

GIUSTIZIA CONSENSUALE

Vol. IV

2024

N. 1

RIVISTA SEMESTRALE

INDICE

SAGGI

Paolo Comoglio

Giustizia forzata. Lo strano caso dell'Offer to Settle in Cassazione nel nuovo art. 380 bis c.p.c.

5

Paola Licci

La centralità della giustizia consensuale nelle controversie di lavoro

31

OSSERVATORIO SU LEGISLAZIONE E REGOLAMENTI

Federico Ferraris

Il regolamento di procedura e le spese di mediazione secondo il nuovo d.m. n. 150 del 2023 (ovvero come rendere sovrabbondante ciò che avrebbe dovuto rimanere essenziale, comprensibile e contenuto)

57

OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA

Elena Zucconi Galli Fonseca

Mediazione e nuove domande

87

Angela M. Felicetti

ADR per ordine del giudice nella common law inglese. I nuovi orizzonti aperti da Churchill v. Merthyr Tydfil

107

OSSERVATORIO SULLE PRASSI

Tony N. Leung

Finding the Intersection of Self-Interests. One Judge's Mediation Objective, Approaches Using Science and Art, and for Settling Civil Lawsuits 131

Pierfrancesco C. Fasano

The Elephant, the Forest, and the Pudding. Understanding the Patent Mediation and Arbitration Centre (PMAC) of the Unified Patent Court (UPC) 169

ATTI DI CONVEGNO

Silvana Dalla Bontà

La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale 185

Marco Gradi

Il processo come dialogo 201

Maria C. Erlicher

Il processo bilingue italiano-tedesco. La cura delle parole tra garanzie e sfide 237

Elena Gabellini

La cura delle parole nella dimensione arbitrale: tra libertà e vincoli 257

Silvana Dalla Bontà

La cura delle parole tra processo e metodi consensuali. Per una gestione responsabile del conflitto 281

SEGNALAZIONI E RECENSIONI

Giuseppe Ruffini (a cura di), *Diritto processuale civile* (Silvana Dalla Bontà) 327

Anna Nylund and Antonio Cabral (eds.), *Contractualisation of Civil Litigation*
– *Contractualisation de la Procédure Civile* (Jachin Van Doninck) 335

Katia Fach Gómez, *The Technological Competence of Arbitrators: A*
Comparative and International Legal Study (Marco Buzzoni) 343

GIUSTIZIA FORZATA.

LO STRANO CASO DELL'OFFER TO SETTLE IN CASSAZIONE NEL NUOVO ART. 380 BIS C.P.C.

Paolo Comoglio ()*

SOMMARIO: 1. La proposta di definizione accelerata dei ricorsi civili nella riforma Cartabia. – 2. Gli snodi interpretativi e le prime applicazioni giurisprudenziali. – 3. I dubbi di costituzionalità. – 4. Istanza di decisione e presunzione di abuso: una ‘collaborazione’ evidentemente malintesa.

1. La proposta di definizione accelerata dei ricorsi civili nella riforma Cartabia. – Per quanto la riforma Cartabia del processo civile sia piena di importanti novità, si può affermare che la novella dell’art. 380 bis c.p.c. rappresenti indubbiamente una delle innovazioni più rilevanti, sia dal punto di vista pratico sia dal punto di vista sistematico.

Invero, il legislatore delegato, nell’intento di riorganizzare e coordinare le diverse novelle apportate alla fase procedimentale del ricorso per cassazione negli anni precedenti, oltre ad aver ribadito il carattere generale del procedimento in camera di consiglio e ad averne uniformato lo svolgimento al procedimento – ormai del tutto residuale – in udienza pubblica, ha previsto uno

speciale procedimento per la definizione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili e manifestamente infondati ⁽¹⁾.

La previsione di questa nuova forma di definizione accelerata dei ricorsi rappresenta per così dire la generalizzazione del procedimento semplificato di definizione dei ricorsi in precedenza applicabile solo alla c.d. sezione filtro, sezione introdotta con la novella del 2009 e abrogata proprio dalla riforma Cartabia, che ne ha diffuso le competenze a tutte le altre sezioni ⁽²⁾. Si tratta, tuttavia, di una generalizzazione a senso unico, posto che, a differenza del suo predecessore, almeno in teoria applicabile anche

⁽¹⁾ Sul nuovo art. 380 *bis* c.p.c., si rimanda, in generale, a C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 2023, 474; B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità: il giudice monocratico nel procedimento «accelerato»*, in *Il processo*, 2023, 313; ID., *Il giudice monocratico in Cassazione*, in *Foro it.*, 2023, 23; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 663; P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Giust. civ.*, 2023, 389; R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e cassazione*, in *Giust. civ.*, 2023, 413; S. RUSCIANO, *La decisione conforme alla proposta definitoria ex art. 380 bis, comma terzo, c.p.c.: una forma codificata di abuso del processo o una mera presunzione?*, in <www.judicium.it>, 09.01.2024; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 593; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. II. Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, 13^a ed., Torino, 2023, 593; B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, Milano, 2023, 9^a ed., 701, nonché, nell'ambito dei commentari alla riforma, a F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, in R. TISCINI (a cura di), M. FARINA (coord.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023; E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Torino, 2023, 394; C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, in A. RONCO (diretto da), *Il processo civile riformato*, Torino, 2023, 394.

⁽²⁾ Sulla soppressione della sezione filtro cfr. C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 476; B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 313; R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 433; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 675; P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 399; F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 576; C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 346.

nell'ipotesi di manifesta fondatezza del ricorso ⁽³⁾, il nuovo rito accelerato si applica solo nel caso in cui venga ravvisata la possibile inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso ⁽⁴⁾.

L'introduzione di questo terzo rito, alternativo a quello camerale e a quello in udienza pubblica, era sostanzialmente imposta dalla legge delega, molto specifica sul punto ⁽⁵⁾. Nonostante il notevole livello di dettaglio della l. n. 206 del 2021, l'attuazione della delega merita particolare attenzione; e ciò in quanto il legislatore delegato da un lato ha apportato alcune modifiche non marginali alle indicazioni contenute nella delega, dall'altro non ha chiarito alcune criticità già emerse prima dell'attuazione ⁽⁶⁾.

Il meccanismo processuale è chiaro e apparentemente semplice; qualora il presidente della sezione o il consigliere da questi delegato ⁽⁷⁾ ritenga che il ricorso (e, se del caso, anche il ricorso incidentale) sia inammissibile, improcedibile o manifestamente in-

⁽³⁾ Nella realtà della prassi, tuttavia, risulta che tale procedimento accelerato non sia mai stato utilizzato in caso di manifesta fondatezza del ricorso.

⁽⁴⁾ B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 316; F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 576.

⁽⁵⁾ Sulla legge delega, cfr. M. ACIERNO, R. SANLORENZO, *La cassazione tra realtà e desiderio. Riforma processuale e ufficio del processo. Cambia il volto della Cassazione?*, in *Quest. Giust. trim.*, 2021, 96; F. DE STEFANO, *La riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21*, in <www.giustiziainsieme.it>, 13,12. 2021; G. RAITI, *Le modifiche alla disciplina del ricorso per cassazione*, in M. ACAGNINO, N. PLATANIA (a cura di), *Riforma processo civile: riflessioni a margine sulla legge 206/2021*, Torino, 2022, 107.

⁽⁶⁾ Sul rapporto fra l'effettivo contenuto dell'art. 380 bis c.p.c. e la legge delega si rimanda a E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 394.

⁽⁷⁾ Il legislatore delegato ha specificato questo punto, incerto nella legge delega (in cui si faceva genericamente riferimento a un «giudice della Corte»); in tema cfr. F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 578 (la quale evidenzia, inoltre, la possibilità che, in questo compito, i magistrati della Corte vengano affiancati anche dagli addetti dell'Ufficio per il Processo). Sui problemi organizzativi che questa scelta ha creato (posto che, come accennato già nel testo, questa funzione di selezione preventiva dei ricorsi in precedenza era fissata ad apposita sezione) si veda C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 347.

fondato, può formulare una sintetica proposta di definizione del giudizio. Tale proposta viene comunicata ai difensori delle parti – ma non al procuratore generale ⁽⁸⁾ – e, qualora entro quaranta giorni dal ricevimento della proposta ⁽⁹⁾, la parte non chieda la decisione, il ricorso si intende tacitamente rinunciato, con conseguente estinzione del procedimento ai sensi dell'art. 391 c.p.c. Nella sostanza, quindi, viene introdotta per la prima volta in cassazione una ipotesi di estinzione per inerzia delle parti o per fatti concludenti ⁽¹⁰⁾.

Il legislatore delegato, come già in parte previsto dalla legge delega, ha munito questo particolare meccanismo di definizione dei ricorsi di incentivi alla rinuncia e di disincentivi, pratici e giuridici, alla presentazione dell'istanza di decisione. Anzitutto, è prevista una misura premiale per le parti che decidono di non presentare istanza di decisione, vale a dire l'espressa previsione dell'esonero dal pagamento della sanzione del raddoppio del contributo unificato ⁽¹¹⁾.

Viceversa, la presentazione dell'istanza di decisione è fortemente penalizzata, sia dal punto di vista pratico sia dal punto di vista giuridico. Anzitutto, il legislatore delegato, pur in assenza di

⁽⁸⁾ F. SANTAGADA, Sub art. 380-bis c.p.c., cit., 580. Il mancato coinvolgimento è stato mantenuto dal legislatore delegato nonostante le critiche mosse sul punto alla legge delega; in tema cfr. M. ACIERNO, R. SANLORENZO, *La cassazione tra realtà e desiderio*, cit., 96.

⁽⁹⁾ Nella legge delega si prevedeva un termine più breve, di venti giorni, poi allungato in fase di attuazione quale conseguenza dell'inserimento, quale ulteriore requisito dell'istanza di discussione, della nuova procura alle liti. In tema, cfr. F. SANTAGADA, Sub art. 380-bis c.p.c., cit., 580, E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 395, nota 39.

⁽¹⁰⁾ C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 477; B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 313; C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 360.

⁽¹¹⁾ Questa misura premiale è stata espressamente inserita nel Testo Unico in tema di spese di giustizia e, in particolare, mediante l'inserimento del comma 1° quater.1 nell'art. 13 d.p.r. 112 del 2002. In tema, cfr. B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 315; P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 404.

espresse indicazioni in tal senso nella legge delega, ha stabilito che l'istanza di decisione debba essere sottoscritta dal difensore munito di una nuova procura speciale, il cui rilascio, evidentemente, crea notevoli difficoltà ⁽¹²⁾.

Dal punto di vista strettamente giuridico, inoltre, la presentazione dell'istanza di decisione può comportare, qualora la decisione del ricorso sia conforme alla proposta, l'applicazione della condanna per responsabilità processuale aggravata prevista dai commi tre e quattro del novellato art. 96 c.p.c. ⁽¹³⁾.

2. Gli snodi interpretativi e le prime applicazioni giurisprudenziali. – Complice l'immediata applicazione delle nuove norme in tema di procedimento in cassazione anche ai procedimenti già pendenti per i quali non fosse ancora stata fissata l'udienza di discussione del ricorso, il nuovo procedimento di definizione accelerata dei ricorsi civili disciplinato dall'art. 380 *bis* c.p.c. ha subito trovato frequente applicazione giurisprudenziale ⁽¹⁴⁾.

L'analisi di questa prima casistica giurisprudenziale è particolarmente interessante perché, oltre a rappresentare un segno evidente del favore con il quale la magistratura ha immediatamente – e non certo inaspettatamente – accolto il nuovo strumento processuale, consente di verificare come la giurisprudenza abbia cercato di risolvere le diverse ambiguità interpretative sollevate dal nuovo art. 380 *bis* c.p.c. In effetti, nonostante, come già detto in precedenza, la legge delega fosse alquanto specifica, alcune incertezze interpretative (benché già ampiamente segnalate dalla dottrina) non sono state colmate dal legislatore delegato. In effetti, i

⁽¹²⁾ A. GRAZIOSI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 681.

⁽¹³⁾ B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 318; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 679; P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 404.

⁽¹⁴⁾ Sull'immediata applicabilità delle norme in tema di procedimento per cassazione, ID., *op. cit.*, 391.

dubbi ermeneutici sollevati dall'art. 380 *bis* c.p.c. sono numerosi, alcuni dei quali dal rilevante risvolto sistematico, come si dirà meglio in seguito.

Anzitutto, la Corte ha chiarito che la scelta per l'adozione della procedura accelerata di cui all'art. 380 *bis* c.p.c. non è obbligatoria e, conseguentemente, ove non adottata, non preclude comunque la possibilità per la Corte di chiarare l'inammissibilità, l'improcedibilità o la manifesta infondatezza del ricorso a seguito di procedimento camerale o a udienza pubblica ⁽¹⁵⁾.

L'art. 380 *bis* c.p.c., inoltre, non chiarisce quale sia la porta del vincolo imposto dalla proposta formulata alla stessa Corte di cassazione. Nello specifico, non è chiaro se, in assenza di istanza di decisione, la Corte possa eventualmente tornare sui propri passi e revocare o, in qualche misura, disattendere la proposta formulata. Sul punto, le prime pronunce giurisprudenziali paiono orientate nel senso di considerare automatico l'effetto estintivo determinato dalla formulazione proposta e dalla conseguente mancata formulazione dell'istanza di discussione ⁽¹⁶⁾. Anzi, una più recente pronuncia sul punto, pur affermando la natura meramente interlocutoria e non decisoria della proposta (come tale non vincolante per il collegio), ha affermato che la stessa non sarebbe mai revocabile d'ufficio da parte della Corte stessa ⁽¹⁷⁾.

Non sono chiare neppure le conseguenze nel caso in cui la parte, pur non rimanendo inerte, depositi un atto non espressamente contenente l'istanza di decisione oppure depositi un'istanza di decisione tardiva o priva dei requisiti imposti dalla legge (e, segnatamente, non accompagnata dalla nuova procura speciale alle liti). Sul punto, le prime pronunce, pur con qualche ambiguità,

⁽¹⁵⁾ In questo senso, Cass., sez. I, 26 luglio 2023, n. 22514.

⁽¹⁶⁾ Cass., sez. III, 9 maggio 2024, n. 12676; Cass., sez. II, 23 novembre 2023, n. 32599 (secondo cui il decorso del termine di quaranta giorni senza la presentazione dell'istanza di discussione implica un'implicita e automatica rinuncia al ricorso). In questo senso, in dottrina, M. ACIERNO, R. SANLORENZO, *La cassazione tra realtà e desiderio*, cit., 101.

⁽¹⁷⁾ Cass., sez. I, 14 maggio 2024, n. 14975.

parrebbero distinguere memorie irrituali (depositate entro i quaranta giorni, ma prive dell'espressa formulazione dell'istanza di decisione) dalle vere e proprie istanze di decisione depositate tardivamente o prive di requisiti richiesti dall'art. 380 *bis* c.p.c. e, in particolare, senza la nuova procura speciale.

Le prime, ove non contenenti un espresso riferimento alla proposta o comunque ove non manifestanti, neppure implicitamente, la volontà di chiedere la decisione dovrebbero essere equiparate all'inerzia assoluta, con conseguente estinzione dichiarata ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 380 *bis* e 391 c.p.c. ⁽¹⁸⁾, da pronunciarsi con decreto emesso dal presidente di sezione ⁽¹⁹⁾.

Nel secondo caso, invece, la proposizione irrituale o tardiva dell'istanza di decisione, pur impedendo l'applicazione del procedimento di cui all'art. 380 *bis* c.p.c., non consentirebbe la decisione nel merito del ricorso, da ritenersi inammissibile ai sensi dell'art. 365 c.p.c. e con possibile applicazione diretta dell'art. 96 c.p.c. ⁽²⁰⁾.

In secondo luogo, l'art. 380 *bis* c.p.c. riconosce espressamente l'applicabilità del procedimento di definizione accelerata dei ricorsi anche all'ipotesi in cui sia stato proposto un ricorso incidentale. Pur non brillando per chiarezza, il testo della norma – e, in particolare, l'uso della congiunzione «e» – lascia intendere che, in caso di proposizione di ricorso incidentale, il meccanismo accelerato possa essere utilizzato solo se i presupposti di applicazione

⁽¹⁸⁾ In questo senso, ad esempio, Cass., sez. III, 29 gennaio 2024, n. 2614 e Cass., sez. I, 14 maggio 2024, n. 14975.

⁽¹⁹⁾ In questo senso si sono espresse, anche se in via puramente incidentale, le stesse Sezioni Unite (cfr. Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, par. 12.4). Analogamente, cfr. anche Cass., sez. II, 23 novembre 2023, n. 32599. In dottrina, circa le ambiguità sollevate in merito alla competenza a emettere tale decreto dal nuovo art. 380 *bis* c.p.c., cfr. C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 478; F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 581; E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 396.

⁽²⁰⁾ Cass., sez. III, 15 novembre 2023, n. 31839.

dello stesso (ossia l'inammissibilità, l'improcedibilità e la manifesta infondatezza) riguardano sia il ricorso principale sia quello incidentale.

La norma non chiarisce, invece, cosa succeda nell'ipotesi in cui, una volta formulata una proposta di definizione accelerata in presenza di un ricorso incidentale, solo una parte decida di presentare istanza di decisione. Sul punto, nella prime pronunce sul tema si è affermata l'autonomia delle rispettive posizioni processuali, sostenendosi che, in tale ipotesi, l'impugnazione non coltivata debba considerarsi rinunciata e che la decisione finale adottata in esito alla camera di consiglio sia limitata alla sola impugnazione per la quale è stata proposta istanza di decisione ⁽²¹⁾.

Non è chiaro, invece, cosa succeda in caso di pluralità di parti. Senza dubbio, anche in questi casi si deve ritenere che la proposta possa essere formulata solo nei confronti di tutte le impugnazioni (principali o incidentali). Meno chiari, invece, sono gli effetti nel caso in cui solo una o alcune parti presentino istanza di decisione. In caso di scindibilità delle posizioni processuali appare ragionevole ritenere che l'istanza di discussione non abbia alcun effetto nei confronti delle altre parti non direttamente interessate da tale impugnazione. Più discutibile è, invece, l'ipotesi di inscindibilità; in proposito, la Corte di cassazione, in una delle prime pronunce sul punto, ha ritenuto che l'istanza di decisione proposta da uno dei litisconsorti necessari espliciti i propri effetti anche verso gli altri litisconsorti, pur se rimasti inerti ⁽²²⁾.

Quest'ultima posizione giurisprudenziale, tuttavia, deve essere precisata. Certamente è corretto ritenere che, nel caso di ricorso proposto da due o più litisconsorti necessari, sia sufficiente l'istanza di decisione proposta anche da una sola parte. Più complessa è, invece, la situazione in cui i litisconsorti necessari non abbiano agito

⁽²¹⁾ Cass., sez. II, 16 aprile 2024, n. 10164.

⁽²²⁾ Cass., sez. III, 6 ottobre 2023, n. 28219 (la Corte arriva a tale decisione richiamando la precedente giurisprudenza in tema di eccezione di incompetenza e rinuncia al ricorso per cassazione).

congiuntamente (proponendo distinti ricorsi e con distinti motivi di impugnazione). In questa ipotesi, infatti, deve ritenersi che le eventuali diverse impugnazioni, incidentali o principali, proposte dagli altri litisconsorti si intendano rinunciate. In definitiva, in ipotesi di inscindibilità, fermi restando che gli effetti della decisione del ricorso si estenderanno nei confronti di tutte le parti legate da vincoli di inscindibilità, la Corte dovrà decidere solo ed esclusivamente sui motivi di ricorso formulati dalla parte che ha presentato istanza di decisione.

Sempre con riferimento all'istanza di decisione, altro punto estremamente delicato è quello concernente la nuova procura speciale che deve accompagnare l'istanza. In effetti, l'art. 380 *bis* c.p.c. non ne chiarisce la natura (sostanziale o processuale) e la forma. Sul punto, le Sezioni Unite, peraltro incidentalmente (visto che la decisione concerneva la possibilità del redattore della proposta di comporre il collegio giudicante in caso di istanza di decisione), hanno affermato che non si tratterebbe di una nuova procura alle liti, ma di una procura a «compiere uno specifico atto del processo di cassazione»; tuttavia, nonostante questo, il suo rilascio non richiederebbe la forma pubblica e, pur non rientrando espressamente fra gli atti espressamente menzionati dall'art. 83, 3° comma, c.p.c., richiederebbe semplicemente il rispetto delle forme previste da quest'ultima norma ⁽²³⁾.

Al di là dei profili di costituzionalità e di opportunità di tale norma (su cui si tornerà nei prossimi paragrafi), la posizione delle Sezioni Unite appare discutibile dal punto di vista strettamente tecnico-processuale, se non addirittura contraddittoria; l'elencazione degli atti in calce o a margine dei quali può essere apposta la procura alle liti, per quanto non tassativa, si riferisce pur sempre ad atti

⁽²³⁾ Così, espressamente, Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, par. 12.1. In dottrina, in questo senso, C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 477.

processuali determinanti l'ingresso della parte nel giudizio ⁽²⁴⁾. Tuttavia, la procura speciale prevista dall'art. 380 c.p.c. non può certo considerarsi come collegata a un atto che determina l'ingresso della parte nel giudizio, a meno di ritenere – ma sono le stesse Sezioni Unite ad escluderlo – che a seguito dell'istanza di decisione si apra una nuova fase del processo ⁽²⁵⁾.

Le difficoltà ermeneutiche sollevate dall'art. 380 *bis* c.p.c. non riguardano, tuttavia, la sola fase di presentazione dell'istanza di decisione, ma coinvolgono anche la fase di decisione del ricorso (nel caso in cui la parte depositi l'apposita istanza). In effetti, come già accennato, l'art. 380 *bis* c.p.c. prevede che, nel caso in cui la decisione della Corte sia conforme alla proposta di definizione, il giudice «applica» terzo e del quarto comma dell'art. 96 c.p.c. Il testo della norma parrebbe configurare una sorta di automatismo sanzionatorio, conseguente al mero fatto oggettivo della conformità della decisione rispetto alla proposta.

Le prime pronunce giurisprudenziali paiono escludere, almeno astrattamente, tale automatismo; si afferma, tuttavia, l'esistenza di una sorta «presunzione normativa d'abuso del processo», sulla base del fatto che il disconoscimento delle proposte formulate dal consigliere delegato implicherebbe una presunzione di responsabilità aggravata da parte del ricorrente ⁽²⁶⁾. Si tratterebbe, nella sostanza, di un'ipotesi normativa – e quindi espressamente tipizzata ⁽²⁷⁾ – di abuso del processo ⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ In questo senso è indirizzata la stessa giurisprudenza di legittimità, cfr., in tema, Cass., sez. III, 4 novembre 2020, n. 24472; Cass., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21154.

⁽²⁵⁾ Cfr. ancora Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, par. 12.5.

⁽²⁶⁾ Cass., sez. lav., 12 aprile 2024, n. 9943, Cass., sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28550.

⁽²⁷⁾ Cass., sez. un., 27 settembre 2023, n. 27433.

⁽²⁸⁾ Cass., sez. un., 13 ottobre 2023, n. 28540; Cass., sez. I, 11 luglio 2023, n. 19749. In tema cfr. S. RUSCIANO, *La decisione conforme alla proposta definitoria ex art. 380 bis, comma terzo, c.p.c.*, cit., 1.

Al di là di queste affermazioni di principio, le prime pronunce paiono aver applicato in modo alquanto rigido questa presunzione di abuso, nei fatti considerata molto poco relativa; del resto, al netto delle ipotesi in cui la corte decida difformemente dalla proposta e salvo il caso, peraltro assai improbabile, in cui il collegio rigetti il ricorso per ragioni differenti rispetto a quelle indicate nella proposta ⁽²⁹⁾, è molto difficile immaginare quali possano essere le ipotesi in cui questa presunzione possa essere superata ⁽³⁰⁾.

Sempre con riferimento alle sanzioni per responsabilità processuale aggravata, la giurisprudenza ha altresì precisato che, stante il carattere pubblicistico della funzione deterrente e della conseguente sanzione dell'art. 380 *bis* c.p.c., la condanna ai sensi dell'art. 96, 4° comma, c.p.c. non è esclusa neppure dalla mancata costituzione del controricorrente, circostanza che preclude unicamente la condanna ai sensi del terzo comma della medesima norma ⁽³¹⁾.

Un ultimo, ma estremamente delicato, dubbio interpretativo concerne la possibilità o meno che il giudice che ha formulato la proposta faccia parte del collegio che decide ricorso in caso di presentazione dell'istanza di decisione. Su questo punto sono già intervenute le stesse Sezioni Unite, ammettendo tale possibilità. Stante i peculiari riflessi costituzionali e sistematici di tale pronuncia, questo profilo verrà analizzato più specificamente nei prossimi due paragrafi ⁽³²⁾.

3. I dubbi di costituzionalità. – Al di là delle questioni più squisitamente tecnico-interpretative, la nuova e del tutto peculiare confi-

⁽²⁹⁾ E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 397.

⁽³⁰⁾ S. RUSCIANO, *La decisione conforme alla proposta definitiva ex art. 380 bis, comma terzo, c.p.c.*, cit., 7 ss.

⁽³¹⁾ In questo senso, sempre che, ovviamente, la decisione della Corte sia conforme alla proposta, cfr. Cass., sez. III, 4 ottobre 2023, n. 27947 e Cass., sez. un., 22 settembre 2023, n. 27195. Su queste pronunce, cfr. S. RUSCIANO, *La decisione conforme alla proposta definitiva ex art. 380 bis, comma terzo, c.p.c.*, cit., 1.

⁽³²⁾ Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611.

gurazione del meccanismo di definizione accelerata dei ricorsi per cassazione ha da subito sollevato molte perplessità sia sotto l'aspetto sistematico (di cui si parlerà nel prossimo paragrafo) sia sotto il profilo di legittimità costituzionale. In effetti, sostanzialmente tutti i primi commentatori della riforma hanno espresso, in modo più o meno marcato, diversi dubbi di costituzionalità dell'art. 380 *bis* c.p.c. ⁽³³⁾.

Anzitutto, si è prospettata una possibile violazione dell'art. 76 Cost. per il fatto che il legislatore delegato non avrebbe previsto, contrariamente a quanto stabilito nella legge delega, che la proposta di definizione accelerata debba contenere «la sintetica indicazione delle ragioni dell'inammissibilità, dell'improcedibilità o della manifesta infondatezza ravvisata» ⁽³⁴⁾. In effetti, sul punto pare evidente la violazione della legge delega, posto che l'art. 380 *bis* c.p.c. non prevede alcuna indicazione, neppure minima, circa il contenuto della proposta ⁽³⁵⁾.

Ve detto, però, che la connotazione in termini di sinteticità della proposta potrebbe essere letta come impositiva di un vero e proprio dovere per il giudice estensore della proposta di illustrare, in forma sintetica ma comunque adeguata ⁽³⁶⁾, le ragioni dell'inammissibilità, dell'improcedibilità o della manifesta infondatezza del ricorso; e va detto anche che, in effetti, nelle prime applicazioni giurisprudenziali, le proposte sono state sempre accompagnate da tale indicazione.

⁽³³⁾ R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 435.

⁽³⁴⁾ Così espressamente prevedeva l'art. 1, 9° comma, lett. e), n. 1, legge delega n. 206 del 2021.

⁽³⁵⁾ C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 478; P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 405; B. CAPPONI, *Il giudizio monocratico in Cassazione*, cit., 25; A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 677; E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 399; C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 363.

⁽³⁶⁾ F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 578.

La violazione dell'art. 76 Cost., inoltre, può prospettarsi, questa volta per un eccesso di delega, con riferimento alla prevista necessità di rilascio di una nuova procura speciale da allegare all'istanza di decisione. In effetti, nei criteri previsti dal legislatore delegante non vi era alcun riferimento alla richiesta di rilascio di una nuova procura speciale ⁽³⁷⁾.

Certamente, come osservato in dottrina, il diretto coinvolgimento della parte può giustificarsi in considerazione della delicatezza della scelta di aderire o meno alla proposta di definizione e, conseguentemente, di esporsi alle sanzioni previste dall'art. 380 *bis* c.p.c. ⁽³⁸⁾ o, secondo un'interpretazione più maliziosa (ma che forse coglie le effettive intenzioni del legislatore), di una sostanziale sfiducia verso l'avvocato del ricorrente ⁽³⁹⁾. Tuttavia, il legislatore avrebbe potuto garantire il coinvolgimento diretto della parte in altro modo, prevedendo, come fatto in molti altri casi di atti processuali particolarmente delicati (fra cui, ad esempio, la rinuncia espressa al ricorso per cassazione, secondo quanto previsto dall'art. 390, 2° comma, c.p.c.), che l'atto venisse sottoscritto direttamente dalla parte.

Nella sostanza, non pare che la legge delega consentisse al legislatore delegato di derogare al principio previsto dall'art. 83, ult. comma, c.p.c. (certamente applicabile anche al rilascio della procura speciale per il giudizio di cassazione) in base al quale la procura si considera conferita *ex lege* per l'intero grado del processo. Tale possibile eccesso di delega appare ancor più marcato soprattutto se

⁽³⁷⁾ L'art. 1, 9° comma, lett. e), n. 3, legge delega n. 206 del 2021 autorizzava il legislatore delegato a prevedere esclusivamente che «se nessuna delle parti chiede la fissazione della camera di consiglio nel termine di venti giorni dalla comunicazione, il ricorso si intenda rinunciato e il giudice pronunci decreto di estinzione», senza prevedere la possibilità di ulteriori requisiti.

⁽³⁸⁾ In generale sul requisito della nuova procura P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 403; F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 583.

⁽³⁹⁾ A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 678.

si ritiene – come già fatto dalle stesse Sezioni Unite – che non vi sarebbe alcuna soluzione di continuità fra la fase della proposta di definizione e la decisione del ricorso a seguito di istanza di decisione ⁽⁴⁰⁾.

In secondo luogo, si può prospettare l'incostituzionalità dell'art. 380 *bis* c.p.c. per violazione della garanzia di accesso alla tutela giurisdizionale e dei principi del giusto processo (in relazione agli artt. 24 e 111, 7° comma, Cost.). Ovviamente, la predisposizione di filtri di ammissibilità delle impugnazioni di per sé non rappresenta una violazione di tali principi. Lo può diventare, tuttavia, ove, in concreto, il meccanismo predisposto dal legislatore sia sproporzionato e si riveli, nei fatti, un diniego di accesso alla tutela prevista.

E, in effetti, proprio questo pare essere il caso dell'art. 380 *bis* c.p.c., in cui il meccanismo predisposto dal legislatore appare decisamente irragionevole, sproporzionato e sbilanciato. In particolare, il peso della proposta (considerando che viene fatta da un giudice che comporrà il collegio chiamato a decidere il ricorso in caso di istanza di decisione), l'assenza di un requisito minimo di motivazione delle ragioni di inammissibilità o manifesta infondatezza della proposta e la gravosità delle sanzioni (per giunta applicabili pressoché automaticamente nel caso in cui la decisione si conformi alla proposta) rappresentano un ostacolo sproporzionato ed eccessivo all'accesso alla tutela giurisdizionale e alla tutela impugnatoria in particolare. Come è stato ironicamente (ma non troppo) osservato, si tratta di una proposta che non si può rifiutare ⁽⁴¹⁾.

In effetti, un filtro può giustificarsi se la scelta di non proseguire nell'impugnazione è frutto di una consapevole condivisione delle ragioni di infondatezza della proposta; e così sembrerebbero anche ritenere le Sezioni Unite della Corte di cassazione, secondo cui la proposta di definizione realizzerebbe un assetto meramente interi-

⁽⁴⁰⁾ Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, par. 12.5.

⁽⁴¹⁾ B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, cit., 23.

nale e strumentale, prodromica, ma non vincolante, alla decisione del collegio ⁽⁴²⁾.

Tale affermazione, condivisibile da un punto di vista puramente astratto, risulta del tutto inadeguata in considerazione del concreto funzionamento del meccanismo predisposto dal legislatore, in cui la scelta del ricorrente di non insistere nel ricorso è quasi certamente dettata non tanto dalla condivisione delle ragioni poste a fondamento della proposta (che peraltro potrebbero anche mancare, non essendo imposte dall'art. 380 *bis* c.p.c.), ma essenzialmente in considerazione dei fortissimi rischi collegati alla prosecuzione del giudizio. È il complessivo bilanciamento dei (molti) pesi e dei (pochi) contrappesi ⁽⁴³⁾ all'accettazione della proposta a rendere quest'ultima pressoché definitiva, soprattutto per le parti più deboli, impossibilitate a far fronte alle pesanti conseguenze delle sanzioni conseguenti alla presentazione dell'istanza di decisione e, quindi, del tutto incentivate a rinunciare al ricorso ⁽⁴⁴⁾.

Un ulteriore profilo di incostituzionalità può essere ravvisato con riferimento ai principi del giudice naturale precostituito per legge (in relazione all'art. 25 Cost.) e della necessaria collegialità della decisione della Corte (*ex art.* 106 Cost.).

Al di là della formale qualificazione operata dalla norma, la 'proposta' prevista dall'art. 380 *bis* c.p.c. appare, a tutti gli effetti, una «decisione». Anzitutto, è la stessa rubrica dell'art. 380 *bis* c.p.c. a parlare di decisione ⁽⁴⁵⁾; in secondo luogo, se non vi fosse uno iato fra la fase sommaria della proposta e la fase di decisione allora non si capirebbe la necessità di una nuova procura alle liti, po-

⁽⁴²⁾ Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, par. 12.

⁽⁴³⁾ R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 434.

⁽⁴⁴⁾ B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, cit., 26; C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 363.

⁽⁴⁵⁾ B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 314; R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 434.

sto che l'art. 83 c.p.c. prevede espressamente la presunzione di conferimento della procura per l'intero grado di giudizio ⁽⁴⁶⁾.

Si tratta, poi, di una decisione 'monocratica', in quanto il giudice che la formula è del tutto svincolato dal collegio; sul punto le Sezioni Unite della Corte hanno ritenuto che, in considerazione del carattere non vincolante della proposta, il meccanismo di definizione accelerata non violerebbe la collegialità della medesima ⁽⁴⁷⁾. In realtà, la posizione delle Sezioni Unite non è condivisibile o, comunque, potrebbe valere solo nel caso in cui venisse presentata l'istanza di decisione; invece, lo stesso ragionamento non vale nel caso in cui l'istanza non venga presentata. In questa ipotesi (che, del resto, è poi l'ipotesi più delicata, in cui appunto la parte rinuncia alla tutela impugnatoria), la proposta (mai discussa dal relatore con il collegio) non viene più riesaminata e, soprattutto, come già ricordato in precedenza, non potrebbe mai essere revocata ex officio dal collegio, neppure ove non la condividesse ⁽⁴⁸⁾.

Tale meccanismo decisorio, quindi, pare contrastare con l'art. 106 Cost. (anche nelle relazioni tra il secondo e terzo comma) e con l'art. 67 ord. giud., da cui discende la necessaria collegialità delle decisioni della Corte di cassazione, anche in considerazione delle funzioni di rilievo pubblicistico, quali quella nomofilattica, della Corte stessa ⁽⁴⁹⁾.

L'ultimo, ma sotto molto punti di vista più delicato profilo di incostituzionalità è rappresentato dalla possibile violazione del principio all'imparzialità dell'organo giudicante, sancito dall'art. 111, 2° comma, Cost., posto che l'art. 380 *bis* c.p.c. non vieta che il

⁽⁴⁶⁾ Così B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 319.

⁽⁴⁷⁾ Cass., sez. III, 29 gennaio 2024, n. 2614. In questo senso, in dottrina, cfr. A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 680, spec. nota 31.

⁽⁴⁸⁾ Cass., sez. I, 14 maggio 2024, n. 14975.

⁽⁴⁹⁾ In questo senso, B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 319.

giudice estensore della proposta faccia parte del collegio chiamato a decidere del ricorso dopo il deposito dell'istanza di decisione.

Sul punto, le Sezioni Unite hanno affermato che l'assenza di tale divieto non violerebbe i principi costituzionali relativi all'imparzialità-terzietà della giurisdizione, ma che, al contrario, proprio la partecipazione del redattore della proposta al collegio contribuirebbe ad assicurare un maggiore rendimento dell'attività giurisdizionale senza confliggere con le garanzie processuali previste dall'art. 111 Cost. e dall'art. 6 CEDU ⁽⁵⁰⁾.

Anche in questo caso, le argomentazioni delle Suprema Corte non paiono condivisibili. Come si è detto in precedenza, la proposta di definizione del ricorso è, da sola, potenzialmente idonea a definire il giudizio; anzi, nei fatti ha un peso ancora maggiore in considerazione del rischio di pesanti sanzioni connesso alla presentazione dell'istanza di decisione. Proprio per questo, appaiono del tutto seri e condivisibili i dubbi di non imparzialità dell'estensore della proposta una volta che componga il collegio chiamato a decidere il ricorso ⁽⁵¹⁾; e ciò anche senza prospettare interpretazioni malevole e maliziose di quanto affermato dalle Sezioni Unite, secondo cui la partecipazione del giudice estensore della proposta al collegio assicurerebbe un contributo a una «maggiore celerità della decisione» e a «una migliore qualità dell'accertamento» ⁽⁵²⁾.

Per quanto seri, tuttavia è comunque molto improbabile che questi dubbi di legittimità costituzionale possano essere concretamente sottoposti al vaglio della Consulta: da un lato la proposizione dell'istanza di decisione priverebbe di rilevanza molte delle questioni appena segnalate ⁽⁵³⁾; dall'altro, in assenza di tale istanza, è al-

⁽⁵⁰⁾ Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611.

⁽⁵¹⁾ A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 678; B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, cit., 26; F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 582.

⁽⁵²⁾ Così espressamente Cass., sez. un., 10 aprile 2024, n. 9611, par. 13.

⁽⁵³⁾ Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui si voglia eccepire l'incostituzionalità dell'art. 380 *bis* c.p.c. con riferimento al meccanismo di rinuncia tacita del ricorso in caso di mancata presentazione dell'istanza di decisione. In questo caso, se

tamente improbabile che la Corte di cassazione, ossia l'ufficio giudiziario che maggiormente beneficia della nuova norma ma anche l'unico giudice in grado di sollevare tali questioni, sia propenso a sollevarle⁽⁵⁴⁾. In questo senso può leggersi proprio una recente pronuncia, in cui la Corte, con una interpretazione alquanto stravagante (e contrastante con il carattere chiaramente ufficioso del possibile rilievo dell'incostituzionalità), ha ritenuto che la parte, per poter prospettare profili di illegittimità dell'art. 380 *bis* c.p.c. senza presentare istanza di decisione del ricorso, dovrebbe munirsi di un'apposita procura rilasciata solo a tal fine⁽⁵⁵⁾.

4. *Una 'collaborazione' del tutto malintesa.* – Al di là dei dubbi di costituzionalità, pur molto seri come detto, il nuovo strumento di deflazione del contenzioso di legittimità solleva gravi perplessità anche di ordine sistematico.

Anzitutto, il legislatore (forse involontariamente) e la giurisprudenza (invece con piena consapevolezza) paiono aver frainteso il funzionamento dei meccanismi endoprocessuali di definizione consensuale del processo. In effetti, il nuovo procedimento di definizione accelerata dei ricorsi civili potrebbe essere qualificato come una sorta di *offer to settle* giudiziale, sia perché la mancata richiesta di decisione implica l'automatica definizione del giudizio, sia perché il rifiuto della proposta (implicito nella richiesta di decisione) determina significative conseguenze sfavorevoli.

Tuttavia, il legislatore non pare aver compreso i presupposti di funzionamento di questo istituto, tipico degli ordinamenti di *com-*

l'istanza venisse presentata la questione di costituzionalità sarebbe comunque inammissibile, posto che, appunto, l'istanza è stata comunque presentata; ove, invece, l'istanza di decisione non venisse presentata, la questione dovrebbe essere sollevata con una memoria irrituale, memoria che, tuttavia, come si già è detto, è considerata irrilevante ed equiparata all'inerzia assoluta (Cass., sez. III, 29 gennaio 2024, n. 2614).

⁽⁵⁴⁾ C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 365.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass, sez. I, 14 maggio 2024, n. 14975, par. 11.

mon law ⁽⁵⁶⁾). In effetti, l'obiettivo di questi meccanismi non è quello di definire, a qualsiasi costo e in qualsiasi modo, un contenzioso, quanto, al contrario, incentivare il più possibile le parti a formulare e accettare una proposta di definizione che sia ragionevole. Come giustamente osservato con riferimento all'*offer to settle* prevista nelle *Civil Procedure Rules* inglesi, questo meccanismo «*rewards litigants who make reasonably-pithced settlement offers, and penalises litigants who refuse reasonable offers*» ⁽⁵⁷⁾.

Per raggiungere questi obbiettivi, il meccanismo dell'*offer to settle* si fonda su un delicato (e tuttora discusso) equilibrio di pesi e contrappesi, affinché una parte sia incentivata a formulare un'offerta ragionevole senza, tuttavia, poterne approfittare strategicamente. Proprio per questo, ad esempio, in Inghilterra si prevede che il contenuto della proposta venga reso disponibile al giudice solo al momento della decisione sulle spese del processo, decisione che avviene in un momento successivo rispetto alla decisione sul merito. La scelta, ovviamente, non è casuale; si vuole evitare che la

⁽⁵⁶⁾ Gli esempi più noti sono certamente l'*offer to settle* disciplinata dalla Part 36 delle *Civil Procedure Rules* inglesi e l'*offer to judgment* prevista dalla Rule 68 delle *Federal Rules of Civil Procedure* statunitensi. In tema, senza pretese di completezza, si rimanda, anche per ulteriori riferimenti, a N. ANDREWS, *On Civil Procedure. Court Proceedings, Arbitration & Mediation*, vol. II, Cambridge, 2019, §§ 18.58 ss.; D.L. WARD, *New Carrots and Sticks: Proposals for Reform of CPR Part 36*, in 70 *Modern Law Rev.* (2007), 278; D.M. SHELTON, *Rewriting Rule 68: Realizing the Benefits of the Federal Settlement Rule by Injecting Certainty into Offers of Judgment*, in 91 *Minn. L. Rev.* (2007), 869; K. WYNOSKY, *Settlement's Rusty Sword: The Forgotten Role of Rule 68 in Constitutional Litigation*, in 70 *Mercer L. Rev.* (2019), 457; R.G. BONE, *'To Encourage Settlement': Rule 68, Offers of Judgment, and the History of the Federal Rules of Civil Procedure*, in 102 *Nw.U. L. Rev.* (2008), 1561; H.S. LEWIS, JR., T.A. EATON, *Of Offers Not (Frequently) Made and (Rarely) Accepted: The Mystery of Federal Rule 68*, in 57 *Mercer L. Rev.* (2006), 723; R.D. SIMON, JR., *The Riddle of Rule 68*, in 54 *Geo. Wash. L. Rev.* (1985), 1. Nella dottrina italiana, cfr. M. LUPANO, *Responsabilità per le spese e condotta delle parti*, Torino, 2013, 240 e, se consentito, P. COMOGLIO, *Il processo come fenomeno economico di massa. Problemi di finanziamento e di remunerazione delle controversie civili*, Torino, 2022, 275.

⁽⁵⁷⁾ D.L. WARD, *New Carrots and Sticks*, cit., 278.

proposta venga formulata (non per trovare una giusta definizione consensuale della controversia, ma) per influenzare indebitamente la decisione del giudice. Del resto, tale esigenza è ben presente anche in Italia, come dimostra l'espresso divieto di produrre in giudizio la corrispondenza fra avvocati contenente una proposta conciliativa (anche se non dichiarata come riservata), sancito dall'art. 48 del codice deontologico forense. E si può dire che tale esigenza fosse anche implicitamente sottesa alla questione di costituzionalità recentemente sollevata con riferimento all'applicazione dell'*offer to settle* prevista dall'art. 91 c.p.c. al rito del lavoro ⁽⁵⁸⁾.

Ma non solo. In Inghilterra e negli Stati Uniti si regola in modo preciso quale delle parti possa formulare la proposta, ancora una volta al fine di evitare che il meccanismo dell'offerta possa essere sfruttato a fini esclusivamente strategici. Soprattutto, si esclude che tale meccanismo possa essere utilizzato direttamente dal giudice; si può certamente ritenere che tale scelta sia motivata sia da ragioni teoriche (per non comprometterne l'imparzialità) sia da ragioni pratiche (il giudice spesso non è a conoscenza di tutti gli elementi della controversia utili per poter formulare una adeguata proposta conciliativa e certamente non è a conoscenza di elementi ulteriori che possono essere inseriti in una proposta che regoli anche aspetti che esulano dalla controversia).

Non pare che il legislatore abbia colto l'importanza di tali profili, visto che non ha imposto alcun vincolo di riservatezza sulla proposta e, addirittura, ha attribuito proprio al giudice la possibilità di formulare la proposta; il tutto aggravato dalla pressoché automatica applicazione delle sanzioni previste dall'art. 96 c.p.c. nel caso in cui il contenuto della proposta venga confermato nella decisione finale; in proposito, appare evidente la distonia rispetto all'analogo meccanismo previsto in caso di rifiuto della proposta da parte del media-

⁽⁵⁸⁾ In questo senso, M. BARBERIO, *La Consulta sulle spese di lite: il rifiuto della proposta conciliativa*, in *Lavoro nella giurisprudenza*, 2021, 699, proprio con riferimento a Corte cost., 11 dicembre 2020, n. 268, in *Giur. cost.*, 2020, 3142.

tore ai sensi dell'art. 13 del d.lgs. n. 28 del 2010 ⁽⁵⁹⁾, in cui il giudice può (ma non è tenuto) a condannare per responsabilità processuale aggravata la parte che ha rifiutato la proposta ⁽⁶⁰⁾.

Appare francamente difficile pensare che il giudice, dopo aver formulato la proposta di definizione della controversia muti la propria idea a seguito di decisione adottata secondo le forme camerali, ossia senza udienza orale e senza un effettivo ulteriore contraddittorio fra la parti. Ed è ancor più difficile pensare che le parti lo percepiscano come imparziale dopo la formulazione di una proposta in cui manifesta in modo espresso il proprio convincimento ⁽⁶¹⁾. E, in questo senso, anche a prescindere dai profili di costituzionalità della norma, appare comunque ipotizzabile la possibilità di ricusare il giudice che ha formulato la proposta, come ricavabile, a contrario, dalla previsione contenuta nell'art. 185 *bis* c.p.c., in cui il legislatore ha espressamente escluso la ricusazione ⁽⁶²⁾.

Al di là delle perplessità pratiche e teoriche riguardanti direttamente la proposta di definizione accelerata dei ricorsi, l'aspetto che probabilmente desta le maggiori perplessità è rappresentato dagli effetti, giustamente definiti «distorsivi» ⁽⁶³⁾, che tale meccanismo processuale può avere, in generale, sull'effettività della tutela giurisdizionale.

Il problema non è tanto se i ricorsi verranno disincentivati, effetto peraltro non così scontato, come giustamente osservato in

⁽⁵⁹⁾ A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 679.

⁽⁶⁰⁾ Sulla eventualità di tale applicazione, cfr. A.D. DE SANTIS, *Contributo allo studio della funzione deterrente del processo civile*, Napoli, 2018, 283 ss., il quale giustamente sottolinea la non automaticità della sanzione prevista dall'art. 96 c.p.c. anche nel caso di applicazione dell'art. 3, 3° comma, d.l. n. 132 del 2014 in tema di negoziazione assistita.

⁽⁶¹⁾ A. GRAZIOSI, *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 679.

⁽⁶²⁾ Cfr. ancora ID., *op. ult. cit.*, 681, spec. nota 32 (anche per gli opportuni riferimenti bibliografici sull'art. 185 *bis* c.p.c.).

⁽⁶³⁾ R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 434.

dottrina ⁽⁶⁴⁾, quanto piuttosto quali ricorsi verranno disincentivati e in che modo ciò avverrà. Come già si è detto, la *ratio* sottesa ai meccanismi di definizione consensuale del processo non è quella di disincentivare il ricorso alla tutela giurisdizionale quanto piuttosto di incentivare una definizione consensuale che sia la più ragionevole e corretta possibile.

Il punto è questo; un meccanismo di *offer to settle* giudiziale deve essere in grado non tanto di disincentivare *tout court* il ricorso all'autorità giurisdizionale, quanto di disincentivare la proposizione di istanze manifestamente pretestuose e inammissibili. Tuttavia, la proposta di definizione accelerata prevista dall'art. 380 *bis* c.p.c. non pare essere idonea a questo fine e il problema risiede nelle modalità con cui la proposta viene formulata. Ciò non dipende dal fatto che il giudice che ha formulato la proposta possa poi far parte del collegio che decide il ricorso; ciò dipende essenzialmente dal fatto che la valutazione della possibile inammissibilità, improcedibilità o manifesta infondatezza del ricorso è operata da un giudice monocratico ⁽⁶⁵⁾, a seguito di una deliberazione sommaria e basata su criteri vaghi ⁽⁶⁶⁾ e incoerenti, visto che l'infondatezza deve essere manifesta, mentre lo stesso non vale l'inammissibilità e l'improcedibilità ⁽⁶⁷⁾.

In realtà, questa deriva verso la sommarietà, della decisione e della motivazione, è ormai in atto da diverso tempo. Si pensi, ad esempio, alle semplificazioni apportate negli ultimi anni al contenu-

⁽⁶⁴⁾ P. FARINA, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 405, secondo la quale lo strumento previsto dall'art. 380 *bis* c.p.c. non sarebbe comunque idoneo a dissuadere i ricorrenti dal chiedere la discussione del ricorso.

⁽⁶⁵⁾ R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 434.

⁽⁶⁶⁾ B. CAPPONI, *Una novità assoluta per il giudizio di legittimità*, cit., 317; E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 400.

⁽⁶⁷⁾ In tema si veda A. GRAZIOSI, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 683, il quale giustamente rileva come le questioni processuali sottostanti all'inammissibilità o all'improcedibilità di un ricorso possano presentare un grado di incertezza interpretativa non dissimile dalle questioni sostanziali.

to della motivazione e all'introduzione (o meglio alle modalità della configurazione) del principio di sinteticità (spesso frainteso come mera brevità); tali modifiche denotano un *trend*, ormai ampiamente consolidato, verso una razionalità della decisione giudiziale – per usare la terminologia riferibile agli studi di Herbert Simon – sempre più «limitata» ⁽⁶⁸⁾.

