazione avvocato-persona assistita cui il primo è chiamato a dedicarsi con professionalità, nel rispetto delle regole deontologiche e con senso etico, al fine di accompagnare l'assistito verso la via più appropriata di soluzione del conflitto, nel suo migliore interesse, non necessariamente coincidente con quello processuale. Solo in tal modo l'avvocato assolve alla sua nobile funzione sociale di prevenzione della conflittualità e di risposta responsabile e consapevole alla sua potenziale esacerbazione, evitandola o mitigandola. A questo fine centrale si rivelano educazione e formazione del futuro giurista alle competenze non solo tecnico-giuridiche, ma anche trasversali, che valorizzino la sua intelligenza emotiva e capacità relazionale, in vista della realizzazione di un sistema di giustizia più maturo e completo.

(⁷¹) Così, ancora, Così F. CARNELUTTI, *Vita di avvocato: colloqui*, Torino, 1961, ora in F. CIPRIANI (a cura di), *Vita di avvocato – Mio fratello Daniele – In difesa di uno sconosciuto*, Milano, 2006, spec. 17 ss., beneficamente ricordato da G. RUFFINI, *Interesse del cliente e interesse dell'avvocato in un sistema integrato di giustizia*, cit.

The paper draws on the concluding remarks delivered at the international conference ‘Lawyer-Client Relationship towards an Integrative Justice System’, held at the University of Trento on 14–15 November 2024. The conference was organized within the framework of the Edu4Just project – a Project of Great National Interest financed by the European Union within the Next Generation EU plan.

While offering diverse perspectives, all contributions to the conference share a common foundation and converge on a unified premise: the lawyer-client relationship constitutes, above all, a human relationship that must be approached with professionalism and ethical integrity. Only in this way can lawyers fully exercise their social function of preventing conflict escalation and fostering social cohesion. In this context, soft skills assume a role as pivotal as that of hard skills in guiding clients toward the most appropriate and sustainable resolution of their disputes.

Finito di stampare nel mese di novembre 2025

presso la *Grafica Elettronica Napoli*

EURO 18,00

ISBN 979-12-235-0507-6



9 791223 505076