Quello che conta non è più o quantomeno non è più tanto decidere bene; quello che conta è, semplicemente, decidere, anzi smaltire. La decisione accelerata, ma in realtà forzata ⁽⁶⁹⁾ dei ricorsi per cassazione sembra purtroppo rappresentare l'ultima tappa di questa triste involuzione processuale, in cui la qualità della giustizia viene sacrificata a favore della quantità. Tale scelta, tuttavia, è fortemente criticabile non solo sotto l'aspetto teorico, ma anche sotto l'aspetto pratico. In effetti, se anche si ammettesse che la qualità delle decisioni sia sacrificabile a favore di una maggiore celerità – ma così non è, come si è cercato di segnalare altrove, segnalando come l'efficienza del processo non possa prevalere sull'effettività della tutela ⁽⁷⁰⁾ – è assai discutibile che l'art. 380 *bis* c.p.c. sia davvero idoneo a raggiungere gli auspicati obiettivi di una maggiore efficienza ⁽⁷¹⁾. Anzitutto, il fatto che l'accelerazione riguardi i ricorsi inammissibili o infondati implica inevitabilmente che vengano messi in coda i ricorsi fondati, ossia quelli che, invece, dovrebbero essere decisi per primi e più velocemente ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁸⁾ In generale, sulle riforme in tema di contenuto della motivazione e sulle conseguente sulla decisione giudiziale, cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. TARUFFO, *Addio alla motivazione?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 375 ss.; ID., *La motivazione della sentenza: riforme in peius*, in *Lav. dir.*, 2014, 373; C. RASIA, *La crisi della motivazione nel processo civile*, Bologna, 2016, 326.

⁽⁶⁹⁾ A. GRAZIOSI, *Il giudizio di Cassazione dopo il d.lgs. n. 149 del 2022*, cit., 679, il quale parla, giustamente, di vera e propria «coartazione della volontà del ricorrente».

⁽⁷⁰⁾ In tema, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, sia consentito il rinvio a P. COMOGGIO, *Il processo come fenomeno economico di massa*, cit., 425 ss.

⁽⁷¹⁾ E. BERNINI, *Il procedimento innanzi alla Corte di cassazione*, cit., 399.

⁽⁷²⁾ F. SANTAGADA, *Sub art. 380-bis c.p.c.*, cit., 576, nota 6.

Ma anche con riferimento ai ricorsi inammissibili o infondati, il nuovo meccanismo processuale di definizione accelerata non pare idoneo né a disincentivare nuovi ricorsi né a risolvere il conflitto posto alla base dei ricorsi definiti con il nuovo meccanismo accelerato.

Dal primo punto di vista, anche alla luce dell'esperienza delle precedenti innumerevoli riforme in tema di giudizio di cassazione, appare alquanto improbabile che oggi più parti rispetto al passato rinuncino a ricorrere per cassazione; fatta eccezione per alcuni casi limite, appare francamente difficile pensare che in passato molte parti abbiano proposto o propongano un ricorso per cassazione nella consapevolezza dell'inammissibilità o della manifesta infondatezza dello stesso. Il problema, come era già da molti anni segnalato dalla più accorta dottrina, risiede nella possibilità, riconosciuta incondizionatamente dall'art. 111 Cost., di impugnare ogni sentenza in cassazione per violazione di legge ⁽⁷³⁾.

Ma il meccanismo di definizione accelerata dei ricorsi non pare neppure idoneo a definire la singola lite o, meglio, non pare idoneo a risolvere la ragione da cui scaturisce il conflitto alla base della lite. Una decisione negativa, infatti, non è necessariamente idonea a risolvere la ragione a fondamento del conflitto e, quindi, a indurre la parte a desistere dalle proprie pretese, specialmente se la parte non si convince dell'infondatezza della propria pretesa. In questo caso, appare ben difficile che la parte, una volta arrivata all'ultimo grado di giudizio, si convinca di aver davvero torto a fronte di una proposta resa da un giudice monocratico sulla base di una valutazione puramente sommaria, ossia a fronte di una so-

⁽⁷³⁾ Si tratta di un'opinione molto diffusa e condivisa nella dottrina italiana e, sul punto, è impossibile, fornire indicazioni bibliografiche adeguate. Senza pretese di completezza, quindi, sul punto si rimanda a M. TARUFFO, *Linee per una riforma della cassazione civile*, in ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, 171 ss.; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2019, 39 ss., nonché da ultimo, proprio con specifico riferimento all'art. 380 bis c.p.c., B. CAPPONI, *Il giudice monocratico in Cassazione*, cit., 26, C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 479.

luzione ben poco conforme alla funzione di controllo normalmente attesa da una parte ⁽⁷⁴⁾. Magari la parte, fortemente disincentivata dai rischi connessi all'istanza di decisioni, rinuncerà al ricorso; ben difficilmente, però, si convincerà dell'infondatezza della propria pretesa e rinuncerà a trovare altre strade per farla valere.

Pertanto, anche alla luce delle esperienze delle corti di ultima istanza di altri ordinamenti ⁽⁷⁵⁾ e delle corti sovranazionali ⁽⁷⁶⁾, in cui la trattazione dei ricorsi *prima facie* inammissibili o infondati è comunque rimessa a una composizione ristretta ma pur sempre collegiale delle corti, appare francamente difficile pensare che il meccanismo di definizione accelerata dei ricorsi possa essere facilmente accettato dalle parti. In altri termini vi è il rischio che si sprechino risorse per formulare proposte frutto di valutazioni sommarie e di bassa qualità per definire temporaneamente una lite, ma senza risolvere il conflitto, conflitto che, in sedi e modalità differenti, riesploderà comunque.

Abstract

L'articolo ha ad oggetto l'analisi del procedimento di definizione accelerata dei ricorsi per cassazione previsto dall'art. 380 *bis* c.p.c., così come modificato dalla riforma Cartabia. Partendo dall'analisi delle prime applicazioni giurisprudenziali, l'articolo analizza, in chiave critica, i principali dubbi di costituzionalità della norma e le incertezze, applicative e sistematiche che peculiare meccanismo processuale solleva.

⁽⁷⁴⁾ R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla riforma del processo civile*, cit., 434.

⁽⁷⁵⁾ C. SCALVINI, *La riforma del giudizio di legittimità*, cit., 356.

⁽⁷⁶⁾ Come, ad esempio, nel caso della Corte europea dei diritti dell'uomo, su cui cfr. C. BESSO, *Le modifiche al giudizio di cassazione*, cit., 478.

This article examines the accelerated definition procedure for cassation appeals under Article 380 bis of the Italian Code of Civil Procedure, as amended by the ‘Cartabia reform’. Beginning with an analysis of case law, the article critically explores the main doubts of constitutionality surrounding Article 380 bis and the uncertainties that this peculiar procedural device poses.

LA CENTRALITÀ DELLA GIUSTIZIA CONSENSUALE NELLE CONTROVERSIE DI LAVORO

Paola Licci ()*

SOMMARIO: 1. La risoluzione negoziata agli albori della giustizia del lavoro. – 2. La conciliazione nel codice di procedura civile. – 3. La conciliazione dopo il collegato lavoro. – 4. La giustizia consensuale del lavoro nella riforma Cartabia. – 5. La specialità della negoziazione assistita in materia di lavoro. – 6. L'onere di trasmissione dell'accordo alle commissioni di certificazione: una garanzia speciale poco chiara.

1. La risoluzione negoziata delle liti di lavoro agli albori della giustizia del lavoro. – Che il dibattito sulla risoluzione negoziale goda di grande attenzione nella materia lavoristica non costituisce una tendenza degli ultimi anni.

Il collegato lavoro prima, e la riforma Cartabia poi, hanno certamente risvegliato l'interesse nei confronti degli istituti che regolano la risoluzione stragiudiziale delle liti dell'art. 409 c.p.c., ma non sono altro che una riaffermazione di ciò che, fin dall'origine della giustizia del lavoro, ha rappresentato un nodo centrale sul quale articolare la definizione delle controversie nella materia in esame.

Deve all'uopo ricordarsi che la prima vera forma di processo speciale si è avuta con la l. 15 giugno 1893, n. 295, con

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 31-56. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Ricercatrice di Diritto Processuale civile nell'Università di Roma Tor Vergata.

l'istituzione dei collegi probivirali, ai quali venivano attribuiti prevalentemente compiti di composizione negoziale delle liti portate innanzi ad essi.

All'origine dell'istituzione di tali collegi e delle loro funzioni conciliative, non troppo diversamente da ciò che avviene oggi con il rafforzamento del sistema di ADR, vi era una sfiducia della classe operaia nei confronti dei giudici del processo civile ordinario, poco avvezzi alla conoscenza reale delle controversie lavoristiche e delle ragioni ad esse sottese ⁽¹⁾. La specialità dei componenti il collegio, invece, rendeva l'organo decidente non solo idoneo a conoscere le possibili soluzioni da dare alla lite ma anche e soprattutto capace di dialogare con le parti contrapposte per comprenderne i reali bisogni, nell'ottica del raggiungimento della pacificazione sociale.

Alla sfiducia nei confronti della magistratura non specializzata si aggiungeva l'inadeguatezza del processo ordinario, disciplinato dal codice di procedura civile del 1865, rispetto alle esigenze di tutela della classe operaia ⁽²⁾.

In ragione della funzione sociale che a tali Collegi si intendeva attribuire, essi furono configurati prevalentemente come organi di pacificazione tra le diverse classi sociali, e furono assegnati loro

⁽¹⁾ G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Milano, 1993, 379 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, D. DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, Bari, 2023, 289 ss.

⁽²⁾ Sul punto v. le considerazioni di E. REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, introduzione al *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, 23, il quale osserva che «alle controversie in materia di contratto di lavoro (...) in cui una e una sola delle parti è normalmente ignorante e senza mezzi, è effettivamente inadeguato il processo civile ordinario, così favorevole alla parte più facoltosa, lento (...) né si deve pretermettere, che una sorda diffidenza di classe colora ed aggrava questa difficoltà agli occhi degli operai e che – almeno fino a qualche tempo fa (a che negarlo?) – uno sfavore incosciente, inavvertito, istintivo, di classe animava il giudice togato, borghese, contro di essi». V. anche A. PROTO PISANI, *Il «rito speciale» previsto dalla l. 15 giugno 1893, n. 295*, in *Atti dei convegni Lincei. Giornata Lincea in ricordo di Enrico Redenti. Il diritto del lavoro ai suoi primordi*, Roma, 1995, 67 s.

compiti di vera e propria conciliazione (resa obbligatoria dall'art. 10 l. n. 295 del 1983) quanto di mediazione. In quest'ultimo caso, l'organo probivirale interveniva nel corso delle trattative contrattuali tra le parti in relazione ai salari o alle ore di lavoro, agevolando la conclusione del contratto ⁽³⁾.

Si avvertiva già all'epoca l'idea giunta fino a noi che la riuscita della conciliazione implichi un consenso delle parti nella soluzione data alla lite e offra maggiori garanzie di retta equità senza che residuino dubbi o rancori ⁽⁴⁾.

Tuttavia, nonostante le intenzioni legislative, la funzione conciliativa dei probiviri si rivelò piuttosto modesta a confronto con la funzione di risoluzione di controversie, grazie alla quale si vennero formando molti istituti laburistici: i Collegi avevano il compito di supplire, attraverso la loro produzione giurisprudenziale, alla mancanza di una disciplina legislativa del contratto di lavoro, che solo residualmente trovava un riferimento nel codice civile ⁽⁵⁾.

I collegi probivirali furono infine soppressi con la Carta del lavoro del 1927 e poi con il r.d. 26 febbraio 1928, n. 471.

2. *La conciliazione nel codice di procedura civile.* – Il ruolo centrale affidato agli strumenti di risoluzione consensuale fu confermato anche nel codice del 1940 che prevedeva all'art. 430 un meccanismo obbligatorio di denuncia della lite all'associazione sindacale di appartenenza, la quale era tenuta, unitamente all'associazione sindacale della controparte, a tentare la composizione

⁽³⁾ Osserva E. REDENTI, *op. ult. cit.*, 3, che la natura della mediazione era totalmente diversa da quella della conciliazione. Sulla natura e sulla funzione dei collegi probivirali v. C. CECHELLA, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, Milano, 1990, 35 ss.

⁽⁴⁾ E. REDENTI, *Sulla funzione delle magistrature industriali*, cit., 20, in particolare nota 3.

⁽⁵⁾ Così D. BORGHESI, *Contratto collettivo e processo*, Bologna, 1980, 15; V. BERTOLDI, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, Napoli, 2018, 42.

della controversia. Scopo di tale denuncia – e del tentativo di conciliazione che ne seguiva – era quello di evitare, attraverso la composizione extragiudiziale della lite, che la controversia fosse proposta innanzi all'autorità giudiziaria statale ⁽⁶⁾.

Con la soppressione dell'ordinamento corporativo, le disposizioni sul tentativo obbligatorio divennero inefficaci, e la relativa regolamentazione della conciliazione fu rimessa alle previsioni dei contratti collettivi.

Il passaggio dalla obbligatorietà alla facoltatività del meccanismo conciliativo, però, non privò di rilevanza il sistema di giustizia consensuale lavoristica. Alla base dell'importanza del ruolo della conciliazione nella materia in esame vi era (e vi è) la natura del rapporto di lavoro; un rapporto in immanente conflitto, anche quando apparentemente sembri raggiunto un assetto giuridico attraverso la conclusione del contratto di lavoro. Per sua natura, infatti, tale assetto non può che essere provvisorio e intimamente legato alla disciplina collettiva. Fondamentale corollario di questa compenetrazione è proprio la conciliazione affidata non al giudice ma ad organi estranei al processo, quegli stessi organi della lotta sindacale.

È stato peraltro osservato che attraverso la conciliazione della singola causa si possa realizzare la tutela degli interessi di categoria tutte le volte in cui si voglia evitare che la decisione giurisdizionale del caso singolo si possa ripercuotere sugli interessi di classe, quando non rispondenti ad essi ⁽⁷⁾.

La facoltatività della conciliazione fu poi confermata espressamente dal legislatore del 1973 il quale compì una chiara scelta verso la conciliazione opzionale affidata alle commissioni dell'art. 410 c.p.c. Tali commissioni rappresentano degli organi periferici dell'amministrazione statale, con competenza territoriale provinciale, ai quali spetta il potere di certificare il raggiungimento

⁽⁶⁾ V. G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Milano, 2008, 29 ss.

⁽⁷⁾ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, parte seconda, Milano, 1959/1962, 382.

dell'accordo tra le parti e, prima ancora, quello di superare il principale ostacolo della giustizia consensuale lavoristica, ovvero la relativa indisponibilità negoziale dell'oggetto della lite di cui all'art. 2113 c.c.

Queste commissioni costituivano e continuano a costituire dei terzi qualificati che, come il giudice e i sindacati, permettono alle transazioni concluse su diritti regolati da disposizioni inderogabili di legge di conservare validità e non essere impugnabili, secondo il regime previsto dal secondo comma dell'art. 2113 c.c. Rappresentano cioè le c.d. sedi protette all'interno delle quali le transazioni e rinunce relative a diritti dei lavoratori vengono trattate come comuni atti negoziali transattivi conclusi in relazione a diritti disponibili: si tratta di atti validi relativamente all'oggetto ma ugualmente suscettibili di essere viziati come un qualsiasi altro negozio di diritto comune ⁽⁸⁾.

È un'idea, quella della sede protetta di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 c.c., che non ha mai più abbandonato la giustizia consensuale lavoristica e che continua ancora oggi a regolare il regime di validità degli accordi negoziali tra prestatore e datore di lavoro.

Con gli artt. 36-39 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, il tentativo di conciliazione tornò ad essere obbligatorio, ponendosi come filtro per l'accesso alla giustizia ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ Sul punto v. le osservazioni di G. FABBRINI, *Diritto processuale del lavoro*, Milano, 1975, 201 ss.

⁽⁹⁾ Prima degli interventi riformatori del 1998 sull'art. 410 c.p.c., il tentativo di conciliazione era già previsto come obbligatorio in alcuni tipi di controversie dall'art. 5 l. n. 108 del 1990 e dagli artt. 69 e 69 *bis* d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (poi sostituiti dagli artt. 65 e 66 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, oggi abrogati dal nono comma dell'art. 31 l. n. 4 novembre 2010, n. 183). In particolare, l'art. 5 l. 11 maggio 1990, n. 108 prevedeva che il tentativo di conciliazione dovesse essere esperito a pena di improcedibilità della domanda, limitatamente alle impugnazioni giudiziali dei licenziamenti individuali nei rapporti di lavoro individuati dall'art. 2 l. cit., e in particolare, nelle imprese che occupano sino a quindici dipendenti, ossia nell'area della c.d. tutela obbligatoria. Al di fuori di tale area, le impugnative del licenziamento potevano essere portate direttamente dinanzi al giudice del lavoro. Come

Si trattava di filtro apparso necessario per arginare il passaggio della materia del pubblico impiego alla giurisdizione ordinaria, realizzatosi proprio attraverso i decreti legislativi nn. 80 e 387 del 1998, passaggio con il quale il carico di contenzioso dei giudici del lavoro aumentava sensibilmente.

Per evitare che tale aumento diventasse insostenibile, il legislatore cercò di porre degli argini introducendo forme alternative alla giurisdizione, quali la conciliazione stragiudiziale e l'arbitrato. Con gli artt. 410 e 412 *bis* c.p.c., rese così il tentativo di conciliazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale. In altre parole, il legislatore del 1998 introdusse un presupposto processuale sanabile con efficacia *ex tunc* (senza pregiudizio per il processo viziato, potendosi il vizio emendare con efficacia retroattiva, e la relativa domanda giudiziale produrre i suoi effetti sin dalla data di proposizione della prima domanda) il cui rispetto era condizione per la decisione nel merito ⁽¹⁰⁾.

per l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione poi previsto dall'art. 410 c.p.c., anche rispetto all'art. 5 l. n. 108 del 1990 furono sollevate eccezioni sulla sua legittimità costituzionale, poi rigettate da Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, in *Foro it.*, 1992, 1023, con nota di G. COSTANTINO. Per la Consulta la condizione di procedibilità prevista dall'art. 5 non si traduceva «in una secca subordinazione dell'azione al previo esperimento di una diversa tutela non giurisdizionale, costringendo il singolo, in un primo tempo, a rivolgersi ad un organo non giudiziale». Dopo le riforme del 1998, con la previsione nell'art. 410 c.p.c. dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per tutte le controversie di cui all'art. 409 c.p.c., l'art. 5 l. n. 108 del 1990 continuava ad applicarsi e a prevalere – in quanto norma speciale limitata ad alcuni tipi di controversie – sul modello generale di conciliazione previsto nel codice di rito. Sulla specialità dell'art. 5 l. n. 108 del 1990 e sulla sua sopravvivenza alle riforme del 1998 v. G. COSTANTINO, *Sull'accertamento pregiudiziale della efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi*, in *Corr. giur.*, 1998, 970; G. TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 33, in particolare nota 5; A. CARRATTA, *Controversie in materia di lavoro – Profili processuali*, in *Postilla di aggiornamento*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2000, 6 s.

⁽¹⁰⁾ Giova evidenziare che il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro, stando alla relazione illustrativa al d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, ha funto da modello di ispirazione per la mediazione obbligatoria in materia civile e commerciale. Vero è però che, pochi mesi dopo l'entrata in vigore del nuovo istituto, l'esemplare cui rivolgersi per la materia (la conciliazione del lavoro, appunto)

In ragione di tale condizionamento dell'esercizio del diritto di azione, non mancarono sospetti che il tentativo obbligatorio di conciliazione potesse rappresentare una compressione irragionevole del diritto costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost., tale da determinare una eventuale illegittimità della norma che lo aveva previsto ⁽¹¹⁾.

La questione di legittimità tuttavia fu dichiarata infondata da Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276. La Consulta affermò che «l'art. 24 della Costituzione, laddove tutela il diritto di azione, non comporta l'assoluta immediatezza del suo esperimento, ben potendo la legge imporre oneri finalizzati a salvaguardare 'interessi generali', con le dilazioni conseguenti» ed inoltre che «la normativa denunciata è (...) modulata secondo linee che rendono intrinsecamente ragionevole il limite all'immediatezza della tutela giurisdizionale».

3. *La conciliazione dopo il collegato lavoro.* – La l. 4 novembre 2010, n. 183, meglio nota come collegato lavoro, è intervenuta sui

ha cessato di essere obbligatorio. Sulla contraddittorietà del legislatore sul punto v. R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 112.

⁽¹¹⁾ In tal senso G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 746, 758. *Contra*, R. TISCINI, *Brevi note su un dubbio di incostituzionalità del tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 288; R. VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, 743 s.; S. CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 462. In giurisprudenza, hanno sollevato eccezioni di costituzionalità delle norme che prevedono il tentativo obbligatorio di conciliazione come condizione di procedibilità della domanda, Trib. Campobasso, 15 giugno 1999, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2825, con nota di R. TISCINI, *Al vaglio della Corte costituzionale il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro quale condizione di procedibilità del rito monitorio*; Pret. Brescia, 22 febbraio 1999; Pret. Lecce, 25 novembre 1998, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 270, con nota di R. TISCINI, *Brevi note*, cit.

sistemi di risoluzione alternativa delle liti lavoristiche, tanto con riferimento all'arbitrato quanto alla conciliazione ⁽¹²⁾.

In particolare, per quest'ultima, la più rilevante novità consiste nel ritorno alla facoltatività del tentativo di conciliazione che così cessa di essere una condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si tratta di una modifica accolta con favore, atteso che l'obbligatorietà precedentemente prevista aveva prodotto esiti fallimentari ⁽¹³⁾.

Ad oggi, la domanda facoltativa di conciliazione relativa ad una delle controversie dell'art. 409 c.p.c. si propone dinanzi alla commissione di conciliazione individuata secondo le regole di competenza territoriale previste per l'individuazione dell'organo giudiziario, ossia quella che ha sede nel luogo ove è sorto il rapporto, ovvero dove si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore. L'eventuale incompetenza dell'organismo conciliativo può essere rilevata dalle parti e dalla stessa commissione durante lo svolgimento della procedura, non essendo previsto alcun termine preclusivo per la relativa eccezione. Resta fermo però che, una volta raggiunto l'accordo, il vizio di competenza si considera sanato e non potrà eventualmente essere fatto valere come motivo di invali-

⁽¹²⁾ Ancorché l'arbitrato occupi uno spazio non trascurabile nell'ambito della giustizia consensuale in materia di lavoro, e abbia costituito oggetto di continue modifiche normative tendenti a privilegiare la natura irrituale (divenuta poi fortemente procedimentalizzata) dello strumento, si è scelto di non prendere qui in esame l'evoluzione della disciplina, tenuto conto che tra tutti gli strumenti di risoluzione stragiudiziale della lite è quello che ancora oggi trova il minor spazio di applicazione pratica. Varie le ragioni della sfiducia degli interessati nei confronti dell'arbitrato, a cominciare dalla molteplicità di modelli oggi esistenti, difficilmente riconducibili *ad unitatem*. Sugli arbitrati in materia di lavoro, v. V. BERTOLDI, *L'arbitrato e le controversie di lavoro*, cit., *passim*.

⁽¹³⁾ Così R. TISCINI, *Nuovi (ma non troppo) modelli di titolo esecutivo per le prestazioni derivanti dal contratto di lavoro: il verbale di conciliazione stragiudiziale dopo il restyling della l. n. 183/2010 (c.d. collegato lavoro)*, in <www.judicium.it>, 15.10.2010; M. BOVE, *Conciliazione e arbitrato nel collegato lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 125 ss.

dità della conciliazione, prevalendo in tal caso la volontà conciliativa sulle regole di rito della procedura stragiudiziale.

La nuova disciplina del tentativo di conciliazione si caratterizza per essere notevolmente più dettagliata rispetto a quella prima vigente nel codice di rito e ricalca sotto certi aspetti quella già prevista per le controversie nel pubblico impiego dall'abrogato art. 66 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

La richiesta di conciliazione deve contenere l'indicazione delle generalità delle parti, del luogo ove è sorto il rapporto o dove si trova l'azienda (ai fini dell'individuazione della commissione di conciliazione competente), del luogo ove eseguire le comunicazioni inerenti la procedura, nonché l'esposizione dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa (art. 410 c.p.c.). Deve poi essere sottoscritta dall'istante e deve essere consegnata o spedita alla commissione competente e, in copia, alla controparte.

Quanto agli effetti attribuiti alla domanda di conciliazione, l'art. 410 c.p.c. prevede che la comunicazione della richiesta interrompa la prescrizione e sospenda per la durata del tentativo di conciliazione, e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza ⁽¹⁴⁾.

Una volta inoltrata la domanda di conciliazione, occorre verificare se vi sia adesione della controparte al tentativo. All'uopo la legge stabilisce che «se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deposita presso la commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto,

⁽¹⁴⁾ Tale previsione era mancante nell'originario testo della norma così come previsto dalla l. 11 agosto 1973, n. 533, ed è stata introdotta solo con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80. Dubbio quale sia il momento (sia prima del collegato lavoro sia dopo la novella del 2010) a partire dal quale si producono gli effetti della richiesta di tentativo di conciliazione. La soluzione adottata in via prevalente dalla giurisprudenza e dalla dottrina individua nel momento della comunicazione della richiesta alla controparte il termine a partire dal quale si producono gli effettivi sospensivi e interruttivi sulla prescrizione e sulla decadenza. V. Cass., 18 ottobre 2005, n. 20153; Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830.

nonché le eventuali domande in via riconvenzionale». Nei dieci giorni successivi al deposito della memoria, la commissione fissa la comparizione delle parti per l'espletamento del tentativo, comparizione che deve avvenire entro i successivi trenta giorni. Si tratta in ogni caso di termini non perentori, alla cui scadenza non si verificano conseguenze negative per le parti che abbiano interesse alla conciliazione.

Qualora invece la parte non accetti l'invito alla procedura, non sarà tenuta a depositare alcunché, spiegando da solo il suo atteggiamento inattivo il significato di non adesione alla conciliazione. In questo caso, decorsi inutilmente venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta di tentativo, ciascuna delle parti avrà facoltà di adire l'autorità giudiziaria ⁽¹⁵⁾.

La procedura conciliativa può dare esito positivo ovvero può concludersi senza raggiungimento dell'accordo tra le parti.

In questa seconda ipotesi, l'art. 411 c.p.c. attribuisce alla commissione di conciliazione il potere di formulare una proposta conciliativa allo scopo di consentire comunque il raggiungimento di un accordo tra i litiganti. A sua volta, la proposta può essere accolta o non accettata. Nel primo caso, le parti si concilieranno consacrando nell'accordo il contenuto della proposta della commissione. L'accordo così conseguito avrà efficacia analoga a quella che le parti possono raggiungere senza intercessione dell'organismo conciliativo.

Qualora, invece, la proposta non sia accolta dai litiganti, i termini della stessa saranno riportati nel verbale negativo di conciliazione, con l'indicazione delle valutazioni espresse dalle parti; nel successivo processo l'assenza di una adeguata motivazione al rifiuto della proposta sarà tenuta in conto dal giudice.

⁽¹⁵⁾ Fermo restando che, attesa la natura facoltativa del tentativo dell'art. 410 c.p.c., il mancato rispetto del termine di venti giorni dalla ricezione della richiesta di conciliazione non determina improcedibilità della domanda giudiziale, dando al più la possibilità per il giudice di rinviare l'udienza per consentire l'esperimento della procedura conciliativa iniziata ma non conclusa.

In particolare, si ritiene che la parte che abbia ingiustificatamente rifiutato una proposta conciliativa, quando poi la sentenza abbia deciso in conformità a tale proposta, potrà essere considerata colei che ha dato causa al processo, sicché il giudice dovrà tenerne conto ai fini della condanna alle spese.

A tale scopo, quando il tentativo di conciliazione è stato richiesto dalle parti, l'art. 411 c.p.c. stabilisce che al successivo processo instaurato dopo il fallimento della procedura stragiudiziale dovranno essere allegati i verbali e le memorie depositate nel corso della conciliazione. Solo così infatti il giudice potrà conoscere modalità e termini dello svolgimento della conciliazione ai fini della decisione sulle spese.

Qualora invece, a seguito della procedura dell'art. 410 c.p.c., le parti raggiungano un accordo, anche limitatamente ad una parte della domanda, viene redatto processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione. Il verbale di avvenuta conciliazione è poi depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Tale deposito ha lo scopo di consentire al direttore dell'ufficio di accertare l'autenticità delle sottoscrizioni ⁽¹⁶⁾ e il successivo passaggio all'omologa.

Per ottenere l'esecutività, il legislatore ha previsto un apposito procedimento di omologa ad opera del tribunale che si attiva dietro istanza della parte interessata (art. 411, 1° comma, c.p.c.).

Una volta depositato il verbale presso la Direzione provinciale del lavoro, si è detto che quest'ultima provvede a certificare l'autenticità delle sottoscrizioni. Successivamente, il direttore provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto, ai fini dell'omologa.

⁽¹⁶⁾ A differenza di quanto previsto dal previgente art. 411 c.p.c., il nuovo testo della norma non prevede alcun potere di certificazione dell'autografia delle sottoscrizioni delle parti in capo al presidente della commissione, subito dopo la sottoscrizione del processo verbale. Tale potere di autentica è conferito al direttore solo in seconda battuta e al precipuo scopo di ottenere l'omologa giudiziale.

Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto. Il controllo è limitato alla verifica dell'osservanza dei termini di composizione della controversia, nonché all'accertamento che si tratti di una controversia di lavoro dell'art. 409 c.p.c. ⁽¹⁷⁾.

Al fianco della conciliazione amministrata degli artt. 410 e 411 c.p.c., il codice di procedura civile contempla un'altra forma di risoluzione autonoma della lite ovvero la conciliazione sindacale, espressamente sottratta alla disciplina dell'art. 410 c.p.c. (in tal senso, l'art. 411 c.p.c. stabilisce che «se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, ad esso non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 410»), originariamente prevista dall'art. 411 c.p.c., e oggi disciplinata dall'art. 412 *ter* c.p.c.

Si tratta di una forma di conciliazione molto meno formalizzata rispetto a quella dinanzi alla Direzione territoriale del lavoro, poiché non è previsto in alcuna parte della norma un contenuto minimo dell'istanza (diversamente dall'art. 410 c.p.c.). Mancano altresì regole di concreto svolgimento della procedura o indicazioni sul compito del sindacato nel corso delle trattative.

Si prevede solo che la conciliazione si possa svolgere presso le sedi e con le modalità stabilite dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni maggiormente rappresentative, rinviandosi quindi alle regole pattizie per l'individuazione della disciplina dell'accordo stipulato innanzi ai sindacati.

L'art. 411 c.p.c. individua però il regime del processo verbale di conciliazione ai fini dell'ottenimento dell'efficacia esecutiva, stabilendo, come per l'accordo raggiunto in sede amministrativa, che il verbale possa divenire titolo ai sensi dell'art. 474 c.p.c. quando, previa autenticazione del verbale da parte del direttore della Direzione provinciale del lavoro dinanzi alla quale il verbale è stato depositato

⁽¹⁷⁾ Sul valore di titolo esecutivo del verbale di conciliazione sia consentito rinviare a P. LICCI, *L'esito positivo della mediazione civile e commerciale alla luce del c.d. decreto del fare*, in *Riv. esec. Forz.*, 2014, 108.

dal sindacato o dalla parte interessata, sia disposto l'*exequatur* dal tribunale nella cui circoscrizione il verbale è stato redatto.

Anche quanto al regime di impugnazione dell'accordo, conciliazione sindacale e conciliazione amministrativa soggiacciono alle medesime regole, essendo considerate l'una e l'altra sedi protette nelle quali è possibile che il lavoratore disponga dei propri diritti, ancorché questi siano regolati da disposizioni inderogabili di legge. A tal fine, l'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. stabilisce che siano sottratte alla generale impugnabilità, stabilita dal primo comma della norma, le rinunce e transazioni che abbiano avuto luogo ai sensi degli artt. 410, 411, 412 *ter* e 412 *quater* c.p.c., ferma tuttavia restando la possibilità di impugnare l'accordo per vizio del consenso, come un comune contratto di diritto privato ⁽¹⁸⁾.

4. *La giustizia consensuale del lavoro nella riforma Cartabia.* – La giustizia consensuale lavoristica, come già visto *supra*, ha sempre rappresentato un punto centrale della disciplina del procedimento per la risoluzione delle controversie di lavoro. Possiamo pure affermare che la conciliazione stragiudiziale (amministrata o sindacale che sia) costituisca espressione della tutela differenziata ⁽¹⁹⁾ che at-

⁽¹⁸⁾ Si ritiene però che le conciliazioni sindacali siano sottratte al regime dell'art. 2113, 1° comma, c.c., solo ove la partecipazione del rappresentante sindacale sia stata effettiva, restando in difetto impugnabile dal lavoratore entro sei mesi.

⁽¹⁹⁾ La differenziazione di tutela si realizza attraverso la previsione di un processo con regole tecniche speciali che si adattano alle diverse situazioni sostanziali tutelande. L'esigenza di differenziazione ha continuato a manifestarsi nel tempo tenuto conto che, sebbene il contesto economico e sociale sia considerevolmente mutato, i diritti che formano oggetto del processo attengono alla categoria dei diritti regolati da disposizioni inderogabili di legge o, talvolta, perfino al *genus* dei diritti indisponibili. Essi godono perciò, sul piano sostanziale, di una disciplina diversa da quella dei comuni rapporti giuridici, disciplina che, per essere concretamente attuata, richiede una forma processuale che le si addica, ovvero capace di rendere la tutela riconosciuta in campo sostanziale una tutela effettiva. D'altronde, la disuguaglianza tra le parti sul piano sostanziale, in mancanza di regole tecniche speciali, in grado di superare tale disparità, realizzando l'eguaglianza sancita

traverso il rito del lavoro si è voluta offrire alle speciali liti che riguardano i rapporti dell'art. 409 c.p.c. Si tratta infatti di conciliazioni differenti rispetto a quelle che interessano le liti ordinarie ⁽²⁰⁾, e

dall'art. 3, 2° comma, Cost., si rifletterebbe inesorabilmente nel processo poiché «a) la parte economicamente più debole ha minori capacità di resistenza e di attesa e di conseguenza subisce danni maggiori dalla lunghezza del processo; b) la parte economicamente più forte non solo ha maggiori capacità di resistenza e di attesa, ma anzi spesso (...) ha interesse a che il processo duri il più a lungo possibile». Così A. PROTO PISANI, *Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro*, in *Foro it.*, 1973, V, 210 ss., il quale, nell'esaminare la giurisprudenza costituzionale sulla legittimità dei riti speciali, precisa che l'unico limite posto al legislatore ordinario è ravvisato nel rispetto, anche nelle procedure differenziate, dei principi che presiedono la giurisdizione e il processo, e nella ragionevolezza che deve ispirare la scelta legislativa di introdurre riti differenziati. Sul tema v. anche L.P. COMOGGIO, *Tutela differenziata e pari effettività nella giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1509 ss., spec. 1521 ss.; ID., *Sub art. 1 c.p.c.*, in L.P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 2012, 40 ss.; M. CAPPELLETTI, *Giustizia e società*, Milano, 1972, spec. 299 ss.; V. COLESANTI, *Principio del contraddittorio e procedimenti speciali*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, spec. 578 ss.; G. VERDE, *Le tecniche processuali come strumenti di politica del diritto*, in *Dir e giur.*, 1978, 241 ss.; L. MONTESANO, *Luci ed ombre in leggi e proposte di «tutele differenziate» nei processi civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, 592 ss.; F. CARPI, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 237 ss.; S. CHIARLONI, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate*, *ivi*, 1988, 752 ss.; I. PAGNI, *L'evoluzione del diritto processuale del lavoro tra esigenze di effettività e di rapidità della tutela*, *ivi*, 2013, 75 ss.

⁽²⁰⁾ Che quelle sulla conciliazione siano regole espressione di tutela differenziata lo conferma anche il fatto che, quando il processo del lavoro viene utilizzato come modello per controversie che di lavoro non sono, gli artt. da 410 a 412 *quater* c.p.c. non trovino applicazione. Il rito del lavoro è stato infatti individuato come modello processuale efficace da esportare al di fuori delle liti lavoristiche. Si pensi alle controversie locative o al decreto sulla semplificazione dei riti, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150. In questi casi, il rito è utilizzato come modello e non nella sua interezza ovvero impone di vedere e selezionare le disposizioni del procedimento di lavoro che possano applicarsi al modello. Tra le norme non applicabili rientrano sempre quelle sulla conciliazione (v ad es. artt. 1 e 2 d.lgs. n. 150 cit.). Sul tema v. R. TISCINI, *Il processo del lavoro: da «rito» a «modello»*, in EAD. (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Napoli, 2015, 3 ss.; D. DALFINO, *«Rito del lavoro-modello» e rito delle controversie di lavoro» a confronto*, in *Foro it.*, 2012, V, 135 ss.

che, ai sensi dell'art. 2113 c.c., devono coinvolgere soggetti terzi capaci di offrire garanzia che l'accordo sia l'effettivo frutto della volontà della parti e, segnatamente, del contraente più debole ⁽²¹⁾.

Posta perciò la natura speciale della controversia, e l'esigenza di specialità dei procedimenti atti a definirla, anche in tema di negoziazione assistita si è avvertita in una certa misura il bisogno di differenziare la disciplina dell'istituto, per renderlo compatibile con le controversie di lavoro (e sempre garantendo che i soggetti dinanzi ai quali si risolve consensualmente la lite siano idonei ad essere considerati una sede protetta). Ed è così che il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ha previsto una disciplina in parte differenziata rispetto a quella

⁽²¹⁾ Alle ADR previste dal codice di procedura civile deve poi aggiungersi una speciale forma di conciliazione extracodicistica stabilita per le sole controversie in materia di licenziamento regolate dal c.d. *Jobs Act*. L'art. 6 d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 ha introdotto una nuova forma di conciliazione stragiudiziale dichiaratamente prevista allo scopo di «evitare il giudizio» per i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, a far data dal 7 marzo 2015. Si tratta di una conciliazione che deve avvenire in una delle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c., sicché è stato notato che la strada dell'art. 6 cit. coincide con uno dei percorsi conciliativi già esistenti: quello sindacale e quello amministrativo (in tal senso v. D. BORGHESI, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in <www.judicium.it>). Il datore di lavoro può formulare, entro il termine previsto per l'impugnativa stragiudiziale del licenziamento, una offerta conciliativa al lavoratore licenziato (qualunque sia la causa o il motivo che lo giustificano) consistente in una somma pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare. La particolarità dell'offerta conciliativa in esame, che la rende una via appetibile per le parti, è rappresentata dal fatto che la somma riconosciuta in sede conciliativa non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettata a contribuzione previdenziale. Tuttavia, le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa, a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro, sono soggette al regime fiscale ordinario. L'accettazione dell'assegno da parte del lavoratore comporta poi l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta. In argomento, v. G. TRISORIO LIUZZI, D. DALFINO, *Manuale del processo del lavoro*, cit., 297 ss.; P. LICCI, *La conciliazione*, in R. TISCINI, (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, cit., 301.

stabilita dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132 ⁽²²⁾, con la previsione di alcune garanzie a tutela della parte debole del rapporto.

⁽²²⁾ Il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, norma che ha introdotto l'istituto della negoziazione nel nostro ordinamento, prevedeva la possibilità che le liti lavoristiche fossero conciliate grazie all'assistenza degli avvocati, con gli effetti previsti dall'art. 5 d.l. n. 132 del 2014, con l'ulteriore precisazione (art. 7 d.l. cit.) che gli accordi fossero poi assoggettati alla disciplina dell'art. 2113 c.c. Senonché, con la successiva legge di conversione, l'art. 7 è stato soppresso e, per converso, all'art. 2 è stato stabilito che la negoziazione non potesse trovare applicazione nelle controversie relative a diritti indisponibili nonché in quelle di lavoro. La modifica parrebbe essere frutto del recepimento del parere espresso dal CSM sul d.l. n. 132 del 2014 il 18 settembre 2014 alla sesta Commissione Giustizia del Senato secondo cui «qui sembra poter vacillare l'intero impianto della disciplina del rapporto di lavoro, basato proprio sulla premessa che in presenza di una sproporzione di potere contrattuale tra le parti, la disciplina dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro non può essere affidata alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti». Cfr. le considerazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro. Verso un nuovo ruolo dell'avvocato nel riequilibrio delle situazioni di asimmetria negoziale?*, in questa *Rivista*, 2023, 153 ss., il quale riflette sul fatto che l'asimmetria del potere negoziale costituisce una delle principali ragioni del ritardo nella introduzione della negoziazione assistita in materia di lavoro poiché ritenuta non pienamente in grado di riequilibrare lo squilibrio di posizioni tra le parti del rapporto di lavoro, nella prospettiva della composizione di una lite. Sul punto v. D. DALFINO, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in <treccani.it>, § 6; G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Gius. proc. civ.*, 2015, 4; ID., *La negoziazione assistita*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, 23. La scelta legislativa destava non poche perplessità atteso che la negoziazione assistita appariva *prima facie* come uno strumento perfettamente compatibile con le controversie lavoristiche e che avrebbe consentito il raggiungimento più rapido ed efficiente di accordi negoziali. Non può infatti sfuggire che nella prassi gli accordi relativi alle controversie in materia di rapporti di lavoro subordinato vengono quasi sempre conclusi dagli avvocati delle parti, i quali, dialogando con i rispettivi clienti, sono in grado di individuare la migliore soluzione da offrire alla lite. Tuttavia, l'accordo raggiunto privatamente e privo del sigillo del sindacato (art. 412 *ter* c.p.c.) o della Direzione territoriale del lavoro (artt. 410-411 c.p.c.) restava invalido ai sensi dell'art. 2113 c.c. Sulla novità introdotta dalla riforma Cartabia v. R. VOZA, *La negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, ne *Gli speciali de Il Foro* 2/2023, 380 ss.; ID., *La conciliazione sindacale e la negoziazione assistita in materia*

Cominciamo col dire che, rispetto alla negoziazione in materia civile, la negoziazione di lavoro può essere solo di natura facoltativa e volontaria, il che significa che il ricorrente potrà ricorrervi liberamente ma conserverà sempre la possibilità di agire direttamente in giudizio (al pari di quanto stabilito per le forme di conciliazione codicistiche).

Quanto alla procedura, invece, nulla muta rispetto a quella stabilita per le controversie civili: chi intende avvalersi della negoziazione deve formulare, ai sensi dell'art. 4 d.l. n. 132 cit., un invito a stipulare la convenzione di negoziazione ex art. 2 d.l. cit., indicando l'oggetto della controversia e avvertendo la controparte che in caso di mancata risposta entro trenta giorni, ovvero in caso di rifiuto, il giudice potrà valutare tali comportamenti ai fini delle spese del giudizio ai sensi dell'art. 96, 1°, 2° e 3° comma, c.p.c. ⁽²³⁾, nonché ai sensi dell'art. 642 c.p.c., per concedere la provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, nel caso in cui quest'ultimo venga richiesto dal ricorrente dopo l'inutile formulazione dell'invito ⁽²⁴⁾.

All'uopo, è bene osservare che le conseguenze della mancata accettazione dell'invito operano non solo nelle ipotesi di negoziazione assistita obbligatoria bensì anche nella facoltativa, inclusa quella qui in esame. D'altra parte, la sanzione prevista dal legislatore ha il

di lavoro: false amiche o false nemiche?, in WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'.it – 469/2023; M. BOVE, *Modifiche processuali per le liti di lavoro nella riforma Cartabia*, in DPCleC, 2024, 465.

⁽²³⁾ L'art. 4 d.l. n. 132 cit. è stato modificato dal d.lgs. n. 149 cit. con la precisazione che si applicano solo i primi tre commi dell'art. 96 c.p.c. Tanto perché la stessa riforma ha aggiunto un quarto comma all'art. 96 c.p.c. che però qui non trova applicazione quale conseguenza della mancata accettazione dell'invito alla negoziazione assistita. Sul punto v. R. SICILIANO, *Negoziazione assistita*, in R. TISCINI (a cura di), M. FARINA (coord.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 1347, 1348.

⁽²⁴⁾ Diversamente, nell'ipotesi di mancata adesione alla procedura dell'art. 410 c.p.c., nessuna conseguenza è stabilita. Ed invero, l'art. 411 c.p.c. prevede che il giudice possa tenere conto in sede di giudizio solo dell'ingiustificato rifiuto della proposta conciliativa della commissione, proposta che può essere formulata solo nel caso di adesione del convenuto alla procedura.

precipuo scopo di incentivare le parti a ricorrere allo strumento deflattivo del contenzioso giudiziario, sicché anche (e soprattutto) nella negoziazione volontaria essa trova ragione di esistere. La libera iniziativa di chi intraprende la strada conciliativa deve essere apprezzata, di contro stabilendo delle conseguenze negative in capo a chi, dall'altra parte, non tenta di ricercare una soluzione amichevole della lite, di fatto dando così causa al processo (che invece, grazie alla proposta del ricorrente, si sarebbe potuto evitare).

D'altronde, l'accettazione dell'invito non determina automaticamente la stipula di un accordo e non costringe quindi il resistente a rinunciare a propri diritti e transigere la lite. La convenzione di negoziazione costituisce solo l'accordo con il quale le parti convengono di «cooperare in buona fede e lealtà per risolvere in via amichevole la controversia tramite l'assistenza di avvocati»⁽²⁵⁾. Nessuna incidenza immediata ha sui diritti in contesa, ma rappresenta solo un impegno a ricercare una soluzione soddisfattiva per entrambe le parti e capace di evitare la via giurisdizionale.

Una volta formulato l'invito, perciò, in caso di accettazione, le parti dovranno redigere in forma scritta – a pena di nullità – una convenzione di negoziazione assistita dai propri avvocati, i quali

⁽²⁵⁾ Sulla convenzione di negoziazione assistita v. C. PUNZI, *La c.d. «degiurisdizionalizzazione della giustizia civile»*, in ID. (a cura di), *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2014*, Torino, 2015, 2; AA.VV., *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, in *Foro it.*, 2015, V, 22; F.P. LUISO, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civ.*, 2015, 649; S. DELLE MONACHE, *Profili civilistici della «negoziazione assistita»*, in *Giust. civ.*, 2015, 105 ss.; D. DALFINO, *La negoziazione assistita*, cit., 27 ss.; P. FARINA, *La negoziazione assistita dagli avvocati: da preambulum ad litem ad outsourcing della decisione del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 514; G. TRISORIO LIUZZI, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, cit., 1; C. CONSOLO, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della «degiurisdizionalizzazione»*, in *Corr. giur.*, 2014, 1173; S. CHIARLONI, *Sempre aperto il cantiere delle riforme del processo civile*, in *Giur. it.*, 2015, 1257; S. DEPLANO, *Sul rapporto tra convenzione di negoziazione assistita dagli avvocati e accordo che compone la controversia*, in *Giusto proc. civ.*, 2017, 1211.

dovranno certificare l'autografia delle sottoscrizioni sotto la propria responsabilità professionale ⁽²⁶⁾.

La convenzione, salvo che le parti non dispongano diversamente, può essere conclusa mediante l'utilizzo del modello appositamente predisposto, anche per le controversie di lavoro, dal Consiglio nazionale forense. Essa deve comunque contenere l'indicazione del termine di durata della procedura, in ogni caso non inferiore a un mese e non superiore a tre mesi, prorogabile di ulteriori trenta giorni su accordo delle parti, nonché l'oggetto della controversia che, come per ogni forma di risoluzione alternativa della lite, non può avere ad oggetto diritti indisponibili.

La riforma Cartabia ha poi previsto per ogni forma di negoziazione (facoltativa/obbligatoria, civile/lavoro) che la convenzione possa altresì prevedere la possibilità di ricorrere alla istruttoria stragiudiziale, attraverso l'acquisizione di dichiarazioni di terzi o di dichiarazioni confessorie di una delle parti, nonché la possibilità di svolgere la procedura con modalità telematiche e di svolgere gli incontri con collegamenti audiovisivi a distanza.

5. La specialità della negoziazione assistita in materia di lavoro. – L'estensione della negoziazione assistita alla materia lavoristica ha avuto luogo grazie all'introduzione di una nuova disposizione contenuta nel d.l. n. 132 cit., ovvero l'art. 2 *ter*. Come visto *supra*

⁽²⁶⁾ Per una riflessione sulla scarsa utilità della stipula di una convenzione preventiva rispetto alla stipula dell'accordo di risoluzione consensuale della lite, sia consentito rinviare a P. LICCI, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro*, in *Giust. Civ.*, 2023, 251. Se infatti lo scopo dell'istituto è senz'altro nobile, la previsione di una necessaria attività negoziale prodromica ad altra attività contrattuale (tesa alla risoluzione della lite) rischia di ingessare la procedura, vanificando l'obiettivo per il quale era stata pensata. Con la convenzione di negoziazione le parti si impegnano a cooperare con lealtà e buona fede per cercare di raggiungere un accordo, vincolandosi però ad una serie di regole formali che rischiano in concreto di impedire il raggiungimento di quell'accordo.

si tratta di una disposizione che, quanto al procedimento, rinvia alle regole stabilite per la procedura facoltativa di negoziazione.

Non mancano però dei profili caratterizzanti il nuovo sistema di risoluzione consensuale delle liti lavoristiche, a cominciare dal già esaminato requisito della facoltatività dello strumento che giammai può essere imposto alle parti quale condizione di procedibilità della domanda giudiziaria.

È poi previsto espressamente dall'art. 2 *ter* cit. che «ciascuna parte è assistita da almeno un avvocato e può essere anche assistita da un consulente del lavoro». All'uopo è bene precisare che con la riforma Cartabia, la negoziazione cessa di essere una procedura assistita «da uno o più avvocati», come originariamente previsto dalla rubrica dell'art. 2 d.l. n. 132 cit., che disciplina la convenzione di negoziazione più in generale. Ad oggi, lo strumento di giustizia consensuale prevede che debba essere garantita la presenza di «avvocati». La scelta, stando alla relazione illustrativa al decreto, si deve all'esigenza di semplificazione e di uniformità del procedimento ordinario di negoziazione con quello previsto per materie speciali come quella di lavoro dell'art. 2 *ter* d.l. n. 132 cit. e quella matrimoniale dell'art. 6 d.l. cit., nelle quali è previsto che vi sia almeno un avvocato per parte ⁽²⁷⁾.

Quanto alla materia di lavoro, la scelta legislativa è apprezzabile ancorché potrebbe – come si dirà a breve – comportare un aggravio di costi per la parte più debole del rapporto.

Considerata la particolarità della materia lavoristica, connaturata da uno squilibrio informativo, sociale ed economico dei litiganti, bene ha fatto il d.lgs. n. 149 cit. a prevedere come necessaria la partecipazione di un avvocato per ciascuna parte. D'altronde la reticenza finora dimostrata nei confronti della negoziazione assistita nelle liti di lavoro risiede proprio nella considerazione che vi è una sproporzione di potere contrattuale tra le parti che impedisce di af-

⁽²⁷⁾ È richiesta altresì la presenza di un avvocato per parte anche per l'acquisizione di dichiarazione di terzi e di dichiarazioni confessorie ai sensi degli artt. 4 *bis* e 4 *ter* d.l. n. 132 del 2014.

fidare la risoluzione della lite «alla libera determinazione individuale dei soggetti coinvolti» ⁽²⁸⁾. La presenza di un difensore per ciascun litigante, sotto questo punto di vista, dovrebbe scongiurare i timori di chi ancora guarda con sfavore agli strumenti autonomi di risoluzione delle liti nella materia lavoristica: il lavoratore che si affida ad un proprio difensore di fiducia ristabilisce sul piano precontenzioso quella parità mancante sul piano sostanziale ⁽²⁹⁾.

Deve però evidenziarsi che nella materia in esame, a differenza di quanto previsto per le negoziazioni civili obbligatorie, il costo dell'assistenza tecnica è posto interamente a carico delle parti, quand'anche non abbienti. Ed invero, mentre l'art. 11 *bis* d.l. n. 132 cit. stabilisce che, nei casi dell'art. 3 d.l. cit., sia assicurato il patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente, per l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di negoziazione assistita, analogo beneficio non trova spazio quando la negoziazione ha carattere facoltativo, come nelle liti di lavoro.

La scelta è criticabile e rischia di disincentivare il ricorso all'istituto. Se da una parte il legislatore obbliga alla presenza di un difensore per parte per poter accedere alla risoluzione negoziale del d.l. n. 132 del 2014, costringendo il lavoratore indigente a farsi assistere nella redazione dell'accordo da un avvocato distinto da quello del datore di lavoro, dall'altra, considerata la natura comunque facoltativa della procedura, nega che quel lavoratore possa accedere al gratuito patrocinio per sostenere i costi del difensore che ha dovuto nominare.

I benefici economici ai quali accede il lavoratore sarebbero riconosciuti solo sul piano giudiziale (patrocinio a spese dello Stato, esenzione dal pagamento del contributo unificato per i redditi rientranti nei limiti della l. 15 luglio 2011, n. 111); il che indurrebbe il ricorrente ad agire direttamente in giudizio per evitare di dover

⁽²⁸⁾ Così il parere del CSM al d.l. n. 132 del 2014.

⁽²⁹⁾ Sul dibattito che ha preceduto l'introduzione della negoziazione assistita in materia di lavoro ad opera della riforma Cartabia, v. C. SCOGNAMIGLIO, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro*, cit., 155 ss.

soportare ulteriori costi. I benefici sul piano della tutela sarebbero così sacrificati per ragioni economiche ⁽³⁰⁾.

L'avvocato può poi, stando all'art. 2 *ter* cit., essere affiancato da un consulente del lavoro, fermo restando che, mentre la presenza di quest'ultimo è facoltativa e rimessa alla volontà delle parti (*rectius*, dell'azienda datrice di lavoro), l'assistenza del difensore è necessaria affinché possa configurarsi la procedura in esame, nonché per attribuire all'accordo gli effetti stabiliti dagli artt. 2 *ter* e 5 d.l. n. 132 del 2014. È infatti solo la presenza del difensore a garantire la libera determinazione del contenuto dell'accordo ⁽³¹⁾.

L'art. 2 *ter* d.l. n. 132 del 2014 stabilisce che all'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione assistita si applichi l'art. 2113, 4° comma, c.c., ovvero il regime di stabilità delle conciliazioni in materia lavoristica stipulate nelle c.d. sedi protette ⁽³²⁾.

Sul punto è bene segnalare che nessuna modifica ha interessato direttamente l'art. 2113 c.c., che continua a indicare come valide solo le conciliazioni concluse ai sensi degli artt. 185, 410, 411, 412 *ter* e 412 *quater* c.p.c., e non anche quelle raggiunte a seguito di negoziazione assistita ⁽³³⁾. Ciò non toglie che lo svolgimento della pro-

⁽³⁰⁾ Sul punto, *si vis*, P. LICCI, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie di lavoro*, in *LDE*, 2021.

⁽³¹⁾ D'altronde il consulente del lavoro rappresenta gli interessi dell'azienda che gli conferisce l'incarico, non essendo invece portavoce dei diritti dei lavoratori sulla cui volontà libera deve avvenire un controllo. Sul punto v. A.D. DE SANTIS, *Controversie di lavoro e procedimenti speciali*, in D. DALFINO (a cura di), *La riforma del processo civile – l. 26 novembre 2021 n. 206 e d. leg. 10 ottobre 2022 n. 149 e n. 151*, ne *Gli Speciali de Il Foro* 4/2022, 2023, 288, il quale osserva che la previsione dell'assistenza dei consulenti tecnici è di mero contorno rispetto alla finalità dell'istituto, e costituisce solo il riconoscimento formale di un ruolo che quei professionisti già di fatto svolgono durante le trattative per la ricerca di un accordo. Sul punto v. anche C. SCOGNAMIGLIO *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro*, cit., 161, 162.

⁽³²⁾ In ossequio a quanto previsto dall'art. 1, 4° comma, lett. q), legge delega 26 novembre 2021, n. 206.

⁽³³⁾ Lo schema di decreto legislativo sottoposto ai pareri delle commissioni parlamentari prevedeva espressamente, invece, una modifica dell'art. 2113, ult. com-

cedura ai sensi degli artt. 2 ss. d.l. n. 132 del 2014 renda l'accordo risolutivo della controversia lavoristica non annullabile, salvo il caso in cui vi sia un vizio del consenso o quello in cui venga impugnato per nullità.

Si osserva peraltro che l'art. 2 *ter* cit. stabilisce che l'introduzione della negoziazione assistita nelle controversie dell'art. 409 c.p.c. non pregiudica la possibilità di ricorrere alla conciliazione dell'art. 412 *ter* c.p.c. («fermo restando quanto disposto dall'art. 412 *ter*»). In altri termini, il legislatore si è preoccupato di sottolineare, seguendo i criteri della legge delega, che la conciliazione sindacale è pur sempre un mezzo di risoluzione delle controversie di lavoro che non deve essere disincentivato per il sol fatto che oggi sia stata introdotta una nuova ADR lavoristica ⁽³⁴⁾. Tuttavia, è bene evidenziare che, degli strumenti stragiudiziali di composizione delle liti dell'art. 409 c.p.c., non resta fermo solo l'art. 412 *ter* c.p.c.: la negoziazione assistita infatti costituisce un mezzo alternativo alla giurisdizione statale nonché a tutte le forme facoltative di conciliazione e arbitrato, ovvero agli artt. 410, 411, 412, 412 *quater* c.p.c. La precisazione normativa perciò appare da un lato troppo limitata e, dall'altro, del tutto sterile.

ma, c.c. La versione definitivamente approvata si deve quindi ad una condizione posta dalla seconda Commissione permanente del Senato.

⁽³⁴⁾ È bene evidenziare che l'accordo di negoziazione assistita gode in astratto di una maggiore stabilità rispetto alla conciliazione sindacale poiché mentre quest'ultima può essere invalidata per motivi attinenti alla (mancata) effettività dell'assistenza del sindacato dinanzi al quale si svolge la conciliazione, la negoziazione non soffre di simili problemi. Ragion per cui, forse, la negoziazione dell'art. 2 *ter* d.l. n. 132 cit. si prospetta come una strada più appetibile di quella dell'art. 412 *ter* c.p.c., della cui presenza perciò il legislatore ha deciso (con l'inciso indicato nel testo) di farsi portavoce per non far cadere lo strumento nel dimenticatoio. All'uopo v. C. SCOGNAMIGLIO, *La negoziazione assistita e le controversie di lavoro*, cit., il quale osserva che l'introduzione della negoziazione assistita in materia di lavoro forse fa emergere la crisi del ruolo del sindacato.

6. *L'onere di trasmissione dell'accordo alle commissioni di certificazione: una garanzia speciale poco chiara.* – Ai sensi dell'art. 11 d.l. n. 132 cit., l'accordo raggiunto a seguito della negoziazione assistita deve essere trasmesso a cura degli avvocati al Consiglio dell'Ordine del circondario in cui il patto è stato concluso ovvero in quello di iscrizione di uno degli avvocati. Scopo di tale previsione è quello di consentire un monitoraggio sulle procedure, sul loro funzionamento e sui loro esiti. La violazione di tale previsione non può quindi in alcun modo riflettersi sulla validità dell'accordo.

Dubbie sono invece le conseguenze in caso di mancata trasmissione dell'accordo, a cura delle parti ed entro dieci giorni dalla sua sottoscrizione, agli organismi di certificazione dell'art. 76 d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 ⁽³⁵⁾.

Questo ulteriore onere non era previsto né dalla legge delega né dal testo sottoposto all'esame della Commissione giustizia del Senato, che invece ha invitato il Governo a modificare lo schema di decreto legislativo, prevedendo che l'accordo raggiunto all'esito della procedura di negoziazione venga «trasmesso, a cura di una delle due parti, entro dieci giorni ad uno degli organismi di cui all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276». Stando al parere della Commissione tale ulteriore previsione avrebbe lo scopo «di offrire una soluzione mediana utile a temperare la volontà del legislatore di estendere lo strumento della mediazione al contenzioso del lavoro e la necessaria tutela delle parti in causa (e in particolar modo del lavoratore)».

⁽³⁵⁾ Sul punto v. le considerazioni di F. LAMBERTI, *La negoziazione assistita*, in S. CIUCCIOVINO, I. ALVINO, M. GIOVANNONE, F. LAMBERTI (a cura di), *Teoria e prassi della certificazione dei contratti, dell'autonomia negoziale assistita e della conciliazione delle controversie di lavoro*, Roma, 2024, 516 ss., la quale osserva che l'attività di trasmissione è cosa ben diversa da quella di certificazione che qui non può essere svolta dagli organismi dell'art. 76 d.lgs. n. 276 del 2003. Si potrebbe allora ipotizzare che essa serva solo ad attribuire una conoscibilità pubblica delle pattuizioni raggiunte, anche ai fini di un eventuale controllo ispettivo sui profili fiscali e contributivi dell'accordo.

Tuttavia nel testo definitivamente approvato, fermo restando il recepimento dell'emendamento del Senato, non vi è traccia di sanzioni o conseguenze nell'ipotesi in cui l'onere imposto dall'art. 2 *ter* d.l. n. 132 cit. non venga assolto. Cosicché, in mancanza di espressa indicazione normativa, è difficile riuscire a comprendere quale potere possano esercitare le commissioni di certificazione e, in particolare, se siano in grado di invalidare un accordo raggiunto a seguito di una regolare procedura di negoziazione assistita.

Ci si può allora domandare se, allo stato attuale, la trasmissione della conciliazione conclusa ai sensi del d.l. n. 132 agli organismi dell'art. 76 d.lgs. n. 276 cit. serva, non troppo diversamente da quanto avviene per le conciliazioni sindacali in forza dell'ultimo comma dell'art. 411 c.p.c., per il conferimento dell'efficacia esecutiva. Ci sembra che la risposta non possa che essere negativa. L'accordo di negoziazione, a differenza delle conciliazioni lavoristiche previste dal codice, non impone l'omologa per l'ottenimento del titolo esecutivo. Esso è già titolo valido per l'inizio dell'esecuzione forzata sin dalla sua sottoscrizione, ai sensi dell'art. 5 d.l. n. 132 cit.

Resta allora da comprendere se la mancata osservanza dell'ultima parte dell'art. 2 *ter* cit. possa determinare un'invalidità dell'accordo concluso dai litiganti. Stando alla norma, nessuna conseguenza è allo stato prevista. Né è stato attribuito alle commissioni di certificazione un potere di veto rispetto alla validità delle conciliazioni. Quanto alla funzione di certificazione della volontà abdicativa e transattiva dei litiganti, tale ruolo è già assegnato dal d.l. n. 132 cit. ai rispettivi avvocati delle parti.

Sul punto nulla è peraltro stabilito dallo schema di decreto correttivo presentato dal Governo alle Commissioni Giustizia di Camera e Senato, sicché non resta che immaginare che la previsione dell'onere di trasmissione dell'accordo abbia lo stesso valore di quella prevista dall'art. 11 d.l. n. 132 cit., ovvero di monitoraggio delle negoziazioni, relativamente però alle controversie di lavoro.

Abstract

Il contributo esamina l'evoluzione della giustizia consensuale in materia di lavoro, a cominciare dalla prima forma di conciliazione prevista dalla legge sui collegi probivirali per finire alla negoziazione assistita introdotta nelle liti lavoristiche dalla riforma Cartabia.

Il dato emergente dall'analisi degli istituti è che la giustizia consensuale riveste un ruolo fondamentale nella risoluzione di queste controversie: vuoi per la natura del rapporto litigioso, vuoi per la incapacità del sistema giustizia di offrire una tutela effettiva (e differenziata) in tempi brevi.

The paper examines the evolution of consensual justice in labor matters, beginning with the first form of conciliation provided by the law on probiviral tribunal and ending with the assisted negotiation introduced in labor disputes by the Cartabia reform.

The analysis of these institutions reveals that consensual justice plays a fundamental role in resolving labor disputes, both due to the nature of the litigious relationship and the inability of the justice system to offer effective (and differentiated) protection swiftly.

IL REGOLAMENTO DI PROCEDURA
E LE SPESE DI MEDIAZIONE SECONDO
IL NUOVO D.M. N. 150 DEL 2023

(OVVERO COME RENDERE SOVRABBONDANTE
CIÒ CHE AVREBBE DOVUTO RIMANERE ESSENZIALE,
COMPRENSIBILE E CONTENUTO)

Federico Ferraris ()*

SOMMARIO: 1. Il regolamento di procedura: caratteri, finalità e limiti. – 2. Cenni alla disciplina previgente. – 3. I numerosi requisiti previsti dal d.m. 24 ottobre 2023, n. 150: fra (poche) innovazioni e (molte) superfezioni. – 4. La (delicata) disciplina delle spese della mediazione. – 5. Le nuove spese di avvio e di mediazione (c.d. indennità) e le spese vive, con particolare riferimento al primo incontro. – 6. La conciliazione raggiunta in primo incontro e le spese (per Organismi di Mediazione sia pubblici che privati). – 7. La conciliazione raggiunta in incontri successivi e le spese (per Organismi di Mediazione sia pubblici che privati). – 8. Incontri successivi e mancata conciliazione. – 9. L'ordinanza del Tribunale di Verona del 24 novembre 2023 e la (in)compatibilità delle spese con il principio di accesso alla giurisdizione? – 10. Considerazioni conclusive.

1. Il regolamento di procedura: caratteri, finalità e limiti. – Con l'introduzione nel 2010 di un procedimento di mediazione civile c.d. uniforme, il legislatore ha, come noto, optato per un sistema di

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 57-86. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Professore Associato di Diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

tipo «amministrato» nel quale – fissati i «confini», mediante il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, entro cui la mediazione può svolgersi – ha al contempo demandato ad Organismi di Mediazione pubblici e privati, previamente accreditati a livello ministeriale (di seguito, OdM), la definizione del concreto dipanarsi dei singoli procedimenti per il tramite di un proprio regolamento di procedura, il quale avrebbe fornito alle parti le indicazioni necessarie per attivare e partecipare alla mediazione, i poteri e le facoltà ivi esercitabili dalle stesse così come dal mediatore, i caratteri dell'accordo e le previsioni in caso di fallimento delle trattative nonché il regime di spese e indennità.

Evidente appare dunque l'importanza del regolamento in discorso, il quale fra l'altro può differire anche sensibilmente tra OdM, cosa che dovrebbe sollecitare le parti (e i relativi avvocati) a leggere con attenzione tale documento prima di scegliere un determinato Organismo (nell'ambito di quelli aventi sede nella circoscrizione ove si trova il giudice competente per la domanda, salva la facoltà di deroga: art. 4 d.lgs. n. 28 del 2010) ⁽¹⁾.

Anche per evitare che tali regolamenti si discostassero troppo l'un dall'altro, il Ministero della Giustizia, con il d.m. 18 ottobre 2010, n. 180, aveva *inter alia* stabilito alcuni requisiti «di base» degli stessi, nel tentativo di fissare alcune prescrizioni comuni valevoli per tutti gli OdM che intendessero accreditarsi: si tratta(va), peraltro, di un'attività per certi aspetti delicata, poiché destinata ad incidere non poco su un procedimento che dovrebbe restare nella disponibilità delle parti e rispondere a bisogni e interessi che le stesse, di volta in volta, sottopongono al mediatore ⁽²⁾: e, in effetti, pur accanto a condivisibili previsioni, ve ne erano altre che orientavano, se non imponevano, determinati *modi operandi* poco comprensibili se non contrari all'ottica sopra descritta.

⁽¹⁾ In argomento sia consentito il rinvio a F. FERRARIS, *Il procedimento*, in F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 123 ss.

⁽²⁾ Di procedimento «caleidoscopico» e «*user-friendly*» ha parlato E. SILVESTRI, voce *Conciliazione e mediazione*, in *Enc. Giur. Ann.*, Milano, 2007, 279 ss.

2. *Cenni alla disciplina previgente.* – In particolare, l'art. 7 d.m. n. 180 del 2010 richiedeva taluni contenuti minimi, i quali a loro volta potevano risultare inderogabili oppure facoltativi: nell'ambito dei primi, ad es., rientravano l'indicazione del luogo dove si svolge il procedimento e delle cause di incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte del mediatore, la fissazione di criteri inderogabili per l'assegnazione dei procedimenti ai mediatori maggiormente competenti nei settori interessati, l'impossibilità di svolgere gli incontri in via esclusivamente telematica, il divieto di comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore eccetto quelle effettuate in occasione delle sessioni separate, nonché, infine, la predisposizione di apposite schede di valutazione del servizio per gli utenti; quanto ai requisiti facoltativi, si richiamano la possibilità per l'OdM di limitare il proprio servizio a specifiche materie previamente individuate; la facoltà delle parti di indicare congiuntamente un mediatore, noto ad entrambe e che per questo gode di reciproca fiducia; la possibilità, per il mediatore, di formulare una proposta conciliativa anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento.

Seppur il decreto ministeriale si fosse limitato, tutto sommato, a sporadiche prescrizioni, già in quella sede emergevano talune perplessità: così, ad es., l'impossibilità di conferire in separata sede con il mediatore risulta(va) poco comprensibile, anche perché anzitutto non può predicarsi alla mediazione la stessa idea di contraddittorio tipica del processo ⁽³⁾ (la quale con molta probabilità aveva ispirato

⁽³⁾ In argomento cfr. F.P. LUISO, *Il modello italiano di mediazione. Il «giusto» procedimento di mediazione (contraddittorio, riservatezza, difesa, proposta)*, in *Giur. it.*, 2012, 213 ss.; V. VIGORITI, *La direttiva europea sulla mediation. Quale attuazione?*, in *Riv. arb.*, 2009, 14; sostengono una tesi parzialmente differente M.F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 377 ss.; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti. L'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007. Sul punto v., altresì F. DANOVI, *Soggetti, doveri, garanzie*, in F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione*, cit., 81, spec. nota 3.

il divieto in esame), ma soprattutto perché tutto il procedimento – sebbene possa in teoria scandirsi in determinati momenti (le diverse fasi, le sessioni congiunte e separate) – in realtà risulta spesso un eterogeneo «amalgama» in cui è difficile individuare un *iter* prestabilito sempre valido per ogni mediazione; il tutto, poi, senza contare che la fiducia fra parti e mediatore è un aspetto essenziale per la buona riuscita del tentativo di mediazione, mentre il vietare alle prime di poter parlare, spesso con franchezza, al mediatore in modo riservato, sebbene tale momento non sia espressamente qualificato come «sessione separata», si pone in evidente contrasto con la predetta esigenza.

Ancor meno comprensibile risultava poi la possibilità di inserire nei regolamenti la c.d. proposta contumaciale, ovvero la facoltà per il mediatore di assumere un ruolo valutativo anche senza la partecipazione della parte invitata. L'elaborazione di una proposta *inaudita altera parte* – che peraltro non avrebbe consentito, a nostro avviso, di poter parlare ancora di mediazione, bensì di qualcosa di ontologicamente diverso ⁽⁴⁾ – agli occhi del Ministero intendeva rag-

⁽⁴⁾ Anche l'utilizzo del termine «proposta» non pareva in realtà corretto, dal momento che il mediatore avrebbe tenuto conto esclusivamente delle posizioni della parte presente e della ricostruzione del fatto inevitabilmente «orientata» dalla prospettiva dell'istante il quale, con ogni probabilità, avrebbe attribuito differente peso e importanza ai diversi elementi della fattispecie in relazione ai propri interessi. Non stupisce, dunque, che sull'eventualità di formulare una proposta contumaciale la dottrina maggioritaria fosse particolarmente critica: così, ad es., si era affermato che «in ipotesi di mediazione 'contumaciale' (...) prudenza vorrebbe, indipendentemente dalla sussistenza del giustificato motivo di assenza dal procedimento, che il mediatore si astenesse dalla proposta in difetto della percezione di un qualsivoglia elemento che possa consentire di poggiare la stessa su solide basi. Diversamente la stessa potrebbe apparire una forzatura estrema se non una vera e propria aberrazione»: così E. CAPOBIANCO, *I criteri di formazione della c.d. proposta «aggiudicativa» del mediatore*, in *Obb. e contr.*, 2011, 490; in senso analogo cfr. A. SANTI, *Sub art. 11*, in M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 282; R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale. Composizione della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei D.M. nn. 180/2010 e 145/2011*, Torino 2011, 221, la quale ne consigliava un utilizzo oculato e ben ponderato.

giungere, unitamente alle altre sanzioni per mancata partecipazione, l'obiettivo di convincere le parti ad aderire al procedimento, anche al fine di evitare che potessero essere elaborate definizioni della vertenza (con i correlati effetti sul successivo processo ⁽⁵⁾) le quali tenessero conto delle sole posizioni unilateralmente espresse dalla controparte.

Siffatta posizione, tuttavia, non ha mai del tutto convinto: risultava infatti difficile immaginare che una parte, ostile a qualunque ipotesi conciliativa, potesse essere successivamente portata a rivedere le proprie posizioni per il tramite di un'attività fondata necessariamente su quanto l'altra aveva riferito al mediatore; appariva, anzi, maggiormente verosimile che la ricezione di una proposta «contumaciale» acuisse ulteriormente il conflitto e l'irritazione del soggetto non partecipante, il quale avrebbe potuto maturare l'impressione che la controparte volesse definire autonomamente i confini della loro vertenza, dispensando arbitrariamente torti e ragioni. Fortunatamente tale previsione è stata espunta dai requisiti (pur facoltativi) dei regolamenti di procedura ed è quindi auspicabile che gli OdM non mantengano (ove lo avessero in passato previsto) una simile facoltà in capo al mediatore ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ V. art. 13 d.lgs. n. 28 del 2010.

⁽⁶⁾ Va peraltro notato che dalle nuove prescrizioni è scomparsa anche la possibilità – contenuta nella medesima disposizione che legittimava la proposta contumaciale (art. 7, 2° comma, lett. b)) – in base alla quale, «in caso di formulazione della proposta ai sensi dell'articolo 11 del decreto legislativo, la stessa può provenire da un mediatore diverso da quello che ha condotto sino ad allora la mediazione e sulla base delle sole informazioni che le parti intendono offrire al mediatore proponente»: si tratta(va), a nostro avviso, di una facoltà rilevante nell'ambito di una mediazione di tipo valutativo, la quale avrebbe consentito alle parti di rivolgersi con maggior serenità al mediatore, potendo contare sul fatto che quanto eventualmente rivelato anche in separata sede non sarebbe poi stato utilizzato per formulare una proposta. La predetta garanzia, anzi, apparirebbe oggi ancor più giustificata, ponendo il d.m. n. 150 del 2023 particolare attenzione alla proposta all'interno della rinnovata formazione dei mediatori, in qualche modo contraddicendo lo spirito del d.lgs. n. 28 del 2010 che invece, sin dal 2013, ha dimostrato (si veda la modifica all'epoca apportata all'art. 1 e confermata dalla riforma del 2022) di preferire un procedimento di tipo facilitativo. In argomento sia consentito il rinvio a F. FERRA-

3. *I numerosi requisiti previsti dal d.m. 24 ottobre 2023, n. 150: fra (poche) innovazioni e (molte) superfetazioni.* – Veniamo quindi al *restyling* operato dal d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, ovvero il nuovo decreto attuativo resosi necessario dalle numerose modifiche al procedimento di mediazione operate dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 (c.d. riforma Cartabia del processo civile e degli strumenti alternativi delle controversie) le quali, in questa sede, verranno solo richiamate in quanto funzionali alle previsioni del decreto ministeriale.

Prima di analizzare più da vicino l'art. 22, rubricato «regolamento di procedura», un aspetto emerge *ictu oculi*, ovvero la maggior estensione di tale norma rispetto al previgente art. 7 d.m. n. 180 del 2010: in effetti, in questo caso si contano ben 23 indicazioni «minime» di cui ciascun regolamento deve dotarsi qualora intenda ottenere l'accreditamento ministeriale; in aggiunta, si tratta di elementi tutti necessari, essendo venuta meno la predetta distinzione fra disposizioni facoltative e imperative.

Incominciando dalle prescrizioni comuni al precedente decreto, troviamo anzitutto la lett. a), relativa all'indicazione del luogo di svolgimento della mediazione, derogabile con il consenso di tutte le parti, del mediatore e del responsabile dell'organismo. Qui è forse superfluo precisare che non si tratta della competenza «territoriale» degli organismi, introdotta per la prima volta con il d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (c.d. decreto del fare) per evitare il fenomeno del c.d. *forum shopping* in mediazione⁽⁷⁾ e confermata dalla riforma Cartabia⁽⁸⁾: invero, in quest'ultimo caso si tratta di elemento derogabile

RIS, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1462 ss.; ID., *La nuova disciplina della formazione di mediatori (civili) e formatori*: «much ado about nothing»? in *DPCIC*, 2024, 194 ss.

⁽⁷⁾ Al riguardo, *si vis*, F. FERRARIS, voce *Mediazione civile e commerciale*, in *Enc. dir., Annali*, Milano, 2016, 624 ss.

⁽⁸⁾ Tale regola, come noto, individua l'OdM responsabile del procedimento in quello avente sede nella circoscrizione del giudice competente sulla domanda: v. art. 4 d.lgs. n. 28 del 2010.

dalle sole parti – e la riforma del 2022 lo ha anzi esplicitato ⁽⁹⁾ rendendo possibile tale opzione (si ritiene) anche in modo tacito – mentre nella fattispecie in esame si tratterebbe della sola eventualità che le parti esprimano il desiderio di svolgere il tentativo in un luogo differente rispetto alla sede principale (o a quelle secondarie) dell'OdM, il quale resterebbe in ogni caso titolare della gestione della mediazione, ciò che evidentemente giustifica il preventivo assenso di responsabile e mediatore.

Altro elemento comune, seppur dotato di più dettagliate precisazioni, è quello relativo alla nomina del mediatore per il singolo procedimento: in effetti, mentre prima ci si limitava a richiedere «criteri inderogabili per l'assegnazione degli affari di mediazione predeterminati e rispettosi della specifica competenza professionale del mediatore designato» e, solo eventualmente, «la possibilità di comune indicazione del mediatore ad opera delle parti», oggi la prospettiva risulta ribaltata, posto che si prevede, anzitutto, (lett. c) «la possibilità per le parti di indicare concordemente un mediatore tra quelli inseriti nell'elenco dell'organismo» e solo «in difetto di indicazione concorde» (lett. d) «i criteri predeterminati di assegnazione degli affari di mediazione, rispettosi della specifica competenza del mediatore e idonei ad assicurarne la rotazione». Ma non solo: scorrendo la successiva lett. f) ci si avvede che l'organismo potrà anche disattendere la concorde indicazione delle parti, dovendo in tal caso ricorrere ai criteri «ordinari» fissati secondo la precedente lett. d).

Francamente non è chiaro il senso di quest'ultimo requisito/facoltà: non tener conto dell'opzione delle parti per un determinato mediatore iscritto nelle proprie liste pare, a chi scrive, operazione controproducente, se non dannosa, dal momento che – se scelta v'è stata – ciò con ogni probabilità sta a significare che le parti

⁽⁹⁾ Prima tale possibilità era in effetti desunta implicitamente dalla norma: cfr., ad es., M. BOVE, *L'accordo conciliativo rivisitato dal c.d. «decreto del fare»*, in <www.judicium.it>, 14.10.2013; ID., *Circolazione europea della conciliazione-titolo esecutivo*, in *Soc.*, 2012, 703 ss.

nutrono già una certa fiducia verso il mediatore da loro designato, cosa che non soltanto agevolerebbe il lavoro di questi ma sarebbe altresì di buon auspicio, anche solo per l'implicita disponibilità dei litiganti a «mettersi in discussione» e provare a seguire il mediatore nelle diverse fasi, prima fra tutte l'esplorazione di bisogni e interessi, che regolano il procedimento. Meglio sarebbe, dunque, se siffatta eventualità – esclusa ogni discrezionalità del responsabile dell'OdM – venisse utilizzata nelle sole situazioni di urgenza in cui il mediatore concordemente designato si trovi al momento impegnato in altra mediazione e, quindi, impossibilitato a gestirne di nuove.

Sempre restando nell'ambito degli elementi già presenti nella versione originaria del decreto, un discorso particolare merita poi la c.d. *disclosure* del mediatore, ovvero la necessità che il medesimo, prima di accettare l'incarico proposto, dichiari che non sussistono motivi tali da ledere la propria «equivicinanza» alle parti. Se, peraltro, in passato, veniva semplicemente stabilito che «il procedimento di mediazione può avere inizio solo dopo la sottoscrizione da parte del mediatore designato della dichiarazione di imparzialità» prevista dall'art. 14, 2° comma, lett a) d.lgs. n. 28 del 2010, oggi, giusta anche la modifica della predetta disposizione legislativa, si richiede che il regolamento indichi non soltanto (lett. g) «che il mediatore non può iniziare il procedimento prima di aver sottoscritto la dichiarazione di cui alla lett. i», ma altresì (lett. i) «le formule con cui il mediatore rende la dichiarazione di indipendenza e imparzialità»: al di là dell'ultima prescrizione richiesta, forse sin troppo «rigida», è da segnalare che fa il suo ingresso nel decreto attuativo (e quindi nei regolamenti) la nozione di indipendenza, elemento sempre richiamato nelle fonti sovranazionali in materia ⁽¹⁰⁾ ma, inespugnabilmente, mai recepito nella versione originaria (e poi modificata nel 2013) del

⁽¹⁰⁾ Basti pensare alle raccomandazioni della Commissione europea nn. 257/1998 e 310/2001, al Libro Verde del 19 aprile 2002 sui metodi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, alla direttiva n. 2008/52/CE, al Codice europeo di condotta dei mediatori, tutti documenti che si rifanno sempre al concetto di indipendenza.

d.lgs. n. 28 del 2010. Bene, dunque, ha fatto il legislatore prima (con la modifica dell'art 14, 2° comma, lett. a) da parte del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) e il Ministero poi a ricordare che al mediatore non è richiesto di essere (e apparire) solo imparziale, aggettivo che di solito si predica nei confronti delle parti e in relazione all'assenza di legami con queste, ma altresì indipendente, ovvero in grado di muoversi all'interno del procedimento libero da indebite influenze esterne ad esso ⁽¹¹⁾.

In aggiunta, sebbene la lett. h) richieda ai regolamenti di individuare (come in passato) «le cause di incompatibilità del mediatore previste dal codice etico e, quando pertinente, dai codici deontologici di appartenenza del singolo mediatore», va segnalato che è lo stesso decreto a prevederne alcune (le quali, è verosimile, dovranno fare ingresso nel regolamento) nel precedente art. 21: al riguardo, se non può che concordarsi con quanto previsto al 3° comma di tale norma («non può svolgere la funzione di mediatore chi ha in corso o ha avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti e quando ricorre una delle ipotesi di cui all'art. 815, primo comma, numeri da 2 a 6 del c.p.c.»), qualche dubbio genera invece il successivo 4° comma, laddove afferma che il «mediatore non può essere parte o rappresentare una parte (...) in procedure di mediazione che si svolgono davanti all'organismo del quale è socio o del quale è legale rappresentante o responsabile», dal momento che non considera la posizione di chi, pur risultando iscritto come mediatore in un determinato OdM, intenda essere o rappresentare una parte in un procedimento gestito dal «proprio» organismo. Ragioni di opportunità, in effetti, dovrebbero escludere siffatta possibilità – la quale, è appena il caso di ricordarlo, potrebbe generare effetti distorsivi sulla stessa decisione della parte invitata di aderire al tentativo; del resto, le incompatibilità previste dall'art. 21 non sono tassative, ed è dunque auspicabile che tale elenco venga integrato dal regolamento.

⁽¹¹⁾ Sulle nozioni di indipendenza, imparzialità e terzietà v., ad es., F. DANOVÌ, *Per uno statuto giuridico del mediatore*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 771 ss.

Viene poi (purtroppo) ribadito, così come in precedenza, che «non sono consentite comunicazioni riservate delle parti al solo mediatore, eccettuate quelle in occasione delle sessioni separate» (lett. m) ⁽¹²⁾, e, infine, confermato che «nei casi di cui all'art. 5, comma 1, e 5-*quater* del decreto legislativo, il mediatore tiene il primo incontro con la parte istante anche in mancanza di adesione della parte chiamata in mediazione».

Si tratta, come noto, delle fattispecie in cui il tentativo di mediazione si pone quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale (*ex lege* o *iussu iudicis*), in relazione alle quali la predetta disposizione – se pure (al lordo della giurisprudenza intervenuta sull'argomento ⁽¹³⁾) trovava una propria giustificazione nella previgente disciplina dove il primo incontro si strutturava come «filtro», nel quale il mediatore era principalmente chiamato a verificare la disponibilità delle parti alla negoziazione ⁽¹⁴⁾ e, soprattutto, se si concludeva senza accordo, non comportava il pagamento di alcuna indennità per l'organismo (ad eccezione delle spese di avvio) – pare idonea oggi a sollevare talune criticità: invero, recepito dal legislatore il principio di effettività della mediazione, tale per cui «al primo incontro il mediatore espone la funzione e le modalità di svolgimento della mediazione e si adopera affinché le parti raggiungano un accordo di conciliazione. Le parti e gli avvocati che le assistono

⁽¹²⁾ Su tale norma v. *supra* par. 2.

⁽¹³⁾ Il riferimento è alla copiosa giurisprudenza che, nel tempo, ha sancito i principi di partecipazione necessariamente personale ed effettività del primo incontro, sulla quale sia consentito il rinvio a F. FERRARIS, *Mancata partecipazione alla mediazione e responsabilità processuale aggravata: un'endiadi dal sapore ossimorico*, in *Contratti*, 2021, 49 ss.; ID., *Partecipazione personale ed effettività del procedimento: verso una eterogenesi dei fini?*, *ivi*, 2019, 273 ss.; ID., *Partecipazione personale ed effettività del procedimento: due elementi coesenziali per il corretto espletamento del tentativo «obbligatorio»*, *ivi*, 2015, 687 ss.; cfr. altresì M. RUVOLO, *La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione e sull'effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche*, in *Corriere Giur.*, 2019, 1533 ss.

⁽¹⁴⁾ Ciò che, peraltro, non escludeva che già in quella sede si potessero iniziare le trattative.

cooperano in buona fede e lealmente al fine di realizzare un effettivo confronto sulle questioni controverse» (nuovo art. 8, 6° comma, d.lgs. n. 28 del 2010), anzitutto ci si domanda come possa il mediatore «adoperarsi per raggiungere un accordo» ... in assenza della parte chiamata; né può poi essere dimenticato il fatto che oggi il primo incontro (anche in ragione della sua «completezza») ha sempre un costo per le parti (la c.d. indennità di mediazione, che si aggiunge alle spese vive ⁽¹⁵⁾), la quale andrà corrisposta anche dalla sola parte che ha attivato la mediazione (cui non sia seguita alcuna adesione: art. 34, 1° comma), ciò che comporta un inevitabile aggravio economico (su chi già è obbligato a soddisfare la condizione di procedibilità della propria domanda), il quale rischia di risultare poco compatibile (oltretutto con l'art. 24 Cost.) con il principio, spesso ribadito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, per cui la mediazione obbligatoria, così come altri ADR preventivi, non devono comportare oneri eccessivi per le parti ⁽¹⁶⁾.

Passando quindi alle novità contenute nel d.lgs. n. 150 cit., vengono anzitutto in rilievo le disposizioni di cui alle lett. c) e d) dell'art. 22, le quali prescrivono la necessità che i regolamenti prevedano la facoltà di svolgimento della mediazione in via interamente telematica oppure che le parti possano richiedere – nell'ambito di una mediazione svolta «in presenza» – la predisposizione di determinati incontri da remoto ⁽¹⁷⁾. Si tratta, ovviamente, di un «lascito» della pandemia da Covid-19 la quale, come noto, ha avuto un im-

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. *infra* par. 5.

⁽¹⁶⁾ V., ad es, C. Giust. UE, 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA*, cause riunite C-317-320/08, in *Giur. it.*, 2010, 2585 ss., con nota di C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*; C. Giust. UE, 14 giugno 2017, *Menini – Rampanelli c. Banco Popolare*, causa C-75/16, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, 1631, con nota di F. FERRARIS, *ADR e consumatori: rapporti e interferenze*; in argomento v. altresì M. LUPANO, *La riforma della mediazione*, in <www.judicium.it>, 17.01.2022.

⁽¹⁷⁾ In passato, invece, il regolamento non poteva prevedere che l'accesso alla mediazione si svolgesse esclusivamente attraverso modalità telematiche: v. art. 7, 4° comma, d.m. n. 180 del 2010.

patto significativo sulle nostre vite e, per quel che interessa in questa sede, sull'accelerazione all'utilizzo di tecnologie informatiche nelle diverse attività lavorative che si prestavano ad essere svolte anche *online*; tali disposizioni risultano all'evidenza altresì una diretta conseguenza di quanto previsto dal nuovo art. 8 *bis* d.lgs. n. 28 del 2010 in tema di mediazione *online*.

Ora, senza voler approfondire un argomento che necessiterebbe, di per sé solo, di autonoma trattazione anche per le diverse questioni applicative che esso comporta (una su tutte, quella relativa all'accordo-documento informatico e alla necessità che lo stesso sia sottoscritto digitalmente da tutte le parti ⁽¹⁸⁾), preme però qui precisare che, a nostro avviso, la prevista modalità integralmente da remoto – al di là di casi limite ove le parti si trovano in situazioni nelle quali diviene loro estremamente complesso poter presenziare al tentativo – dovrebbe essere limitata, per l'appunto, a circostanze eccezionali, anche perché se uno degli obiettivi della mediazione (se non forse il principale) è la riattivazione dei canali di comunicazione fra le parti, la presenza di un «diaframma» informatico di certo ostacola il perseguimento di tale risultato: del resto, la norma in esame richiede solo che sia indicata «la possibilità per le parti di manifestare la volontà di svolgere la mediazione in modalità telematica», norma che va sempre coordinata con l'*incipit* dell'articolo il quale elenca i contenuti «minimi» di ogni regolamento: nulla pertanto impedirebbe ad un OdM particolarmente sensibile al tema di predisporre precisi confini entro cui esercitare la decritta opzione ⁽¹⁹⁾ sì da evitare eventuali abusi da parte di chi, magari, è già poco propenso a interloquire con la propria controparte (e che potrebbe,

⁽¹⁸⁾ In argomento v., ad es. F. VALERINI, *La mediazione telematica dopo la riforma Cartabia*, in <www.judicium.it>, 21.04.2023.

⁽¹⁹⁾ Ad es., nei casi in cui una delle parti si trovi in luoghi non solo distanti dall'OdM, ma anche dai quali risulti difficile raggiungere la sede prefissata per gli incontri; le situazioni di difficoltà motorie e/o condizioni di salute che sconsiglierebbero lo spostamento e la presenza fisica, ecc.

pertanto, facilmente «nascondersi» dietro uno schermo – e il proprio legale – pur di archiviare al più presto il tentativo).

Altra disposizione nuova è poi quella *sub* lett. n), secondo cui occorre indicare «la disponibilità temporale destinata dall'organismo allo svolgimento del primo incontro, non inferiore a due ore e le condizioni per la sua eventuale estensione nell'ambito della medesima giornata»: anche tale norma va coordinata con l'effettività del primo incontro cui si accennava poco sopra e il fatto che lo stesso non rappresenta più un mero momento di verifica (c.d. filtro) sulla reale volontà delle parti di incominciare le trattative. Certo, anche qui lascia tuttavia perplessi che sia il Ministero a stabilire la durata minima – due ore – per lo stesso, quando si tratterebbe di un elemento che, più di altri, andrebbe lasciato al *case management* del mediatore, anche perché – interpretata alla lettera – la norma non considera le diverse eventualità che possono sorgere in quel momento: ad es., *quid iuris* se dal resoconto che fanno le parti emerge la necessità di coinvolgere una terza persona? E se poi ci si trova di fronte ad un soggetto che, nonostante le sollecitazioni, non intende proprio collaborare con l'altra parte (pur consapevole delle conseguenze che ciò potrebbe provocare in un successivo giudizio)? Occorre, dunque, sempre attendere il decorso del tempo richiesto anche quando risulti all'evidenza inutile? Anche in questo caso, quindi, ci si augura che la disposizione in esame vada intesa che al primo incontro – diversamente dal passato e dalle prassi «poco ortodosse» di taluni OdM i quali, pur di acquisire il diritto al pagamento dell'indennità, fissavano un primo incontro esclusivamente «informativo», rimandando ogni attività di mediazione ad un momento successivo (che, dunque, avrebbe dovuto essere remunerato dalle parti, non potendo più godere dell'esclusione delle spese limitata dalla legge, per l'appunto, al solo «primo incontro») – debba essere assegnato un tempo «congruo», in linea di massima di due ore, ma suscettibile di adattarsi (così come del resto tutto il procedimento di mediazione) alle necessità manifestate dalle parti.

Opportuna, invece, appare la previsione di cui alla lett. o), in base alla quale nel regolamento vanno indicate «le condizioni in presenza delle quali le parti possono chiedere al responsabile dell'organismo la sostituzione del mediatore e il diverso soggetto competente a provvedervi quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo». Si tratta, invero, di eventualità tutt'altro che rara, la quale assume un'importanza centrale nella creazione di quel rapporto di fiducia con il mediatore che risulta essenziale per la buona riuscita del tentativo. Invero, mentre il precedente d.m. n. 180 del 2010 nulla diceva a proposito, oggi è prescritto che gli OdM rendano esplicite le ragioni che legittimano la richiesta di sostituzione: è prevedibile che una simile disposizione non solo riporti ordine chiarezza, e fors'anche uniformità in una disciplina sino ad oggi piuttosto frammentata (se non discrezionale e oscura) ma che altresì costituisca un elemento in più a disposizione delle parti per valutare se scegliere un determinato OdM per la propria mediazione.

Da ultimo, restano da analizzare tre ulteriori (e nuovi) requisiti, due dei quali peraltro (relativi al caso in cui venga nominato un consulente tecnico in mediazione) sono richiesti già dal rinnovato decreto delegato il quale, all'art. 8, 7° comma, stabilisce anzitutto (ciò che costituisce una rilevante novità rispetto al passato ⁽²⁰⁾) che «al momento della nomina dell'esperto, le parti possono convenire la producibilità in giudizio della sua relazione, anche in deroga all'art. 9»: di conseguenza, la lett. r) dell'art. 22 ribadisce «la possibilità per le parti, al momento della nomina dell'esperto, di convenire che la relazione prevista dall'art. 8, comma 7, del decreto legisla-

⁽²⁰⁾ In effetti, si ricorderà che la precedente versione dell'art. 8 d.lgs. n. 28 del 2010 concedeva sì la possibilità alle parti di nominare un consulente tecnico in mediazione ma non si esprimeva sull'eventuale utilizzo della relazione in un successivo giudizio attivato in seguito al fallimento del tentativo: in effetti, oltre al dubbio che ciò si potesse fare, tenuto conto del principio di riservatezza esterna sancito all'art. 9, era evidente che la parte non del tutto soddisfatta delle risultanze cui era giunto l'esperto non avrebbe concesso l'autorizzazione all'utilizzo della relazione, ciò che avrebbe comportato la necessità di una nuova consulenza tecnica d'ufficio nel processo.

tivo possa essere prodotta nell'eventuale giudizio». Più interessante risulta, invece, la lett. t), secondo cui il regolamento deve indicare «le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti di cui si può avvalere il mediatore», recependo così ancora una volta il citato art. 8, 7° comma che ne faceva esplicita richiesta: ricordando che uno dei pilastri degli strumenti ADR, ribadito anche dalle fonti sovranazionali, è il principio di trasparenza, risulta fondamentale che le parti siano edotte di tutte le spese che potrebbero dover sopportare nel procedimento e ciò, in modo particolare, qualora intendano richiedere la partecipazione di un consulente tecnico in mediazione, il cui onorario non è ricompreso nelle indennità di mediazione e che potrebbe, di per sé solo, anche risultare più elevato dell'intero importo previsto per il tentativo.

E sempre sulle spese, questa volta però della mediazione, si focalizza un ultimo elemento (lett. u) che ogni regolamento deve prevedere, ma di questo si farà menzione in seguito, trattando della relativa tematica principale; tale requisito risulterà in effetti giustificato dopo aver appreso le diverse modalità di calcolo degli importi dovuti per il servizio mediazione.

4. La (delicata) disciplina delle spese della mediazione. – La disciplina delle indennità dovute ad OdM e mediatori per il servizio mediazione è da sempre stata avvertita come tema «sensibile», specialmente se declinato ai numerosi casi di mediazione obbligatoria previsti nel nostro ordinamento.

La questione è poi ulteriormente complicata dal fatto che, a livello sovranazionale, non pochi sono i riferimenti al fatto che gli strumenti alternativi alla giurisdizione devono risultare accessibili alle parti, e ciò anche per quanto concerne la loro «sostenibilità» economica: così, ad es., già la raccomandazione della Commissione europea n. 310/2001 (pur rivolta alle controversie consumeristiche) ammoniva sul fatto che «la procedura [avrebbe dovuto essere] gratuita per i consumatori o, qualora vi [fossero] costi, essi [avrebbero

dovuto] essere modici e proporzionati all'importo oggetto della controversia»; il Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale del 19 aprile 2002, dal canto suo, ribadiva come «il costo delle procedure di ADR è un fattore ovviamente essenziale da prendere in considerazione»; ancor più esplicita risultava poi la direttiva n. 2008/52/CE, il cui considerando 6 afferma, fra l'altro, che «la mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale *conveniente* e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti» (corsivo aggiunto). Ma non solo; anche la Corte di Giustizia dell'Unione europea più volte ha ricordato che una normativa nazionale, la quale imponga il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, risulta legittima a patto che «tale procedura (...) non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti» ⁽²¹⁾.

Naturalmente, considerata la delicatezza del tema, esso è stato oggetto di acceso dibattito nel nostro Paese: così, ad es., una delle censure di incostituzionalità all'epoca mosse alla mediazione obbligatoria – e che hanno poi condotto alla pronuncia della Corte costituzionale n. 272 del 2012 – atteneva proprio a questo profilo: a tal proposito, veniva criticata l'onerosità cui era sottoposto il previo tentativo in quanto idonea a porsi in contrasto con l'art. 24 Cost., che garantisce a tutti i cittadini la possibilità di adire il giudice e, con esso, di chiedere la tutela di una propria situazione giuridica soggettiva ⁽²²⁾ (e ciò anche se le tabelle ministeriali all'epoca vigenti risultassero piuttosto contenute in punto spese e indennità ⁽²³⁾); nonché

⁽²¹⁾ Così le già citate C. Giust. UE, 18 marzo 2010, *Alassini c. Telecom Italia ed al.*; nonché C. Giust. UE 14 giugno 2017, *Menini – Rampanelli c. Banco Popolare*, C-75/16.

⁽²²⁾ In tal senso cfr. G. SCARSELLI, *L'incostituzionalità della mediazione di cui al d.leg. n. 28/10*, in *Foro it.* 2011, V, 55, secondo cui «la mediazione può essere obbligatoria oppure onerosa, ma non le due cose insieme, poiché se la mediazione, come nel nostro caso, è tanto obbligatoria quanto onerosa, allora è incostituzionale».

⁽²³⁾ Cfr., al riguardo, la tabella A allegata al d.m. n. 180 del 2010.

il fatto che, a norma di legge, l'esborso economico sarebbe gravato solo sull'attore in mediazione e non anche sul convenuto, qualora quest'ultimo avesse deciso di non aderirvi, così violando il generale principio di eguaglianza stabilito all'art. 3 Cost.⁽²⁴⁾. Come noto, la decisione della Consulta si è limitata all'accoglimento di censure formali (il vizio di eccesso di delega legislativa) e non si è dunque pronunciata su questo aspetto, ritenendolo assorbito dal primo⁽²⁵⁾.

La questione era nuovamente emersa a seguito della reintroduzione della mediazione obbligatoria avvenuta con il d.l. n. 69 del 2013, nonostante in quel caso fosse specificato che, qualora il primo incontro si concludesse senza l'accordo, nessun compenso sarebbe spettato agli OdM, ad eccezione delle c.d. spese di avvio del procedimento (quantificate in 40 euro + IVA per le controversie sino ad € 250.000 e € 80 per quelle di importo superiore). Ebbene, proprio quest'ultimo onere, «dovuto anche in caso di mancato accordo» (art. 16, 2° comma, d.m. n. 180 del 2010), il quale (è appena il caso di ricordarlo) si giustificava anche solo per la necessità di tenere indenni gli OdM dalle spese necessarie ad istruire la singola pratica, era stato oggetto di specifica contestazione di fronte al Tar Lazio, il quale, con sentenza 26 gennaio 2015, n. 1471, pur riconoscendo la compatibilità della (all'epoca) rivisitata mediazione obbligatoria con

⁽²⁴⁾ Cfr., ad es., Trib. Genova, ord., 18 novembre 2011, n. 4574., secondo cui il convenuto «può scegliere di non aderire al procedimento, andando quindi esente dal pagamento delle relative spese, mentre, attesa la formulazione letterale dell'art. 16 (che riferisce della possibilità di adesione o meno alla sola parte 'chiamata in mediazione'), tale possibilità sembra invece preclusa all'attore. Per quest'ultimo non è prevista la possibilità di rinunciare ad avvalersi del servizio, incorrendo quindi comunque nel pagamento sia delle spese di avvio che di mediazione»; in senso analogo cfr. Giudice di Pace Catanzaro, 1° settembre 2011. Al riguardo, coglieva però nel segno l'obiezione di R. CAPONI, *La mediazione obbligatoria a pagamento: profili di costituzionalità*, in <www.judicium.it>, 01.04.2011, secondo cui ragionando in questo modo allora bisognerebbe ritenere incostituzionale anche il versamento del contributo unificato dovuto dall'attore per il giudizio.

⁽²⁵⁾ Per ulteriori approfondimenti sia consentito il rinvio a F. FERRARIS, *Tipologie di mediazione e ambito di applicazione*, in F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione*, cit. 73 ss.

l'accesso alla giurisdizione, aveva tuttavia disposto l'annullamento delle disposizioni del d.m. n. 180 del 2010 che si riferivano alle spese di avvio per contrasto con la normativa di rango superiore.

Poco dopo, invece, il Consiglio di Stato, su ricorso, fra gli altri, dello stesso Ministero della giustizia aveva ribaltato la predetta decisione del Tar, affermando che «le spese di avvio, quantificate dal legislatore in modo fisso e forfettario (e, quindi, sganciato da ogni considerazione dell'entità del servizio effettivamente prestato dall'organismo di mediazione), vanno qualificate come onere economico imposto per l'accesso a un servizio che è obbligatorio *ex lege* per tutti coloro i quali intendano accedere alla giustizia in determinate materie; quanto sopra risulta confermato dal riconoscimento, a favore di chi tali spese abbia erogato, di un correlativo credito d'imposta commisurato alla somma versata e dovuto, ancorché in misura ridotta, anche nel caso in cui la fruizione del servizio si sia arrestata al primo incontro» ⁽²⁶⁾, in tal modo ripristinando l'onere per tutte le parti.

Quanto appena accennato è sufficiente a dimostrare la criticità di una disciplina che, se non adeguatamente ponderata, rischia di porsi in contrasto con diversi principi anche di rango costituzionale; per poter tuttavia provare a immaginare la (futura) sorte delle nuove previsioni sulle spese è anzitutto necessario ricostruire la complessa normativa messa a punto dal Ministero, e a ciò verranno dedicati i paragrafi che seguono.

5. Le nuove spese di avvio e di mediazione (c.d. indennità) e le spese vive, con particolare riferimento al primo incontro. – In ragione della nuova formulazione del primo incontro di mediazione, che abbiamo visto essere a tutti gli effetti un momento di negoziazione effettiva (e non più solo un passaggio preliminare), il capo V del d.m.

⁽²⁶⁾ V. Cons. Stato, 17 novembre 2015, n. 5230.

n. 150 del 2023, all'art. 28, si occupa in prima battuta delle indennità e spese previste per tale momento.

La prima differenza che viene in rilievo con la previgente disciplina è la maggior specificazione della voce «spese vive», le quali si aggiungono all'indennità di mediazione (a sua volta composta, come in passato, da spese di avvio e spese di mediazione), e che sono costituite «dagli esborsi documentati effettuati dall'organismo per la convocazione delle parti, per la sottoscrizione digitale dei verbali e degli accordi quando la parte è priva di propria firma digitale e per il rilascio delle copie dei documenti previsti dall'art. 16, comma 4» ⁽²⁷⁾ (art. 28, 3° comma).

Ben più significativa, tuttavia, risulta la determinazione della indennità di mediazione relative a questa fase del procedimento. In effetti, da un lato vengono (ri)determinate le spese di avvio, in modo però più capillare rispetto al passato: il 4° comma, al riguardo, stabilisce che sono dovuti € 40 per le liti di valore sino a € 1.000, € 75 per quelle il cui valore si assesta tra € 1.000,01 e € 50.000 e, infine, € 110 per le vertenze superiori ad € 50.000 o il cui valore risulti indeterminato. D'altro lato, dovranno essere corrisposte all'OdM le spese di mediazione (riferite al primo incontro), quantificate in € 60 per le liti di valore non superiore ad € 1.000 e per quelle di valore indeterminabile «basso»; € 120 per le liti di valore da € 1.000,01 sino a € 50.000 e per le cause di valore indeterminabile «medio»; € 170 per le vertenze superiori a € 50.000 e per quelle di valore indeterminabile «alto» (5° comma).

Da ciò emerge, dunque, già con riferimento al primo incontro, un maggior esborso economico per le parti, tenute entrambe al versamento delle relative somme (spese vive + indennità di mediazio-

⁽²⁷⁾ Va infatti ricordato che, secondo tale norma, l'OdM «conserva gli atti e i dati inseriti nei registri informatizzati relativi ai procedimenti trattati (...) per un periodo non inferiore a tre anni».

ne) ⁽²⁸⁾ anche se questo si concluda senza alcun accordo; al riguardo è lo stesso 6° comma a specificarlo, laddove prevede che «quando il primo incontro si conclude senza la conciliazione e il procedimento non prosegue con incontri successivi, sono dovuti esclusivamente gli importi di cui ai commi 4 e 5».

Nell'eventualità, poi, in cui dovesse partecipare il solo istante – ciò che peraltro si verificherebbe sostanzialmente nei casi di mediazione obbligatoria – il combinato disposto dell'art. 22, 1° comma, lett. q) (che, come si ricorderà, non esime dallo svolgimento dell'incontro) e dell'art. 28, 1° comma, comporta che tali spese siano dovute dalla sola parte che ha attivato il procedimento, sebbene in tali situazioni l'indennità di mediazione (non anche le spese vive) sia ridotta di 1/5 (proprio tenuto conto del carattere «forzoso» del tentativo).

6. *La conciliazione raggiunta in primo incontro e le spese (per Organismi di Mediazione sia pubblici che privati).* – Quanto appena esposto va riferito ai soli tentativi falliti (*id est*, in cui le parti non vanno oltre il primo incontro e non trovano un accordo). Viceversa, qualora si riesca a raggiungere un'intesa già in questo primo momento, l'art. 28, 7° comma, afferma che sono «altresì» dovute le ulteriori spese calcolate in conformità al successivo art. 30, 1° comma. Tale formula peraltro appare fuorviante, posto che parrebbe che alla già menzionata indennità di mediazione si sommino gli ulteriori importi previsti da apposita tabella ministeriale (per OdM pubblici) o da tabella approvata dal responsabile del registro (per OdM privati), quando invece l'art. 30, 1° comma, ricorda che alle ulteriori spese vanno sottratti gli importi previsti a titolo di spese di mediazione per il primo incontro.

⁽²⁸⁾ Cfr., al riguardo, l'art. 34, 1° comma, secondo cui «le spese di cui all'art. 28 sono versate dalle parti, rispettivamente, alla presentazione della domanda di mediazione e al momento dell'adesione».

In ogni caso, quanto alle ulteriori somme da versare, occorre, come si accennava, far riferimento all'allegato A di cui all'art. 31, 1° comma (ovvero le tariffe predisposte dallo stesso Ministero), per gli OdM pubblici, mentre per quelli privati esse possono essere fissate in autonomia ma soggette a preventiva approvazione da parte del responsabile del registro (ed è verosimile che, anche per ragioni concorrenziali, questi seguano il modello predisposto dai tecnici del Ministero). Al riguardo due elementi di discontinuità con il passato meritano di essere menzionati: anzitutto, il fatto che oggi si prevede, per ciascun scaglione di riferimento (agganciato a sua volta al valore della lite) un intervallo fra importo minimo e massimo entro cui fissare le spese dovute; ma, soprattutto, un consistente incremento dei valori, dal momento che i «minimi» per ogni scaglione risultano più elevati dell'importo (all'epoca, unico) previsto dalla precedente tabella allegata al d.m. n. 180 del 2010.

In aggiunta, le predette spese, così come stabilito dall'ultima parte dell'art. 30, 1° comma, sono calcolate «con una maggiorazione del 10 per cento» (la norma al riguardo non sembra permettere discostamenti o valutazioni discrezionali), ciò che evidentemente finisce per neutralizzare l'eliminazione dal computo delle spese di mediazione del primo incontro; fanno tuttavia eccezione le mediazioni attivate per soddisfare una condizione di procedibilità della domanda, per le quali i predetti importi sono sempre ridotti di 1/5.

7. La conciliazione raggiunta in incontri successivi e le spese (per Organismi di Mediazione sia pubblici che privati). – Se, invece, l'accordo viene raggiunto in incontri successivi al primo la disciplina si fa più complessa: invero, occorre prendere in considerazione l'art. 30, 2° comma che va letto in combinato disposto con l'art. 31 (per gli OdM pubblici) e l'art. 32 (per quelli privati).

In primo luogo – e in linea generale – l'art. 30, 2° comma, afferma che gli importi previsti dalla tabella A (o da quella di OdM privati) siano ulteriormente maggiorati del 25%. In aggiunta, sono

possibili due ulteriori incrementi: il primo, indicato nell'art. 31, 3° comma, per gli OdM pubblici (e in senso analogo nell'art. 32, 3° comma, per gli OdM privati) stabilisce che «gli importi massimi» tabellarmente indicati possono essere maggiorati fino al 20%» – «in aggiunta a quanto prevede l'art. 30, comma 2» (quindi fermo restando l'incremento del 25% degli importi) – purché sussista uno dei seguenti criteri: «a) esperienza e competenza del mediatore designato su concorde indicazione delle parti; b) complessità delle questioni oggetto della procedura, quali l'impegno richiesto al mediatore, valutabile anche, ma non esclusivamente, in base al numero degli incontri». Si tratta, dunque, di un incremento (tariffe individuate + 25% + 20%) discrezionale, rimesso alla verosimile decisione del responsabile dell'OdM, dovuto alle maggiori difficoltà incontrate nella definizione della lite e/o nella riconosciuta capacità del mediatore individuato su accordo delle parti.

Meno comprensibile appare invece la seconda possibilità di maggiorazione: al riguardo l'art. 31, 4° comma (e, in senso analogo, l'art. 32, 4° comma) afferma che «fermo quanto previsto dagli artt. 28 e 30 (...) su accordo delle parti, le spese di mediazione possono essere determinate, nel rispetto degli scaglioni di valore previsti dalla tabella di cui all'allegato A, in base ad uno dei seguenti criteri: a) la durata di ciascun incontro; b) l'esperienza e la competenza del mediatore designato su concorde indicazione delle parti; c) il prevedibile impegno del mediatore per l'intero procedimento in base a criteri oggettivi e predeterminati che la tabella deve indicare, quali la complessità delle questioni oggetto della procedura e il numero delle parti». L'unico dato certo è che in questo caso, diversamente dal primo, serve l'accordo delle parti (requisito che non può darsi per scontato, anzi! ⁽²⁹⁾); non si capisce però, ad es., chi possa formulare la richiesta di aumento (di certo non le parti, probabilmente il mediatore che però dovrà ottenere, oltre all'assenso delle prime, il be-

⁽²⁹⁾ Forse, l'unico caso che potrebbe rientrare nella fattispecie in esame è la richiesta di nomina congiunta di un mediatore di «chiara fama», per i quale le parti si dichiarano disponibili ad aumentare l'importo dovuto.

nestare del responsabile), se gli importi così determinati, i quali «possono essere maggiorati in misura non superiore al 20%» (5° comma) si sommino alle maggiorazioni già previste dall'art. 30 (così parrebbe, peraltro, visto l'*incipit* della norma), se questi attengano solo a conciliazioni raggiunte in incontri successivi al primo (non a nostro avviso, anche perché qui si parla genericamente di «spese della mediazione»), se a livello più generale la totalità delle spese di mediazione di cui parla la norma possa anche essere concordate tra parti e organismo (e anche qui parrebbe di no, visto che si ribadisce il rispetto degli scaglioni di riferimento); in ultima analisi, si fatica a comprendere la previsione stessa, tenuto conto che, nella sostanza, i criteri che portano alla maggiorazione risultano gli stessi della fattispecie precedente (ma con l'ovvia precisazione che nel primo caso l'aumento è discrezionale, mentre in quest'ultima situazione esso va invece concordato con le parti).

8. *Incontri successivi e mancata conciliazione.* – Resta, infine, da esaminare il caso in cui, nonostante si prosegua oltre il primo incontro, l'accordo non venga raggiunto, nonostante gli sforzi (e magari la proposta) del mediatore.

Qui non si intravedono particolari questioni, posto che in simili situazioni l'art. 30, 3° comma, stabilisce che sono dovute agli OdM le ulteriori spese di mediazione calcolate sulla base della già menzionata tabella A allegata al decreto (per gli organismi pubblici) o di quella predisposta dal responsabile di OdM privato, senza ovviamente maggiorazione alcuna e sempre detratti gli oneri del primo incontro.

Resta solo da precisare che in questo caso, così come in tutte le ipotesi già menzionate in precedenza (e relative al raggiungimento dell'accordo, vuoi in primo incontro, vuoi in momenti successivi), le spese tabellarmente previste – così come già notato parlando di oneri connessi al primo incontro – vengono ridotte di 1/5 laddove il tentativo si inserisca fra quelli per cui la mediazione è obbligatoria,

ex lege ovvero *inssu iudicis* (art. 30, ult. comma); resta escluso il caso in cui esso sia stato previamente previsto in clausola contrattuale (art. 5 *sexies* d.lgs. n. 28 del 2010), dal momento che si tratta, come noto, di mediazione «facoltativamente obbligatoria» ⁽³⁰⁾ e, dunque, la ragione della «*deminutio*» non troverebbe giustificazione.

9. *L'ordinanza del Tribunale di Verona del 24 novembre 2023 e la (in)compatibilità delle spese con il principio di accesso alla giurisdizione?* – Prima di tentare qualche considerazione più generale e conclusiva sulla disciplina di regolamento e spese, quanto affermato al termine del precedente paragrafo ricorda come occorra ancora soffermarsi brevemente sui nuovi oneri economici richiesti alle parti nei casi in cui la mediazione si pone quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Si è osservato, infatti, che si tratta di questione piuttosto delicata per la tenuta stessa della disciplina, imponendo essa oneri economici alle parti ulteriori a quelli poi richiesti nel caso in cui il tentativo dovesse fallire e dunque occorresse attivare un successivo processo.

Ebbene, la nuova disciplina aumenta in modo sensibile l'esborso cui sono chiamate le parti: se, in effetti, antecedentemente alla riforma del 2022 il primo incontro concluso senza accordo non comportava il pagamento di indennità di mediazione ma solo l'importo corrispondente alle spese di avvio, quantificate in € 40 (o € 80, a seconda del valore della controversia ⁽³¹⁾), oggi – al netto di eventuali spese vive documentate – ogni parte è tenuta al versamento all'OdM di importi che variano fra gli € 40 e 110 (sempre a seconda del valore della lite), a titolo di spese di avvio, cui si aggiunge un'altra somma, fissata tra gli € 60 e 170, quali spese di mediazione relative all'attività negoziale oggi richiesta al mediatore sin dal primo contatto con le parti.

⁽³⁰⁾ La fortunata definizione si deve a F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 373 ss.

⁽³¹⁾ Sul punto v. precedente par. 4.

È evidente, dunque, che – se si considerano i soli oneri economici del procedimento (tralasciando le potenzialità che il primo incontro effettivo può sviluppare) – essi risultano raddoppiati rispetto al recente passato (anche tenuto conto della riduzione di 1/5 e, soprattutto, senza contare i costi dell’assistenza legale obbligatoria), richiedendo così una (nuova) verifica della compatibilità di tali regole con il principio, non solo costituzionale ma anche europeo ⁽³²⁾, di accesso alla giurisdizione più volte sollevata in passato.

Al riguardo, anzi, si segnala già una pronuncia sul tema, da parte del Tribunale di Verona il quale – riproducendo peraltro un’analoga decisione riferita alla previgente disciplina ⁽³³⁾ – giunge a disapplicare la normativa della mediazione obbligatoria proprio perché in contrasto con il predetto principio.

In particolare, il giudice scaligero ribadisce anzitutto «come la norma in tema di mediazione (...) sia in contrasto con i principi fondamentali della UE, a fortiori a seguito della entrata in vigore, il 15 novembre, del d.m. 24 ottobre 2023, n. 150, che, tra le altre cose, ha elevato gli importi delle spese per la mediazione, determinando un incremento dei complessivi costi che le parti devono sostenere per la mediazione obbligatoria e che, aspetto da non dimenticare, sono comprensivi di quelli per l’assistenza difensiva obbligatoria». Ciò poiché, «anche tenendo conto [della] riduzione [prevista per i casi di mediazione obbligatoria], il costo della mediazione che si arrestasse al primo incontro varia da un minimo di euro 364,00 (euro 80 per le spese della mediazione, senza spese vive, oltre ad euro 284,00 per il compenso per il difensore per la fase di attivazione) per le controversie di valore più basso ad un massimo di euro 1.596,00 (euro 226,00 per le spese della mediazione, senza spese vive, oltre ad euro 1.370,00 per il compenso del difensore per la fase di attivazione) per le controversie di valore più elevato». La conclusione è, pertanto, che «nessuno dei predetti importi si può (...) con-

⁽³²⁾ In argomento si vedano, ad es., l’art. 6 CEDU o l’art. 47 Carta di Nizza.

⁽³³⁾ Si veda, al riguardo Trib. Verona, ord., 28 settembre 2017, consultabile al sito <www.101mediatori.it> .

siderare poco significativo nel senso indicato dalla Corte di Giustizia» ⁽³⁴⁾.

Ora, tralasciando il fatto che il Tribunale:

- ha verosimilmente errato nella sussunzione della fattispecie – trattavasi in effetti di prestazione d’opera intellettuale – nell’ambito del contratto d’opera, materia che oggi è soggetta al tentativo obbligatorio;

- non ha adeguatamente ponderato il rimodulato credito di imposta (e, cosa non scontata, finanziato *ex ante* nello stesso d.lgs. n. 28 del 2010 rispetto alla previgente disciplina) ⁽³⁵⁾;

- non ha fatto menzione alcuna alla possibilità, finalmente riconosciuta dalla riforma, di accedere al patrocinio a spese dello Stato, ciò che potrebbe in effetti modificare radicalmente la prospettiva (sebbene per un numero circoscritto di cittadini);

- non ha, a nostro avviso, considerato le conseguenze di una simile pronuncia, la quale finisce con il riservare alla discrezionalità del singolo giudice l’applicazione di una disciplina che il legislatore ha inteso invece rendere uniforme e «universale» ⁽³⁶⁾;

tutti i predetti dubbi non scalfiscono il problema di fondo, per il quale si auspica – anche per sgombrare ogni dubbio – una pronuncia della Corte costituzionale che, ne siamo certi (tenuto conto dei «turbolenti» trascorsi della mediazione), sarà presto investita della

⁽³⁴⁾ Cfr. Trib. Verona, ord., 24 novembre 2023, cit.

⁽³⁵⁾ In effetti, tale vantaggio viene piuttosto ridimensionato laddove si afferma che «il credito massimo riconoscibile è di euro 250,00 ma la sua concreta determinazione dipende dal valore della controversia, dalla disponibilità di fondi da parte dello Stato e dal numero delle richieste. Si tratta quindi di una posta incerta sia nell’*an* che nel *quantum* mentre il costo che la parte deve sostenere è effettivo e immediato».

⁽³⁶⁾ Si veda, al riguardo, la posizione fortemente critica espressa dall’Organismo Congressuale Forense, consultabile al sito <<https://www.organismocongressualeforense.news-/comunicati-stampa/comunicato-stampa-grave-errore-del-tribunale-di-ve-rona-ocf-irrinunciabile-la-difesa-tecnica-in-mediazione>>; nonché, in senso analogo, M. MORICONI, *Commento a ordinanza del 24.11.2023, Tribunale di Verona in tema di disapplicazione della norma sulla mediazione obbligatoria*, consultabile al sito <<https://www.adrmedyapro.it/Formazione/view-doc/6613>>.

questione, purché peraltro ciò avvenga in tempi rapidi, anche per evitare quanto accaduto nelle more della decisione sull'(in)costituzionalità del tentativo obbligatorio, quando centinaia di organismi e migliaia di mediatori si erano accreditati confidando nell'istituto (e nei relativi introiti), salvo poi trovarsi senza alcuna prospettiva a causa di un provvedimento giunto oltre un anno e mezzo dopo la prima ordinanza di rimessione.

10. Considerazioni conclusive. – Quanto sin'ora affermato ci consente di provare a formulare alcune osservazioni generali sulla nuova disciplina di regolamento e spese, materie che fisiologicamente risultano connesse.

Sul primo già si è detto della sua «sovrabbondanza» rispetto alla previgente disciplina e della dubbia utilità di alcune nuove prescrizioni. Ebbene, se è vero che il procedimento di mediazione, dalle sue origini ad oggi, è risultato sempre più articolato e irrigidito, anche a seguito della copiosa giurisprudenza sui diversi aspetti nodali del medesimo ⁽³⁷⁾, sarebbe stato opportuno, mediante la riforma, ricondurre la mediazione a quello che dovrebbe essere, ovvero uno strumento *user-friendly* la cui «plasticità» ne costituisce il vero architrave: di certo, il nuovo decreto ministeriale – che, non va dimenticato, è stato confezionato da un governo diverso rispetto a quello che ha varato la riforma del 2022 – non solo non va in questa direzione ma, mi permetterei di aggiungere, neppure completa e concretizza quell'idea di complementarietà degli ADR che aveva in mente l'ex Ministra della giustizia Professoressa Marta Cartabia nel presentare la sua riforma. Del resto, sarebbe già bastato constatare, assai più banalmente, la vastità del suo contenuto, 49 articoli contro i 21 del d.m. n. 180 del 2010, per immaginare una simile conclusione.

⁽³⁷⁾ In argomento v., *si vis*, F. FERRARIS, *Mediazione civile e giurisprudenza: storia di un rapporto controverso*, in *Contratti*, 2017, 709 ss.

Di analoga complessità appare anche la nuova regolamentazione delle spese della mediazione, e non è forse un caso che un'ulteriore prescrizione del regolamento di procedura (lett. u) richieda «l'illustrazione, anche con esempi pratici, dei criteri di calcolo degli importi previsti dalla tabella delle spese di mediazione», dal momento che, come osservato, fra maggiorazioni *ex lege*, ulteriori maggiorazioni discrezionali ovvero concordate *inter partes* e altrettante riduzioni, anche per chi si occupa abitualmente di mediazione diventa difficile orientarsi nella rinnovata disciplina.

Tutto ciò non può che produrre ripercussioni negative sulla mediazione, ricordando sempre che il comune cittadino, il quale già di per sé conosce poco l'istituto e ad esso si accosta in modo timido (se non dubbioso), rimane nella migliore delle ipotesi perplesso sull'entità di spese che spesso e volentieri (nei casi di mediazione obbligatoria) considera un «inutile balzello» poiché, a suo giudizio, destinate ad aggiungersi a quelle del giudizio.

Per fortuna, taluni OdM particolarmente virtuosi sono stati «più realisti del re» e, da una parte, hanno «sfrondato» le normative di riferimento mantenendo soltanto l'essenziale (penso, ad es., ai citati aumenti discrezionali o concordati) nonché, da altra parte, hanno messo a disposizione dei cittadini tariffari di immediata comprensione: così, ad es., la Camera di Conciliazione di Milano (organismo della Camera di Commercio) ha predisposto un documento ove si fissano in modo molto chiaro – anche a livello grafico, utilizzando specifiche colorazioni – i diversi importi a seconda che si tratti di mediazione obbligatoria o facoltativa, tanto in relazione al primo incontro che alle spese successive (in caso di raggiungimento dell'accordo così come di fallimento delle trattative) ⁽³⁸⁾, optando

⁽³⁸⁾ Cfr. il tariffario della Camera Arbitrale di Milano (CAM) al sito <<https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti-/MEDIAZIONE/tabelle%20spese%20mediazione-post%-2015%20nov%202023.pdf>> (31.07.2024) che, fra l'altro, estende la riduzione prevista per i casi di tentativo obbligatorio anche alle mediazioni attivate sulla base di clausola contrattuale. Meno chiaro risulta, invece, il tariffario predisposto dall'OdM dell'Ordine degli avvocati di Milano, consultabile al sito <<https://www.ordineavvocatimilano.it/media/allegati/AREA%20tariffaria%20mediazione%20obbligatoria%20e%20facoltativa.pdf>> (31.07.2024).

per l'applicazione di valori medi nell'ambito degli intervalli di riferimento; a nostro avviso, anzi, tale documento potrebbe ben essere utilizzato come modello di *best practice* da altri ODM pubblici e privati che, pur nella loro autonomia, intendano fornire un'informazione completa e comprensibile di un aspetto essenziale della mediazione.

Abstract

Lo scritto analizza parte del contenuto del d.m. n. 150 del 2023 – decreto che a sua volta sostituisce integralmente il precedente d.m. n. 180 del 2010 attuativo del d.lgs. n. 28 del 2010; in particolare, vengono presi in considerazione i due diversi profili del regolamento di procedura, di cui ogni Organismo di Mediazione deve dotarsi, e delle rinnovate spese di mediazione, ricalibrate tenuto conto del nuovo primo incontro ‘effettivo’ di mediazione; di entrambi si è inteso sottolineare la complessità – se non l’irragionevolezza di alcune previsioni – a fronte di un procedimento, la mediazione, che dovrebbe invece mantenere un carattere flessibile e adattabile alle diverse vicende di volta in volta considerate.

This article focuses on parts of Ministerial Decree No. 150/2023, which repealed Ministerial Decree No. 180/2010 (which, in turn, implemented Legislative Decree No. 28/2010). In particular, it takes into consideration, on the one hand, the rules of procedure, which every mediation body must be equipped with, and, on the other hand, the mediation fees, amended to take into account the nature of the first mediation session under the new rules, which has become

20MEDIAZIONE/MODULISTICA%20OCF%20RIF2023/TARIFFARIO%20DEFINITIVO. pdf> (31.07.2024), che, fra l'altro, demanda alle parti il calcolo della maggiorazione del 25% e non predispone, nonostante la legge lo specifichi, oneri differenti a seconda che l'accordo sia stato raggiunto o meno in seguito a più incontri.

‘effective’ (as opposed to merely ‘informative’). The article aims to emphasise the complexity – if not the unreasonableness of some provisions – in the face of a procedure, the mediation, that should instead remain by definition flexible and adaptable.

MEDIAZIONE E NUOVE DOMANDE

Elena Zucconi Galli Fonseca ()*

SOMMARIO: 1. Questione e soluzione delle Sezioni Unite. – 2. La mediazione in «negativo»: critica. – 3. La mediazione in «positivo» e la sua modalità obbligatoria. – 4. L'esperienza (difficile) della conciliazione delle liti agrarie. – 5. Perché non è obbligatorio ripeterla in caso di allargamento del processo. – 6. Gli altri casi di allargamento dell'oggetto del processo. – 7. Conclusioni e un auspicio.

1. Questione e soluzione data dalle Sezioni Unite. – Era arrivato il tempo, per le Sezioni Unite della Cassazione (¹), di dare una indicazione su una questione di non poco conto, postasi da tempo in dottrina ed in giurisprudenza: se la mediazione sia condizione di procedibilità anche per le domande nuove proposte nel corso del procedimento, provengano esse da parti o da terzi interventori.

Il caso risolto dalla sentenza che qui si commenta riguardava una domanda principale di accertamento della risoluzione del contratto di locazione con conseguente condanna al rilascio del bene, ed una riconvenzionale del convenuto conduttore per la condanna alla restituzione del deposito cauzionale. La mediazione, obbligatoria *ex lege*, era stata esperita solo sulla domanda attorea.

Le Sezioni Unite – con soluzione condivisibile solo nel risultato finale, come dirò a breve – escludono che la riconvenzionale sia as-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 87-105. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

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

(¹) Cass., sez. un., 7 febbraio 2024, n. 3452.

soggettata ad obbligo di mediazione. L'idea di fondo è che, avendo la mediazione la funzione di deflazionare il ricorso alla giurisdizione, i principi di economia processuale, di certezza del diritto e di ragionevolezza, anche in relazione alla durata del processo, contravvengono all'obbligo di mediazione a processo già avviato.

La Corte – con un percorso espositivo, va detto, chiaro e consequenziale – sviluppa il suo ragionamento distinguendo, prima di tutto, fra domande riconvenzionali connesse per il titolo o per l'oggetto con la domanda principale e domande riconvenzionali definite «eccentriche», in quanto connesse solo soggettivamente. Per le prime, fonda la soluzione specialmente sulla identità della «vicenda» sostanziale; per le seconde, il ragionamento è più complesso e poggia sui seguenti assunti:

- l'economia processuale induce a ritenere che la mediazione, se vuol essere uno strumento realmente deflattivo, debba precedere l'iniziativa giudiziale, collegandosi, più che alle domande, al processo in senso lato;
- la certezza del diritto suggerisce di non introdurre distinzioni fra domande eccentriche e non, o criteri di connessione di difficile interpretazione ed applicazione, come invece è accaduto nella materia agraria;
- l'esigenza di una ragionevole durata del processo consiglia di evitare un ulteriore rinvio del processo già iniziato. Il tutto alla luce del principio di ragionevolezza, che impone di effettuare una comparazione fra costi e benefici, tenendo presente che lo scopo della mediazione è, appunto, quello di «non investire affatto il giudice della lite e di dare presto a questa soluzione stragiudiziale».

2. *La mediazione in «negativo»: critica.* – Colpisce, nella lettura della sentenza, il continuo riferimento alla mediazione come strumento di deflazione del contenzioso giudiziario, argomento su cui la Corte poggia per intero la propria soluzione.

Traspare dalle parole della Corte una più generale concezione degli strumenti alternativi di soluzione delle controversie come finalizzati alla diminuzione del contenzioso, tanto è vero che i giudici, riprendendo quasi testualmente le parole della Corte costituzionale ⁽²⁾, prendono in esame solo la mediazione, la negoziazione assistita e il trasferimento della lite alla sede arbitrale (e non, per esempio, l'arbitrato *tout court*). Addirittura, questi strumenti vengono affiancati, nella loro funzione deflattiva, al potere conciliativo del giudice ⁽³⁾, che è, per contro, istituto diversissimo «per funzione e significato», come ha avuto modo di precisare la stessa Corte costituzionale ⁽⁴⁾.

La visione della Cassazione non mi convince: la mediazione non va vista in negativo, come mera modalità di abbattimento del contenzioso, bensì in positivo, come strumento di soluzione della lite a fianco degli altri, con caratteristiche sue proprie e peculiari. D'altra parte, se la mediazione avesse un rilievo sociale solo in quanto impedisce l'instaurazione della lite, non si spiegherebbe come mai il legislatore abbia introdotto la mediazione demandata: eppure la Corte non ne fa menzione, preferendo puntare sul potere conciliativo del giudice.

I giudici richiamano poi, a sostegno del loro argomento, la Corte costituzionale e la Corte di giustizia dell'Unione europea. La Consulta, in effetti, ha più volte messo in rilievo l'effetto deflattivo della mediazione ⁽⁵⁾, in relazione al fatto che le risorse della giustizia non

⁽²⁾ Corte cost., 7 marzo 2018, n. 77.

⁽³⁾ Scrive la Corte in proposito: «[s]i noti – sin d'ora – come anche il giudice delle leggi abbia avvicinato, quanto alla *ratio* di indurre le parti a conciliarsi nell'intento di economizzare la risorsa giustizia, gli strumenti c.d. alternativi, quale la mediazione, all'attività del giudice stesso nel processo: il quale, in adempimento di un suo compito essenziale, conoscendo gli atti e le parti, ha tutto l'agio e le competenze per tentare la conciliazione lungo tutto il corso del processo, così come ora prevede l'art. 185-*bis* c.p.c.».

⁽⁴⁾ Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82.

⁽⁵⁾ Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 73, per le liti agrarie; Corte cost., 20 gennaio 2022, n. 10, quanto al gratuito patrocinio in mediazione, che affianca alla finalità

sono illimitate ⁽⁶⁾, ma ha anche riconosciuto – ne dà atto la stessa Cassazione – il valore dello strumento conciliativo come «modo di soddisfazione della posizione sostanziale più pronto e meno dispendioso» ⁽⁷⁾. Ancora, è vero che, secondo la Corte di giustizia ⁽⁸⁾, la restrizione dell'accesso al giudice può essere giustificata da «legittimi obiettivi di interesse generale», ma questi ultimi non consistono solo nel decongestionamento dei tribunali, bensì anche nella «definizione più spedita e meno onerosa delle controversie in materia di comunicazioni elettroniche» (si trattava in quel caso dal tentativo obbligatorio di conciliazione davanti al Co.re.com).

Del resto, non si può negare come il ricorso alla mediazione rappresenti un caposaldo dell'azione europea nella tutela del consumo, per la garanzia di un mercato libero ed accessibile ⁽⁹⁾. Ne è la riprova la direttiva 2013/11/UE e ancor più la recente proposta di modifica, che tende ad ampliare il raggio di applicazione del rimedio, promuovere la partecipazione dei professionisti, facilitare l'accesso a questi strumenti da parte del consumatore e rafforzare la qualità del servizio: si chiarisce che lo strumento ADR è «fondamentale per garantire un livello elevato di protezione dei consumatori nel mercato interno, in quanto consente di risolvere le controversie di modesta entità che i consumatori sono restii a portare in giudizio a

deflattiva anche la «strumentalità necessaria con il processo»; Corte cost., 12 dicembre 2019, n. 266, sul cumulo di condizioni di procedibilità. L'approccio delle sentenze più risalenti era invece per lo più diretto a valutare la compatibilità dell'imposizione con la garanzia dell'accesso alla giustizia (risolta con la sostituzione dell'improponibilità con l'improcedibilità: Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82, a proposito del tentativo obbligatorio delle liti di lavoro).

⁽⁶⁾ Corte cost., 19 aprile 2018, n. 77 al punto 13 del *Considerato in diritto*.

⁽⁷⁾ Ricordano le stesse sez. un. a proposito di Corte cost., 4 marzo 1992, n. 82.

⁽⁸⁾ C. Giust. UE, 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA*, cause riunite C-317-320/08, ECLI:EU:C:2010:146.

⁽⁹⁾ La stessa Corte vede nell'obbligatorietà un rafforzamento dell'effetto «utile della direttiva 'servizio universale'» (direttiva 2002/22/CE), garantendo «il carattere sistematico del ricorso ad una procedura extragiudiziale di risoluzione delle controversie».

causa dei costi e dei tempi dell'azione giudiziale» ⁽¹⁰⁾: non dunque per alleggerire il sistema giustizia, ma per offrire alla parte lo strumento su misura per la sua necessità.

3. *La mediazione in «positivo» e la sua modalità obbligatoria.* – A me sembra che la sentenza sovrapponga piani che debbono invece rimanere distinti: la mediazione come metodo di soluzione delle liti, da una parte, e le sue possibili declinazioni nella disciplina positiva, dall'altra.

Immagino la mediazione come uno strumento fra quelli contenuti nella cassetta degli attrezzi a disposizione di chi ha una lite da risolvere ⁽¹¹⁾. Ciascun attrezzo ha le sue caratteristiche e peculiarità: si tratta di trovare quello più adatto alla specifica esigenza, che varia da caso a caso, tenendo presente che ve ne è uno garantito dalla Costituzione, senza se e senza ma ⁽¹²⁾. Per aiutare la parte a fare la scelta, l'avvocato gioca un ruolo decisivo.

La mediazione non ha, dunque, la funzione di deflazionare il contenzioso giudiziale: anzi, come si è spesso osservato, produce il suo miglior frutto quando il processo funziona bene, in una virtuosa concorrenza che porta la parte a scegliere il migliore dei beni e non ad evitare il peggiore dei mali. Se il processo non funziona, infatti, la parte sarà spinta a scegliere l'accordo per mancanza di valide alternative; se invece funziona, la parte sceglierà l'accordo in quanto soddisfa i suoi interessi come e più della giurisdizione. Riprendendo

⁽¹⁰⁾ V. il preambolo della proposta di modifica che si può leggere in <<https://eur-lex.europa.eu/>>.

⁽¹¹⁾ Per considerazioni non dissimili, F. DANOVI, F. FERRARIS, *La cultura della mediazione e la mediazione come cultura*, Milano, 2013, 9 ss.

⁽¹²⁾ Cfr. le stimolanti riflessioni sul ruolo della mediazione all'interno del sistema di soluzione dei conflitti di S. DALLA BONTÀ, *Giustizia consensuale*, in questa rivista, 2021, 6 ss.; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, *ivi*, 21 ss., mette in luce il diverso significato mediazione, rispetto alla giustizia statuale, quale esercizio di autonomia e spinta alla coesione sociale.

la metafora, se due attrezzi funzionano bene, la parte sceglierà il più adatto alle sue esigenze, altrimenti dovrà scegliere il meno peggio.

L'obbligatorietà del tentativo in certe materie è soltanto una modalità, fra le tante possibili, con cui si presenta la mediazione nella disciplina positiva: modalità che può essere cambiata o eliminata, senza che, con ciò, la mediazione e la sua funzione vengano meno ⁽¹³⁾.

Ci si può allora domandare se sia la modalità obbligatoria ad avere esclusiva finalità deflattiva: anche su questo ho seri dubbi. Certamente, il buon esito della mediazione alleggerisce il carico giudiziale e, altrettanto certamente, una disciplina normativa tesa ad accrescere il numero di tentativi può, almeno in potenza, portare ad un incremento degli accordi, con evidente ricaduta sulla mole del contenzioso. Si tratta, però, di una ricaduta virtuosa che non può, a mio avviso, distogliere da una premessa essenziale: se è vero che la disciplina positiva è strumentale alla funzione dell'istituto, la modalità obbligatoria si giustifica in quanto contribuisce a diffondere la conoscenza e l'esperienza della mediazione fra gli operatori del diritto e fra i non operatori ⁽¹⁴⁾: serve, sempre restando in metafora, a conoscere e ad imparare ad utilizzare lo strumento. Una volta assolto il compito, l'obbligatorietà perde di significato.

Ora, la scelta di incentivare la mediazione con un obbligo normativo ha un costo significativo, che non può essere sottovalutato: la frapposizione di un ostacolo, seppur temporaneo, al processo. È una delicata operazione di bilanciamento delle diverse esigenze ed è in questa valutazione che può inserirsi, come ulteriore elemento sul

⁽¹³⁾ Scorgo una impostazione simile nelle parole della Corte cost., 18 aprile 2019, n. 97, che distingue, a proposito delle ADR, fra il piano della funzione di «composizione della lite in via stragiudiziale» e quello della condizione di procedibilità, pur ritenuta con finalità deflattiva.

⁽¹⁴⁾ Evidenzia il significato culturale del percorso-mediazione come delineato dal d.lgs. n. 28 del 2010, P. LUCARELLI, *La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio di effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti*, in <www.judicium.it>, 05.05.2014, par. 4.

piatto della bilancia, anche la ricaduta virtuosa sulla mole del contenzioso giudiziale ⁽¹⁵⁾.

Se, allora, la finalità deflattiva non è lo scopo principale della modalità obbligatoria della mediazione, occorre trovare altre spiegazioni per ritenere che la domanda riconvenzionale non sia assoggettata al tentativo, premettendo che detta spiegazione non può, a mio avviso, trarsi dal riferimento normativo alla «domanda giudiziale» di cui all'art. 5 ⁽¹⁶⁾: l'accezione si presta infatti ad essere interpretata sia nel senso di qualunque diritto fatto valere nel processo, a prescindere dal soggetto che lo ha proposto, sia nel senso della sola domanda proposta nell'atto di citazione ⁽¹⁷⁾.

4. *L'esperienza (difficile) della conciliazione delle liti agrarie.* – Per risolvere il quesito, si potrebbe esser tentati di ricorrere ai criteri di individuazione dei diritti, propri del processo, ma, in questo modo, si perderebbe di vista che la mediazione e il processo operano su piani diversi: la prima è diretta all'emersione degli interessi delle parti, il secondo è finalizzato all'accertamento dei diritti. Si rischia, perciò, di ottenere l'effetto opposto a quello che il legislatore vuole ottenere, vale a dire incentivare la soluzione negoziale delle liti.

L'esperienza ⁽¹⁸⁾ delle liti agrarie ⁽¹⁹⁾ insegna quanto sia difficile districarsi, quando si decide di adottare parametri fondati sui criteri

⁽¹⁵⁾ Come ben messo in luce dalla Corte di giustizia UE nella sentenza 18 marzo 2010, cit.: «non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi. Dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione extragiudiziale».

⁽¹⁶⁾ Sul punto, D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, 2ª ed., Bologna, 2022, 315 ss.

⁽¹⁷⁾ Parrebbe in quest'ultimo senso, L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel D. lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *Judicium*, 2010, 13-4.

⁽¹⁸⁾ Già prima, quando il tentativo obbligatorio valeva anche per le liti di lavoro, vi era stato un dibattito sulla questione, poi esauritosi per via dell'abolizione

individuatori dell'azione, *petitum* e *causa petendi*, o, peggio, sullo sfuggente concetto di vicenda sostanziale ⁽²⁰⁾: ne dà atto la stessa Cassazione qui annotata.

Da una analisi della casistica, emerge che l'obbligatorietà del tentativo, almeno nella giurisprudenza agraria più recente, non è colle-

dell'obbligatorietà. La giurisprudenza di merito era per lo più contraria all'ampliamento: cfr. Trib. Taranto, 18 aprile 2002, in *Giur. it.*, 2003, 78 con nota di N. RASCIO e in *Giur. mer.*, 2003, 1394, con nota di R. TISCINI. Su questi aspetti, rinviando per ulteriori citazioni, A. NASCOSI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*, Milano, 2007, 327 ss.; G. DELLA PIETRA, *Domande in corso di causa e tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale*, in *Dir. e giur.* 2003, 406; F.P. LUISO, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1999, 386; G. TRISORIO LIUZZI, *La conciliazione obbligatoria e l'arbitrato nelle controversie di lavoro privato*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 949 ss.; D. BORGHESI, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, Padova, 2002, 210 ss.; E. DEMONTIS, *Contro l'applicabilità del tentativo obbligatorio di conciliazione alle domande riconvenzionali nel processo del lavoro*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 70 ss., in nota a Trib. Ivrea, 22 dicembre 2004.

⁽¹⁹⁾ Sulla conciliazione agraria la letteratura è ampia, mi limito a menzionare, anche per citazioni, A. NASCOSI, *Domanda riconvenzionale, intervento di terzo e tentativo di conciliazione nel processo agrario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 1086; F.P. LUISO, *La conciliazione delle controversie agrarie*, in E. MINERVINI, F.P. LUISO (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2005, vol. I, 342; M. GIUFFRIDA, *Il tentativo di conciliazione nella legge di riforma dei contratti agrari*, in *Riv. dir. agr.*, 1989, I, 84; P. NAPPI, *Tutela giurisdizionale e contratti agrari*, Milano, 1994, 360 ss.; C. CONSOLO, *Su una discutibile e due esatte delimitazioni giurisprudenziali della sfera di rilevanza del tentativo obbligatorio di conciliazione: un fardello da ridimensionare*, in *Riv. dir. agr.*, 1987, II, 169 s.; L. TORTOLINI, *Sull'obbligatorietà del tentativo di conciliazione per le domande riconvenzionali nelle controversie agrarie*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 1988, 82 s.; G. SPAGNUOLO, *La domanda riconvenzionale nel rito agrario e le condizioni di procedibilità*, in *Giur. it.*, 1992, I, 2, 691; C.M. GALIBERTI, *Tentativo di conciliazione ex art. 46 l. 203/82 e domanda riconvenzionale*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2002, 442 ss.; A. PAVONE, *Tentativo di conciliazione e domanda riconvenzionale*, *ivi*, 2003, 449.

⁽²⁰⁾ G. BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, in *Giur. mer.*, 2011, 2346 ss. ritiene che la riconvenzionale necessiti il tentativo obbligatorio anche a costo di separare le domande per non ritardare l'esame della principale (ma poi l'a. è ben consapevole degli effetti distorsivi di una tale separazione, tanto da suggerire l'uso una demandata).

gata alla mera proposizione della domanda riconvenzionale, bensì al fatto che essa sia dotata di determinate caratteristiche ⁽²¹⁾. Le sentenze utilizzano espressioni diverse «nuovi aspetti» ⁽²²⁾, «vicende diverse» ⁽²³⁾, «collegamento diretto» o non, con le pretese dell'attore ⁽²⁴⁾, ma pare esservi un *leit motiv* di fondo: che il tentativo vada fatto quando la domanda del convenuto porti ad un ampliamento «della controversia rispetto ai limiti posti alla stessa in sede di esperimento del tentativo di conciliazione di cui alla domanda principale» ⁽²⁵⁾. Si guarda, cioè, al fatto che l'ampliamento, se conosciuto anticipatamente in sede di conciliazione, avrebbe «potuto condurre ad una definizione bonaria della controversia» ⁽²⁶⁾. Ne deriva che, se il convenuto in conciliazione anticipa i fatti su cui svolgerà la riconvenzionale, l'obbligo viene meno ⁽²⁷⁾.

Sembra, dunque, prevalere un approccio non formalistico – salvo oscillazioni non sempre perspicue ⁽²⁸⁾ – se non fosse che, quando si tratta di calare il principio nei casi concreti, la cosa si complica. Così, la riconvenzionale (molto frequente) proposta dall'affittuario, chiamato a rilasciare il fondo, per il pagamento delle indennità per migliorie, è per lo più considerata un ampliamento ⁽²⁹⁾. Non lo è,

⁽²¹⁾ Precisamente Cass., 8 giugno 1999, n. 5613, e successive; mentre prima, Cass., 1° dicembre 1998, n. 12196, è più generica.

⁽²²⁾ Cass., 11 novembre 2022, n. 33379; Cass., 14 novembre 2008, n. 27255, fa riferimento all'ampliamento.

⁽²³⁾ Cass., 26 maggio 2014, n. 11644: nella specie era un debito da padre a figlio. La sentenza è commentata da M. AMBROSIO, *Il tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità anche della domanda riconvenzionale nelle controversie agrarie*, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2014, 1077 ss.

⁽²⁴⁾ Cass., 23 agosto 2013, n. 19501.

⁽²⁵⁾ Cass., 26 maggio 2014, n. 11644 cit.

⁽²⁶⁾ Cass., 11 novembre 2022, n. 33379 e Cass., 14 novembre 2008, n. 27255 cit.

⁽²⁷⁾ Cass., 16 novembre 2007, n. 23816: era stato dibattuto anche il tema dei miglioramenti; Cass., 8 giugno 1999, n. 5613 fa riferimento agli stessi fatti.

⁽²⁸⁾ Cass., 23 agosto 2013, n. 19501, aggiunge che, se sono presenti i procuratori delle parti (nella specie i difensori), essi debbono avere mandato anche per la domanda riconvenzionale.

⁽²⁹⁾ Cass., 23 agosto 2013, n. 19501 cit.; Cass., 2 agosto 2004, n. 14772; Cass., 20 dicembre 1991 n. 13766.

invece, la domanda riconvenzionale alla risoluzione del contratto per fatto dell'attore e conseguente risarcimento danni, a fronte di una richiesta di adempimento del contratto ⁽³⁰⁾, ovvero a fronte di una richiesta di «validità ed efficacia» del contratto ⁽³¹⁾. Per converso, si è ritenuto che il tentativo di conciliazione debba esser riproposto in un incrocio di domande di risoluzione per fatto reciproco ⁽³²⁾. Ancora, non rappresenta un ampliamento il caso in cui, «pretesa l'esistenza di un rapporto di affitto, si chieda a propria volta il rilascio del terreno» ⁽³³⁾, e neppure vi è ampliamento quando, a fronte di una riconvenzionale del convenuto di accertamento della propria qualità di affittuario, il concedente svolga *reconventio reconventionis* diretta al rilascio del fondo ⁽³⁴⁾; oppure in caso di domanda principale di nullità del contratto di affitto per mancata assistenza delle associazioni professionali di categoria e domanda riconvenzionale per la sostituzione delle clausole nulle con quelle legali ⁽³⁵⁾.

Come si vede, è molto difficile individuare una *ratio* comune e lo stesso problema si pone anche per la domanda principale. Infatti, la domanda è: quando può dirsi che vi sia corrispondenza fra la pretesa indicata nella richiesta di conciliazione e quella azionata in giudizio?

Se volessimo adottare la prospettiva a cui i processualisti sono più adusi, dovremmo ancora una volta fare ricorso alle regole di in-

⁽³⁰⁾ Cass., 14 novembre 2008, n. 27255; è interessante come la Corte, per escludere l'obbligatorietà del tentativo, utilizzi anche il criterio del maggior favore dell'accordo. Si chiede infatti: se il tentativo fosse stato ripetuto, avrebbe avuto maggior successo?

⁽³¹⁾ Cass., 8 giugno 1999, n. 5613.

⁽³²⁾ Cass., 15 luglio 2008, n. 19436.

⁽³³⁾ Cass., 2 agosto 2004, n. 14772 (nella specie era però un problema di miglione).

⁽³⁴⁾ Cass., 27 aprile 1995, n. 4651: il concedente aveva in origine domandato l'accertamento di un rapporto di vendita di erbe e non di soccida.

⁽³⁵⁾ Cass., 1° dicembre 1999, n. 13359, annotata da N. RAUSEO, in *Dir. giur. agr. e ambiente*, 2000, 470 ss.

dividuaione dei diritti nel processo e ci troveremmo così davanti alle criticità irrisolte in materia di *emendatio e mutatio libelli* ⁽³⁶⁾. Ci dovremmo allora chiedere, per esempio, se la domanda di restituzione sia sequenziale a quella di risoluzione del contratto – dunque non suscettibile di tentativo di conciliazione ⁽³⁷⁾ – oppure se, come sembra ormai pacifico, la domanda di condanna al rilascio di un fondo rustico sia compresa nella domanda di accertamento della data di cessazione del rapporto ⁽³⁸⁾, o se l'indicazione di un *quantum* differente importi un nuovo tentativo di conciliazione ⁽³⁹⁾; e ancora, se la prospettazione di un diverso motivo di nullità (magari imperniato sugli stessi fatti dedotti in mediazione) del contratto, oppure il cambiamento della responsabilità da contrattuale ad extra-contrattuale richiedano l'esperimento di un nuovo tentativo di mediazione. E così via, gli esempi potrebbero essere tanti. Adottando la prospettiva dei diritti, dovremmo poi concludere a favore del significato ampio di «domanda giudiziale», comprensivo delle istanze provenienti da terzi ⁽⁴⁰⁾, per i quali potremmo parimenti ragionare

⁽³⁶⁾ Mi pare l'impostazione di E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria sulla controversia oggetto di domanda riconvenzionale: la parola alle sezioni unite*, in <www.judicium.it>, 08.11.2023, par. 4 ss.

⁽³⁷⁾ Cass., 10 luglio 2014, n. 15757 (in *Foro it.*, 2015, 1, I, 250 con nota di C. ROMANO) ritiene di no, perché nella specie era stato stipulato anche un contratto preliminare di compravendita, per cui i titoli di restituzione erano due, pur nella identità dei fatti.

⁽³⁸⁾ Cass., 2 dicembre 2004, n. 22665; Cass., 19 febbraio 2002, n. 2388; Cass., 14 luglio 2003, n. 10993.

⁽³⁹⁾ La giurisprudenza sembra pacifica nell'escluderlo: v., per es., Cass., 19 aprile 2010, n. 9266.

⁽⁴⁰⁾ Trib. Roma, ord., 13 giugno 2023, in <www.mondoadr.it>, che ha rinviato la questione alle S.U., nel prospettare le diverse possibili soluzioni, fa riferimento anche a questo aspetto. Sulla sentenza, E. BORSELLI, *Il problema della mediazione obbligatoria* cit., par. 1 ss. Il richiamo ai criteri di connessione e cumulo di azioni, per risolvere la questione è compiuto, ad es., da G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione «obbligatoria» e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 126 ss.: l'a. fa una serie di distinzioni, fra domande cumulate oggettivamente connesse e non, ritenendo che solo nelle prime non sia dovuto il tentativo; per la domanda riconvenzionale ritiene rilevante se vi sia o meno connes-

in termini di tipi di connessione, come fa una parte della dottrina sulla differenza fra garanzia propria ed impropria ⁽⁴¹⁾, o sulla sussistenza o meno di un condizionamento ⁽⁴²⁾.

Io preferisco un approccio diverso, più in linea con la *ratio* dell'obbligo di mediazione: se è vero che la scelta della modalità obbligatoria deve essere anche e soprattutto diretta a favorire lo sviluppo della cultura della mediazione, il messaggio da trasmettere non è l'esigenza di creare per ogni domanda giudiziale, identificabile attraverso gli elementi individuatori dell'azione, un «cuscinetto» che permetta di gestire le risorse limitate della giustizia, bensì la spinta a favorire un dialogo fra le parti sui loro interessi, che di regola prescindono dalla qualifica giuridica dei fatti. Di conseguenza, è sufficiente che le parti, nella mediazione, abbiano discusso dei fatti materiali inerenti la vicenda o abbiano avuto la possibilità di farlo, affinché possa dirsi assolto l'onere del tentativo, a prescindere dall'inquadramento giuridico che di quei fatti verrà dato nella causa. In sintesi, quel che conta è che il convenuto abbia avuto la possibilità di dialogare e di porre sul tappeto ⁽⁴³⁾ i suoi interessi nella sede della mediazione iniziata dall'attore prima del processo: la soluzione proposta mi pare in linea con la prassi che porta il mediatore a stilare verbali non dettagliati circa i fatti discussi, per rispetto della necessaria riservatezza ⁽⁴⁴⁾.

sione, perché solo nel primo caso ritiene non necessario il tentativo, essendo la litigiosità ormai irreversibile, anche in forza del principio di ragionevole durata (su cui S. CHIARLONI, *Brevi note sulla conciliazione stragiudiziale (e contro l'obbligatorietà del tentativo)*, in *Giur. it.*, 2000, 209 ss.).

⁽⁴¹⁾ Cfr. *infra* par. 6 ed ivi citazioni.

⁽⁴²⁾ Cfr. su questi aspetti G. MINELLI, in M. BOVE (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Padova, 2011, 171 ss.

⁽⁴³⁾ S. DALLA BONTÀ, *Mediazione e processo. Note a margine di recenti pronunce giurisprudenziali*, in <www.judicium.it>, 04.07.2024, par. 8, che utilizza una espressione significativa: aperto il tavolo della mediazione, esso «consuma» tutti i potenziali successivi.

⁽⁴⁴⁾ Ed infatti, G. BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, cit., 2346 ss. nell'adottare la soluzione di obbligo della mediazione nel caso in cui la riconvenzionale apporti un ampliamento della vicenda, è costretto a concludere in favore

L'assunto parrebbe altresì condiviso, almeno in teoria, dalla Cassazione, quando afferma che «non è necessaria una perfetta e biunivoca corrispondenza, circa il *petitum* e la *causa petendi*, tra la richiesta a fini conciliativi e la domanda giudiziale, attesa la ontologica disomogeneità funzionale e strutturale tra i due atti»; se non fosse poi che la stessa Corte si affretta a precisare che non deve determinarsi «l'alterazione dell'oggetto sostanziale dell'azione oppure l'introduzione di nuovi temi di indagine idonei a sconvolgere la difesa della controparte» ⁽⁴⁵⁾, col che si rischia di tornare a capo di prima.

5. Perché non è obbligatorio ripeterla in caso di allargamento del processo. – Vi sono dunque buoni motivi per escludere l'obbligo di ripetizione del tentativo.

La finalità di conoscenza e di utilizzo della mediazione da parte dei contendenti e dei loro avvocati può dirsi già soddisfatta dal tentativo esperito prima del processo, al quale il convenuto sarà stato messo in grado di partecipare, per esprimere i suoi interessi, ivi compresi quelli che fonderanno la sua eventuale domanda riconvenzionale.

Se poi si vuol ragionare in termini di effettività del tentativo, è sicuramente preferibile un'unica sede di trattativa, piuttosto che un frazionamento temporale che potrebbe, per contro, aumentare l'ostilità (anche in termini di costi) ⁽⁴⁶⁾. D'altra parte, se l'istanza presentata dal convenuto getta davvero una nuova luce sulla vertenza, aprendo una potenziale strada di mediazione che prima non c'era, si può ricorrere alla mediazione demandata, che, a differenza della modalità preventiva *ex lege*, va proprio pensata come un at-

della acquisizione al processo tutti i verbali (che, aggiungo, dovranno necessariamente essere dettagliati circa i fatti dibattuti).

⁽⁴⁵⁾ Cass., 20 marzo 2018, n. 6839.

⁽⁴⁶⁾ Lo chiarisce anche la Cassazione citata.

trezzo «su misura» sulla specifica lite⁽⁴⁷⁾. E ritengo, pur con tutti dubbi del caso, che il giudice possa disporre la mediazione sia con riguardo a tutte le domande, sia limitatamente alla sola domanda riconvenzionale, atteso il tenore generico dell'art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 cit.⁽⁴⁸⁾. La mediazione delegata diviene altresì la chiave per risolvere il caso in cui la domanda principale, a differenza della riconvenzionale, non sia assoggettata a tentativo obbligatorio di mediazione⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. A. PETTA, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, in *Giur. mer.*, 2012, 357, in nota a Trib. Palermo, sez. dist. Bagheria, 11 luglio 2011, ritiene che la mediazione delegata sia sempre possibile.

⁽⁴⁸⁾ Le Sezioni Unite qui annotate, peraltro, sembrerebbero di diverso avviso; affermano infatti, con riferimento alla tesi dell'obbligatorietà del tentativo da loro rigettata (dunque con riguardo ad una ipotesi diversa da quella qui considerata): «il rinvio necessariamente riguarderebbe non soltanto la trattazione della domanda riconvenzionale, ma l'intero giudizio, ivi compresa la domanda introduttiva, sebbene ormai procedibile, onde pure il pericolo di abusi ad opera del convenuto». Per la demandata, invece, l'art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010, come novellato, stabilisce che il giudice, tenuto conto di tutte le circostanze, può disporre «l'esperimento di un procedimento di mediazione», senza precisare su cosa questo debba vertere, sicché il divieto di limitazione non mi pare giustificato. C'è però il problema della condizione di procedibilità, perché il 2° comma continua a fare riferimento alla «domanda giudiziale», sicché, ove il giudice mandasse le parti in mediazione solo per la domanda riconvenzionale ed il convenuto non si facesse parte attiva, si porrebbe il problema dell'operatività della condizione, che certamente non può riferirsi alla domanda attorea. Come ho già detto, il riferimento alla «domanda giudiziale» si presta ad interpretazioni differenti e non offre dunque elementi decisivi nell'uno o nell'altro senso. Nel dubbio riterrei che, se il giudice specifica espressamente la limitazione della mediazione alla sola riconvenzionale, difficilmente il convenuto andrà esente da sanzione nel caso in cui non provveda, perché la *ratio* della norma mi pare chiara: autorizzare il giudice ad onerare una domanda dell'obbligo di mediazione a pena di procedibilità.

⁽⁴⁹⁾ Una parte degli interpreti ha ritenuto che il tentativo sia dovuto: A. PETTA, *La mediazione obbligatoria nel giudizio oggettivamente complesso*, cit., 359, ritiene che se la riconvenzionale è su materia obbligatoria e la principale no, allora il tentativo va fatto; cfr. anche F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011, 121 ss.; G.P. CALIFANO, *Su due attuali problemi in materia di mediazione obbligatoria (in relazione agli interventi di terzi e al procedimento monitorio); tra ciò che mi piacerebbe e ciò che invece mi appare*, in *Giust. civ.*, 2017, 1003; in senso diverso D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 317.

Vi è poi l'esigenza di bilanciare ⁽⁵⁰⁾ l'incentivo alla conoscenza e all'utilizzo della mediazione con la necessità di garantire alle parti un processo efficiente in termini di costi, tempi e qualità: non v'è dubbio che una moltiplicazione dei tentativi aumenti i costi ed i tempi ⁽⁵¹⁾, e va altresì evitato che si trasformi in abuso a favore del convenuto, indotto a proporre la riconvenzionale per dilazionare il tempo del procedimento ⁽⁵²⁾.

Infine, vi è il punto nodale del discorso. L'inclusione nel tavolo della trattativa di eventuali nuovi fatti, rispetto all'istanza di mediazione, può essere raggiunta per la diversa via di un mediatore capace, che sia stato in grado di far emergere tutte le istanze del convenuto ⁽⁵³⁾: *mediation is good as mediators*, diremmo senz'altro.

6. *Gli altri casi di allargamento dell'oggetto del processo.* – La Corte non prende esplicita posizione sull'eventualità che la nuova domanda provenga dall'attore in via di *reconventio reconventionis*, da un convenuto nei confronti dell'altro ⁽⁵⁴⁾, oppure da terzi chiamati o interventori volontari. Si limita solo ad un inciso finalizzato a rafforzare la propria tesi ⁽⁵⁵⁾, che non dà risposte decisive in un senso o nell'altro.

⁽⁵⁰⁾ Un bilanciamento che, secondo F. SANTANGELI, *La mediazione obbligatoria nel corso del giudizio di primo grado*, in <www.judicium.it>, 21.03.2011, par. 2, sarebbe stato valutato dal legislatore assai diversamente, con chiara prevalenza dell'effetto deflattivo della mediazione.

⁽⁵¹⁾ Mettono in evidenza i tempi F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 13ª ed., Milano, 2023, 84; G. BALENA, *Mediazione obbligatoria e processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 341 ss.

⁽⁵²⁾ Lo notano le Sezioni Unite qui annotate.

⁽⁵³⁾ Cfr. la Cassazione qui annotata.

⁽⁵⁴⁾ G. BUFFONE, *Diritto processuale della mediazione*, cit., 2353, sulle domande trasversali, distingue fra quelle condizionate e quelle non. Per una più ampia analisi dell'allargamento soggettivo, F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile riformato*, cit., 126 ss.

⁽⁵⁵⁾ Precisa, cioè, che ammettere l'obbligatorietà per la riconvenzionale significherebbe ammetterla anche per la *reconventio reconventionis*, la domanda proposta

Per quel che riguarda le prime due ipotesi, riterrei che debba valere la stessa soluzione adottata per la domanda riconvenzionale, per comunanza di *ratio*. Più complesso è il caso in cui un terzo sia chiamato o intervenga spontaneamente.

Quando il ruolo del terzo è meramente adesivo (sia quando sostiene le ragioni altrui, sia quando gli si vuol rendere opponibile la sentenza *inter alios*) il problema non si dovrebbe porre, perché la materia del contendere non muta, il tentativo di mediazione è già stato espletato e il terzo non avrebbe comunque titolo per disporre di un diritto altrui⁽⁵⁶⁾.

Può invece darsi che il terzo intervenga per far valere un proprio diritto contro tutte o alcune delle parti; oppure che sia chiamato da una di esse per ottenere l'accertamento di un suo obbligo. In entrambi i casi non è facile rispondere.

Ci aiuta relativamente la casistica agraria, che, come si è visto, tende ad imporre il tentativo obbligatorio di conciliazione in tutti i casi di effettivo ampliamento della materia del contendere, che certamente si verifica nell'ipotesi considerata⁽⁵⁷⁾.

Pur consapevole della incertezza del caso, propenderei per la stessa soluzione prospettata per la domanda riconvenzionale⁽⁵⁸⁾. Certamente, non è possibile giustificare la soluzione sulla partecipazione al tentativo di mediazione originario, come ho ritenuto per il convenuto: do per scontato che, in entrambi i casi sopra prospettati, il terzo non sia stato coinvolto nel tentativo avviato dall'attore, altrimenti il problema non si pone. Nulla vieta, infatti, che l'attore o

da un convenuto verso l'altro, oppure da e contro terzi interventori, volontari o su chiamata».

⁽⁵⁶⁾ In tal senso R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, Torino, 2011, 142.

⁽⁵⁷⁾ V. *supra*. Per la stessa soluzione G.P. CALIFANO, *Su due attuali problemi in materia di mediazione obbligatoria*, cit., 1003.

⁽⁵⁸⁾ Diff. G. BATTAGLIA, *La nuova mediazione «obbligatoria»*, cit., 140 ss., per i terzi distingue fra litisconsorti già presenti *ab origine* (per i quali esclude il tentativo) e terzo interveniente, che sarebbe tenuto solo quando è principale; nella garanzia, invece, si dovrebbe differenziare a seconda che sia propria od impropria.

il convenuto chiedano di allargare il tavolo delle trattative al terzo, chiamandolo davanti al mediatore (che potrebbe anche suggerire l'ampliamento, se lo ritenesse utile) ⁽⁵⁹⁾, ma, se ciò non accade, al terzo non è dato modo di far emergere i propri interessi ⁽⁶⁰⁾.

Tuttavia, restano valide le altre ragioni già viste: il bilanciamento con l'esigenza di un processo efficiente in termini di costi, tempi e qualità; il rischio, seppur minore ⁽⁶¹⁾, di abuso da parte del convenuto chiamante; e, infine, l'ancora di salvataggio della mediazione demandata, che ancora una volta rappresenta lo strumento giusto per tagliare su misura la mediazione di fronte alle complessità processuali sorte dopo l'avvio del giudizio. Sarà così possibile valutare se la ripetizione del tentativo con la partecipazione del terzo intervenuto offra nuove possibilità di accordo e, solo in caso positivo, rinviare tutte le parti in mediazione ⁽⁶²⁾.

7. Conclusioni e un auspicio. – Penso che la domanda giusta da farsi non sia «come possiamo deflazionare al massimo il contenzioso con la mediazione», bensì «come possiamo strutturare una mediazione

⁽⁵⁹⁾ Un problema potrebbe sorgere se l'altra parte si opponesse ad allargare il tavolo della mediazione: tenendo presente che, ai sensi dell'art. 16, 2° comma, d.m. n. 150 del 2023, «l'organismo non può, se non per giustificato motivo, rifiutarsi di svolgere la mediazione», non si può impedire alla parte che intende rivolgere una domanda ad un terzo di chiamarlo in mediazione, per cui la soluzione più opportuna è formare un unico tavolo; diversamente, non resterebbe che svolgere un tentativo separato, soluzione non pienamente soddisfacente, sia in termini di economia, sia di fruttuosità del tentativo, sia di rischio di plurimi tentativi davanti ad organismi differenti: lo nota più in generale R. TISCINI, *La mediazione civile e commerciale*, cit., 145.

⁽⁶⁰⁾ Lo nota acutamente Trib. Roma, ord., 13 giugno 2023 cit.

⁽⁶¹⁾ La chiamata di terzo può infatti comportare a carico del chiamante responsabilità quali l'onere delle spese.

⁽⁶²⁾ Anche in questo caso, si pone la questione se il rinvio giudiziale in mediazione debba investire tutta la lite o possa riguardare solo la parte inerente al terzo: dovrebbero valere considerazioni analoghe a quelle già viste *supra* per la domanda riconvenzionale.

efficace, che metta le parti in condizioni di trovare una soluzione al pari o più favorevole, per i loro interessi, rispetto a quella che otterrebbero nel giudizio».

Non condivido pertanto l'affermazione della Corte secondo cui «la mediazione obbligatoria ha la sua *ratio* nelle dichiarate finalità di favorire la rapida soluzione delle liti e l'utilizzo delle risorse pubbliche giurisdizionali solo ove effettivamente necessario».

Condivido invece la non obbligatorietà del tentativo in caso di riconvenzionale del convenuto, estendendo anzi la soluzione a tutti i casi di ampliamento della materia del contendere provenienti dalle parti o dal terzo e formulando altresì un auspicio: che, da ora in poi, si adotti una soluzione uniforme sia per il contenzioso ordinario sia per quello agrario.

Abstract

L'articolo commenta la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che ha stabilito che le domande riconvenzionali non sono soggette alla mediazione obbligatoria. Questa decisione si basa sui principi di economia processuale, certezza del diritto e durata ragionevole dei procedimenti legali. L'articolo critica la visione della Corte sulla mediazione come mero strumento per ridurre il carico di lavoro giudiziario, sostenendo invece una prospettiva più positiva sulla mediazione come strumento utile per la risoluzione delle controversie, a disposizione delle parti; suggerisce che l'obbligatorietà dovrebbe essere intesa come un meccanismo per promuovere la cultura della mediazione piuttosto che come un semplice ostacolo procedurale. L'a. sostiene un approccio uniforme agli obblighi di mediazione nei diversi tipi di controversie e conclude per la valorizzazione della mediazione demandata, nelle ipotesi in cui la domanda riconvenzionale o l'intervento del terzo aprano nuove prospettive di composizione della lite.

This article addresses the complex issue of whether mediation is a prerequisite for newly introduced claims within ongoing legal proceedings. The discussion begins with a landmark decision by the United Sections of the Supreme Court, which ruled that counter-claims are not subject to mandatory mediation. This decision hinges on the principles of judicial economy, legal certainty, and the reasonable duration of legal processes. The article critiques the court's narrow view of mediation as merely a tool for reducing judicial caseloads, arguing instead for a more positive perspective on mediation as a valuable means for dispute resolution. It suggests that mandatory mediation should be understood as a mechanism to foster a culture of mediation rather than merely a procedural hurdle. The author advocates for a uniform approach to mediation obligations across different types of disputes and concludes by emphasizing the importance of court-ordered mediation in cases where counter-claims or third-party interventions open a new perspective for dispute resolution.

ADR PER ORDINE DEL GIUDICE NELLA COMMON LAW INGLESE.

I NUOVI ORIZZONTI
APERTI DA *CHURCHILL V. MERTHYR TYDFIL*

Angela Maria Felicetti ()*

SOMMARIO: 1. «*Heavy fog in the Channel...*». – 2. *Civil Procedure Rules*, processo e ADR. – 3. Il caso *Halsey* e la *case law* successiva: un orientamento ‘sovversivo’ del sistema delle CPR? – 4. La mediazione demandata dopo il caso *Halsey*: tra blande applicazioni e interessanti eccezioni. – 5. Un nuovo *leading case*: *Churchill v. Merthyr Tydfil*. – 6. (segue) La ‘riabilitazione’ del potere del giudice di sospensione del processo per pendenza di una procedura ADR: il *distinguishing* rispetto a *Halsey*. – 7. I nuovi orizzonti: il potenziamento del *judicial case management* nella promozione delle procedure di ADR.

1. «*Heavy fog in the Channel...*». – Dopo decenni segnati da un orientamento giurisprudenziale piuttosto restrittivo sul rapporto tra accesso alle corti e meccanismi di *alternative dispute resolution* (d’ora innanzi: ADR), la decisione *Churchill v. Merthyr Tydfil*, resa a fine 2023 dalla *Civil Division* della *Court of Appeal* di Londra ⁽¹⁾, rivitalizza l’annoso dibattito sul potere dei giudici inglesi di sospendere il processo pendente e indirizzare le parti alla mediazione o altre forme di ADR.

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 107-130. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Assegnista di ricerca in Diritto Processuale civile nell’Università di Bologna.

⁽¹⁾ *Court of Appeal (Civil Division)*, *Churchill v. Merthyr Tydfil County Borough Council*, [2023] EWCA Civ 1416.

A voler prendere a prestito il sottile *humour* britannico, tanto caro anche alla penna dei giudici estensori d'Oltremania, se prima di questa sentenza si poteva dire «*heavy fog in the Channel, continent cut off*» ⁽²⁾, oggi l'orizzonte è cambiato. La recente pronuncia, stesa dal *Master of the Rolls* Sir Geoffrey Vos, sembra, infatti, diradare le nebbie che avvolgevano la relazione tra processo civile e procedure ADR nell'ordinamento inglese. Il nuovo *leading case* 'riannoda' la lite pendente agli strumenti consensuali stragiudiziali di soluzione del contenzioso, laddove sino ad allora il processo pareva non poter subire cesure per l'esperimento di tentativi di risoluzione della lite in ADR, salvo che le parti non lo chiedessero congiuntamente.

Il ritorno a una maggiore prossimità tra processo e ADR nell'ordinamento inglese apre – pur con i dovuti *distinguo* – molte delle questioni che da tempo occupano la dottrina e la giurisprudenza italiana, anche di altri ordinamenti euro-continentali, impegnate a ricostruire il rapporto tra via giurisdizionale e vie agiurisdizionali di soluzione del contenzioso ⁽³⁾.

⁽²⁾ Trattasi del celebre titolo del quotidiano *The Times* del 22 ottobre 1957.

⁽³⁾ Il tema è molto battuto dalla dottrina inglese già da alcuni anni. Si veda, senza pretesa di esaustività, P. CORTÉS, *Embedding Alternative Dispute Resolution in the Civil Justice System: A Taxonomy for ADR Referrals and a Digital Pathway to Increase the Uptake of ADR*, in *Legal Studies*, 2023, 312 ss.; M. AHMED, *Moving on from a Judicial Preference for Mediation to Embed Appropriate Dispute Resolution*, in *Northern Ireland Legal Quarterly*, 2019, 331 ss.; B. WATERS, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice: A Relationship Resolved?*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt.*, 2022, 3 ss. Dalla prospettiva euro-continentale: C.H. VAN RHEE, *Mandatory Mediation before Litigation in Civil and Commercial Matters: A European Perspective*, in *Access to Justice in Eastern Europe*, 2021, 7 ss.

Il tema della mediazione disposta dal giudice impegna da oltre un decennio la dottrina italiana, anche a seguito delle più recenti riforme; cfr., per tutti, G. REALI, *La mediazione demandata*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giustizia complementare»*, *Gli speciali de Il Foro* 2/2023, 27 ss.; M. BOVE, *La mediazione delegata*, in *Riv. arb.*, 2018, 459 ss.; G. DI MARCO, *La mediazione delegata*, Milano, 2017; L. BREGGIA, *La mediazione demandata dal giudice*, in *Libro dell'anno del diritto. Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 2016, 581 ss. Per attuare in concreto

2. Civil Procedure Rules, *processo e ADR*. – Significato e portata della decisione *Churchill v. Merthyr Tydfil* non potrebbero comprendersi appieno senza richiamare le coordinate ‘ordinamentali’ in cui si inserisce la recente decisione della *Court of Appeal* londinese.

All'alba dell'epocale riforma del diritto processuale tradottasi nell'adozione nel 1998 delle *Civil Procedural Rules* (di seguito: CPR), le ADR conciliative, e in particolare la mediazione, hanno assunto nell'ordinamento inglese un ruolo di primo piano, al punto da far affermare che il processo civile avrebbe dovuto costituire un *last resort remedy* per la soluzione delle liti ⁽⁴⁾.

l'integrazione delle ADR nel processo civile la dottrina italiana ha invocato un 'nuovo paradigma di giudice', non senza sottolinearne le potenziali ambiguità. Così 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., prec. 35; nonché R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 72; P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in questa *Rivista*, 2023, 339 ss., prec. 348 ss.; L. BREGGIA, *Il dilemma del giudice che delega al mediatore*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di), *Mediazione e progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 265 ss.; I. PAGNI, P. LUCARELLI, *Introduzione*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Mediazione su ordine del giudice a Firenze. Prassi, problemi e linee guida di un modello*, Torino, 2015, XVI.

⁽⁴⁾ Per alcuni commenti coevi alla riforma si rinvia, per tutti, A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure: Principles and Practices*, London, 2003; N. ANDREWS, *English Civil Procedure: Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford, 2003; C. CRIFÒ, *La riforma del processo civile in Inghilterra*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2000, 511 ss. In particolare, sulle ADR all'indomani dell'introduzione delle CPR: K. DREADON, *Mediation: English Developments in an International Context*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt.*, 2005, 112 ss.; P. NAZZINI, *Modelli conciliativi interni al processo (analisi comparativa e test strutturali)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 844 ss.; L. PASSANANTE, *Modelli di tutela dei diritti: l'esperienza inglese e italiana*, Padova, 2007, 144 ss. Sullo stimolante dibattito in merito all'opportunità di una riforma del sistema delle CPR v. D. DWYER (ed.), *The Civil Procedure Rules Ten Years On*, Oxford, 2009, e più di recente, A. HIGGINS (ed.), *The Civil Procedure Rules at 20*, Oxford, 2020; nonché su alcune proposte con riguardo al ruolo delle ADR nel diritto processuale civile inglese: cfr. D. DE GIROLAMO, D. SPENSER UNDERHILL, *Alternative Dispute Resolution and the Civil Courts: A Very British Type of Justice – The Legacy of the Woolf Reforms in 2022*, in *Amicus Curiae*, 2022, 129 ss.

In questa direzione, le CPR hanno attribuito ai giudici un ventaglio di strumenti finalizzati a indirizzare le parti alla composizione consensuale della lite, utilizzabili in via discrezionale e alla luce delle circostanze del caso concreto. Innanzitutto, l'attività di *case management* svolta dall'organo decidente si è arricchita di nuove modalità, tra cui la possibilità, ai sensi della *Rule* 1.4(2)(e), di invitare le parti, lite pendente, a intraprendere una procedura di ADR. Per agevolare questa diversione, al giudice è conferito dalla *Rule* 26.4 il potere, esercitabile anche d'ufficio, di sospendere il processo.

Non solo. A chiusura del sistema, la *Rule* 44 prevede che il giudice per decidere l'allocazione delle spese processuali possa tener conto della condotta delle parti rispetto all'avvio di un meccanismo di ADR. In particolare, a rilevare in tale valutazione sono le condotte delle parti non solo in seno al processo, ma anche prima della sua instaurazione. A tal ultimo riguardo le CPR si sono indirizzate verso l'introduzione del sistema dei c.d. *pre-action protocols* ⁽⁵⁾: questi, impongono alle parti e ai loro difensori di svolgere prima dell'avvio del processo determinate attività, talvolta distinte per aree di contenzioso, dirette a garantire un adeguato scambio di informazioni. I *pre-action protocols* mirano a stimolare il raggiungimento di un accordo e a prevenire l'istaurazione

⁽⁵⁾ N. ANDREWS, *The Three Paths of Justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England*, Cham, 2018, 70 ss. I *pre-action protocols* sono un pilastro del diritto processuale inglese, ancorché la dottrina si stia interrogando sulla necessità di un loro possibile aggiornamento, così M. AHMED, *An Alternative Approach to Repealing the General Pre-Action Protocol*, in *Civil Justice Quarterly*, 2013, 256 ss.; V. MCCLOUD, *Pre-Action Protocols and Pre-Action Dispute Resolution Process: Horizons Near and Far*, in *Amicus Curiae*, 2023, 344 ss. Una delle criticità riscontrate attiene in particolare alle condotte abusive tenute dalle parti nel dare seguito alle prescrizioni contenute nei protocolli, volte ad attuare tattiche dilatorie o moltiplicare i costi del giudizio, cfr. M. AHMED, *The Pre-Action Protocols Are a Significant Procedural Aspect of the English Civil Justice System But Reform Is Required: Jet2 Holidays Ltd v. Hughes [2019] EWCA Civ 1858*, in *Civil Justice Quarterly*, 2020, 193 ss.

della causa, anche attraverso il ricorso volontario a procedure di ADR.

Lo schema introdotto dalle CPR ha rappresentato la cornice dei successivi interventi giurisprudenziali in merito al rapporto tra processo e ADR.

Con una serie di decisioni rese agli inizi del nuovo millennio ⁽⁶⁾, la *Court of Appeal* londinese ha stigmatizzato duramente la condotta della parte che rifiuti, senza giustificato motivo, di partecipare al procedimento di mediazione, prima o durante il processo ⁽⁷⁾. Un siffatto rifiuto, anche proveniente dalla parte poi risultata vincitrice nel processo, diventava così parametro per decidere sulla compensazione delle spese processuali, in deroga alla regola generale della soccombenza ⁽⁸⁾; un orientamento, questo,

⁽⁶⁾ Prima del 2004, il *leading case* in tema di allocazione delle spese processuali in caso di rifiuto irragionevole al ricorso a procedure ADR è rappresentato da *Dunnett v. Railtrack plc* [2002] EWCA Civ 303; confermato da *Hurst v. Leeming* [2002] CP Rep 59; *Neal v. Jones (t/a Jones Motors)* [2002] EWCA Civ 1731; *Leicester Circuits Ltd v. Coates Brothers plc* [2003] EWCA Civ 333; *Royal Bank of Canada v. Secretary of State for Defence* [2003] EWHC 1479 (Ch) e *Virani Ltd v. Manuel Revert y Cia SA* [2003] EWCA Civ 1651. In argomento, H. GENN, *Judging Civil Justice*, Oxford, 2008, 100 ss. e ivi i precedenti giurisprudenziali citati; F. KIRKHAM, *Judicial Support for Arbitration and ADR in the Courts in England and Wales*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgtm*, 2006, 52 ss.

⁽⁷⁾ La parte vittoriosa che ha rifiutato irragionevolmente di partecipare alla procedura di ADR può vedersi negata in tutto o in parte la refusione delle spese di lite. La parte soccombenza che ha tenuto un'analoga condotta, invece, può subire la condanna alle spese calcolate secondo il criterio dell'*indemnity*, ossia attraverso il calcolo di tutti i costi effettivamente sostenuti dalla controparte. Questo comporta un esborso di gran lunga maggiore rispetto al calcolo forfettario degli *standard cost*, che sarebbe altrimenti applicabile. Il giudice può, infine, operare la compensazione delle spese se ritiene che il rifiuto opposto da entrambe le parti al tentativo di risoluzione della lite tramite ADR sia irragionevole, cfr. *McMillan Williams v. Range* [2004] EWCA Civ 294. In argomento, N. ANDREWS, *Mediation: International Experience and Global Trends*, in *Journal of International Comparative Law*, 2017, 228-9.

⁽⁸⁾ Tra le prime applicazioni della deroga al principio della soccombenza si segnalano: *Dyson v. Leeds City Council (No 1)* [2000] CP Rep 42 e *R. (on the application of Cowl and others) v. Plymouth City Council* [2001] EWCA Civ 1935.

particolarmente sanzionatorio nel quadro della giustizia civile inglese, caratterizzata da costi proverbialmente elevati.

3. *Il caso Halsey e la case law successiva: un orientamento 'soversivo' del sistema delle CPR?* – È nel contesto descritto che si inserisce, nel 2004, la nota pronuncia *Halsey v. Milton Keynes* ⁽⁹⁾, della *Civil Division* della *Court of Appeal*, stesa dal *Lord Justice Dyson*. Questo *leading case* – secondo molti – ha inteso attuare una parziale riconfigurazione del ruolo della giustizia consensuale nell'ordinamento inglese, quale disegnato dalle CPR del 1998 ⁽¹⁰⁾.

Con una ben precisa visione del rapporto tra processo e ADR, la pronuncia afferma che, in linea generale, al giudice non spetta il potere di imporre alle parti di avvalersi di una procedura di ADR – nel caso di specie, di mediazione – salvo che non siano esse stesse a farne richiesta o a prestarvi consenso. Un ordine del giudice di ricorrere alla mediazione a lite pendente costituirebbe, infatti, un'inammissibile limitazione del diritto di accesso alla giustizia del singolo e una violazione dell'art. 6 CEDU ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* [2004] EWCA Civ 576. Per un commento si rinvia a G. LIGHTMAN, *Mediation: an Approximation to Justice*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt*, 2007, 400 ss.; J. DYSON, *A Word on Halsey v Milton Keynes*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt*, 2011, 337 ss.; A.K.C. KOO, *Ten Years after Halsey*, in *Civil Justice Quarterly*, 2015, 77 ss.

⁽¹⁰⁾ *Hasley* è stato ritenuto il precedente più rilevante in tema di rapporto tra giudizio civile e ADR conciliative nell'ordinamento inglese da J. SCHERPE, B. MARTEN, *Mediation in England and Wales: Regulation and Practice*, in K. HOPT, F. STEFFEK (eds.), *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 2013, 365 ss.; H. GENN, *Judging Civil Justice*, cit., 78 ss. La decisione ha avuto un immediato impatto nella giurisprudenza successiva: cfr. *Steel v. Joy & Holiday* [2004] 1 WLR 3002 (CA) e *Aird v. Prime Meridian Ltd* [2006] EWCA Civ 1866.

⁽¹¹⁾ *Halsey*, cit., par. 9-11: «(...) *Even if (contrary to our view) the court does have jurisdiction to order unwilling parties to refer their disputes to mediation, we find it difficult to conceive of circumstances in which it would be appropriate to exercise it. (...) 10. If the court were to compel parties to enter into a media-*

Secondo l'argomentazione del *Lord Justice Dyson*, il giudice dovrebbe pertanto limitarsi a promuovere e incoraggiare le parti al ricorso alle ADR, non potendo, salvo casi eccezionali, legittimamente spingersi sino al punto di ordinare loro di avviare un *iter* conciliativo a lite pendente, con contestuale sospensione del processo ⁽¹²⁾.

Quanto alle sanzioni comminabili alla parte che rifiuti di partecipare al tentativo di risoluzione consensuale della controversia, *Halsey v. Milton Keynes* delinea una sorta di linea guida per il giudice nella valutazione – e conseguente sanzione – del c.d. *unreasonable refusal*. Si tratta di un'elencazione non esaustiva di criteri per determinare la ragionevolezza del diniego. Questi includono: «a) la natura della causa; b) il merito della controversia; c) il previo compimento di altri tentativi di giungere ad una transazione; d) il costo sproporzionatamente elevato dell'ADR; e) il pregiudizio derivante dal tempo necessario per attivare e completare il procedimento di ADR; f) la ragionevole prospettiva di successo della procedura di ADR» ⁽¹³⁾.

Parte della dottrina si è mostrata, sin da subito, critica rispetto a una tale costellazione di criteri ⁽¹⁴⁾, evidenziando come numero

tion to which they objected, that would achieve nothing except to add to the costs to be borne by the parties, possibly postpone the time when the court determines the dispute and damage the perceived effectiveness of the ADR process. If a judge takes the view that the case is suitable for ADR, then he or she is not, of course, obliged to take at face value the expressed opposition of the parties. In such a case, the judge should explore the reasons for any resistance to ADR. But if the parties (or at least one of them) remain intransigently opposed to ADR, then it would be wrong for the court to compel them to embrace it».

⁽¹²⁾ Taluna dottrina rileva come queste osservazioni abbiano condotto a una promozione meramente retorica delle ADR nell'ordinamento inglese: così D. DE GIROLAMO, *Rhetoric and Civil Justice: A Commentary on the Promotion of Mediation without Conviction in England and Wales*, in *Civil Justice Quarterly*, 2016, 162 ss.

⁽¹³⁾ *Halsey*, cit., par. 16. Per un approfondimento v. M. AHMED, *The Merits Factor in Assessing an Unreasonable Refusal of ADR: A Critique and a Proposal*, in *Journal of Business Law*, 2016, 646 ss.

⁽¹⁴⁾ Per tutti, v. S. SHIPMAN, *Alternative Dispute Resolution*, cit., 347 ss.

e ampiezza degli indici elencati avrebbero finito per offrire ragioni per sottrarsi alle procedure di ADR nella maggioranza delle controversie⁽¹⁵⁾. In particolare, forti perplessità suscitava la scelta di valorizzare le percezioni soggettive della parte riguardo al merito della causa e quindi alla sua (avvertita) possibilità di vittoria – il c.d. *watertight case*⁽¹⁶⁾. Parametro, questo, non a caso espressamente escluso dalla *case law* precedente a *Halsey*, in quanto inerente a uno stato mentale invero comune alla maggioranza dei soggetti che adiscono la via legale⁽¹⁷⁾. Il rischio sotteso all'impiego di un siffatto criterio è lo spiegarsi del seguente circolo vizioso. La decisione sul riparto delle spese processuali è assunta al termine del processo, quando ormai la parte – che aveva rifiutato di intraprendere il percorso ADR perché convinta di vincere – ha visto accogliere la propria domanda giudiziale. Ne consegue che il suo diniego 'di allora' appare agevolmente 'ragionevole' alla luce dell'esito del giudizio. Per converso, a conclusione del processo, la parte soccombente versa in una posizione (più) sfavorevole nel tentativo di valorizzare la condotta della controparte che abbia rifiutato di intraprendere la conciliazione.

Non è un caso che, a fronte di un quadro così sensibile, i criteri per valutare l'*unreasonable refusal* dettati dalla sentenza *Halsey* siano stati oggetto di un'applicazione a dir poco ondivaga nella giurisprudenza successiva, aprendo le porte a un'ampia discrezionalità delle corti, e quindi all'imprevedibilità della decisione⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Secondo alcuni autori sono stati statisticamente più frequenti i casi in cui il rifiuto è stato considerato ragionevole e, quindi, privo di conseguenze sanzionatorie: cfr. J. NOLAN-HALEY, *Mediation Exceptionality*, in *Fordham Law Review*, 2009, 1262; M. SCHERPE, B. MARTEN, *Mediation in England*, cit., 394.

⁽¹⁶⁾ M. SCHERPE, B. MARTEN, *Mediation in England*, cit., 391-2.

⁽¹⁷⁾ «*The fact that a party believes that he has a watertight case again is no justification for refusing mediation. That is the frame of mind of so many litigants*»: così *Hurst v. Leeming* [2002] EWHC 1051 (Ch), par. 381.

⁽¹⁸⁾ Ad esempio, in *Northrop Grumman v. BAE Systems (Al Diriyah C41) Limited* [2014] EWHC 3148 (TCC), la convinzione della parte di poter vincere la causa ha permesso al giudice di inquadrare come ragionevole il rifiuto a tentare la mediazione (par. 58-60). Nel 2020, con *DSN v. Blackpool Football Club Limited*

Una nutrita casistica ha, infatti, individuato ipotesi di rifiuti ragionevoli, spesso attingendo a motivazioni che hanno destato più di qualche perplessità ⁽¹⁹⁾; tra tutti, il caso in cui la ragionevolezza del rifiuto è stata fondata sulla base di un giudizio *ex post* circa le possibilità di successo della mediazione ⁽²⁰⁾. Questo tipo di valutazioni poggiano su un'accezione limitativa del 'successo' dell'ADR, in quanto si basano su una valutazione in astratto delle potenzialità della mediazione, assunte senza tenere conto delle variegate 'utilità' che tale procedimento può far conseguire alle parti, anche al di là della mera transazione della lite.

Non stupisce, quindi, che alla luce di tali derive giurisprudenziali, il caso *Halsey* sia stato interpretato da alcuni come una pronuncia sovversiva del sistema delle CPR, volto a introdurre una presunzione di ragionevolezza del rifiuto a tentare, prima e durante il processo, di addivenire a una composizione consensuale della lite ⁽²¹⁾.

[2020] EWHC 670 (QB), la stessa argomentazione è stata ritenuta inadeguata, da sola, a giustificare il rifiuto (v. par. 28).

⁽¹⁹⁾ A titolo esemplificativo, in *Gore v. Naheed* [2017] EWCA Civ 369 si è ritenuto che il convenuto avesse legittimamente rifiutato di avviare la mediazione perché la controversia era eccessivamente complessa. In *Car Giant v. LB Hammersmith* [2017] EWHC 464 (TCC) la Corte ha negato la compensazione delle spese processuali ritenendo ragionevole che l'attore, vittorioso nel merito, avesse atteso 17 mesi prima di acconsentire alla mediazione, in modo da ottenere l'assunzione della consulenza tecnica nel processo. Solo nel 2013 la giurisprudenza è intervenuta per chiarire che nei casi in cui la parte rifiuti o non si curi di rispondere all'offerta di avviare un procedimento di ADR, questa condotta deve essere sempre considerata irragionevole: cfr. *PGF II SA v. OMFS Co 1 Ltd* [2013] 1 WLR 1386, su cui G. MEGGITT, *PGF II SA v. OMFS Co and Compulsory Mediation*, in *Civil Justice Quarterly*, 2014, 335 ss.; P. TAYLOR, *Failing to Respond to an Invitation to Mediate*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt*, 2014, 472 ss.

⁽²⁰⁾ *Reynolds v. Stone Rowe Brewer* [2008] EWHC (QB). Per una critica alla scelta di fondare la decisione sulla previsione del giudice circa gli esiti della procedura di ADR: cfr. J. NOLAN-HALEY, *Mediation Exceptionality*, cit., 1247 ss., prec. 1262 ss.

⁽²¹⁾ Per una disamina degli effetti di *Halsey* sul sistema dei *pre-action protocols*: cfr. V. MCCLOUD, *Pre-Action Protocols*, cit., 352; sull'atteggiamento delle corti in-

4. *La mediazione demandata dopo il caso Halsey: tra blande applicazioni e interessanti eccezioni.* – Il quadro disegnato dalla decisione del *Lord Justice Dyson* dà ragione di quello che è stato descritto come l'approccio *soft* dell'ordinamento inglese alla mediazione demandata dal giudice.

La giurisprudenza inglese è ferma nel ribadire che ciascuna parte in lite è tenuta ad un obbligo, per così dire, ristretto di prendere in considerazione seriamente (*duty to consider*) la mediazione e gli altri strumenti di ADR nella soluzione della controversia, sia prima che durante il processo ⁽²²⁾. Un tale obbligo nasce in capo alle parti anche laddove sia il giudice adito a raccomandare loro di tentare la via dell'ADR, ove ne ravvisi i presupposti. La violazione di quest'obbligo può comportare conseguenze negative sul piano dell'allocazione delle spese processuali, salvo che il rifiuto possa ritenersi ragionevole. Ciononostante, non sarebbe configurabile, in astratto, alcun obbligo a svolgere un tentativo effettivo di conciliazione (*duty to enter*), ossia a dare avvio ad una procedura di ADR ⁽²³⁾.

La sentenza *Halsey*, inoltre, ha posto le basi teoriche per quella prassi, seguita dalla maggior parte delle corti inglesi, secondo cui queste non dispongono d'ufficio la sospensione del processo, ove le parti avviino un procedimento per la soluzione consensuale della lite, salvo istanza congiunta delle parti in tal senso ⁽²⁴⁾.

glesì verso la mediazione dopo questa pronuncia, v. S. SHIPMAN, *Alternative Dispute Resolution*, cit., 402; D. DE GIROLAMO, *Rhetoric and Civil Justice*, cit., 145.

⁽²²⁾ Sulla differenza tra *duty to consider* e *duty to enter*, cfr. N. ANDREWS, *The Three Paths of Justice*, cit., 276.

⁽²³⁾ In argomento ancora ID., *La «doppia elica» della giustizia civile: i legami tra metodi privati e pubblici di risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 529 ss., prec. 547.

⁽²⁴⁾ S. SIME, *A Practical Approach to Civil Procedure*, Oxford, 2022, 116-7.

Il quadro descritto non è tuttavia esente da eccezioni ⁽²⁵⁾. Una deroga significativa è rappresentata dalle linee guida adottate dalla *Commercial Court* ⁽²⁶⁾, che hanno continuato a prevedere, anche dopo il caso *Halsey*, la possibilità per i giudici di emanare *ex officio* provvedimenti che impongono alle parti un tentativo di risoluzione consensuale: si tratta dei provvedimenti recentemente ridenominati *Negotiated Dispute Resolution orders* (*NDR orders*) ⁽²⁷⁾.

Queste ordinanze sono dirette a sospendere il processo pendente ed invitare le parti a scegliere uno strumento di composizione negoziata della lite («*conciliation, mediation, early neutral evaluation, non-binding arbitration, etc.*»), nonché a intraprendere la procedura entro il termine assegnato dal giudice. L'impiego degli *NDR orders* presso la *Commercial Court* è stato considerato compatibile con il principio enunciato nella pronuncia *Halsey*, attesa la qualifica di professionisti delle parti coinvolte ⁽²⁸⁾.

Nel settore del diritto di famiglia, l'ordinamento inglese ha inoltre introdotto dal 2014 l'istituto del c.d. *Mediation Informa-*

⁽²⁵⁾ Per una ricognizione v. D. KAUFMAN SCHAFFER, *An Examination of Mandatory Court-Based Mediation*, in *Arbitration: The Int'l J. of Arb., Med. & Dispute Mgmt*, 2018, 238.

⁽²⁶⁾ La Corte aveva in origine la denominazione di *Admiralty and Commercial Court*. L'ultima edizione della *Commercial Court Guide* del 2022 è consultabile presso: <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/06/Commercial-Court-Guide-11th-edition.pdf>> (31.07.2024). La sezione G è dedicata alla *Negotiated Dispute Resolution*.

⁽²⁷⁾ Il formulario di questo provvedimento, prima identificato come *ADR order*, è consultabile nell'*Appendix 3* della *Commercial Court Guide*. In sintesi, con l'*NDR order* il giudice detta i termini entro cui le parti devono raggiungere l'accordo sullo strumento di ADR da utilizzare e dare avvio alla procedura. In argomento si v. M. SCHERPE, B. MARTEN, *Mediation in England*, cit., 380; S. SIME, *A Practical Approach To Civil Procedure*, cit., 117.

⁽²⁸⁾ I provvedimenti della *Commercial Court* venivano già riconosciuti come la più 'robusta' forma di incoraggiamento verso la soluzione consensuale delle liti prevista dall'ordinamento inglese: cfr. *Halsey*, cit., par. 16.

tion and Assessment Meeting (MIAM) ⁽²⁹⁾. Tale incontro informativo è obbligatorio, di regola, prima di adire il giudice per «*private law proceedings relating to children*» e «*proceedings for a financial remedy*», allo scopo di far conoscere alle parti i benefici della mediazione e delle ADR nella soluzione consensuale delle questioni relative all'affidamento dei figli e agli aspetti finanziari ⁽³⁰⁾. La mancata partecipazione all'incontro, salvo nei casi di esonero tassativamente previsti ⁽³¹⁾, può essere rilevata d'ufficio dalla *Family Court*, che potrà discrezionalmente rinviare la prima udienza del procedimento per permettere lo svolgimento del MIAM ⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ L'introduzione è avvenuta con la *Practice Direction 3A Family Procedure Rules 2010*. Nel 2014 il legislatore ha introdotto un ulteriore obbligo statutario di mediazione pre-processuale nella Sezione 10 del *Children and Families Act 2014*. Per tutti, sul punto, v. A. DIDUCK, *Autonomy and family justice*, in *Child and Family Law Quarterly*, 2016, 134 ss. Sulle criticità operative dell'istituto ad alcuni anni dalla sua implementazione, v. J. EDWARDS, *How May the Law Be Reformed to Improve the Uptake and Experience of Mediation?*, in *Family Law*, 2018, 1221 ss.; A. KETANI, *The First Family Mediation Meeting: Purpose, Context, and Proposals for Change*, in *Dispute Resolution Journal*, 2023, 113 ss.

⁽³⁰⁾ Nell'ordinamento inglese l'accordo raggiunto dai coniugi in sede di mediazione sulla gestione dei figli e sugli aspetti finanziari può essere, previa richiesta congiunta delle parti, incorporato nel provvedimento di *consent order* emanato dalla *Family Court*: così D. BURROWS, *Mediated Agreements, Arbitral Awards and Consent Orders*, in *Family Law*, 2013, 1187 ss.

⁽³¹⁾ Le esenzioni includono, tra gli altri, i casi di violenza domestica documentata, casi in cui è necessaria una tutela urgente, casi di provvedimenti finanziari assunti nei confronti di un soggetto sottoposto a fallimento, casi in cui è risultato impossibile ottenere un incontro con un mediatore in tempi ragionevoli; cfr. *Practice Direction 3A* parr. 17, 20, 21 e 35.

⁽³²⁾ La citata *Practice Direction 3A* sancisce al par. 2: «*Under section 10(1) of the Children and Families Act 2014, it is a requirement for a person to attend a MIAM before making certain kinds of applications to obtain a court order. (...) The person who would be the respondent to the application is expected to attend the MIAM. The court has a general power to adjourn proceedings in order for non-court dispute resolution to be attempted, including attendance at a MIAM to consider family mediation and other options*».

Infine, nonostante il caso *Halsey*, un numero significativo di *court-annexed mediation schemes* ha continuato a operare su tutto il territorio d'Oltremania, sia per iniziativa delle singole corti che per impulso del Ministero di Giustizia⁽³³⁾. Nell'ambito di questi progetti, la *common law* inglese ha valorizzato la connessione tra processo e ADR conciliative, facendo uso del potere giudiziale ufficioso di sospensione del processo per brevi periodi (di regola, meno di un mese) per permettere l'avvio di una procedura tesa alla soluzione compositiva della lite.

Nonostante il ruolo di fatto quasi apicale della *Court of Appeal* londinese nell'ordinamento inglese, si sono inoltre registrate anche in seno alla giurisprudenza tendenze a un allontanamento dalla sentenza *Halsey*. D'altronde, all'indomani della nota decisione *Alassini* della Corte di Giustizia dell'Unione europea⁽³⁴⁾, è stato lo stesso *Lord Justice Dyson* a rivedere la sua posizione sull'asserita incompatibilità tra art. 6 CEDU e invio delle parti in mediazione su ordine del giudice⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ A livello locale v., per tutti, il *Mayor's and City of London Country Court Mediation Scheme*, attivo a Londra. Su scala nazionale, invece, è operativa dal 2011 la *National Mediation Helpline*, finanziata dal *Ministry of Justice* e dal *Civil Mediation Council*. In argomento v., *funditus*, S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A Practical Approach To Alternative Dispute Resolution*, Oxford, 2018, 310 ss.

⁽³⁴⁾ C. Giust. UE, 18 marzo 2010, *Rosalba Alassini c. Telecom Italia SpA*, cause riunite C-317-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, 987 ss., con nota di M.C. PAGLIETTI, *La protezione del consumatore tra diritto alla tutela giurisdizionale effettiva e tentativo obbligatorio di conciliazione*, e in *Giur. it.*, 2010, 2585 ss., con nota di C. BESSO, *Obbligatorietà del tentativo di conciliazione e diritto all'effettività della tutela giurisdizionale*.

⁽³⁵⁾ J. DYSON, *A Word on Halsey v Milton Keynes*, cit., 339 ove si legge che «(...) it is clear that in and of itself compulsory mediation does not breach art.6. Whilst six years on I agree with the EU legislator and the judiciary on the art.6 point, I am still less convinced that compulsory mediation is more effective than when it is voluntary. I remain of the view I advanced in *Halsey* that, if the court were to compel parties to enter into mediation to which they objected, that would achieve nothing except to add to the cost to be borne by the parties. It would also possibly postpone the time when the court determined the dispute and damaged the perceived effectiveness of the ADR process». Anche un altro dei membri della *High*

Emblematica in questo senso è la pronuncia *Lomax v. Lomax* ⁽³⁶⁾ del 2019. Qui la stessa Corte di Appello di Londra ha affermato che il giudice può legittimamente sospendere il processo pendente, anche in mancanza di accordo tra le parti, e ordinare a queste di intraprendere una procedura di *Early Neutral Evaluation* (ENE) finalizzata alla conciliazione della lite. L'ENE è una forma di ADR a esito non vincolante per le parti, in cui un terzo neutrale svolge una valutazione su determinati profili, di fatto o di diritto, utile alla soluzione consensuale della controversia ⁽³⁷⁾. Oltre che nella fase pre-processuale, tale procedura può essere iniziata e/o svolta anche in corso di causa. Le CPR prevedono che il ruolo di *neutral* possa essere assunto dal giudice ⁽³⁸⁾, il quale formulerà una valutazione non vincolante sulle specifiche questioni sottoposte all'ENE.

La pronuncia *Lomax v. Lomax* ha escluso che lo svolgimento dell'ENE in pendenza della lite sia condizionato al consenso delle parti, dal momento che tale procedura non le priva della possibilità di ottenere una decisione giudiziale ove l'esito della valutazione non sfoci nella conciliazione della lite ⁽³⁹⁾. Siffatte considerazioni, estendibili anche alla procedura di mediazione e alle altre forme

Court di Halsey, Lord Justice Ward, nella decisione *Wright v. Michael Wright Supplies Ltd & Anor* [2013] EWCA Civ 234, ha dubitato della correttezza della valutazione sulla violazione dell'art. 6 CEDU: cfr. l'*obiter dictum* al par. 3 della decisione.

⁽³⁶⁾ *Lomax v. Lomax* [2019] EWCA Civ 1467. Per un commento v. M. AHMED, F. NURSIMA-ARSLAN, *Compelling Parties to Judicial Early Neutral Evaluation but a Missed Opportunity for Mediation*, in *Civil Justice Quarterly*, 2020, 1 ss.

⁽³⁷⁾ S. BLAKE, J. BROWNE, S. SIME, *A Practical Approach to Alternative Dispute Resolution*, cit., 360 ss. Sui primi sviluppi dell'istituto dinanzi alla *Commercial Court*, cfr. anche N. ANDREWS, *Controversie collettive, transazione e conciliazione in Inghilterra*, in G. GITTI, A. GIUSSANI (a cura di), *La conciliazione collettiva*, Milano, 2009, 251 ss.

⁽³⁸⁾ *Rule 3.1(2)(m) CPR*.

⁽³⁹⁾ B. WATERS, *Alternative Dispute Resolution and Civil Justice*, cit., 20.

di ADR conciliative, hanno aperto la strada al superamento di *Halsey* ⁽⁴⁰⁾.

5. *Un nuovo leading case: Churchill v. Merthyr Tydfil.* – La pronuncia della *Court of Appeal (Civil Division)* del 29 novembre 2023 trova origine in un’azione a tutela del possesso esperita da Mr. Churchill contro il Comune di Merthyr Tydfil in Galles. Nell’ottobre 2020, Churchill lamentava che il Comune non avesse svolto adeguata manutenzione su un terreno confinante con il proprio, dove era proliferata da anni una pianta velenosa. Dopo una prima interlocuzione tra le parti, in cui il Comune invitava il cittadino a utilizzare la procedura di risoluzione interna dei reclami offerta dall’ente, nel luglio 2021 Churchill adiva la *Country Court* di Cardiff.

Il Comune, costituitosi nel giudizio, chiedeva la sospensione del processo (*stay application*) per permettere alle parti di svolgere la procedura di ADR. L’istanza veniva rigettata dal giudice distrettuale, il quale, con *reserved judgement*, si richiamava al principio fissato in *Halsey* e statuiva che la sospensione del processo avrebbe leso ingiustificatamente il diritto di accesso alla corte della parte – Mr. Churchill – non intenzionata ad addivenire ad una soluzione consensuale della lite. Pur negata la sospensione del processo, la Corte di primo grado riteneva che il rifiuto opposto da Churchill all’avvio della procedura di ADR fosse contrario «allo spirito e al dettato del *pre-action protocol* applicabile» ⁽⁴¹⁾.

Nell’agosto 2022, il Comune gallese, soccombente nel *reserved judgement* sulla questione processuale della sospensione del processo, otteneva dalla *County Court* di Cardiff l’autorizzazione a impugnare la decisione, secondo il sistema del *permission to ap-*

⁽⁴⁰⁾ La pronuncia ha avuto immediata risonanza nella giurisprudenza ed è stata ripresa in *Telecom Centre v. Thomas Sanderson Ltd* [2020] EWHC 368 (QB) e *McParland v. Whitehead* [2020] EWHC 298 (Ch).

⁽⁴¹⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., par. 3.

peal ⁽⁴²⁾. La decisione sul merito della questione in primo grado veniva, pertanto, sospesa nelle more dell'appello. Tuttavia, applicando la *Rule* 52.23(1) CPR, il giudice rilevava che il tema dell'invio delle parti in ADR a lite pendente, connesso all'interpretazione di *Halsey*, integrava «*an important point of principle or practice*» e deferiva quindi la decisione all'organo di vertice della giustizia civile britannica, la *Court of Appeal* di Londra ⁽⁴³⁾.

Il commento alla decisione di secondo grado richiede una previa precisazione sulla disciplina procedurale innanzi alla *Court of Appeal*. Questa ammette, infatti, la possibilità di intervento nel procedimento di soggetti terzi, che rimangono estranei al processo ma che sono legittimati a fornire alla corte informazioni utili alla decisione del caso e non in possesso delle parti in causa ⁽⁴⁴⁾.

Ebbene, nel caso di specie la Corte ha ammesso l'intervento di associazioni rappresentative dell'avvocatura, come la *Law Society* e il *Bar Council*, la *Housing Law Practitioners' Association* e la

⁽⁴²⁾ G. DREWRY, L. BLOM-COOPER, C. BLAKE, *The Court of Appeal*, Londra, 2007, 69 ss.; N. ANDREWS, *Restriction on Appeals in English Law*, in A. UZELAC, C.H. VAN RHEE (eds.), *Nobody's Perfect: Comparative Essays on Appeals and Other Means of Recourse Against Judicial Decisions in Civil Matters*, Cambridge, 2014, 73 ss.; G. CARMELLINO, *La permission to appeal nel diritto inglese*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1462 ss.; S. DALLA BONTÀ, *Contributo allo studio del filtro in appello*, Trento, 2015, 17 ss. <iris.univr.it/handle/11572/111715> (31.07.2024); P. ORTOLANI, *L'appello nel diritto inglese*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il nuovo appello civile*, 2017, Bologna, 269 ss., prec. 280-3; S. DALLA BONTÀ, *Limiti e filtri nei mezzi di impugnazione. I. Sull'accesso al giudizio di seconda istanza*, in *Giust. proc. civ.*, 2017, 137 ss., prec. 159 ss.

⁽⁴³⁾ Nel caso di specie si è attuata una deroga alla competenza gerarchica tra le corti britanniche: sulla pronuncia del giudice distrettuale della *County Court* di Cardiff, infatti, avrebbe dovuto fungere da giudice di seconda istanza un *circuit judge* dello stesso ufficio. La dottrina identifica questi casi come *leapfrog appeals*: cfr. J. SORABJI, *The Supreme Court of the United Kingdom and the Court of Appeal in England and Wales: Sharing the Appellate Load*, in P. BRAVO-HURTADO, C.H. VAN RHEE (eds.), *Supreme Courts Under Pressure: Controlling Caseload in the Administration of Civil Justice*, Cham, 2021, 155 ss., prec. 168.

⁽⁴⁴⁾ Sull'intervento in appello nel diritto inglese si rinvia alla bibliografia citata alla nota 42.

Social Housing Law Association, nonché alcuni dei principali enti di mediazione inglesi, come il *Civil Mediation Council*, il *Centre for Effective Dispute Resolution* e il *Chartered Institute of Arbitrators*. In particolare, i tre organismi hanno dispiegato un intervento congiunto, volto a sottolineare, da un lato, l'impatto negativo del caso *Halsey* sullo sviluppo della mediazione in Inghilterra e Galles e, dall'altro, le successive tendenze della giurisprudenza inglese a erodere l'ambito applicativo della decisione. La scelta operata dalla Corte riguardo agli interventi, unita alla trasmissione in *streaming* delle udienze di discussione, ha permesso al contraddittorio processuale di diventare qualcosa di più che un'occasione di confronto tra i soggetti interessati ⁽⁴⁵⁾. Il caso, infatti, ha alimentato il dibattito pubblico su un tema, quello della valorizzazione dei meccanismi di risoluzione consensuale delle liti, che per tradursi in realtà sollecita senz'altro un'adesione da parte della società nel suo insieme ⁽⁴⁶⁾.

6. (segue) *La 'riabilitazione' del potere del giudice di sospensione del processo per pendenza di una procedura ADR: il distinguishing rispetto a Halsey.* – Le motivazioni della sentenza *Churchill v. Merthyr Tydfil* si aprono con una sintetica ricognizione degli obblighi pre-processuali imposti alle parti dalla *Practice Direction on Pre-Action Conduct and Protocols*, nella versione aggiornata al 2021.

Richiamato il generale obbligo per le parti di considerare le procedure ADR per la soluzione della lite, la sentenza affronta la

⁽⁴⁵⁾ Le udienze di trattazione tenutesi dall'8 al 10 novembre 2023 e trasmesse in *streaming* hanno ottenuto oltre un migliaio di visualizzazioni: cfr. R. ROTHWELL, *Compulsive Viewing – All Eyes on Churchill*, in *Law Society Gazette*, 2023, 12.

⁽⁴⁶⁾ Sulla necessità di un'innovazione culturale nell'approccio al conflitto da parte della società nel suo complesso – pur nel diverso contesto della società italiana – si veda per tutti P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss., prec. 27; M.F. GHIRGA, *Cultura della Mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 ss., prec. 51-4.

questione dell'applicazione di quanto stabilito dal caso *Halsey* alla fattispecie concreta, operata dal giudice di primo grado. A riguardo, la Corte d'Appello afferma che i paragrafi 9 e 10 della sentenza *Halsey*, relativi alla possibile lesione del diritto di accesso alle corti derivante dall'invio giudiziale delle parti ad una procedura ADR, non possono qualificarsi come parte della *ratio decidendi* della sentenza ⁽⁴⁷⁾. Quest'ultima, infatti, inerisce al profilo relativo al riparto delle spese processuali e contiene diversi passaggi sull'importanza delle ADR nell'ordinamento inglese.

Churchill v. Merthyr Tydfil procede al c.d. *distinguishing* e relega a meri *obiter dicta* le affermazioni del Lord Justice Dyson in tema di ADR che hanno negativamente permeato quasi due decenni di giurisprudenza inglese ⁽⁴⁸⁾. La Corte ne conclude, quindi,

⁽⁴⁷⁾ Si rinvia qui agli insegnamenti di V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale. Testo e materiali per un confronto civil law common law*, Torino, 2024, 304 ss. Nella dottrina del precedente inglese, come noto, non è l'intera decisione ad assumere carattere vincolante per la giurisprudenza successiva ma solo la *ratio decidendi*, ossia la regola giuridica legata ai fatti ma suscettibile di essere generalizzata sotto forma di proposizione giuridica. Il giudice successivo nel determinare la *ratio decidendi* può operare delle distinzioni in considerazione degli elementi di fatto del nuovo caso (*distinguishing*). L'*obiter dictum* è ciò che non rientra nella *ratio* del caso: è il commento offerto dal giudice in occasione della decisione che non risulta necessario per derimere la controversia. In argomento v. anche W. TWINING, *Il precedente nel diritto inglese: una demistificazione*, in G. VISINTINI (a cura di), *La giurisprudenza per massime e il valore del precedente: con particolare riguardo alla responsabilità civile*, Padova, 1988, 33 ss.; M. SERIO, *La rilevanza del fatto nella struttura del precedente giudiziario inglese*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, Napoli, 2014, 91 ss.

⁽⁴⁸⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., par. 19-21: «19. In my view, in considering Dyson LJ's full reasoning, it is even clearer that his ruling on whether the court had power to order the parties to mediate was not expressly or impliedly a necessary step in reaching the conclusions on the costs questions decided in the two cases. The costs questions were, as I have said, as to how the court decided whether a refusal to mediate was unreasonable. The factors identified by the court as relevant to that question were relevant whether or not the court had power to require the parties to mediate. 20. Accordingly, I have reached the clear conclusion that [9]-[10] of the judgment in *Halsey* was not a necessary part of the reasoning that led to the decision in that case (so was not part of the *ratio decidendi* and was an *obiter*

che il giudice di primo grado abbia emesso una pronuncia parzialmente erronea nella misura in cui si è ritenuto vincolato al precedente di *Halsey* e ha, per questo, negato la sospensione del processo onde permettere lo svolgimento della procedura di ADR. Utilizzando uno degli strumenti interpretativi più raffinati e anche sfuggenti della *common law* inglese ⁽⁴⁹⁾, la *Court of Appeal* ha così limitato per il futuro la portata applicativa di *Halsey* alle sole indicazioni da questa offerte sulla valutazione della ragionevolezza del rifiuto a partecipare all'ADR ai fini della determinazione giudiziale dell'allocazione delle spese processuali.

Nel contempo, *Churchill v. Merthyr Tydfil* riafferma con nettezza il potere dei giudici inglesi di sospendere il processo per permettere alle parti di intraprendere un tentativo di risoluzione stragiudiziale della disputa, nell'ambito del più ampio potere attribuito al giudice di «*control of its own process*». Se la Corte d'Appello riconosce, infatti, che nell'esercizio discrezionale di tale potere il giudice può dare rilievo all'opposizione di una delle parti alla sospensione del processo, siffatta contestazione non limita il potere giudiziale di disporre la sospensione né permette di dubitare della sua esistenza ⁽⁵⁰⁾.

Oggetto di valutazione del giudice in sede di decisione sulla sospensione sarà anche il tipo di procedura di ADR che viene in gioco. La Corte non ritiene possibile, tuttavia, individuare in astratto delle procedure inidonee a dar luogo alla sospensione del processo, dal momento che, in linea di principio, questa può intervenire per qualsiasi forma di ADR e financo per trattative informali tra le parti ⁽⁵¹⁾. Nel caso di specie, infatti, il Comune ave-

dictum). 21. *As a matter of law, therefore, the judge was not bound by what Dyson LJ had said in those paragraphs*».

⁽⁴⁹⁾ La distinzione tra *obiter dictum* e *ratio decidendi* può essere particolarmente complessa a causa dello stile letterario delle sentenze inglesi: v. V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, cit., 308.

⁽⁵⁰⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., parr. 51 e 52.

⁽⁵¹⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., par. 64: «*The court can stay proceedings for negotiation between the parties, mediation, early neutral evaluation or any oth-*

va proposto a Mr. Churchill di avviare una procedura di risoluzione dei reclami gestita dallo stesso ente pubblico, dove le parti non sono rappresentate da difensori e non è previsto il rimborso delle spese sostenute. La *Court of Appeal* si astiene dall'affrontare la questione – che liquida come meramente «*academic*» – relativa alla definizione di tale procedura come di ADR o meno ⁽⁵²⁾.

In un passaggio chiave della pronuncia, la Corte formula invece dei principi cardine per l'esercizio del potere di sospensione, il cui impiego «non deve ledere l'essenza del diritto dell'attore a ottenere un'udienza dinnanzi ad un giudice e deve essere proporzionale al raggiungimento del legittimo obiettivo di risolvere la controversia in maniera equa, rapida e con costi ragionevoli» ⁽⁵³⁾. Il Collegio ritiene di non poter offrire dettagli ulteriori per guidare la giurisprudenza futura nell'attuazione di questi principi, né attraverso *checklist* né tramite tabelle. La sentenza si limita sul punto ad affermare che, alla luce delle circostanze dei casi concreti sottoposti a giudizio, le corti saranno perfettamente in grado di svolgere questa valutazione ⁽⁵⁴⁾.

7. *I nuovi orizzonti: il potenziamento del judicial case management nella promozione delle procedure di ADR.* – A leggere le reazioni degli operatori del settore al caso *Churchill v. Merthyr Tydfil*, tale pronuncia segnerà un importante rilancio delle ADR

er process that has a prospect of allowing the parties to resolve their dispute. The merits and demerits of the process suggested will need to be considered by the court in each case».

⁽⁵²⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., par. 64.

⁽⁵³⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., par. 65.

⁽⁵⁴⁾ *Churchill v. Merthyr Tydfil*, cit., par. 66: «*I do not believe that the court can or should lay down fixed principles as to what will be relevant to determining those questions. (...) It would be undesirable to provide a checklist or a score sheet for judges to operate. They will be well qualified to decide whether a particular process is or is not likely or appropriate for the purpose of achieving the important objective of bringing about a fair, speedy and cost-effective solution to the dispute and the proceedings, in accordance with the overriding objective*».

nel diritto inglese, e in particolare porterà ad un rafforzamento della *court-mandated mediation* ⁽⁵⁵⁾. Questo nuovo *leading case* potrebbe, infatti, aprire a un atteggiamento più propulsivo della mediazione da parte delle corti inglesi, dal momento che esse potranno con minor esitazione disporre la sospensione del processo quando, alla luce delle valutazioni delle circostanze del caso concreto, l'impiego della procedura di ADR appaia opportuno.

In questa direzione sospinge, d'altro canto, anche una recente riforma del diritto positivo interno. Dal 22 maggio 2024, infatti, è divenuto operativo, su impulso del Ministero di Giustizia, il progetto pilota *Small claim track automatic referral to mediation* ⁽⁵⁶⁾, grazie al quale, su tutto il territorio di Inghilterra e Galles, le cause civili relative al pagamento di somme di valore inferiore a 10.000,00 £ saranno sottoposte obbligatoriamente a un tentativo di mediazione pre-processuale. Dopo il deposito degli atti introduttivi del giudizio e la compilazione del *direction questionnaire* ⁽⁵⁷⁾, i procedimenti verranno automaticamente indirizzati ad una mediazione gratuita offerta dal servizio di mediazione per le cause di modesta entità attivo presso *His Majesty's Courts & Tribunals*. Le parti che non partecipano alla procedura rischieranno

⁽⁵⁵⁾ Per un primo commento v. R. JOHNSON, *Dispute Resolution: Judgment in Churchill Finds in Favour of Court-Mandated ADR*, in *IBA Global Insight*, 2024, 8; B. CLARK, Z. KIZILYUREK, *Mediation: Time to Fly?*, in *New Law Journal*, 2024, 19.

⁽⁵⁶⁾ La misura ha avuto attuazione attraverso la *Practice Direction 51ZE*, consultabile presso: <<https://www.justice.gov.uk/documents/cpr-166-pd-update.pdf>> (31.07.2024). L'operatività del progetto pilota è, per ora, limitata fino al 21 maggio 2026.

⁽⁵⁷⁾ Gli *allocation questionnaire*, rinominati anche *direction questionnaire* per le cause di valore contenuto, sono dei formulari che le parti devono far pervenire compilati alla corte adita dopo lo scambio degli atti introduttivi. Essi contengono informazioni utili alla corte per verificare gli spazi di apertura negoziale di ciascuna parte e l'adempimento dei doveri stabiliti dai protocolli pre-processuali. Inoltre, essi permettono di stabilire il valore della causa, verificare la necessità di assumere consulenze tecniche e valutare l'opportunità di indirizzare il giudizio verso procedure accelerate, qualora ne sussistano i requisiti. Così, A. ZUCKERMAN, *Civil Procedure*, cit., 423 ss.

il rigetto della domanda o l'applicazione di sanzioni in sede di liquidazione delle spese processuali.

Per altro verso, inoltre, il *Civil Procedure Rules Committee* ha di recente aperto le consultazioni, ancora in corso, per l'emendamento delle CPR in linea con le determinazioni espresse nella decisione *Churchill v. Merthyr Tydfyl* ⁽⁵⁸⁾. In particolare, le proposte di riforma mirano a una riformulazione delle CPR tale da rendere esplicito che il potere di *case management* attribuito al giudice può declinarsi nella facoltà di «*order the parties to participate in alternative dispute resolution*».

Sul fronte internazionale, invece, il Regno Unito si conferma in prima linea nella diffusione delle ADR quale strumento di soluzione delle controversie transfrontaliere, come dimostrato dalla firma della *UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation* (c.d. *Singapore Convention on Mediation*) in data 3 maggio 2023 ⁽⁵⁹⁾. Il dibattito interno precedente all'atto di firma si è incentrato, non a caso, sul ruolo del Regno Unito come *hub* mondiale per le ADR e sull'importanza di mantenere questo primato anche rispetto ai nuovi strumenti emergenti, quali la mediazione e le altre vie di risoluzione non aggiudicativa dei conflitti ⁽⁶⁰⁾.

Il quadro descritto sembra così schiudere a un nuovo approccio dell'ordinamento inglese al rapporto tra processo e procedure

⁽⁵⁸⁾ Il testo delle proposte di modifica alle CPR è consultabile presso <<https://www.gov.uk/government/organisations/civil-procedure-rules-committee/about#alternative-dispute-resolution-consultation>> (31.07.2024), su cui R. ROTHWELL, 'Moving the dial' on mediation, in *Law Society Gazette*, 2024, 8.

⁽⁵⁹⁾ Adottata in data 20 dicembre 2018 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, su cui v., per tutti, N. ALEXANDER, S. CHONG, *The Singapore Convention on Mediation: A Commentary*, Alphen aan den Rijn, 2019, *passim*; C.M. MARIOTTINI, *The Singapore Convention on International Mediated Settlement Agreements: A New Status for Party Autonomy in the Non-Adjudicative Process*, in questa *Rivista*, 2021, 347 ss.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. le consultazioni pubbliche avviate nel 2022 dal Ministero della Giustizia e consultabili presso: <<https://consult.justice.gov.uk/>> (31.07.2024).

di ADR. Ancorché, infatti, sia prematuro ipotizzare quale corso seguirà la giurisprudenza dopo tali, pur significativi, interventi, non v'è dubbio che essi incoraggino i giudici inglesi a una ponderata apertura, quando opportuno alla luce del caso concreto, all'invio delle parti in mediazione lite pendente, nella piena consapevolezza dei vantaggi che la via consensuale può assicurare alle parti nella soluzione della loro lite.

Abstract

Il contributo affronta, dalla prospettiva dell'ordinamento inglese, una tra le questioni che segna il rapporto tra processo civile e meccanismi consensuali di soluzione della controversia: l'ordine giudiziale alle parti di ricorrere, lite pendente, ad una procedura di ADR. Muovendo da un'indagine della giurisprudenza sul punto, a partire dal *landmark case* del 2004 *Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust* e dal suo impatto sulle decisioni successive nel quadro disegnato dalle *Civil Procedure Rules*, l'a. restituisce e commenta la recente pronuncia della *Court of Appeal* di Londra *Churchill v. Merthyr Tydfil*, che supera i limiti al ricorso alle ADR lite pendente fissati dalla precedente *case law* e apre ad una valorizzazione de ricorso agli strumenti consensuali anche in corso di causa, a favore di un miglior coordinamento tra processo e ADR.

This case commentary explores the relationship between civil litigation and ADR in the United Kingdom, focusing on the evolution of court-ordered ADR. The discussion begins with an examination of the landmark decision Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust and its impact on subsequent common law, particularly in shaping judicial attitudes towards ADR. The analysis then delves into the development of court-mandated mediation post-2004, highlighting significant changes and trends. Finally, a detailed review of the 2023 judgement Churchill v. Merthyr Tydfil exemplifies the new direc-

tion in ADR practices in England and Wales, indicating a shift in judicial perspectives and procedural approaches.

FINDING THE INTERSECTION OF SELF-INTERESTS

ONE JUDGE'S MEDIATION OBJECTIVE, APPROACHES USING SCIENCE AND ART, AND MODALITY FOR SETTTLING CIVIL LAWSUITS

Tony N. Leung ()*

TABLE OF CONTENTS: I. INTRODUCTION: MEDIATION IS THE NAME OF THE GAME. – II. INTERSECTION OF SELF-INTERESTS. FINDING IT IS THE OBJECTIVE OF THE GAME. – A. Approaches to Attain the Objective. – 1. *Formal Science and the Position-Based Approach to Negotiations*. – 2. *Art and the Interest-Based Approach to Negotiations*. – 3. *Cultural Competence*. – B. Combining Formal Science and Art to Find the Intersection of Self-Interests. – III. MODALITY FOR SETTTLING CIVIL LAWSUITS. – A. Timing: Balance between Attorneys' Fees and Information. – B. Participants. – C. Preparation: Knowledge Is Power. – 1. *Learn about the Parties*. – 2. *Analyze the Facts and Law*. – 3. *Mock Trials*. – 4. *Insurance*. – 5. *Prepare a Range*. – D. Manner of Conducting the Settlement Conference. – 1. *In-Person or Virtual*

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 131-167. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) The author is a United States Magistrate Judge, District of Minnesota. United States magistrate judges may try civil cases to a jury or the court with the parties' consent. The author now generally will not try a case that he has mediated because the general practice in the District of Minnesota is not to have the same judge both mediate and try the same case. There is, however, no statute or rule that would prohibit the same judge from both mediating and trying the same case. Previous to joining the federal bench, the author was for nearly 17 years a general jurisdiction trial judge in the State of Minnesota, where he would routinely mediate a case in one week and, if the mediation were unsuccessful, try the case the following week.

The author thanks Benard D. Kaiser III for checking citations, proof reading, and suggesting edits. Mr. Kaiser was an intern with the author during the summer of 2024 and a *juris doctor* candidate at Loyola University Chicago Law School. He has a Bachelor of Arts from the University of Wisconsin Madison.

Platform. – 2. *Location of In-Person Mediations.* – 3. *Starting the Settlement Conference.* – 4. *Shuttle Diplomacy.* – E. *The Pep Talk. Yes, We Can.* – F. *Meeting the Parties and Utilizing the Essential Skills of Successful Mediators.* – 1. *Listening, Observing, Rapport, and Empathy.* – 2. *Trust, Fairness, Respect, and Authority.* – 3. *Flexibility and Creativity.* – G. *Closing the Deal.* – 1. *The Dance from Room to Room.* – 2. *Ways to Break Impasse.* – 3. *Mediator's Proposal.* – 4. *Memorializing Material Terms.* – 5. *Unique Circumstances and Considerations in Settlements.* – a. *1983 Civil Rights Cases.* – b. *Class Action Settlements.* – H. *No Deal, No Problem.* – IV. CONCLUDING THOUGHTS.

I. INTRODUCTION: MEDIATION IS THE NAME OF THE GAME

American civil cases are practically never resolved in dramatic trials with so-called smoking gun moments where the jury or judge suddenly realizes the ineluctable truth of which party must win and which party must lose. Those smoking gun moments and climactic confessions are saved for entertainment such as in the vintage American television show *Perry Mason* ⁽¹⁾ or movies with unexpected outbursts such as when the Jack Nicholson character in *A Few Good Men*, provoked by Tom Cruise's character, explodes: 'You can't handle the truth.' ⁽²⁾ Anticlimactically, the closest to a smoking gun moment in real litigation might be an email, text, or social media post found during laborious discovery, well before trial, that leads to a speedy negotiated resolution well before trial..

Instead of dramatic trials, American civil litigation ends overwhelmingly through alternative dispute resolution ('ADR'), although some cases are finalized by a dispositive ruling. A review of civil cases filed in all 94 United States federal district courts in

⁽¹⁾ *Perry Mason* (CBS Television, 1957-1966).

⁽²⁾ *A Few Good Men* (Columbia Pictures 1992).

each of 2018 through 2023 shows that less than 1% of civil cases filed ended in a jury verdict or court trial decision. ⁽³⁾ ⁽⁴⁾

	Years Ending December 31	# Civil Cases	# Civil Trials - Jury Verdict	# Civil Trials - Judge Decision	% of Total Civil Cases Resulting in Jury Verdict or Court Trial Decision
Nationally	2018	278,721	1,417	630	0.73%
	2019	296,691	1,348	612	0.66%
	2020 ¹	495,086	422	393	0.16%
	2021	327,863	1,035	588	0.50%
	2022	265,615	1,319	578	0.71%
	2023	360,793	1,217	532	0.48%
	Total	2,024,769	6,758	3,333	0.50%
District of Minnesota	2018	3,475	12	4	0.46%
	2019	3,141	8	4	0.38%
	2020	2,686	0	2	0.07%
	2021 ²	8,032	7	6	0.16%
	2022	3,205	10	3	0.41%
	2023	3,901	13	4	0.44%
	Total	24,440	50	23	0.30%

In other words, 99+ % of civil cases in the United States end via some form of ADR or by dispositive motions, such as motions to dismiss under Rule 12 or motions for summary judgment under Rule 56 of the Federal Rules of Civil Procedure. ⁽⁵⁾ Mediation is

⁽³⁾ The same is true for the District of Minnesota, where the author sits.

⁽⁴⁾ Table T-4: U.S. District Courts, *Civil and Criminal Trials Resulting in Verdicts or Judgments*, by District; Table C-1: U.S. District Courts, *Civil Cases Commenced, Terminated, and Pending*, <<https://www.uscourts.gov/statistics-reports/caseload-statistics-data-tables>> (last visited July 31, 2024). This information is found in periodic quarters.

⁽⁵⁾ Certainly, dispositive motions conclude many civil lawsuits, especially in federal court where the well-pleaded factual and plausibility requirements of *Ashcroft v. Iqbal*, 556 U.S. 662 (2009) and *Bell Atlantic v. Twombly*, 550 U.S. 544 (2007), and the number of *pro se* and prisoner civil rights claims, result in meaningful numbers of cases that are ended dispositively. In non-prisoner and

becoming an increasingly popular form of ADR given the complaints of high arbitration attorneys' fees and costs that sometimes approximate those of traditional litigation. Moreover, some categories of litigants, such as consumers and employees, are concerned that arbitration generally leads to lower damage awards.

Mediation is the name of the game for many, if not the majority of the 99+ % of cases not resolved by dispositive motion.⁽⁶⁾ To maximize the probability of settling a case, a mediator must focus on the objective of mediation, understand the main approaches using science and art to resolve conflicts, and utilize the modality of settlement.

II. INTERSECTION OF SELF-INTERESTS. FINDING IT IS THE OBJECTIVE OF THE GAME

A. Approaches to Attain the Objective

1. Formal Science and the Position-Based Approach to Negotiations.

– Successful mediators are familiar with the formal science and art that underlie two fundamental approaches to effective mediations – position-based and interest-based negotiations. The formal science behind the successful resolution of conflicts is mathematical, more position based. It can be daunting for anyone who has chosen the

non-*pro se* civil cases, however, mediation has been the overwhelming ADR format of choice among practitioners who have appeared before the author over a 30-year period.

⁽⁶⁾ The author was unable to obtain the exact statistics as to how many cases were disposed of by dispositive motions from 2018 through 2023. The purpose of this paper, however, is not to prove statistically the precise breakdown of cases decided by dispositive motions versus mediation, nor the number of ADR cases mediated rather than arbitrated or resolved using other forms of ADR, such as early neutral evaluation that rarely resolve all issues, or summary jury trials that are even less commonly used to dispose of cases. This paper focuses on how to conduct mediations to resolve civil lawsuits in America.

path of a legal career instead of a career in the formal sciences. Mediators, however, should know the basics of mathematical game theory to understand how rational players strategize and interact in certain contexts. For the high achiever, work through the concept of the Nash Equilibrium, popularized by the biographical Hollywood movie, ‘A Beautiful Mind,’ about Nobel Laureate John Nash. ⁽⁷⁾

Game theory, for the limited purpose of this article, fits within the traditional school of negotiations. The traditional school of negotiation adopts a style often described as hard bargaining that is position-based and confrontational. This competitive strategy with its adversarial nature, often leads to a distributive solution. ⁽⁸⁾ The traditional approach, however, based on position and hardball tactics, can make reaching later reconciliation much more difficult, especially if there is no final agreement at the settlement conference. The mediator’s role in this approach is sometimes relegated to that of a mixed-martial-arts referee rather than a dignified third-party neutral.

Negotiators can use traditional pen and paper or, for more formal science-oriented mediators, certain software tools to track the parties’ moves during a settlement conference. This type of software can assist negotiators in tracking and anticipating the parties’ midpoints and moves during negotiations. With the development of generative artificial intelligence and predictive models, the possibilities of computer-driven negotiations are becoming a reality. Unless human beings abdicate the role of final decision-maker and eliminate greed, anger, bias, and emotions, however, it is unlikely that computers and software, and AI can eradicate the need to know the art involved in successful mediation.

⁽⁷⁾ *A Beautiful Mind* (Universal Pictures and DreamWorks Pictures 2001); see A.K. DIXIT & B.J. NALEBUFF, *The Art of Strategy*, Illustrated Edition, W.W. Norton Company, 2010.

⁽⁸⁾ L.L. RISKIN & J.E. WESTBROOK, *Resolution and Lawyers*, abridged 2^d ed., West Group, 1998, 77-80.

2. *Art and the Interest-Based Approach to Negotiations.* – Humans are not completely rational and are affected by psychology, emotions, and frailties of greed, envy, pride, and anger. Effective mediators must understand the dynamic interplay of rapport, empathy, listening, trust, fairness, respect, and authority in successful settlements. Mastering this dynamic interplay is the art of mediation and lends itself well to the interest-based school of negotiation, ⁽⁹⁾ sometimes referred to as principled negotiation. ⁽¹⁰⁾ Participants in interest-based negotiation are principled problem solvers searching efficiently and amicably for a wise outcome. This method negotiates issues on their merits. ⁽¹¹⁾

The interest- or principle-based approach to negotiation must be applied by mediators who desire to be effective. First, an interest-based approach to negotiations allows the mediator to utilize a plethora of well-researched and tried methodologies that maximize the likelihood of successfully settling the parties' disputes. The mediator using this approach can more effectively accommodate the decision makers' panoply of psychological influences, emotions, and human flaws than the position-based or competitive approach. Second, a mediator's role in a settlement conference should primarily resemble that of an informed and empathetic neutral. A mediator must act as a disinterested third party who can help parties find common ground, not impose a settlement. If a mediator takes on too great a role as a position-based negotiator, the mediator risks the perception, correctly or incorrectly, of having pre-judged an issue or being biased. When using principle-based negotiation, it is much easier for a mediator to maintain the

⁽⁹⁾ See R. FISHER, W. URY & B. PATTON, *Getting to Yes*, 2^d ed., Penguin Books, 1991. This is one of the most important works of the interest-based school of mediation.

⁽¹⁰⁾ See R.H. MNOOKIN, S.R. PEPPET & A.S. TULUMELLO, *Beyond Winning*, Belknap Press, 2000; J.K. ROBBENNOLT & J.R. STERNLIGHT, *Psychology for Lawyers*, 2^d ed., American Bar Association, 2021; R.B. CIALDINI, *Influence: Science and Practice*, 5th ed., Pearson/Allyn and Bacon, (2009).

⁽¹¹⁾ FISHER, USRY & PATTON, *supra* note 9, at 10.

position of neutral facilitator rather than an opinionated authoritarian.

3. Cultural Competence. – An increasingly vital competency in attaining the objective of mediation is awareness of culture and bias that is often unconscious. Culture influences what factors move one person more than another. For example, some cultures may traditionally look more to a sense of fairness whereas other cultures defer more to authority when evaluating a proposal from another party. Therefore, conveying the fairness of a deal can be effective in some instances, while direction from the mediator, especially when the neutral is a judge or former judge, can lead to agreement in other circumstances.

Some cultures value someone direct and to the point or who makes eye contact. A person coming from such a tradition may, consciously or unconsciously, use it to guide who is credible by observing whether a person was concise, looked eyes, or leaned forward when speaking to get closer. In contrast, those same mannerisms of speech and body language may be negatively interpreted in some cultures as being disrespectful, insincere, or even an attempt to intimidate. Thus, it is important to understand and factor in the impact that a person's culture may have on how one communicates and responds.

As an example of bias, 'saving face' is sometimes associated only with some Eastern cultures. That misses a broader point. 'Saving face' correlates with respect or pride and is not just an Asian concept. It is human nature. Translating this understanding into mediation means trying to give the other side something to bring back to the family, shareholders, electorate, class members, or other stake holders that conveys the deal was good for that side. A mediator who believes the concept of 'saving face' only applies to Asian parties will miss an important need that all contending parties have.

Preconceived notions cloud factual perception, judgment, and understanding of interests and positions. The cost of cultural bias may be to misread, overestimate or underestimate an opponent, rendering suboptimal negotiated outcomes by skewing the perceived lines of self-interest and where they intersect.

B. Combining Formal Science and Art to Find the Intersection of Self-Interests

A purely principle-based approach to negotiation has at least one fundamental vulnerability. It undervalues the nearly universal human trait that people act in their self-interest. In this sense, expressions based purely on principled interest can be misleading when divining what is the other party's true interest. The most accurate test of where a party's true interest lies is to focus on where a party's self-interest lies. Moreover, a purely principled approach to negotiations misses the practical reality that where conflicts have risen to the level of filing a lawsuit, parties and lawyers are entering an American adversarial system of justice. The adversarial judicial system depends on each side protecting its self-interest with the guidance of counsel. Thus, negotiations in American lawsuits naturally tend to be competitive, or distributive.

Finding the intersection of the parties' respective self-interests to resolve disputes is the objective of mediation. This goal accepts the realities of self-interest and emotions, psychology, and human frailties. Parties in conflict sufficient to incur the high attorneys' fees and costs of filing or defending a lawsuit do not settle or compromise for the good of the realm or some altruistic broader common or principled good. They do so when they see it is to their own advantage. What affects litigants in determining their self-interest is based primarily on money, but their passions also play a role because litigants commonly believe that the other side has broken an agreement, engaged in some wrongdoing that has caused harm, cannot be trusted, or is simply bad to the bone.

Effective mediators seek to reduce the parties' passions, enhance trust, and objectively find solutions where both parties can accept the outcome and move forward with their lives or companies. Effective mediators are well-versed in the formal science and art of mediation and can move insouciantly between interest-based and position-based approaches to negotiations. The solution, however, must meet the self-interests of each party to an acceptable degree based on the facts and applicable law that allocate relative risks and benefits that circumscribe the lawsuit and, ultimately, the trial. The intersection of self-interests satisfies each party to an acceptable degree, but it is not precise as, for example, π , $22/7$, or 3.14159∞ . Human beings are not that exact, nor think mainly along the lines of mathematical theories when resolving conflicts. If the mediator finds that the parties are willing to settle within a range that is acceptable to all, sometimes colloquially referred to as 'being in the same ballpark or stadium,' the case should settle at the mediation or some time thereafter within that range or 'ballpark.'

In the United States legal system, the intersection of self-interests almost always translates into monetary relief. There is a contemporary American saying: 'Show me the Benjamins.'⁽¹²⁾ Obtaining agreement on the money, or Benjamins (US\$100 bills), is the keystone that settles lawsuits. This saying is of course an oversimplification. In some cases, such as disputes involving patents or other intellectual property, non-monetary issues often need to be addressed, such as licensing, duration of agreement, territory, exclusivity, and assignability, in addition to royalties, licensing fees, and damages. In cases involving the United States government as a plaintiff, consent decrees are commonly a mandatory part of any settlement. While non-monetary issues sometimes need resolution to end a lawsuit, once there is agreement on the money, or the Benjamins, those other issues tend to resolve.

⁽¹²⁾ US\$100 currency has a picture of Benjamin Franklin.

III. MODALITY FOR SETTling CIVIL LAWSUITS

A. Timing: Balance between Attorneys' Fees and Information

Having become familiar with the different approaches to finding the parties' intersection of self-interests, timing is the first order of business when a mediator decides to conduct a settlement conference. The earlier an effective settlement conference can be set, the better. Attorneys' fees and costs in American civil litigation are atmospherically high. Average hourly attorneys' fees in the United States were approximately US\$300 in 2022.⁽¹³⁾ For specialized work, American attorneys' fees can be several thousand U.S. dollars per hour.⁽¹⁴⁾ Contingency attorneys' fees commonly range from 25% to 40%.⁽¹⁵⁾ The high fees and costs of civil litigation raise the question whether individuals or small and medium-sized companies, much less low income individuals, who are not under a contingency fee arrangement, can realistically afford and realize the aspiration of providing access to equal justice for all. If the parties settle early, they can save significant legal fees and costs from conducting painstaking discovery, obtaining medical records and independent medical examinations, hiring experts, conducting expert discovery, drafting and filing non-dispositive and dispositive motions, and preparing for trial.

For a judicial mediator, consideration of when a settlement conference should occur starts at the pretrial scheduling conference. Fed. R. Civ. P. Rule 16. For any mediator, the settlement conference can occur as soon as the attorneys, parties, and all stakeholders have enough information to assess the risks and strengths of their respective positions. In some unique cases, such as those involving small damage exposure, a short and informal

⁽¹³⁾ See C. BIEBER, *How Much Do Lawyers Cost? 2024 Guide*, (last visited May 26, 2024). <<https://www.forbes.com/advisor/legal/how-much-lawyers-cost/>>.

⁽¹⁴⁾ *Id.*

⁽¹⁵⁾ *Id.*

mediation at the Rule 16 conference can sometimes resolve the case. While an early settlement conference can be ideal, all parties must possess the key facts and know what key facts are in dispute before a mediation might realistically succeed. Be aware! A badly failed early mediation can entrench parties with artificial floors or ceilings, move litigants farther apart, and diminish the mediator's credibility in the eyes of both litigants and lawyers.

Often, an effective mediation can occur shortly after initial exchanges of interrogatories, minimum discovery, and a few key depositions. This timing balances the benefits of early settlement with the need to incur some costs to acquire sufficient factual and legal information for the parties, attorneys, and the mediator to make informed assessments. Other fertile times to mediate are after fact discovery is completed and before expert reports are due, just before expert depositions, or before summary judgment. Fees and costs increase with briefing, filing, and arguing dispositive motions, so mediating before incurring those expenses may permit allocating those savings toward settlement.

Another ideal time to resolve a case is after summary judgment and before trial. At this point, the parties are best positioned to evaluate their factual and legal strengths, weaknesses, and self-interests. In addition to saving fees and costs for trial preparation, if the parties settle, they can have a voice in determining their own fate and avoid the innumerable uncertainties attendant in virtually any trial. Thus, a properly conducted settlement conference should be a valuable tool for case resolution, especially when a firm trial date looms. Settlements, however, can even occur after a jury verdict or court decision, before appeal, or even when appeal is pending. In short, mediators and attorneys should always consider that now may be the best time to close a deal.

In each case, start by asking the parties' thoughts about realistic timing for an effective mediation. The mediator should also independently assess the timing question because sometimes attorneys and parties can be overly optimistic or pessimistic about

the prospects of settlement. Obtaining periodic confidential case status letters from the parties can also inform the negotiator of when mediation might be productive. The letters should describe the status of the litigation, the strengths and weaknesses of the case from each parties' perspective, the parties' attempts at settlement, and the parties' last demands and offers.

As soon as a realistic probability of settlement can occur, the court or mediator should issue an order or notice setting a firm date and start time for a settlement conference. The longer the prior notice of the settlement conference date, the harder it will be for any interested party to claim a scheduling conflict and the need to reschedule. All ordered to attend the settlement conference must participate the entire day and into the evening and night, if necessary.

B. Participants

After scheduling the settlement conference, the next key step is determining who must participate to have a realistic chance at settlement. Counsel, including *pro hac vice* counsel, who will try the case must attend. Local counsel need not be present but should be available by video or phone the entire duration of the settlement conference. Suppose a general counsel or in-house counsel is designated to represent a non-governmental or non-law practice entity at the settlement conference. In that case, such counsel ideally should be accompanied by a representative whose primary duties do not entail practicing law on behalf of the party and who has full authority to make a final decision.

Each party to the lawsuit armed with full authority to settle must attend. Each party must attend through a person who has the power to change that party's settlement posture during the entire negotiating session. This requirement is not satisfied if the party representative has a limit, or 'cap' on his or her authority. If individuals are parties to the case, they must be present unless

expressly excused in advance by the court or mediator. If a corporation or other legal entity is a party, a duly authorized officer or managing agent of that party shall be present along with counsel. If any party has insurance, a representative of the insurer with full authority to make a final decision and pay the policy limit must also attend.

A unique problem arises in disputes involving potentially enormous damages, such as in anti-trust, mass tort classes, and patent cases, where there are litigation investors. They are not technically parties to the lawsuit, and an issue arises in compelling litigation investors to attend the settlement conference. At the same time, these investors have a substantial stake in the litigation, control the money, and may well have the final say or veto power over any potential settlement. In this sense, the party attending the settlement conference with litigation investors watching in the background cannot be said to have full authority to decide whether to settle or to change its bargaining position during the negotiations. These litigation investors should be strongly encouraged to attend or, at a minimum, be available via video conference throughout the entire settlement conference. In a court-ordered settlement conference, if such litigation investors fail to attend or be available, the party to the lawsuit funded by such investors may be ordered to show cause why such party should not be sanctioned for not complying with a court order.

Rule 23 class actions also require some unique handling. Fed. R. Civ. P. 23. Class representative(s) must attend during the settlement conference unless advance permission has been secured for the class representative(s) to appear via video conference. If a settlement is reached, the class representative(s) should make a record accepting the deal. Lead counsel should also be part of the record that a settlement has been reached and that it is fair to the defined class.

C. Preparation: Knowledge Is Power

1. Learn about the Parties. – Knowledge is power. Preparation in advance of mediation is the work required to gain knowledge. In the context of civil mediation, start by trying to learn: What are the parties' respective common and adversarial interests? How do they prioritize those interests? Completing this homework in advance of the mediation helps lead to creative solutions.

Who are the individual parties? Where are they from? What is their history? What are their plans for the future? Research legal entity parties for the types of business in which they engage. Study their history, financial condition, strategic plans, anticipated sales or acquisitions, common interests or challenges, other lawsuits or competitors, and recent changes in the C-Suite. Doing homework before a mediation also includes discerning the differences in what the parties know, think, believe, and understand.⁽¹⁶⁾ Mastering these details assists the mediator in earning respect and authority because the parties believe the mediator understands them and their issues. Mediators who learn the answers to these questions before mediation will have time to think of common experiences to connect with the party. Sharing common experiences will convey empathy, create rapport, and help the mediator be likable, an important quality when the time arrives to ask the parties to make their decisions to settle the case, possibly by agreeing to the mediator's number. Search for publicly available information. Simple phone calls to the attorneys are an easy way to learn answers to these questions. A judge acting as a mediator can let all lawyers know in advance that the judge or attorneys may call each other, even *ex parte*, but only if the conversations are limited solely to settlement discussions and not any other topics, such as pending or upcoming motions.

The attorneys should meet and confer about possible case

⁽¹⁶⁾ See generally T. HICKS, *Embodied Conflict*, Routledge, 2018.

resolution before the mediation. Obtain confidential case status letters from the parties about their discussions. These letters, which should not be shared with opposing parties, address the topics as follows:

- a. The parties' respective settlement positions before the meeting;
- b. The parties' respective positions following the meeting;
- c. A concise analysis of each remaining liability issue, with citation to relevant authority;
- d. A reasoned, itemized computation of each element of the alleged damages, with a concise summary of the testimony of each witness who will testify in support of the damage computations;
- e. A reasoned analysis of the strengths and weaknesses of their client's case;
- f. A reasoned analysis justifying their client's last stated settlement position, as well as any additional information believed to be helpful to the process of reaching agreement; and
- g. An estimated statement of attorney's fees and costs needed to (1) complete dispositive motion briefing, if such briefing has not been completed, (2) to complete all necessary discovery (including expert discovery), if such discovery has not been completed, (3) to prepare for trial, and (4) to try the case.

2. *Analyze the Facts and Law.* – The mediator must learn about the relevant facts, applicable law, and how those facts apply to that law. This knowledge will heavily impact the respective parties' risks, strengths, and weaknesses and circumscribe the parameters of possible outcomes. Review the public court docket and read key orders and the case schedule. Look for any other information that may be useful, such as prior attempts at mediation. Obtain from the lawyers, any expert reports or sealed documents containing important relevant information. Look for applicable benchmarks, for example, industry standards, common sources for pricing and

risk allocation, royalty rates, license fees for different industries, etc. By referencing controlling statutes and case law and any applicable generally accepted standards, the mediator will have some ability to create distance between the mediator and the mediator's proposal that may have to be made later to break an impasse. The reason is that the mediator's proposal is based on a third-party benchmark, be it law or commonly accepted industry standards, rather than on the mediator taking one side or the other.

3. *Mock Trials.* – In larger cases, the parties will likely have conducted mock trials. Learn in advance if there have been mock juries and the results. Mock trials are most informative when the opposing position is tried by a litigator at least as skilled and knowledgeable as the litigator who will try the case. Without comparably able and informed advocates, the results of a mock trial can be misleading. Properly held mock trials help assess liability, the range of potential damages, and risk. They also inform parties of what may play well or not before a jury. Mock trials also remind decision makers that the dispute, unless it is settled, will be decided by a jury or judge with all the risks attendant to such decisions, especially in the hands of a lay jury drawn from all walks of life. Query, for example, how well suited is a lay jury for deciding facts relating to source code, genetic mapping techniques for genome sequences, or highly technical patents where both sides have experts with extraordinary credentials who arrive at opposite conclusions. In larger cases, mock trials can provide criteria for the general counsel to change or reinforce the opinions of others in the C-suite.

4. *Insurance.* – Review the insurance available to the parties. The insurance amount is absolutely critical in settling lawsuits in the United States. This amount often shapes the claims and nearly always impacts the settlement amount. What are the limits, coverages, exclusions, and deductibles? What is left of the deductible? If the deductible has been spent, does the insured

litigant still have a right to approve or reject a settlement? Have the insurers issued a reservation of rights letters? Such letters inform the insured that the insurers reserve their rights, including denial of the claim. Are the policies so-called ‘wasting policies?’ These are policies where the attorneys’ fees and costs incurred in defense of the lawsuit decrease the total coverage amount.

In major cases where the exposure could be astronomical and bankrupt a company, insurance is available to cover a verdict exceeding a certain set amount. This type of insurance, however, usually has a cap or maximum limit and large premiums. Insurance against verdicts exceeding a certain amount roughly counter-balances litigation investors and is more prevalent in cases with potentially large payouts. Verdict insurance may also be available to some plaintiffs to insure minimum recoveries before final disposition of a case through exhaustion of appeal, but also require high premiums. The incurred costs of verdict insurance and the targeted returns of litigation investors may create challenges for a mediator as they may skew the cost-benefit analysis of the lawsuit’s merits and the parties’ individual risks. At the same time, litigation investment funds and verdict insurance may also enhance parties’ control of lawsuits rather than cede control to investors or insurers, depending on the terms of the investment and insurance contracts.

The emergence of litigation investment and insurance programs beyond traditional protection against liability and defense fees and costs is a developing brave new world. New worlds bring new uncertainties and questions about the proper role of such developments in a legal system. Do they enhance or endanger the objective of providing equal justice? Are these developments merely a variation of arbitrage where lawsuits and verdicts replace commodities, equities, and currencies? As with generative AI, these developments are here and will need to be examined closely both in theory and practice.

5. Prepare a Range. – A prepared mediator should have a settlement range in mind before the negotiation starts. This range is usually not shared with the parties. If shared, it should be at or near the end of the settlement conference. Ranges are helpful in forcing the mediator to weigh all aspects of a case in advance to arrive at a rational range for settlement.

To determine a range, the mediator must do homework. Reviewing the lawyers' confidential letters and the history of negotiations in the case is an efficient way to develop a range. Often, counsel will have a list of comparable verdicts they share with the mediator upon request. The more the lawyers trust the mediator, the more willingly they share. Research verdicts in other comparable cases. The closer the facts are, the more useful the comparison. Look for which judge rendered the decision or tried the other cases. Start with comparable cases from the same district, then the same federal circuit, and then expand geographically. Consider demographic data of the venire panels where the verdicts were rendered. Some jurisdictions are famous or infamous for their jury awards.

To the extent available, look to settlement amounts of comparable cases. While most civil settlements are confidential, there are situations where the settlement numbers are publicly available, for example, in cases based on 42 U.S.C. §1983, class actions that require judicial approval, and certain lawsuits involving the government or its agencies, to name a few. Insurers have extensive information regarding verdicts and settlements but are usually reticent to share such data. In short, a good mediator will seek guidance from the attorneys' communications and comparable verdicts and settlements when developing a range.

A predeveloped range is a good benchmark for the parties' progress or lack thereof during the negotiations. If progress has slowed or there is a need to inject a new idea to revitalize the negotiations, a range may help achieve that goal. The mediator should, however, try to have the parties propose the range. Only if

there is no good alternative should the mediator suggest its range. A range can also be used when there is an impasse. Ranges provide a broader target for a potential settlement than a bottom-line number. In practice, however, effective mediators also often have a specific predetermined number that serves as a guide to assess the parties' progress during the negotiations and as an aid to choosing the number for a mediator's proposal as a last resort.

D. Manner of Conducting the Settlement Conference

1. In-Person or Virtual Platform. – Having addressed timing, participants, and preparation for effective mediation, the next topic is the manner of conducting the settlement conference. Start by deciding whether this specific negotiation is best suited for a meeting in-person or via a video platform, for example, Zoom. Cases involving particularly strong emotions factor favorably toward conducting the settlement conference in-person. The important elements of empathy, compassion, and rapport are easier to develop when the mediator and litigants are in the same room with counsel. If there is concern that a party or decision maker will not engage seriously or be distracted, an in-person meeting is also necessary. When using a virtual platform, during times when the mediator is not directly engaged, the distracted party or stakeholder may work on other work or activities. This disengagement diminishes the seriousness of the negotiations. Also, a less focused participant is less likely to assist in developing creative ideas to resolve the case. Finally, in-person mediation is preferred in larger disputes, typically measured by the amount of money at stake. By spending a full day and sometimes evening negotiating a resolution, parties are more inclined to consider making the serious decisions needed to resolve larger disputes. Also, having high-level decision-makers take time to travel to the mediation and stay all day will help the opposing parties feel that everyone is taking the negotiations seriously.

Cases involving smaller disputed amounts of money militate against an in-person settlement conference as travel, room, and board cost money. In those cases, every Benjamin counts. The in-person expenses not incurred by using a virtual platform can form a significant part of a smaller settlement. On the other hand, requiring in-person settlement of a small case can increase the chance that the parties will resolve the case themselves before mediation. Virtual platforms are also useful for settlement conferences with short prior notice periods as people's schedules tend to be fuller and less flexible in the short run as opposed to when there is significant lead time. Using a virtual platform is also often preferred in cases involving several parties and stakeholders who must travel internationally to attend a settlement conference. The issue is not only cost and time, but also practicality.

2. Location of In-Person Mediations. – If the mediation is to occur in-person, decide the best location to conduct it. Judge-led mediations usually occur in the courthouse, except that any weekend sessions may be better held in another location. A parties' law firm is a good option for non-judge-led mediation if all sides are comfortable with the location. Look for a law office conveniently located for the parties and easily accessible to the airport, with enough conference rooms for all the groupings of parties, lawyers, and insurance adjusters, and with common amenities such as food, snacks, and drinks. Ensure that the location has access to the internet and mobile phone receptivity, although each legal counsel should bring their own laptops, printers, and other equipment needed to finalize a settlement. In especially sensitive cases, including those with much media coverage, select a discrete location with privacy to avoid raising expectations, speculation as to who is attending and why, interruptions to, during, and after the negotiations, and other distractions. Using a discrete location must be seriously considered in certain high-profile excessive police force cases under 42 U.S. Code §1983.

3. *Starting the Settlement Conference.* – If the mediator is a judge, start in the courtroom to set the proper tone and seriousness of the settlement conference. The courtroom reinforces the authority of and respect for the mediator, factors that may help persuade the parties to listen seriously to the mediator’s perspectives and even accept the mediator’s proposal if needed at the end. For non-judicial mediators, it is still advantageous to start the day in a room large enough for all to attend simultaneously and meet the mediator before going to their different breakout rooms. This initial meeting with all participants can also occur in a virtual settlement conference. Zoom, for example, brings all invitees to a main room. Then the mediator can create breakout rooms for all participant groups, plus one extra side-bar room for any unexpected groupings that may be needed as the negotiations develop during the session.

4. *Shuttle Diplomacy.* – For much of the settlement conference, the mediator engages in shuttle diplomacy between the various rooms, whether in-person or virtually. For a judicial mediator, begin the first few rounds of negotiations by bringing the groupings into chambers. This practice is to reinforce respect and authority. After the first few rounds of negotiations with the different groups meeting in chambers or the mediator’s room, the mediator can walk from room to room instead of having the parties come to the mediator. This change in procedure works because negotiations later in a session commonly become an exchange of numbers or ranges, and it is simply more efficient for the mediator to shuttle from room to room. When a settlement is reached, all parties meet again in the courtroom or in the main room, and all the material terms of the settlement are placed on the record or memorialized in writing and signed by the parties.

E. The Pep Talk. Yes, We Can

At the joint session commencing the settlement conference, when

participants from all sides are together, the mediator should give the 'Yes, We Can' speech. The purpose of the pep talk is to explain the process and convey the sense that a settlement would be normal, and success is attainable that day if the parties heed the mediator's suggestions. Indirectly, the mediator is beginning to set a positive tone and build trust, authority, rapport, and likeability, characteristics essential to an effective negotiator.

Start by informing the parties that less than one out of 100 civil cases filed in United States district courts concludes with a jury verdict or court decision. Explain that most cases settle while some are decided on the papers and arguments that occur just between the judge and attorneys with no input from any party. If less than 1% of civil cases filed in federal court are tried to a jury verdict or court decision, rhetorically ask the parties, 'Is this one of the less than 1% of cases that will be tried?' The overwhelming probability is no. In short, this case will very likely settle, and the only question is when. The earlier the settlement, the better, as that will save the parties attorneys' fees and costs, time, and angst from uncertainty and continuing conflict.

Explain the process. The mediator will go from room to room to speak with all the parties and continue doing so as long as the parties make progress. The mediator usually starts with the party who did not make the last move during pre-settlement conference discussions and asks for a response to the other side's last proposal. The first round of meetings with the parties includes learning about the parties and their viewpoints and takes some time, often 45 minutes to one hour per side. Patience is requested from all participants. As the negotiations progress, the rounds go faster as the discussions focus on numbers that speak for themselves.

Inform the parties that the mediator is the vehicle of communication that goes from room to room. Convey that the mediator is practical and understands that each party will act in its self-interest and that a settlement will be reached when the intersection of self-interests is found.

Encourage candor as that will inform the mediator about the respective parties' interests, which can form the basis for finding solutions to the conflict that have thus far eluded them. The mediator should promise not to share confidences with the other side. Only the message a party wants delivered to the other side will be shared. The parties should believe the mediator's promise of confidentiality but be reassured that it is in the mediator's best self-interest not to share confidences as doing so would hurt her reputation. It would not take long for the legal community to share with each other that this mediator cannot be trusted. That would devastate the mediator's effectiveness in future negotiations.

Finish the pep talk by being positive about the prospects of settling the case today. This need for positivity is especially true when the case is at a point where all the parties and their counsel know the potential witnesses, the applicable law, and their strengths and weaknesses. Implore the parties to keep an open mind, listen to what the other side is saying, and avoid drawing definitive lines that cannot be crossed. Remind the parties that the intersection of self-interests does not mean one number as precise as π . Rather, if the parties' self-interests are in the same universe or colloquially in the same ballpark, they should be able to reach a final agreement. In the end, it will be the parties who finally decide to settle the case, not the lawyers or the mediator. Advise the parties that when a deal is reached, usually neither party is happy and will believe it received too little or paid too much. That, however, should be the expected natural reaction of a good deal that involves give and take from all parties.

F. Meeting the Parties and Utilizing the Essential Skills of Successful Mediators

1. Listening, Observing, Rapport, and Empathy. – Once the mediator has given the pep talk and meets privately with each party, several essential skills should be utilized. A good mediator

listens and observes. Mediators who use these skills develop rapport and empathy with the parties. Listen especially for the parties' interests. Listen for any life or business circumstances unrelated to the legal dispute that may impact a party's incentive or disincentive to settle. Be observant whenever talking to a party. The mediator may learn from a party's body language or expressions. If two or more individuals or representatives form one side of the litigation, listen and look for reactions that may indicate differences in opinion about any issue. Divergent views may open opportunities for the mediator to discover how that side prioritizes its various interests. By allocating time to listen and observe, the mediator will build rapport and empathy and learn information that can later be used to fashion creative solutions to resolve the case or enhance the chance that the party will later accept a mediator's proposal. When initially meeting a party, start with light, informal conversation. Ask the individual party to talk about her history, from cradle to present. What was her year and place of birth? How many siblings? What did her parents do? Where did she grow up and graduate from secondary school? Any post-secondary education? Is she married? Does she have children? What is her job? What does she do for fun? For companies, ask the representative about the companies' history, annual gross revenues, where the company has been and is now, and what its strategic plan is. Company founders and inventors are justifiably proud and happy when people listen to their stories and accomplishments.

The mediator should express understanding of the party's circumstances and viewpoint to show the mediator is listening and to convey empathy. Compliment the party if there is reason to do so. Share the mediator's similar or comparable experiences. Use language that the parties relate to and understand. In some instances, use slang, not always the king's formal English, but always be genuine. Share the mediator's personal story. Do not talk too long. The goal is to hear the parties. By sharing the mediator's personal story, a bond develops. This exchange helps the mediator

become human and likable. Likeability is one of Robert Cialdini's six principles of persuasion.⁽¹⁷⁾ People tend to be more agreeable and willing to work with people they like.⁽¹⁸⁾ Likeability enhances the chance that the party may agree with the mediator's suggestions later in the negotiations.

2. *Trust, Fairness, Respect, and Authority.* – The mediator must remain neutral, or above the fray, for as long as possible to build trust and show fairness. Trust building is the primary thread linking all the elements that comprise the modality for settling civil lawsuits.⁽¹⁹⁾ Preparation and knowledge, the manner of conducting a settlement conference, and use of successful mediators' essential skills all enhance cognitive, emotional, and psychological trust. This is a good reason to explain during the speech at the initial joint session that the mediator will be the vehicle of communication, shuttling messages from one side to the other. In other words, the difficult responses and tough bargaining positions the mediator conveys during the negotiations will not be the mediator's words and views but the other parties.' A party that believes the mediator is trustworthy and fair is more likely to be candid and reveal their interests, hopes, and fears. Again, knowledge is power, and having more information about each party puts the mediator in a unique position to fashion deals that meet the parties' self-interests that they cannot see themselves given their limited insight into what is most important to the other side.

Most people respond well to those they respect or perceive as in positions of authority. The mediator enhances her credibility and ability to settle cases by building respect and indirectly conveying authority. First, the mediator earns the parties' and attorneys' respect by showing knowledge gained from diligent preparation.

⁽¹⁷⁾ See CIALDINI, *supra* note 10, at 142, 172.

⁽¹⁸⁾ *Id.*

⁽¹⁹⁾ See *generally* HICKS, *supra* note 16, at 123.

Having done homework specifically for the negotiation session, the mediator will naturally be able to convey factual details and relevant laws that show she knows the case.

The mediator should share her work experiences with the parties. A sitting or former judge acting as a mediator has an advantage in garnering respect and authority, if nothing else, then by reason of holding a respected title and office. A trial judge serving as a mediator should also share trial experiences. Contemporary American lawsuits are almost never tried to verdict, so few lawyers have jury trial experience, and even fewer have talked to juries after trial. A judge, on the other hand, tries more cases, and most judges invite jurors into chambers after trial to talk about the juror's thoughts about the lawyers and what worked and what did not work with the jury. This is only one of many experiences that provide unique knowledge that a judicial mediator possesses to earn respect and convey authority. The mediator, who is not a judge, can also gain respect and convey authority by sharing some of her notable cases and verdicts to show knowledge of the law and what is needed for success before a jury.

3. Flexibility and Creativity. – A mediator who has learned the position-based and interest-based approaches to negotiations must also understand that settlement conferences in real-time require the ability to combine the two approaches when needed. Similarly, a mediator who knows the elements of the modality for settlement must also be able to use and adjust those elements to fit the specific context of the case and the parties.

No one approach will guarantee resolution of the entire lawsuit. The dynamic fluidity of complex negotiations and entrenched parties requires equal fluidity by the mediator in how to conduct the negotiations. For example, while in most cases agreement on the money, or the Benjamins, will resolve the case, in a few cases agreement on the numbers is not enough. A party may know the

money is right but not be emotionally ready to settle at that session. The final resolution will have to wait for another day. That is no cause for panic, however, because if the mediator has applied the elements of the settlement modality, it will be easier for the mediator to reengage the party to close the deal on a future date.

Sometimes, creativity is needed. For example, licensing fees, royalties, patent family swaps, and injunctive relief may be necessary in cases involving intellectual property or governmental enforcement. Defendants sometimes cannot pay the settlement amount in a lump sum. In those cases, the mediator should consider down payments, interest rates, confessions of judgment with a penalty to discourage future non-performance, collateral, security interests, liens, and personal guarantees.

In one case, after a long day of negotiations, the parties reached agreement on the money. Just before putting the agreement on the record, the plaintiff said he had just prayed to God, who said the amount was unfair, so he could not finalize the deal except at a higher number. Perhaps that was the plaintiff's genuine belief, or maybe it was merely an excuse to hide a bad faith attempt to get more money. The mediator did not try to argue whether the plaintiff was sincere or disingenuous. The mediator simply acknowledged that: 'I know you are a deeply devout man. But God does not have a number.' Somewhat dumbfounded, the plaintiff paused a long time and then agreed to abide by the original agreement, and the case settled. In short, real lawsuits ultimately involve human beings and are dynamic, and an effective mediator needs to be flexible and creative.

G. Closing the Deal

'Always be closing!' That is the admonition from the character Blake to the sluggish salesforce in the movie based on David

Mamet's Pulitzer Prize winning play *Glengarry Glen Ross*.⁽²⁰⁾ All the hard work studying before the mediation; determining the best time, individual participants, physical location and needed amenities, and manner of conducting the mediation; and implementing the essential skills of good negotiators can subsume the mediator's focus. Never forget: the objective is to find the parties' intersection of self-interests to settle the case. 'Always be closing!'

1. The Dance from Room to Room. – During the settlement conference, the mediator moves from room to room, whether in-person or virtually. Before leaving a party's room, the mediator obtains a number and notes all non-monetary terms. The parties should not be discouraged even if the other side's initial responses are objectively ridiculous. It is where the parties end up that matters. Many attorneys and negotiators call the process of shuttling from room to room the 'dance.' Engaging in the dance permits the parties and mediator time to know each other and develop the rapport, empathy, respect, trust, and authority the mediator needs to guide the parties to a resolution. Alert the parties in advance that some steps of the dance are beneficial, but neither they nor the mediator wants to engage in the 'dance of death' where the parties make interminable meaninglessly small moves in response to the other side.

As the dance progresses, parties commonly communicate with each other by using midpoints. This is basic algebra where the parties and mediator compare the midpoints between the parties' positions from round to round. The midpoints communicated in this manner, however, may result in one party running out of room to move further. Therefore, the mediator should give some advance guidance on approximately how many steps of the initial dance the

⁽²⁰⁾ *Glengarry Glen Ross* (Zupnik Enterprises 1992).

parties should anticipate before there may be a need to adjust the process. When progress toward resolution slows and the parties become frustrated, the mediator can reinvigorate the process by asking each party to suggest a range together with an alternative specific number; inquiring if one party would be willing to respond if the other party were at a certain specific number; or suggesting a range based on the mediator's research before, and what is heard and observed during, the settlement conference.

2. *Ways to Break Impasse.* – Suppose the parties reach an impasse and the mediator has tried without success the other suggestions to reinvigorate the dance. In that case, the mediator can suggest a break, for example, by having everyone go out for lunch or ordering food delivery for dinner in late-night negotiations. While risky, the mediator can suggest that only the top decision-makers meet with the mediator without their attorneys. Employ this technique, however, only if the mediator has determined after carefully listening to and observing the parties that there is little possibility the two sides' top decision-makers will simply become madder and more entrenched in a face-to-face discussion. Other mechanisms exist to break deadlocks, but parties do not commonly agree to be bound by these mechanisms, which in the United States are commonly called a Texas Shootout, Dutch Auction, Russian Roulette, Baseball Arbitration, and others. ⁽²¹⁾

A more effective tool than the mechanisms listed above is for the mediator to remind the parties about the worse alternatives to settlement. ⁽²²⁾ Risk is a great motivator that impels parties toward

⁽²¹⁾ The author has mediated hundreds and likely well over 1,000 cases over 30 years as a judge. Few cases mediated by the author have settled using one of these mechanisms. Explaining how each of these mechanisms operates is beyond the scope of this article.

⁽²²⁾ Cf. FISHER, URY & PATTON, *supra* note 9, at 100 (best alternative to a negotiated agreement ('BATNA')).

settlement. The mediator should remind each party that trial is the next step in the litigation process. Unlike mediated settlements, parties will have little to no input in a trial's outcome. The outcomes usually are stark zero-sum games with a clear winner and a loser. Trials are also inherently risky. While legal risk in a court trial may be somewhat more predictable with the wisdom of good lawyers familiar with the judge's past decisions and tendencies, it is still far from a certainty. A rational litigator will not guarantee how a judge will decide. Also, if a judge leans too much one way, her decision risks being reversed or remanded for a new trial, in which case the parties must start the trial process again unless they settle.

A jury trial is even less predictable, so the risk is even higher. Even when one party has great facts and favorable black letter law, a jury can snatch victory from the jaws of defeat for the other party. When a venire jury panel is called into the courtroom to be selected, the lawyers will know more about the jurors and improve the lawyer's ability to handicap the outcome. Jury consultants can help, but they cost money, and the advantage they provide is incremental. They do not ensure a win or loss. Even in cases where attorneys feel very good about their prospects of winning after the final jurors have been picked, there is still risk. That is the reason some cases settle after the juries are selected. There is no certain outcome in a jury trial. If a lawyer believes the case is a certain winner, rhetorically ask the lawyer to guarantee the results in exchange for an increased fee only paid upon victory. Appeal, with the possibility of retrying the case, is also a risk after a jury trial. The larger the verdict, the more likely the losing party will appeal.

Moreover, there are often personal psychological reasons why a party may want to settle. Lawsuits are taxing physically and mentally on individual parties. Litigants often express that the lawsuit has negatively affected their lives, and they just want to be done. Companies, too, may have other good reasons to settle, such as when there is a pending sale of the company, a new strategic initiative is about to commence requiring everyone's focus, or

negative exposure from ongoing litigation that hurts the brand and goodwill.

The only guarantees in a trial are risk, more attorneys' fees and costs, time, angst, and the parties' right to appeal. Moreover, the longer the case continues, the more likely that the dispute will morph from being about the case's merits to a struggle to reimburse attorneys' fees and costs. These are good reminders to the parties that settlement avoids these worse alternatives.

3. Mediator's Proposal. – When all other settlement attempts have failed, a mediator's proposal is one of the most effective ways to close the deal.⁽²³⁾ A negotiator who employs the science, art, and modality of mediation often has a high success rate, even when proposing a mediator's number. When litigants perceive the mediator is trustworthy, fair and an authority by virtue of knowledge or position, and they like the mediator due to the rapport and empathy developed during the negotiations, they are much more likely to accept the mediator's proposal.

With this mechanism, the mediator proposes one settlement number to both parties. Alternatively, if there is one plaintiff and multiple defendants, the mediator's proposal can be a different number for each defendant. In the latter instance, the defendants do not know the number demanded from the others, but the plaintiff knows the numbers proposed to each defendant. Ask for a 'yes' or 'no' answer – not a dollar less or a dollar more. The mediator's number is not for negotiation at this point. The party answering

⁽²³⁾ The author has had significant success using the mediator's proposal. One of the main responsibilities of a magistrate judge in the District of Minnesota is to settle cases. *See generally, supra* notes 4, 21. From a study of data in the district where the author sits, during the period from July 1, 2011 to June 30, 2013, the author settled 72% of cases after a settlement conference held before dispositive motions or before trial. The author estimates that nearly half of his settlements have utilized a mediator's number to break impasse. The author knows of no more current settlement rate surveys.

‘yes’ will know what the other party’s answer is. The party answering ‘no’ will not know what the other side’s answer is.

Whether there are only two opposing parties or one plaintiff and many defendants, each party’s response should be confidential, only known by the mediator and the party. One benefit to this mechanism is that if there is no agreement, each party will safely remain in its last position before the mediator’s proposal was submitted. Another benefit of this approach exists when a case involves multiple defendants with different interests. Separate confidential negotiations with each of multiple defendants removes the common obstacle where one defendant believes it is paying more than its fair share and the other defendant(s) are not contributing enough. With confidentiality, the plaintiff may settle with some of the defendants but not the others.

4. Memorializing Material Terms. – If a settlement is reached, a judicial mediator will place all the material terms of the settlement on the record. Typical terms include: the amount to be paid within a certain time; a global release of all claims that have been made or could have been made, including any dismissed claims; a stipulation of dismissal with prejudice; no admission of liability; no rehiring or reapplication in employment cases; other case-specific business terms; each party pays its own attorneys’ fees and costs; and confidentiality. Non-disparagement provisions should be avoided unless necessary, as negotiating the specifics of the language can be difficult, and a mutual provision provides each party a legal inroad to fight with the other again under the guise of a violated non-disparagement provision. Private mediators also memorialize the same typical terms using a final material term sheet or a fully drafted settlement agreement, rather than placing the deal on the Court record.

Whether a case is settled on the record or with a final material term sheet, an advisable provision to include is:

Prior to the filing of a stipulation of dismissal with prejudice, if any disputes arise, the parties agree to submit such disputes to this Court or private mediator for final resolution, and this Court or mediator may at its sole discretion use an informal or formal process to decide any such disputes, and the Court's or mediator's decision shall be final and binding on the parties. The Court or mediator will not, however, change the material terms set forth above.

The purpose of this provision is to empower the mediator to stop a party that regrets the deal that was made, knows it cannot change the material terms, and, instead, tries to leverage disagreements about other provisions in a settlement agreement draft to break or renegotiate the deal. Such provision enables the mediator to decide those disputes efficiently and conclusively without changing the material terms of a settlement.

5. Unique Circumstances and Considerations in Settlements

a. 1983 Civil Rights Cases. – In addition to the typical material settlement terms set forth above, some civil cases require consideration of unique provisions for extraordinary circumstances. Some cases filed under 42 U.S.C. §1983 alleging excessive force and constitutional rights violations, such as those filed in Minneapolis from 2020 to 2024, are ultra-sensitive.

An announcement of settlement in cases with much media coverage and high emotions can result in unpredictable community reactions that can inflame passions and anger. Perhaps the reaction to a Section 1983 settlement will be muted. Settlement terms should, however, consider these uncertainties. Confidentiality must be maintained as long as possible.

At some point, a proposed settlement must pass a public vote of the proper governmental subdivision. Settlements can include agreements on releasing body-camera videos and the timing for doing so, if they have not already been released; coordinating the

issuance of statements by different parties that are substantively different but similarly aimed at not inflaming community or contending interest groups; and alerting leadership of key law enforcement agencies before the settlement is publicly announced. All of this requires an extra degree of cooperation by all parties, which is sometimes elusive to attain no matter how much respect, trust, and influence the mediator may have.

b. Class Action Settlements. – Another example of civil settlements that require terms not typically needed relates to class action settlements. Like other civil case settlements, the parties must agree on an overall settlement amount. Additionally, special terms need to address the following: How much are the class representative awards and attorneys' fees and costs? What are the procedures and timelines needed from agreement on a settlement to final judicial approval?

If a class claimed under Rule 23 of the Federal Rules of Civil Procedure has not yet been certified before the case is settled, then the settlement is subject to the condition that the class and settlement be approved. As part of such agreement, the defendant agrees not to object to the agreed-upon class sought by the plaintiff. If a class has been approved and there is a settlement, a judge will have to approve the settlement preliminarily. Issues include identifying the class, claims, defenses, class counsel, what is in the notice to class members, how it is served, who pays for service and administration, deadlines to complete each step, *cy pres*, and more. After notices have been sent and a reasonable time for objection or opting out has passed, a judge will still need to grant final approval of the class settlement. A class settlement has to account for all such additional requirements.

H. No Deal, No Problem

Even in a perfectly run mediation, cases do not always settle on the

day of the settlement conference. If that happens, settlement is still possible, and even probable. Cases sometimes are simply not ready to settle because a party may not be emotionally ready to settle or move on or there are some remaining issues that require further verification, discovery, or expert opinion.

Some attorneys also routinely employ the walk-away strategy. These attorneys almost always say no at the end of a negotiating session to convey the idea that greater concessions will be needed because that party has a better alternative to settlement. Their basic theory is that the party who does not have to accept the deal usually gets a better deal than the party who must agree because there is no better alternative to a settlement. But even attorneys who use the walk-away strategy ultimately settle, often very close to trial or even after a jury has been impaneled.

To incentivize continued negotiations, the mediator should explore if the trial judge is willing to set a trial date. A trial day certainly is even better. That will be judgment day. The lawyers' bravado becomes muted on that day because one party will win and the other will lose. One party's counsel will have failed to heed the admonition: Do not try a case you will lose.

The mediator should promote continued negotiations by the parties along the guidelines developed during the mediation, and the mediator should be available to assist. Another option is to leave the parties with a number or range. Many cases subsequently settle based on the assessment of a mediator who is perceived to have all the essential skills of an effective mediator – preparation, knowledge, trustworthiness, fairness, experience, and empathy. An assessment of the strengths and weaknesses of the case and the opinion of a mediator respected and liked by the party will not be misinterpreted as the mediator unfairly choosing the other's side position.

Reconnect with the parties if called to help or after key milestones of a case: depositions, expert reports, and dispositive motions decisions; after motions *in limine* rulings and before trial;

after the jury is selected or opening statements are completed; and even after a verdict but before appeal. The ultimate confidence booster that the case will still settle is to remember the odds; the statistics establish that less than 1% of civil lawsuits are decided in a jury or court trial. ⁽²⁴⁾

IV. CONCLUDING THOUGHTS

No matter how many years one has been mediating cases, studying the science and art of mediation, or practicing law, each case presents different challenges – each party, attorney, fact, legal issue, interest, bargaining position, emotion, and judge – that collectively combine to present a dynamic set of challenges that requires an equally dynamic settlement modality that utilizes the essential skills of mediation.

Successful and fair settlements do not magically appear. Rather, they are the creation of skillful negotiations that require flexibility, nimbleness of mind, and creativity. The mediator needs to know the formal science or position-based approach to negotiations and the art or interest-based approach to resolving disputes. A modality to settlement exists that requires knowing when to conduct a mediation, deciding on a place, preparing diligently in advance, and deciding on the manner of conducting the mediation. The mediation modality also has structure with sections: a start that contains an introduction to encourage parties that settlement is attainable; a middle with movement by the mediator from room to room while utilizing the essential skills of listening, observing, conveying empathy, and building trust, rapport, and respect; and an end to close a deal that may require the mediator to break through impasse by using certain settlement tools and reminding the parties

⁽²⁴⁾ See *supra* notes 3 and 4.

that the alternatives to settlement have unavoidable costs and risks that are worse alternatives to settlement.

Abstract

This article focuses on how to conduct mediations to resolve American civil lawsuits. Mediators must know position-based and interest-based approaches to negotiation and move insouciantly between them to find the parties' intersection of self-interests to resolve cases. A modality exists to settlement that requires knowing when to mediate, deciding on a place, preparing in advance, and deciding on the manner to conduct the mediation. The mediation modality also has structured sections: a start inspiring parties that settlement is attainable; a middle with the mediator moving from room to room while utilizing the essential skills of listening, observing, conveying empathy, and building trust, rapport, and respect; and a closing that may require the mediator to break impasse by using certain settlement tools and reminding the parties that the alternatives to settlement have unavoidable costs and risks that are worse alternatives to settlement.

THE ELEPHANT, THE FOREST, AND THE PUDDING.

UNDERSTANDING THE PATENT MEDIATION AND ARBITRATION CENTRE (PMAC) OF THE UNIFIED PATENT COURT (UPC)

Pierfrancesco C. Fasano (*)

TABLE OF CONTENTS: 1. The Metaphors. – 2. The Elephant in the Room. – 3. Missing the Forest for the Trees. – 4. The Proof Is in the Pudding. – 5. Seizing the Inner Meaning.

1. The Metaphors. – How is one to describe to an attentive, skilled, and passionate reader the right of access to justice, and in particular consensual justice, and the setting up and potential role of a new institution in the sector? How is one to identify its distinctive features, whilst considering the jurisdiction of reference and the bodies still operating in the sector of substantive law? How is one to do this if, months after the formal coming into force (1 June 2023) of the Patent Mediation and Arbitration Centre (PMAC or Centre) of the Unified Patent Court (UPC), the mediation and arbitration rules and fees have

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 169-184. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) *Avvocato* in Milan; Director of Mediation Centre and Scientific Director of the Academy for Qualifying Mediators accredited at the Italian Ministry of Justice for MFSD (IP ADR Centre and Academy); Italian Expert of the Expert Committee of the Patent Mediation and Arbitration Centre (PMAC) of the Unified Patent Court (UPC). Views and opinions expressed are those of the author only and do not necessarily reflect those of the Expert Committee of Patent Mediation and Arbitration Centre (PMAC) and/or Unified Patent Court (UPC).

not yet been published, even if they have been circulated by authors? ⁽¹⁾ Those who navigate the waves of research and application practice are inclined to look for sources and materials and to recompose the pieces of a mosaic in an attempt to offer an answer without claiming to be exhaustive. But a form and narrative technique that allows the reader to discern the meaning and purpose of this intellectual speculative journey around a complex fact or story could be a metaphorical approach. Specifically, the Elephant, the Forest, and the Pudding.

2. *The Elephant in the Room*. – The establishment of the UPC and the Unitary Patent, both operational from 1 June 2023, is the goal of a long journey and one of the most important changes to the European Patent system since its foundation in 1973. European patents are granted by the European Patent Office (EPO) under the 1973 European Patent Convention (EPC). As of October 2022, 39 countries, including every country of the European Union, are parties to the EPC. Once granted, a European patent essentially becomes a bundle of national patents in all countries separately, after which renewal fees are also due in every country where the patent applies. Infringement proceedings in one country have essentially no effect in another, which sometimes leads to parallel litigation regarding the same European patent in different countries, sometimes with different outcomes in national court proceedings. Such a fragmented situation has been seen as an impediment to the establishment of an internal market within the European Union (EU). To reduce translation and litigation costs, specifically for Small and Medium Enterprises (SMEs), the EU has passed legislation regarding European patents with unitary effect.

⁽¹⁾ *Patent Mediation and Arbitration Rules*, Version 5, 27 November 2015, in M. SCUFFI, *Il Nuovo Sistema Europeo dei Brevetti – Il Tribunale Unificato e il Regolamento di Procedura*, Milano, 2017.

Such unitary patent protection, however, also required a uniform patent court litigation system, and resulted in a draft agreement for setting up a court with exclusive jurisdiction for both European patents granted by the EPO (so-called ‘classical’ patents) and EU patents with unitary effect to be created in the future.

EU Member States endorsed the setting up of a UPC by means of an agreement to be concluded between them: one Court of First Instance with three Central Divisions (Paris, München, and Milan replacing post-Brexit London ⁽²⁾) along with one Regional and thirteen Local Divisions, one Court of Appeal and one Registry in Luxembourg. Aiming to reach a consensus on the Central Divisions of the UPC, on 28 June 2009 EU Heads of State or Governments completed the distribution of the seats.

The European Parliament approved the proposed regulation on 11 December 2012, and it came into force in January 2013.

It provided for the UPC, which is constituted with the Agreement on a Unified Patent Court (AUPC), signed on 19 February 2013, to handle cases related to European patents with and without unitary effect.

Since its inception, the AUPC has provided for the establishment of a PMAC, with two seats, in Ljubljana and Lisbon: an apparent strabismus or bicephalic structure that satisfied the internal balance or weighting between contracting Member States.

The AUPC also incorporates many of the provisions of the proposed European Patent Litigation Agreement. The unitary patent provisions have applied since the AUPC came into force on 1 June 2023. On the same day, the UPC opened its doors and

⁽²⁾ On January 26th, 2024, the Headquarters Agreement between Italy and the Unified Patent Court was signed at Ministry of Foreign Affairs and International Cooperation in Rome. Such Agreement is meant that the third section of the Central Division will be fully operational in Milan in June 2024, enriching the running Local Division.

started accepting cases from that date (postponed from 1 April 2023, due to the setting up of the Case Management System – CMS ⁽³⁾), not the PMAC.

Although the Centre is provided by the AUPC ⁽⁴⁾, although the Administrative Committee (one of three Committees composed of representatives from each of the current 17 Contracting Member States) published the Rules of Operations (RoO), ⁽⁵⁾ although the UPC Preparatory Team shared the implementation roadmap including PMAC staff recruited by March 2023, ⁽⁶⁾ although the First Accounting Period (FAP) budget has been approved, and although UPC Member States have paid their contributions and (administrative and judicial) staff has been appointed, ⁽⁷⁾ the PMAC is still not up and running. The reason might be that the live opening of the PMAC is linked to UPC's caseload, and after months of UPC operation,

⁽³⁾ Announcement of President of Court of Appeal and Chairman of the Administrative Committee (05.12.2022): <<https://www.unified-patent-court.org/en/news/adjustment-timeline-start-sunrise-period-1-march-2023>>.

⁽⁴⁾ Article 35 UPCA established a dedicated Centre for European patent disputes generally falling within the UPCA's scope. Article 35(2) UPCA limits the PMAC's competence by stating that a patent 'may not be revoked or limited in mediation or arbitration proceedings', meaning that only *erga omnes* decisions to such effect are prohibited: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2013:175:0001:0040:En:PDF>>.

⁽⁵⁾ Decision of Administrative Committee on PMAC Rules of Operation (08.07.2022): <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_documents/ac_06_08072022_rules_of_operation_mediation_arbitration_centre_en_final_for_publication.pdf>.

⁽⁶⁾ UPC Preparatory Team on implementation roadmap: <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_documents/upc_-_exco_-_upc_external_roadmap-v0.9_edit_0.pdf>.

⁽⁷⁾ Budget for the First Accounting Period (FAP) of AUPC (09.02.23) published by Budget Committee: <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_documents/bc-05-09022023-decision-fap-budget-en.pdf>.

the objective data speaks for itself: 160 cases.⁽⁸⁾ An encouraging number that does not justify the simultaneous operation of the PMAC.

All these internal elements or exogenous factors have disorientated, and distracted, or perhaps even misled, the academy and the professional world of Intellectual Property because of the presence and novelty element of institutions in the field of patent mediation and arbitration.

PMAC truly represents a unicum in the panorama of consensual justice, as it is understood as a broad and complementary jurisdiction between the state and private individuals who seek consensual solutions supplemental to those provided by the state.

Furthermore, it is unique because PMAC is a twice-native justice body.

Consensual native, because, for the first time, at least in the history of the European integration, an intergovernmental agreement establishes a permanent supranational court and supports the latter from the outset as an autonomous (in terms of structure and facilities) and integrated (in terms of organisation and budget) body with a mediation and arbitration centre. Furthermore, no other dispute resolution procedures are provided. In other words, the Centre represents access to justice services which includes, at the same time and within it, a state judge and a neutral third party (mediator or arbitrator).

Anyone who knows the history of alternative dispute resolution (ADR) cannot fail to see in the functional organisational structure of the PMAC the fruit of the seed sown at the 1976 *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice* (commonly known as the Pound Revisited Conference). In his speech

⁽⁸⁾ Official announcement (21.12.2023): <https://www.unified-patent-court.org/sites/default/files/upc_documents/Case%20load%20of%20the%20Court%20during%202023_news_21%20Dec.pdf>.

‘Varieties of Dispute Processing’,⁽⁹⁾ Frank E.A. Sanders spoke about the ‘multi-door courthouse’ concept – the name was coined by a journalist – envisioning a future justice system that would direct parties into appropriate pathways customised to the particulars of their dispute, when nearly all courts offered just adjudication by judge and/or jury. Sanders conceived a process in which disputes would be channelled through a screening clerk (or a case manager or director) who would direct parties to the process, or sequence of processes, most appropriate to their dispute. If such a founding speech is widely credited with being a big bang moment of the ADR, the PMAC could be the laboratory for experimenting with a new model of the right of access to justice for each one of the EU Member States or EU Justice Affairs policies and a future landmark for other jurisdictions.⁽¹⁰⁾

Digital native, because UPC was created with one single information management system for the entire dispute resolution apparatus, which also includes the PMAC. This means the UPC-CMS stands as the core technological platform supporting the operations of the unique dispute resolution system. This is yet another unicum in the panorama of the judiciary system because one single CMS will help the UPC and PMAC manage the UPC caseload and the PMAC workload in an interoperable and osmotic environment.

These two distinctive and unique features, consensual and digital, are such that they can easily qualify for the next opening of the PMAC as an event worthy of attention and deserving of

⁽⁹⁾ F.E.A. SANDERS, *Varieties of Disputes Processing*, in *Discussions in Dispute Resolution*, 321-326.

⁽¹⁰⁾ In Belgium a new law has been enacted so that in the various courts next to the jurisdictional sections there are also for civil affairs *Chambres de Règlement à l’Amiable*, consisting of skilled judges who have studied at the *Institute de Formation Judiciaire* in conciliation and referral in mediation. Article 713 of the Belgian *Code Judiciaire* provided that ‘the conciliation of the parties is part of the judge’s mission.’

insight into the possible results of its future activity, as the model for similar cases.

Thus, sceptics or doubters cannot fail to recognise that the establishment of the PMAC at the same time as that of the UPC is a significant event in itself. It is a harbinger of developments in the world of civil and commercial dispute resolution, and not only in the intellectual property field.

For those who choose to see it, the Elephant is the PMAC in the UPC Room, and could be a fruitful model for other jurisdictions, and is a crystal-clear sign that consensual justice is expected to become more integrated in state court proceedings.

3. Missing the Forest for the Trees. – Some fail to see the Elephant in the Room and look at the Trees but cannot see the Forest itself. And so, misled by the absence of official publication by the UPC-PMAC of rules and fees, the first commentators, even those that could be considered authoritative, prefer to join the ranks of the sceptics and doubters.

Some authoritative commentators, ⁽¹¹⁾ missing the Forest for the Trees when they argue strongly for mediation but are reluctant to send parties to arbitrators, are effectively in competition with courts ('It's as if the hunter directed the parties to the poacher') and are more optimistic about the potential for PMAC mediators to help resolve disputes, especially those related to damages and costs. In this light, they urge court officials to ensure UPC judges are trained as mediators ('It helps judges to see how mediation works, and they also learn valuable communication skills').

However, such opinion disregards the fact that, although PMAC jurisdiction in the matter of arbitration is limited as a patent may

⁽¹¹⁾ Judge Sam Granata: *Success mediation and arbitration centre of Unified Patent Court will depend largely on performance Court*, in *Kluwer Patent Blog*, 11 October 2015; R. O'NEILL, *UPC judge: ADR centre should favour mediation over arbitration*, in *Managing IP*, 11 January 2023.

not be revoked or limited in mediation or arbitration proceedings,⁽¹²⁾ there exists a strengthened and increasing trend towards arbitration in the area of the licensing of standard-essential patents (SEPs) on fair, reasonable and non-discriminatory (FRAND) terms.⁽¹³⁾ This allows a margin of interpretation regarding the wording of the UPCA, and some suggest that an award on the validity of a patent should at least have an *inter partes* effect.⁽¹⁴⁾

Other commentators,⁽¹⁵⁾ perhaps more thoughtfully contemplating Trees as a Forest, on the subject matter scope of a PMAC Arbitration, underline that Article 35(2) UPCA provides

⁽¹²⁾ AUPC 35(2).

⁽¹³⁾ P. PICT, G. LODERER, *Arbitration in SEP/FRAND Disputes: Overview and Core Issues*, in 36(5) *Journal of International Arbitration*, 575 (2019); J. RHIE, H. NOH, *Resolving IP Disputes through International Arbitration*, in *Korean Arbitration Review*, 12 (2016); J. WILD, *Despite the difficulties, it is time to embrace arbitration as the best way to resolve licensing disputes*, in *IAM*, 31 August 2019, <www.iam-media.com/article/embrace-arbitration>; M. CHATTOPADHYAY, *Recent Event: The Case for Arbitration of Patent Disputes*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 25 February 2016, <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/02/25/recent-event-the-case-for-arbitration-of-patent-disputes>>; R. BENDER, *Arbitration – An Ideal Way to Resolve High-Tech Industry Disputes*, in 65(4) *Dispute Resolution Journal*, 9 (2011); P. PUSCEDDU, *Are we FRAND now?*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 26 August 2021. WIPO, *Guidance on WIPO FRAND Alternative Dispute Resolution (ADR)*, <www.wipo.int/publications/en/details.jsp?id=4232&plang=EN>.

⁽¹⁴⁾ J. DE WERRA, *New Developments of IP Arbitration and Mediation in Europe: The Patent Mediation and Arbitration Center Instituted by the Agreement on a Unified Patent Court (UPC)*, in *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2014, 27 f. (asserting that an award on the validity of a patent should at least have an *inter partes* effect). The author further indicates that arbitration could apply to disputes about standard-essential patents (SEPs) where an arbitral tribunal may decide whether a license is ‘fair, reasonable and non-discriminatory’ (FRAND). See also S. GRANATA, *The Unified Patent Court: A One-Stop-Shop IP Dispute Resolution Entity, the Patent Mediation and Arbitration Centre (PMAC)*, in G. ZEILER, A. ZOJER (eds.), *Resolving IP Disputes*, Vienna/Graz, 2018, 75 ff.

⁽¹⁵⁾ P. GROZ, P.G. PICT, L. FERRARI HOFER, P. BÄRTSCH, *Arbitration of Patent Disputes and the Agreement on a Unified Patent Court*, in *Schellenberg Wittmer Newsletter*, May 2023.

that the PMAC shall handle ‘patent disputes falling within the scope of this Agreement’. However, provided the parties agree, they believe that it would be desirable to also resolve related issues in the same arbitration, even if they are (partly) outside the scope of the UPCA (e.g., a related dispute concerning the third country part of a European Patent). Rule 5 of PMAC Rules of Operations (RoO) appears to support this notion, as it provides that the PMAC shall promote arbitration ‘in cases which fall wholly or in part within the competence of the UPC.’

The simple, common, and partially accepted understanding of all these commentators is the following: because disputes over ownership, validity, or infringements of IP rights generally do not involve a previous contractual relationship between the parties, such disputes are most often handled by state courts. In addition, many countries reserve disputes about the validity of IP rights for state courts (arbitrability) and do not recognise or enforce foreign arbitral awards on the question of validity (enforceability). Accordingly, parties do not have any interest in agreeing to arbitration if the enforcement of the award would have to take place in such a country.

On the contrary, it is generally considered unlikely⁽¹⁶⁾ that IP arbitration, even regarding the PMAC, UPC, and national courts, seems to be on the rise for the following reasons:

- (i) Globalisation and new technology have increased the relevance of intellectual property and the related number of disputes;
- (ii) Arbitrability and enforceability of IP-related awards, including invalidity, are addressed and recognised by state courts.
- (iii) ADR is to become a standard feature in state courts;
- (iv) Arbitration may face and benefit from increasing competition from national, European and international courts in handling IP disputes;

⁽¹⁶⁾ T. LEGLER, *A Look to the Future of International IP Arbitration*, in *Global Arbitration Review (GAR)*, 21 December 2022.

(v) On SEPs/FRAND disputes (arbitrable by model clauses set in terms and conditions of licenses), arbitrations are more effective (e.g. urgent, interim and protective measures), thanks to flexibility (e.g. fees, duration, number of arbitrators, applicable law, language, place), confidentiality ⁽¹⁷⁾ and cost control ⁽¹⁸⁾ compared to national courts.

4. *The Proof Is in the Pudding*. – If you can see the Elephant in the Room and discern the Forest despite the Trees, you will be able to appreciate and test the value and quality of the PMAC. To perform this the reader must be guided through the PMAC's legal framework fragmented over a number of provisions and rules. As you will read in greater detail below, the legal basis is Articles 3, 35, 52, and 82 UPCA, Rules 11, 104, 332, and 365 of UPC Rules (UPC RoP), the PMAC RoO and Mediation and Arbitration Rules version 5 drafted in 2015, circulated by authors but not officially published by the UPC-PMAC.

To fully understand if there is room for the PMAC in the arena of ADR institutions and bodies, it is necessary to identify the interplay with the UPC's aims ⁽¹⁹⁾, which are to:

- (i) Promote mediation and arbitration in cases which fall wholly 'or in part' within the competence of the UPC;
- (ii) Make institutional support available for mediation and arbitration proceedings;
- (iii) Provide mediation and arbitration rules, fees, model clauses for use in mediation and arbitration, and other regulations;
- (iv) Provide facilities that the parties can use to conduct mediation and arbitration proceedings;

⁽¹⁷⁾ Article 40 (*Duty to respect confidentiality*) Arbitration Rules.

⁽¹⁸⁾ Articles 41 (*Costs of Arbitration*), 42 (*Fees and expenses of arbitrators and the Centre*), 43 (*Allocation of costs*) and 44 (*Deposit of costs*) Arbitration Rules.

⁽¹⁹⁾ 5 (*Objectives*) RoO.

(v) Promote and organise training of mediators and arbitrators in collaboration with the UPC training centre in Budapest and, where appropriate, with other competent institutions;

(vi) Promote the Centre itself and the UPC publicly (e.g. by event, website, publications).

No less relevant in understanding the potential of the Centre is the scope of its intervention, which is to provide facilities for mediation and arbitration of patent disputes falling within the scope of the UPCA. Article 82 shall apply *mutatis mutandis* to any settlement reached through the use of the facilities of the Centre, with the limit that a patent may not be revoked or limited in mediation or arbitration proceedings.

Article 3 of the UPCA defines the following scope of application:

- (a) European patent with unitary effect;
- (b) supplementary protection certificate issued for a product protected by a patent;
- (c) European patent which has not yet lapsed at the date of entry into force of the present Agreement, or which was granted after such date, without prejudice to Article 83;
- (d) European patent application which is pending at the date of entry into force of the present Agreement, or which is filed after such date, without prejudice to Article 83.

Having said that, the Centre will be able to settle disputes on patents not covered by Article 3 of the UPCA, in particular European patents or excluded national patents, namely in the context of parties submitting their request to the PMAC to resolve a dispute concerning a global patent portfolio.

Parties can submit their patent dispute to other arbitration and mediation bodies due to the lack of exclusivity provided by Article 35, paragraph 2 of the UPCA. Such interpretation is confirmed by Rule 11, paragraph 2 of the RoP: ‘Pursuant to Rule 365 the Court shall, if requested by the parties, by decision confirm the terms of any settlement or arbitral award by consent (irrespective of

whether it was reached using the facilities of the Centre or otherwise), including a term which obliges the patent owner to limit, surrender or agree to the revocation of a patent or not to assert it against the other party and/or third parties. The parties may agree on costs to be awarded or may request the Court to decide on costs to be awarded in accordance with Rules 150 to 156 *mutatis mutandis*.⁷

The apparent limit that the patent cannot be revoked or limited in the context of a mediation or arbitration procedure, provided by Article 35, paragraph 2, of the UPCA, is superseded by Rule 11(2) of the RoP, which states that the UPC will uphold the terms of any settlement or arbitral award, ‘including a term obliging the patent holder to limit, renounce or agree to the revocation of a patent or not to enforce it against the other party and/or third parties.’

Finally, commentators ⁽²⁰⁾ highlight that the UPCA is willing to encourage parties to resort to arbitration and mediation of the PMAC, using a classic mechanism of court-referral, in which the judge-rapporteur plays a fundamental role, since one of his or her tasks is to seek amicable solutions, in particular, but not only during the interim conference: ⁽²¹⁾

(i) Article 52, paragraph 2 UPCA provides that the judge-rapporteur explores the possibility of a solution with the parties, including through mediation and/or arbitration, by using the Centre’s facilities;

⁽²⁰⁾ D. PETRAZ, L. PETRAZ, *Interpretation of Relevant Regulations about the UPC Patent Mediation and Arbitration Centre*, in *China IP Today*, 5 December 2023.

⁽²¹⁾ P.G. PICHT, *Arbitration Through The Unified Patent Court’s Arbitration Centre*, in KLOPSCHINSKI/MCGUIRE (eds.), *Research Handbook on Intellectual Property Rights and Arbitration*, Cheltenham, 2023: ‘The flexible wording, and the advantage of consensual dispute resolution, suggest that the judge-rapporteur should explore ADR options, especially a settlement agreement, not only – though in any case – during the interim hearing but throughout the court proceeding, whenever such options seem realist and suitable.’

(ii) Article 11, paragraph 1 of the RoP recommends that the UPC encourage parties to make use of the PMAC's facilities: 'if the Court deems that the dispute is suitable for settlement.' In particular, the judge-rapporteur shall during the interim procedure, especially at an interim conference in accordance with Rule 104(d), explore with the parties the possibility of a settlement, including through mediation and/or arbitration, using the facilities of the Centre. Parties who choose mediation in an attempt to settle a dispute are subsequently not prevented from initiating judicial proceedings before the Court in relation to that dispute by the expiry of limitation or prescription periods during the mediation process, which will stay the limitation or prescription periods until the end of the mediation process. If mediation proceedings are terminated without a dispute settlement agreement, the period shall continue to run from that moment';

(iii) Article 104, letter d) of the RoP provides that the interim conference will allow the judge-rapporteur to explore with the parties the possibility to resolve the dispute or to use the Centre's facilities;

(iv) Article 332 of the RoP on the general principles of case management provides that 'active case management includes: (...) (e) encouraging the parties to make use of the Centre and facilitating the use of the Centre (...).'

The more PMAC's mediation and arbitration fees (adopted by Administrative Committee) are competitive with UPC fees, the more UPC-referral will be successful. In this light, the role of future Director and Experts Committee of the PMAC will be dramatically crucial to designing and structuring a schedule of fees, balancing the need of PMAC to be competitive with other ADR institutions on the one hand and the right interplay with UPC on the other hand.

If the value of the PMAC is judged on its results, enforceability becomes a sensitive subject in any other future ADR bodies.

The rules of enforcement of decisions issued by the UPC apply '*mutatis mutandis* to any settlement reached through the use of the Centre's facilities, including through mediation' (Article 35, paragraph 2 of the UPCA) and the decisions of the UPC 'shall be enforceable in every contracting member State' (Article 82 of the UPCA) are incentives to use PMAC's facilities to reach a settlement over other ADR service bodies, because they imply that only transactions reached through the Centre will be enforced in the same way as decisions issued by the UPC.

Article 79 UPCA also adds that 'the parties may, at any time in the course of proceedings, conclude their case by way of settlement, which shall be confirmed by a decision of the Court. A patent may not be revoked or limited by way of settlement.'

The combining interpretation of articles 35, paragraphs 2 and 79 UPCA, resolves two questions:

- (a) The benefit of settlements from an enforcement mechanism equal to that of UPC decisions derives only if confirmed by a Court decision;
- (b) Any settlement reached through the Centre:
 - (i) Is directly enforceable when no dispute is pending before the UPC, and
 - (ii) Must be confirmed by an executive order decided by the Court when the dispute is pending before the UPC.

Furthermore, this enforcement mechanism is open to settlements that might be reached only using the Centre's facilities, because the scope of application of Article 35, paragraph 2 of the UPCA is limited to settlements 'obtained through the use of the Centre's facilities.' Inconsistent, but irrelevant because a RoP cannot amend the UPCA (Rule 11, paragraph 2 RoP) based on which settlements (or the consensual arbitral award) can benefit from a confirmatory decision by the Court 'regardless of whether they have been reached using the Centre's facilities or otherwise.'

Assuming that arbitral awards are not covered by Articles 35, paragraphs 2 and 79 UPCA, a systematic and functional

interpretation leads to the conclusion that arbitral awards (except consensual awards, under Rule 11, paragraph 2 RoP, which is essentially an arbitral award that registers a settlement) would not be enforceable through the provisions of the UPCA, but that they would rather be enforced under the New York Convention⁽²²⁾ like any other arbitral award.⁽²³⁾

5. Seizing the Inner Meaning. – The Ancient Greeks were aware that fables, as metaphors, were an effective way to inform and teach (*μύθος δέλοι οτι*). If someone is open to seeing a chance in the PMAC of the UPC for Small and Medium Enterprises (SMEs), inventors, IP professionals, and judges, the UPC system could benefit from such a unique institution in the realm of dispute resolution. And the Elephant-PMAC will come out of the Room of the UPC and influence subsequent reform of jurisdictions. It will be necessary that, having reached the Forest, we do not just look at the Trees, but the surrounding land to discover the Forest. In the end, if it is true that we know if a thing is good or bad only by trying it (eating the Pudding), it is also true, seizing the inner meaning of the aforementioned metaphors, that cognitive biases can kill or limit our decision making.

Abstract

The paper, using the narrative technique of metaphors, traces the institution, future operation, possible technical advantages, and potential of the Patent Mediation and Arbitration Centre of the Unified Patent Court. The regulatory framework, though

⁽²²⁾ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958).

⁽²³⁾ See above P.G. PICH, *Arbitration Through the Unified Patent Court's Arbitration Centre*, 9.

fragmented and evolving, has led the first interpreters and commentators to provide doubtful or sceptical readings on the uniqueness and ability of this institution to act as a model. The conclusions reached by the author are more optimistic because they are orientated towards systematic and functional interpretation, starting from the originality of the organisational structure of the Centre, challenging cognitive biases, which sometimes frustrate the world of consensual justice.

LA CURA DELLE PAROLE.

SINTETICITÀ E CHIAREZZA NEL DIALOGO PROCESSUALE
E NELLA GIUSTIZIA CONSENSUALE (*)

*Silvana Dalla Bontà (**)*

SOMMARIO: 1. Introduzione al tema: il legame tra linguaggio e diritto. – 2. L'occasione del dibattito: il principio di chiarezza e sinteticità degli atti giudiziari alla sfida della codificazione. – 3. *De divina proportion*: la tensione verso la perfezione espositiva e la 'misura' perfetta. La provocazione per immagini: la sezione aurea. – 4. Un *Alphabeto Dignissimo*? Il dilemma del 'quanto' *versus* il 'come' e del 'come' *versus* il 'quanto'. – 5. Per sciogliere il dilemma: la cura delle parole, dentro e fuori il processo.

1. Introduzione al tema: il legame tra linguaggio e diritto. – Che il rapporto tra linguaggio e diritto sia tema immenso quanto affascinante, arato quanto ancora inesplorato, è affermazione sì scontata da poter essere formulata senza timore di smentita. La profondità degli studi, fatalmente interdisciplinari, che vi sono stati dedicati, e quella che ancor'oggi l'argomento reclama, possono

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 185-200. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce il testo della relazione introduttiva al Convegno «*La cura delle parole. Sinteticità a chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenuto il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, e co-finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto «Edu 4 Just» (2022XRYZR5) – CUP E53D23007000006.

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

essere soltanto suggerite. La loro evocazione si ritiene pertanto di affidare alle parole di uno Studioso illustre, dalla penetrante sensibilità scientifica, capaci, nella loro elegante sobrietà, di cogliere un punto cruciale.

«Diritto e linguaggio» – sottolinea con acutezza Paolo Grossi – «svelano una fondazione comune, la quale consiste, nell’uno e nell’altro, in una funzione ordinante del caos sociale» ⁽¹⁾. Entrambi sono strumenti che ordinano la dimensione sociale dell’individuo: «è, infatti, ordinamento del sociale che, dai balbettii dell’infante, si giunga al discorso compiuto fra adulti» ⁽²⁾, come è ordinamento sociale che si disciplini «l’armonizzazione della mia libertà con quella dell’altro, degli altri, e, quindi, consolidando una pacifica convivenza fra i cittadini» ⁽³⁾.

È in questo terreno comune – la funzione ordinante di linguaggio e diritto – che affonda le sue radici il tema attorno cui ruota l’incontro odierno: «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*». Senza cura delle parole, infatti, non vi sarebbe né linguaggio né diritto, dal momento che si darebbero soltanto ‘balbettii d’infanti’ e prevaricazione della ‘libertà’ dell’uno su quella dell’altro, quali forze centrifughe della convivenza civile.

2. *L’occasione del dibattito: il principio di chiarezza e sinteticità degli atti giudiziari alla sfida della codificazione.* – Nella più ampia cornice del legame che intreccia linguaggio e diritto, l’oggetto della riflessione odierna trova ragione prossima nell’ultimo intervento riformatore della disciplina del processo civile: quello introdotto dal d.lgs. n. 149 del 2022. Questo, novellando l’art. 121 c.p.c., ha infatti arricchito la sua rubrica e il suo primo comma

⁽¹⁾ P. GROSSI, *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1 ss., prec. 7.

⁽²⁾ ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 27.

⁽³⁾ ID., *Giuristi e linguisti*, cit., 7.

dell'enunciazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti giudiziari, stabilendo che «[t]utti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico».

La novità ha portato con sé la riformulazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c., dedicato oggi a «Forma e criteri di redazione degli atti giudiziari», che, allo scopo di implementare il codificato principio di cui all'art. 121, 1° comma, c.p.c., ha aperto la strada, costituendone il fondamento, all'adozione del d.m. n. 110 del 7 agosto 2023. È, questo, il «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»; normativa regolamentare da osservarsi per la redazione degli atti processuali relativi ai procedimenti introdotti dopo il 1° settembre 2023 ⁽⁴⁾.

Lungi dal costituire una novità assoluta, la codificazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti giudiziari vanta(va) invero importanti antesignani, che andavano da sue elaborazioni giurisprudenziali ⁽⁵⁾, contributi alla promozione di buone pratiche grazie al prezioso confronto nato dal basso degli Osservatori

⁽⁴⁾ Sul d.m. cit. v., per tutti, I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in <www.judicium.it>, 04.10.2023.

⁽⁵⁾ Sull'originaria assenza nel c.p.c. della previsione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali e sui suoi progressivi riconoscimenti giurisprudenziali, v., per tutti, A. PANZAROLA, *Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili: un invito opportuno, non un principio generale del processo civile*, in G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, 121 ss., prec. 124 ss., 138 ss.; P. PELLEGRINELLI, *Sinteticità e chiarezza degli atti processuali*, Roma, 2018, 155 ss.; 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., prec. 622. In specie, sull'emersione del principio di chiarezza e sinteticità nell'interpretazione delle norme sul ricorso per cassazione, e, in questa cornice, in occasione dell'applicazione, spesso ondivaga in giurisprudenza, del principio di autosufficienza del ricorso, v., per tutti, C. CONSOLO (a cura di), *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza*, in *Giur. it.*, 2016, 2768 ss.

sulla Giustizia civile ⁽⁶⁾, sino ai protocolli d'intesa siglati tra Consiglio Nazionale Forense, Corte Suprema di cassazione, Procura Generale della Corte di Cassazione e Avvocatura Generale dello Stato ⁽⁷⁾. In questa cornice si inseriva anche la prima traduzione in diritto positivo del principio in parola, in specie nel codice del

⁽⁶⁾ A riguardo v. D. CERRI, *Le linee-guida 2017 degli Osservatori sulla giustizia civile sulla redazione degli atti in maniera chiara e sintetica*, in <www.judicium.it>, 24.08.2017; le linee guida sono rinvenibili nel sito dell'Osservatorio sulla Giustizia civile di Torino: <www.osservatorino.it/assemblea-nazionale-2/> (31.07.2024). Sulla vivace e benefica realtà degli Osservatori sulla Giustizia civile, v. R. CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 253 ss.; ID., *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti di diritto*, *ivi*, 2007, V, 7 ss.; G. COSTANTINO, *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili: Presentazione*, *ivi*, 2003, V, 251 ss.; nonché L. BREGGIA, *L'autoriforma possibile*, in *La Magistratura*, 2005, 56 ss.; ID., *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 315 ss. Per una panoramica sugli Osservatori, in particolare con riguardo a elaborazione, confezione ed efficacia dei c.d. protocolli d'udienza, v. G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, *passim*; L. BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, 1093 ss.; nonché, da ultimo, C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in <www.judicium>, 30.06.2020.

⁽⁷⁾ Il riferimento è qui, in particolare, al protocollo d'intesa sulle regole redazionali dei motivi di ricorso per cassazione in materia civile e tributaria, stipulato il 17 dicembre 2015 tra Consiglio Nazionale Forense, Corte Suprema di cassazione, Procura Generale della Corte di Cassazione e Avvocatura Generale dello Stato, che (già) fissava precisi limiti quantitativi per gli atti giudiziari dinanzi alla Corte di Cassazione, non solo per ciò che concerneva il numero di pagine, ma anche per quanto riguardava i caratteri di testo, gli spazi e i margini: v. F. CARPI, *La redazione del ricorso in Cassazione in un recente protocollo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 339 ss.; C. PUNZI, *Il principio di autosufficienza e il «protocollo d'intesa» sul ricorso in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 585 ss.; A. PANZAROLA, *Sulla sinteticità nella redazione degli atti processuali civili*, *cit.*, 138 ss.; D. TURRONI, *I Protocolli d'intesa e la loro rilevanza giuridica: tra regola e fatto*, in A. CARRATTA (a cura di), *La riforma del giudizio civile in Cassazione*, in *Giur. it.*, 2018, 784 ss.; critico sull'arbitrarietà delle indicazioni in esso contenute M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 453 ss., prec. 460.

processo amministrativo, e, con precisione, nel suo art. 3, 2° comma, c.p.a., cui è poi corrisposto l'art. 13 *ter* disp. att. c.p.a. ⁽⁸⁾.

Non stupisce pertanto che l'ultima riforma della giustizia civile abbia inteso codificare tale principio anche nell'ambito della disciplina del processo civile ⁽⁹⁾, e provveduto alla sua concretizzazione attraverso il citato d.m. n. 110 del 2023, che converte quel principio in indicazioni numeriche, fissando, per gli atti processuali di parte ⁽¹⁰⁾, limiti dimensionali – *i.e.* numero di caratteri,

⁽⁸⁾ L'art. 3, 2° comma, c.p.a. stabilisce che «il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica». In applicazione di questa previsione, il decreto del presidente del Consiglio di Stato del 25 maggio 2015, n. 40, ha disciplinato la dimensione quantitativa dei ricorsi e degli altri atti difensivi, con specifico riferimento al rito in materia di appalti. Successivamente, in termini generali, ossia con ambito applicativo non limitato al rito in tema di appalti, l'art. 13 *ter* disp. att. c.p.a., introdotto dalla l. n. 197 del 2016 di conversione, con rilevanti modifiche, del d.l. n. 168 del 2016, prevede che le parti redigano il ricorso e gli altri atti difensivi secondo criteri e limiti dimensionali prefissati, da stabilirsi con decreto del presidente del Consiglio di Stato: il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti in tali limiti, mentre l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non costituisce motivo di impugnazione. Per un raffronto tra sistema disegnato dal c.p.a., e sue disposizioni attuative, e disciplina delineata dal nuovo art. 121, 1° comma, c.p.c., e relativa normativa regolamentare ai sensi dell'art. 46 disp. att. c.p.c., v. G. RAITI, *Il principio di sinteticità e chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1029 ss.

⁽⁹⁾ Tale codificazione è l'esito di un lungo percorso di riflessioni e proposte, avanzate dalla c.d. Commissione Vaccarella, istituita nel 2013 per elaborare una riforma organica del processo civile; dal Gruppo di lavoro ministeriale sulla sinteticità degli atti processuali costituito nel 2016, e sfociato nella relazione del 1° dicembre 2018, nonché nel «Breviario per una buona scrittura giuridica»; dallo schema originario del d.d.l. A.S. 1662/XVIII del gennaio 2020 e, in continuità con questo sotto il profilo della chiarezza e sinteticità degli atti processuali, dalla legge delega n. 206 del 2021. Ripercorrono gli snodi di questo articolato cammino F. DE GIORGIS, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in <www.judicium.it>, 16.06.2023; nonché F. NOCETO, *Chiarezza e sinteticità degli atti di parte nella recente riforma del processo civile*, cit., 617 ss.

⁽¹⁰⁾ V. art. 1 d.m. n. 110 del 2023, che delinea l'ambito applicativo del decreto, stabilendo che esso «stabilisce i criteri di redazione e regola gli schemi informatici degli atti del processo civile, con la strutturazione dei campi necessari per

pagine, punti del carattere, interlinea, margini di pagina ⁽¹¹⁾ – con relative esclusioni e deroghe ⁽¹²⁾, nonché stabilendo criteri redazionali-strutturali dell’atto ⁽¹³⁾. Un Osservatorio sulla chiarezza e sinteticità degli atti è stato successivamente costituito presso l’ufficio legislativo del Ministero della giustizia al fine di raccogliere e verificare i dati, forniti da ciascun distretto di corte d’appello, sulla funzionalità dei criteri redazionali e dei limiti dimensionali stabiliti dal d.m. n. 110 del 2023, sì da guadagnare elementi di valutazione circa il suo aggiornamento con cadenza almeno biennale ⁽¹⁴⁾.

3. De divina proportione: *la tensione verso la perfezione espositiva e la ‘misura’ perfetta. La provocazione per immagini: la sezione aurea.* – È nella citata ‘traduzione regolamentare’ del principio di chiarezza e sinteticità enunciato al novellato art. 121 c.p.c. che trova spunto l’immagine scelta a rappresentare visivamente il tema dell’incontro odierno: un’immagine classica, cui si affida una sottile provocazione, che i relatori di questo polifonico confronto hanno generosamente accettato di raccogliere dalla prospettiva dei loro *foci* d’indagine.

L’immagine consiste nella nota «sezione aurea», anche detta rapporto o numero aureo, o ancora, elegantemente, costante di Fidìa, per averne, secondo taluni, riscontrata l’applicazione nella

l’inserimento delle informazioni nei registri del processo. Stabilisce altresì i limiti dimensionali degli atti del processo civile per le cause di valore inferiore a euro 500.000». Con riguardo agli atti del giudice v. art. 7 d.m. cit., che fissa i criteri di redazione dei provvedimenti giudiziali.

⁽¹¹⁾ Cfr. artt. 3 e 6.

⁽¹²⁾ Cfr. artt. 4 e 5.

⁽¹³⁾ V. art. 2.

⁽¹⁴⁾ V. decreto del Ministro della giustizia del 29 marzo 2024 per la «Costituzione dell’Osservatorio permanente sulla funzionalità dei criteri redazionali e dei limiti dimensionali stabiliti dal d.m. 7 agosto 2023, n. 110, ai fini del rispetto del principio di chiarezza e sinteticità degli atti del processo».

costruzione del Partenone; sezione denominata, dall'umanista rinascimentale fra' Luca Pacioli ⁽¹⁵⁾ – contemporaneo, amico e maestro di Leonardo da Vinci e Piero della Francesca ⁽¹⁶⁾ – «proporzione divina».

Essa rappresenta una formula frutto degli studi di Pacioli, il quale volle cogliere, attraverso la matematica ⁽¹⁷⁾, il mistero della proporzione riscontrabile nella realtà tangibile, onde carpirne il segreto dell'armonia. Si tratta di una formula ($\frac{a+b}{a} = \frac{a}{b}$), spesso riportata alla base del c.d. rettangolo aureo, dove detto rapporto è rintracciabile tra lati corto e lungo, ed entro cui è collocabile una successione di figure sempre più piccole, convergenti in un punto di fuga che non si raggiungerà mai, e nominato per questo l'«occhio di Dio» ⁽¹⁸⁾.

Ebbene, la formula ottenuta dagli studi di Pacioli consegna un numero che non è né razionale né intellegibile, bensì irrazionale

⁽¹⁵⁾ Sul punto v. A. CIOCCI, *Luca Pacioli: la vita e le opera*, Milano, 2017; A. SANGSTER, *The life and works of Luca Pacioli (1446/7-1517), Humanist Educator*, in *57 Abacus*, 126 ss. (2021).

⁽¹⁶⁾ V. ID., *Luca Pacioli tra Piero della Francesca e Leonardo*, Sansepolcro, 2009.

⁽¹⁷⁾ Sul ruolo di Pacioli nella matematica v. ID., *Le matematiche tra Medio Evo e Rinascimento*, in E. HERNÁNDEZ-ESTEVE, M. MARTELLI (eds.), *Before and After Pacioli*, Sansepolcro, 2011, 253 ss.; C. MACCAGNI, E. GIUSTI, *Luca Pacioli e la matematica del Rinascimento*, Firenze, 1994. Nel 1494 Ludovico il Moro conferì a Pacioli la cattedra di matematica a Milano e costui, nello stesso anno, pubblicò a Venezia la «*Summa de Arithmetica, geometria, proportioni et proportionalitate*», dove l'umanista tratta di aritmetica, algebra, trigonometria e getta le fondamenta dei più importanti sviluppi della matematica che ebbero luogo di lì a poco in Europa, ordinando e ponendo le basi pratiche e teoriche, peraltro, della moderna scienza della ragioneria e dell'economia aziendale tramite il meccanismo della c.d. partita doppia.

⁽¹⁸⁾ È questa la suggestiva definizione coniata dal matematico C.A. PICKOVER, *The Loom of God: Mathematical Tapestries at the Edge of Time*, New York-London, 1997, che definisce «occhio di Dio» il punto di fuga di cui nel testo, in omaggio all'umanista Pacioli e alla sua definizione della proporzione come «divina» per le proprietà che lo studioso rinascimentale le riconosceva.

(1,6180339887...), ossia un numero decimale illimitato non periodico, che non può essere espresso sotto forma di frazione, indicato in matematica con la lettera greca 'φ', in omaggio all'iniziale dello scultore dell'Atene classica Φειδίας, Fidia.

Di qui, la definizione di quel numero quale «proporzione divina» – cui fra' Luca Pacioli dedicava il *De Divina Proportione*, un trattato terminato nel 1498 e pubblicato in un'edizione a stampa a Venezia nel 1509⁽¹⁹⁾ – dove l'aggettivo «divina» trova ragione, per l'umanista, nella similitudine tra irrazionalità del numero (compiutamente inesprimibile in una frazione) e inconoscibilità del Divino per mezzo della ragione umana⁽²⁰⁾: «*Commo Idio propriamente non se po diffinire ne per parole a noi intendere, così questa nostra proportion non se po mai per numero intendibile assegnare, né per quantità alcuna rationale exprimere, ma sempre fia occulta e secreta e da li mathematici chiamata irrationale*»⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Del *De Divina Proportione* di Fra' Luca Pacioli, concluso nel 1498, furono compilate tre copie manoscritte: la prima, dedicata al Duca di Milano, è conservata presso la Biblioteca Civica di Ginevra; la seconda, donata da Luca Pacioli a Giangaleazzo Sanseverino, è custodita presso la Biblioteca Ambrosiana di Milano; la terza, offerta a Pietro Soderini, è andata perduta. Il *De Divina Proportione* ebbe anche, nel 1509, a Venezia, un'edizione a stampa di Paganinus de Paganinis, completata con l'aggiunta di due ulteriori parti, autonome e indipendenti dal primo trattato: il *Tractato de architectura* e il *Libellus in tres partiales tractatus divisus*, traduzione in volgare dell'opera di Piero della Francesca *De quinque corporibus regularibus*: così la prefazione alla riproduzione facsimile dell'esemplare conservato presso la Biblioteca Ambrosiana di Milano, pubblicata da Silvana Editoriale, Milano, 1982, 3, e introdotta da A. Marinoni, il quale rammenta come la copia donata al Sanseverino, dopo oscure vicende, divenne proprietà del Marchese Galeazzo Arconati che nel 1637 la donò alla Biblioteca Ambrosiana assieme ad un gruppo di manoscritti di Leonardo da Vinci.

⁽²⁰⁾ Nei capitoli V e VI della sua opera, a pagina XII ss. del facsimile cit. alla nota precedente, dopo essersi richiamato ad Euclide nel capitolo IV, Luca Pacioli dà ragione del titolo del volume, mettendo in luce quali siano le proprietà che rendono tale la proporzione divina.

⁽²¹⁾ Con le parole nel testo Pacioli motiva la sua scelta di definire «divina» la proporzione consegnata dalla formula «occulta e segreta» che egli rivela, aggiungendo che essa merita di essere qualificata come tale in quanto, come Dio, unica e

Ebbene, il richiamo alla proporzione divina che ricorre in geometria nel rettangolo aureo, con il mistero e fascino che esso ancora porta con sé, è parsa efficace sintesi grafica della provocazione sottesa a questo incontro.

La traduzione matematica dell'armonica proporzione constatata in natura dà un numero irrazionale (1,6180339887...), ossia un numero decimale illimitato non periodico che non può essere espresso sotto forma di frazione. Non è un caso che, secondo la Scuola euclidea, la proporzione media ed estrema, come in origine si chiamava ⁽²²⁾, fosse espressione dell'incommensurabilità ⁽²³⁾.

Di qui, la provocazione che si vuole lanciare in apertura di un dibattito auspicabilmente fecondo: se e come possono chiarezza e sinteticità unirsi in perfetto equilibrio, in una 'proporzione divina', capace di consegnare il dialogo processuale sulla lite e, allargando l'orizzonte, il confronto stragiudiziale sul conflitto, ad una comunicazione efficace? Ad una comunicazione, cioè, atta a raggiungere lo scopo che quel dialogo e quel confronto si pongono, ossia idonea a favorire, a seconda dei casi, l'approdo ad una decisione giusta o all'auto-composizione della contesa tra le parti.

E, ancora: può la proporzione perfetta dell'atto processuale, che armonizzi in sé, in modo aureo, due obiettivi di scrittura ed espressione così ambiziosi come la chiarezza e la sinteticità, raggiungersi attraverso i limiti quantitativi fissati dal d.m. n. 110 del 2023? Possono i suoi 'numeri' svelarci e assicurarci la 'proporzione divina' dell'atto processuale? Proporzione che nell'ambito della giustizia civile evoca quella che oggi chiamiamo «proporzionalità», intesa quale canone volto a favorire la migliore amministrazione della giustizia mediante risorse e tempi nella soluzione del contenzioso proporzionati alle sue concrete caratteristiche – come da ultimo ricorda il secondo dei principi enunciati dalle *Euro-*

sempre uguale a se stessa, nonché in tre termini, come la Santa Trinità è una sostanza in tre persone: così capitolo V, alle pagine XII-XIII del facsimile cit.

⁽²²⁾ V. EUCLIDE, *Elementi*, libro VI, proposizione 30.

⁽²³⁾ V. ID., *Elementi*, libro X.

pean Rules of Civil Procedure ⁽²⁴⁾, stese dell'*European Law Institute* e dall'Unidroit, ovvero il principio della «*proportionality*» ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Trattasi delle *European Rules of Civil Procedure* adottate nel 2020 dall'*European Law Institute* e dall'Unidroit, sulla scia dei *Transnational Principles of Civil Procedure* e delle *Transnational Rules of Civil Procedure*, stese dall'*American Law Institute* e dall'Unidroit nel 2004. Risultato di un imponente quanto fecondo lavoro iniziato nel 2013 con il coinvolgimento di 40 soggetti, tra accademici e pratici provenienti da 25 giurisdizioni, oltre che di osservatori esterni della Commissione dell'Unione europea e della Conferenza dell'Aia, le *European Rules of Civil Procedure*, combinando armonicamente principi comuni alle pur variegate culture processuali europee, elementi salienti della disciplina processuale dell'Unione europea e risultati di indagini comparatistiche paneuropee, rappresentano un modello di disciplina del processo civile non solo per i singoli ordinamenti nazionali ma anche per le istituzioni euro-unitarie. Per il testo di questa legge modello v. *ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021. Per un'introduzione ai fondamenti delle *Model European Rules of Civil Procedure*, con particolare riguardo a loro genesi, modalità di confezione ed aree di intervento, v. R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *RablesZ*, 2022, 421 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 717 ss.

⁽²⁵⁾ V. il principio di proporzionalità sancito nella Parte I Sezione II lett. B delle *European Rules of Civil Procedure*, che nelle *Rules 5 e 6* trova declinazione con riguardo, rispettivamente, al ruolo del giudice e a quello di parti ed avvocati. In particolare, la *Rule 6* sancisce che «[p]arties and their lawyers must co-operate with the court to promote a proportionate dispute resolution process»; con riguardo al ruolo del giudice, ai sensi della *Rule 5*, costui «must ensure that the dispute resolution process is proportionate» e, nel valutare la proporzionalità del processo, egli «must take account of the nature, importance and complexity of the particular case and of the need to give effect to its general management duty in all proceedings with due regard for the proper administration of justice». Il principio di proporzionalità dovrebbe pertanto rispondere all'esigenza di effettività dell'accesso alla giustizia e diventare punto di equilibrio tra efficienza ed equo processo, sì che la risorsa scarsa della giurisdizione possa essere garantita a tutti. Di qui, la necessità di volgere costantemente lo sguardo al concreto conflitto/contenzioso, ma al contempo alle pendenze che gravano sull'intera macchina giudiziaria, sì che le risorse siano distribuite equamente. V., ancora, in merito, L. CADIET, S. AMRANI-MEKKI, (*Rules 2-8*) *General Principles: Co-operation and Proportionality*, in A. STADLER, V. SMITH, F. GASCÓN INCHAUSTI, *European Rules of Civil Procedure. A Commentary on the ELI/UNIDROIT Model Rules*, Cheltenham-Northampton,

4. *Un Alphabeto Dignissimo? Il dilemma del 'quanto' versus il 'come' e del 'come' versus il 'quanto'.* – La provocazione suggerita dall'immagine con cui si è inteso rappresentare questo incontro può continuare.

L'impaginazione dell'atto processuale che il d.m. n. 110 cit. impone costituisce forse il nuovo 'rettangolo aureo'? Il tipo di carattere, la grandezza e l'interlinea che quel d.m. contempla – Time New Romans, punto 12, interlinea 1,5 – sono dell'atto giudiziario di parte l'*Alphabeto Dignissimo Antiquo*, come l'umanista Pacioli chiamava quello costituito da ventitré lettere capitali, che egli includeva nel *corpus* grafico, prima delle tavole con i poliedri platonici di disegno vinciano, nella seconda parte del suo *De Divina Proportione* ⁽²⁶⁾, a dimostrazione, a «*li scriptori e miniatori – che tanto se rendono scarsi* –» ⁽²⁷⁾, che senza penna e pennello, bensì con la retta e la curva, con il circolo e il quadrato, si possono rendere armoniose le lettere? ⁽²⁸⁾.

Pacioli considerava i suoi studi sulla traduzione matematica della proporzione ammirata in natura lo strumento per 'educare l'occhio a guardare' ⁽²⁹⁾ – non a caso, l'interesse per l'*Alphabeto*

2023, 2.039; R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure*, cit., 453 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, cit., 726 ss.

⁽²⁶⁾ Così A. MARINONI, *Luca Pacioli e il «De Divina Proportione»*, introduzione al *De Divina Proportione*, riproduzione facsimile dell'esemplare conservato presso la Biblioteca Ambrosiana di Milano, pubblicata da Silvana Editoriale, Milano, 1982. Per una riproduzione di detto *Alphabeto* v. P. MAGNAGHI-DELFINO, T. NORANDO, *Luca Pacioli's Alphabeto Dignissimo Antiquo. A Geometrical Reconstruction*, in *1 Aplimat – Journal of Applied Mathematics*, 2015, 555 ss..

⁽²⁷⁾ V. P. MAGNAGHI-DELFINO, T. NORANDO, *Arte e matematica in Luca Pacioli*, in M. MARTELLI (a cura di), *Arte e matematica in Luca Pacioli e Leonardo da Vinci*, Città di Castello, 2020, 25 ss., prec. 28.

⁽²⁸⁾ È questa l'osservazione di A. ROSSI, a introduzione di *Alphabeto dignissimo antico di Luca Pacioli*, Milano, 1960, 11, volume che vede le lettere riprodotte da Amilcare Pizzi.

⁽²⁹⁾ ID., *op. loc. ult. cit.*, sottolinea come «[n]el contesto delle lezioni e dissertazioni di Luca Pacioli l'alfabeto è certamente un dettaglio, però la ricerca e lo spirito profondo di questa codificazione geometrica della lettera si ricollegano idealmente

Dignissimo «risiede proprio nella sua rigorosa costruzione geometrica che elimina, non solo ogni arbitraria interpretazione soggettiva, ma anche ogni contaminazione della sensibilità e dei movimenti della mano del calligrafo, e dei mezzi strumentali tradizionali: penna, pennello, scalpello, a favore di riga e compasso» ⁽³⁰⁾.

Ebbene, quale occhio vuole educare oggi il d.m. n. 130 cit., con i suoi limiti quantitativi, le indicazioni strutturali dell'atto chiaro e sintetico, la richiesta di parole-chiave a corredo? Quello umano delle parti e del giudice, o quello (a breve) dell'Intelligenza Artificiale, e quindi dell'algoritmo, quale ausilio o sostituzione del giudice-persona umana? ⁽³¹⁾.

La provocazione è audace, e spinge lo sguardo lontano, forse verso un punto di fuga che non si incontrerà mai. Ma anche a voler rimanere più prossimi, un interrogativo sorge pregiudiziale e dirimente: è davvero il 'quanto' si scrive e dice ad incidere sul 'come' ci si esprime? O, viceversa, è il 'come' che segna il 'quanto' si dice?

Perché se si è accortamente osservato che «ogni deviazione dal modello di atto chiaro e conciso (...) è (...) strategicamente inop-

a tutto quell'immenso e secolare lavoro speculativo per sconfiggere l'errore, correggere l'empirismo mediante la matematica».

⁽³⁰⁾ ID., *op. ult. cit.*, 13.

⁽³¹⁾ La provocazione lanciata dagli interrogativi formulati nel testo richiama le questioni focali che attraversano oggi la giustizia civile al cospetto dell'avvento della tecnologia, non solo quale ausilio alla gestione telematica del processo, ma allo stesso esercizio della funzione giurisdizionale. Per tutti, sulla costellazione di temi che si affacciano entro questa sfidante cornice, v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 1185 ss.; A. CARRATTA, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 491 ss.; E. GABELLINI, *La «comodità nel giudicare»: la decisione robotica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1305 ss.; ID., *algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, *ivi*, 2022, 59 ss.; R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 209 ss.

portuna: non rafforza, ma distrae»⁽³²⁾, la questione ruota attorno alla vera sfida: quella di capire «come permettere al giudice di leggere poco e bene, non poco e basta»⁽³³⁾, ch , in fondo, nel processo, il vero obiettivo dell'atto giudiziario di parte dovrebbe essere quello di «mettere sul tavolo del giudice la sentenza che si vorrebbe leggere pubblicata»⁽³⁴⁾.

Sono, queste, considerazioni che schiudono una variet  di orizzonti, tra loro strettamente legati, che vanno dall'educazione universitaria del futuro giurista, al rapporto tra avvocato e cliente come tra avvocati, parti e giudice, sino all'organizzazione giudiziaria e al ruolo del giudice nel processo e nella gestione del suo ufficio⁽³⁵⁾.

5. Per lo scioglimento del dilemma: la cura delle parole, dentro e fuori il processo. –   al crocevia delle domande pi  sopra formulate che l'enigma sul rapporto tra il 'quanto' e il 'come' di una comunicazione che voglia essere efficace pare sciogliersi in una possibile risposta: la riscoperta della cura delle parole quale chiave di volta per il superamento dell'identificazione dell'efficacia comu-

⁽³²⁾ Testualmente, in questi lapidari quanto condivisibili termini, A. GENTILI, *Sobriet  e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, in G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 23 ss., prec. 27.

⁽³³⁾ Cos , P. BIAVATI, *Sobriet  e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, in *Judicium*, 2017, 141 ss., prec. 144.

⁽³⁴⁾ Sono le parole di L. CROTTI, *Le tecniche di redazione degli atti giudiziari*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 1275 ss., prec., 1284.

⁽³⁵⁾ A riguardo si consenta rinvio al mio *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss.; ID., *Il costo della giustizia consensuale*, in *Riv. arb.*, 2023, 325 ss., prec. 342; P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss., prec. 20; ID., *La nuova mediazione civile e commerciale*, *ivi*, 2023, 339 ss., prec. 348 ss.; R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., 25 ss.; F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 ss., prec. 54 ss.; L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 343 ss., spec. 346 ss.

nicativa con il semplice rispetto di limiti dimensionali della scrittura, e quindi quale strumento per un potenziamento dell'accesso alla giustizia ⁽³⁶⁾. Una riscoperta, quella della centralità della cura delle parole, che deve invero interrogare tutte le vie e sedi di soluzione del conflitto e della lite.

Superando i confini applicativi degli artt. 121 c.p.c. e 46 disp. att. c.p.c., circoscritti agli atti giudiziari del processo civile, il principio di chiarezza e sinteticità da ultimo codificato sollecita infatti ad interrogarsi, non solo sul modo in cui chiarezza e sinteticità debbano informare il dialogo processuale – anche nel peculiare e sfidante caso in cui il processo civile sia bilingue – ma anche su se e in che misura si possa e debba parlare di un'applicazione di quei canoni nell'arbitrato e negli strumenti di soluzione consensuale del contenzioso.

Perché il 'come' si sceglie di risolvere il conflitto incide gioco-forza su 'cosa' si vuole e può ottenere e, a sua volta, questo condiziona come ci si esprime ⁽³⁷⁾; nella consapevolezza che, ove quella scelta, frutto dell'autodeterminazione dell'individuo, si faccia auto-responsabilità, implicherà sempre una cura delle parole, quale manifestazione di un principio di collaborazione che nasce in primo luogo dal rispetto dell'altro, dal suo ascolto e quindi da una leale applicazione delle regole che segnano la via eletta di soluzione del conflitto.

⁽³⁶⁾ È d'altronde innegabile che il diritto sia comunicazione e la comunicazione sia diritto («*law as communication, communication as law*») e la comunicazione efficace significa accesso alla giustizia («*communication as access to justice*»): così D. COWAN, *Effective Communication for Lawyers*, Cheltenham, 2023, 22 ss., 35 ss.

⁽³⁷⁾ Così, per tutti, M. SALA, *La cura nella relazione fra avvocato e cliente: la persona al centro*, in A. MANIACI (a cura di), *La cura della relazione e la relazione della cura*, Pisa, 2023, 145 ss., prec. 153.

Abstract

Nel restituire l'introduzione al Seminario dedicato a «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenutosi il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, il contributo muove dalla recente codificazione del principio di chiarezza e sinteticità degli atti processuali agli artt. 121 c.p.c. e 46 disp. att. c.p.c., e dalla sua disciplina regolamentare nel d.m. n. 130 del 2023, per interrogarsi su significato ed effetto della sua introduzione, allargando l'orizzonte oltre il processo civile statale. Provocatoriamente richiamando la «divina proporzione» rappresentata dalla «sezione aurea» quale immagine grafica dell'equilibrio armonioso, l'a. si chiede se e come si possa tendere verso l'atto giudiziario di parte 'perfetto' e se e come i limiti dimensionali fissati dal d.m. n. 130 cit. possano rappresentare una soluzione. Allargando lo sguardo oltre il processo civile, la provocazione sulla comunicazione efficace viene estesa all'ambito del processo arbitrale e degli strumenti di giustizia consensuale per concludere che la soluzione risiede invero nella cura delle parole, quale elemento centrale in qualsiasi via di soluzione del conflitto e del contenzioso.

This article draws on the introductory remarks delivered at the Seminar 'The care of words. Clarity and conciseness in civil litigation and alternative dispute resolution mechanisms', held at the University of Trento on 5 December 2023. After analysing the recent codification of the principle of clarity and conciseness in the drafting of pleadings pursuant to the Italian Code of Civil Procedure (Art. 121) and its implementation in the Ministry of Justice Decree No 130/2023, the author inquires whether this principle can be applied to arbitration proceedings and consensual dispute resolution mechanisms such as negotiation and mediation. While acknowledging the difficulty of striking the right balance between clarity and conciseness, the article argues that the real solution of this dilemma would be to focus not on the length requirements of the pleading but

on the accurate use of the words in conveying the party's point of view. This means investing in a new culture that promotes conscious and mindful communication as a decisive means to serve justice and strengthen a cohesive society.

IL PROCESSO COME DIALOGO (*)

*Marco Gradi (**)*

SOMMARIO: 1. Il dialogo processuale. – 2. L'origine del conflitto e il bisogno di attenzione. – 3. La forma del dialogo. – 4. Discorsi troppo lunghi. – 5. Variazioni sul principio di sinteticità. – 6. L'eleganza del discorso. – 7. Funzione delle schede processuali. – 8. Per lo sviluppo del principio di chiarezza. – 9. La teoria della conversazione basata sul principio di cooperazione. – 10. Verità e ambiguità. – 11. La chiarificazione processuale. – 12. L'obbligo di prendere posizione sui fatti in modo categorico. – 13. Il problema delle risposte evasive. – 14. L'interrogatorio informativo. – 15. Verità e completezza delle risposte. – 16. Obbligo primario e obbligo secondario di chiarificazione. – 17. Che cosa ci insegna la storia di Pinocchio: le bugie con le gambe corte. – 18. Insidie della chiarificazione e scopo del dialogo processuale.

1. Il dialogo processuale. – Il compito autentico di un processualista è quello di comprendere come amministrare in modo appropriato la giustizia, di riflettere sui metodi per giungere a soluzioni giuste dei conflitti. Il conseguimento di questo obiettivo è in realtà possibile soltanto con il contributo dei protagonisti al centro

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 201-235. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce il testo della relazione introduttiva al Convegno «*La cura delle parole. Sinteticità a chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenuto il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, e cofinanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto «Edu 4 Just» (2022XRYZR5) – CUP E53D23007000006.

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

della scena, ossia delle parti e degli avvocati che, con le loro scelte, influenzano inevitabilmente il corso del processo: occorre allora valorizzare l'etica processuale come strumento di effettività della tutela giurisdizionale ⁽¹⁾.

Ciò passa necessariamente attraverso la regolazione della forma della comunicazione processuale. Infatti, nel processo si parla, in forma scritta e in forma orale: il processo è un discorso, è un dialogo fra le parti, che si realizza con l'ausilio dei loro avvocati e che si svolge di fronte ad un giudice terzo ed imparziale ⁽²⁾. Più precisamente, il processo è un *dialogo conflittuale*, perché le parti perseguono risultati fra loro inconciliabili: ciascuno vuole vincere la causa, a discapito dell'altro. Si parla, si discute in contrapposizione l'uno con l'altro, al cospetto del giudice, che alla fine pren-

⁽¹⁾ Sul ruolo dell'etica, della correttezza e della lealtà nell'ambito dell'esperienza processuale, v. in particolare A. DONDI, *Etica sociale e processo civile*, in *Studi urbinati*, 2002, 323 ss.; F. MACIOCE, *La lealtà. Una filosofia del comportamento processuale*, Torino, 2005, 117 ss.; I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, 17 ss.; come ha osservato F. DANOVÌ, *Il tramonto della logica autoritativa del processo, ma non del nucleo essenziale dei suoi principi*, in *I patti preconfittuali*, Torino, 2019, 1 ss., spec. 32 ss., l'etica, la correttezza e la lealtà assumono un ruolo fondamentale non soltanto nella dimensione del processo, ma anche nella gestione della relazione fuori dalle aule di giustizia, al fine di trovare soluzioni concordate dei conflitti.

⁽²⁾ Come ha osservato P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in ID., *Processo e democrazia*, Padova, 1954, ripubblicato in ID., *Opere giuridiche*, vol. I, Napoli, 1965, 679: «Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e reazioni, di stimoli e contropunte, di attacchi e di contrattacchi». Sulla concezione del processo civile come dialogo fra le parti, v. inoltre F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 149 ss.; E. GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 580 ss., spec. 587 ss.; e, in una prospettiva comparata, H. INOUE, *Der Zivilprozeß – als gleichberechtigtes Dialogverfahren. Zur neueren Prozeßdiskussion im japanischen Zivilprozeß*, in 98 ZJP, 1985, 378 ss.; per la possibilità di applicare la teoria dell'agire comunicativo di Jürgen Habermas al contesto del processo civile, v. l'originale studio di M.W. CUZZO, *Habermas' Communicative Action Theory and the Adversarial Assumption of Civil Litigation System: A New Perspective for Empowering Dispute Resolution*, Ann Arbor (Mich.), 1995, I, 341 ss.

de la decisione: con la sentenza scoglie quel conflitto fra le diverse e contrapposte visioni del mondo.

Questa struttura del dialogo processuale descrive il fenomeno nell'ambito del processo giurisdizionale davanti al giudice statale, ma anche davanti agli arbitri, ossia dinnanzi ai giudici privati, al cui riguardo sarà dedicata la relazione di Elena Gabellini ⁽³⁾. Ma ovviamente si può e si deve parlare di dialogo anche nei procedimenti di giustizia consensuale: in questo ambito, vi è tuttavia un'enorme differenza, perché nella mediazione o nella negoziazione l'obiettivo del dialogo è quello di trovare una soluzione concordata del conflitto: si può allora parlare di *dialogo cooperativo*, del quale si occuperà Silvana Dalla Bontà ⁽⁴⁾.

2. *L'origine del conflitto e il bisogno di attenzione.* – Il dialogo conflittuale e il dialogo cooperativo costituiscono due forme di dialogo assai diverse, ma che presentano una radice comune. Questa va ravvisata nel bisogno di attenzione e di considerazione da parte degli altri, se vogliamo nel bisogno di cura, di essere accolti e compresi, che costituisce una delle esigenze essenziali dell'essere umano ⁽⁵⁾.

Perché litighiamo? Che cosa ci fa veramente arrabbiare? Sicuramente ci fa adirare non ottenere quello che desideriamo, ma soprattutto scatena la nostra rabbia la mancanza di considerazione del nostro io, il non essere calcolati da persone disattente, incu-

⁽³⁾ E. GABELLINI, *La cura delle parole nella dimensione arbitrale: tra libertà e vincoli*, in questa *Rivista*, 2024, 257 ss., spec. par. 5 e 6.

⁽⁴⁾ S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole tra processo e metodi consensuali: per una gestione responsabile del conflitto*, in questa *Rivista*, 2024, 281 ss., spec. par. 12 e 13.

⁽⁵⁾ Come osserva L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giuristi al tempo delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 343 ss., spec. 350 ss., si ha il diritto di comprendere e di essere compresi: è questo il senso profondo di ogni relazione, che assume rilievo anche nell'ambito giuridico.

ranti, insensibili, crudeli. Spesso basta una semplice parola comprensiva per calmare il cuore, per porre fine ad una lite.

Come diceva Simone Weil, l'uomo giusto è colui che si prende cura degli altri, che considera il loro punto di vista, che tiene conto delle loro lamentele, dei loro bisogni, che dà loro una risposta ⁽⁶⁾. Al contrario, non ricevere quelle attenzioni provoca in ciascuno di noi un senso di frustrazione e di profonda ingiustizia. Ecco allora che la richiesta di attenzione torna con prepotenza alla ribalta quando si tratta di risolvere una lite. Nel dialogo si cerca infatti il confronto con l'altro, si cerca quell'attenzione, quel riconoscimento che – mancando – ha dato origine al conflitto. Ovviamente, questa ricerca di attenzione è molto diversa nella giustizia consensuale e nel processo giurisdizionale.

Nel dialogo cooperativo, proprio della mediazione e della negoziazione, ciascuno cerca – su un piano di reciprocità – di comprendere le ragioni dell'altro, di dare accoglienza ai bisogni altrui, di offrire all'altro una risposta soddisfacente: si parla dunque *all'altra parte* ⁽⁷⁾.

Nel dialogo conflittuale, ad essere considerati non sono i bisogni dell'altro, bensì le sue ragioni giuridiche: gli argomenti addotti da ciascuno dei litiganti devono essere presi in considerazione dall'altra parte ed essere confutati al fine di farli respingere dal giudice. Nel processo, dunque, ciascuna parte parla *con l'altra parte*, nel contraddittorio in condizioni di parità, ma rivolgendosi

⁽⁶⁾ Al riguardo, v. le illuminanti pagine di T. GRECO, *Curare il mondo con Simone Weil*, Bari, 2023, spec. XVI.

⁽⁷⁾ Sull'essenzialità dell'ascolto e del dialogo nei procedimenti di giustizia consensuale, v. in particolare P. LUCARELLI, *La giustizia consensuale a beneficio anche della sostenibilità*, in ID. (a cura di), *Giustizia sostenibile. Sfide organizzative e tecnologiche per una nuova professionalità*, Firenze, 2023, 169 ss., spec. 173, la quale osserva che la pratica della mediazione «è incontro, dialogo, ascolto, presenza, sentimento, emozione, comunicazione, trasformazione, pace, in taluni casi accordo»; in analogia prospettiva, v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo della mediazione. La comunicazione efficace*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, 123 ss.

al giudice. Occorre prendere atto che l'altro esiste, che l'altro ha qualcosa da dire; e allo stesso tempo si ha la pretesa di essere ascoltati dal giudice, di trovare nella sentenza la giusta considerazione delle proprie ragioni ⁽⁸⁾.

3. *La forma del dialogo.* – Risulta allora chiaro che il dialogo processuale è fondamentale per il raggiungimento del fine del processo ed è quindi del tutto normale che esso sia ampiamente regolato dalla legge processuale. Tuttavia, il nostro legislatore non si occupa in modo completo ed esauriente del problema.

Innanzitutto, ovviamente, ci si assicura – anche a livello di principi costituzionali – che le parti siano informate dell'esistenza del processo, che possano partecipare al processo e che, in tale contesto, possano parlare, avanzare i propri argomenti e replicare alle difese dell'avversario. È questo il contenuto del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, l'antica regola *audiatur et altera pars* («sia ascoltata anche l'altra parte»), che costituisce il fondamento stesso del processo ⁽⁹⁾.

⁽⁸⁾ In una prospettiva analoga, v. A. PATTI, *La motivazione del provvedimento: dialogo tra giudice e avvocato*, in <www.giustiziainsieme.it>, 10.07.2023, spec. par. 3, secondo il quale la motivazione della sentenza è il frutto del dialogo processuale e deve tenere nella giusta considerazione gli argomenti addotti dalle parti. È questo il significato profondo della motivazione, che assume anche la funzione di garanzia costituzionale: in argomento, v. i classici studi di M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 319 ss.; S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 146 ss.

⁽⁹⁾ V. in particolare N. PICARDI, «Audiatur et altera pars». *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, 21 s., secondo il quale «il contraddittorio non costituisce tanto uno strumento di lotta fra le parti, quanto, piuttosto, uno strumento operativo del giudice e, quindi, un momento fondamentale del giudizio», ossia uno «strumento di ricerca della verità probabile», che costituisce il «cardine della ricerca dialettica». Sul principio del contraddittorio, come elemento essenziale del processo giurisdizionale, v. inoltre E. FAZZALARI, *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 2 ss., spec. 8 s.; L.P. COMOGLIO, *Contraddittorio (principio del) (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, vol. VIII, Agg., 1997, 12 ss., spec. 15 ss.; A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 680 ss., spec. 690 ss.

La legittimazione della decisione giudiziaria si fonda proprio sulla partecipazione delle parti al procedimento di formazione del giudizio, come ha evidenziato in modo magistrale il celebre sociologo Niklas Luhmann ⁽¹⁰⁾. Non possiamo sapere con certezza se la sentenza del giudice sia effettivamente giusta, ma avendo avuto la possibilità di partecipare al processo, dobbiamo accettarla come tale ⁽¹¹⁾.

L'accettazione sociale della sentenza acquista un senso soltanto a condizione che il dialogo processuale abbia svolto in modo effettivo la sua funzione, che è quella di consentire alle parti di esprimere le loro rispettive posizioni, secondo un sistema di reciproca interazione, capace di incidere sul contenuto della decisione giudiziaria. Nella sua radice etimologica, dià-lógos significa discorso attraverso ⁽¹²⁾: si tratta dunque di un confronto verbale che attraversa due o più persone, una conversazione con reciproche influenze.

La possibilità di parlare nel processo non è però sufficiente a garantire lo svolgimento di un confronto effettivo. Il rischio è che non si realizzi un dialogo autentico fra le parti, bensì soltanto una somma di monologhi, un dialogo senza ascolto, un dialogo fra sordi. Così il dialogo risulta del tutto illusorio: le parti discutono animatamente, ma non si confrontano veramente sulle questioni controverse. In questo modo, nell'apparente rispetto del principio del dialogo, si tradisce il fine del dialogo, si assiste al suo fallimento.

⁽¹⁰⁾ Fondamentale al riguardo è la riflessione di N. LUHMANN, *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, 1983, nella trad. it. a cura di A. Febbrajo, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, 1995, 19 ss., 51 ss.; sul punto, v. anche M. MENGOSI, *Giusto processo e processo amministrativo. Profili costituzionali*, Milano, 2009, 15 ss.

⁽¹¹⁾ Per ulteriori riflessioni in proposito, mi permetto di rinviare a M. GRADI, *Vizi in procedendo e ingiustizia della decisione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, vol. III, 63 ss.; ID., *Saftleven e l'allegoria del processo*, in C. FARRALLI, V. GIGLIOTTI, P. HERITIER, M.P. MITTICA (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano-Udine, 2014, 151 ss.

⁽¹²⁾ Secondo E. BIANCHI, *L'altro siamo noi*, Torino, 2010, 14, il dialogo è «la parola che si lascia attraversare da una parola altra».

Il pericolo, insomma, è che il confronto dialogico nel processo venga alterato da pratiche comunicative patologiche. Non soltanto da indifferenza ed equivocazione rispetto alle parole altrui, ma anche da scorrettezze verbali, da enunciati opachi e ambigui, da divagazioni fuori luogo, da discorsi ridondanti o eccessivamente lunghi.

4. *Discorsi troppo lunghi.* – Il problema della durata del discorso processuale è stato affrontato negli ultimi anni prima dalla giurisprudenza e poi dal legislatore processuale⁽¹³⁾. Ci si è, in particolare, concentrati sul porre dei limiti alla lunghezza degli atti giudiziari, introducendo il principio di sinteticità, con l'intento di consentire ai giudici di leggere un minor numero di pagine. È questa una prospettiva assai povera del dialogo processuale: anzi, a ben vedere, si tratta di una strada clamorosamente e paradossalmente contraria alla realizzazione del dialogo.

L'esempio più eclatante di questa deriva normativa si ravvisa nell'art. 13 *ter* disp. att. c.p.a., il quale prevede che, con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, siano fissati i limiti dimensionali del ricorso e degli altri atti processuali di parte. Ma soprattutto, tale norma stabilisce che il giudice è tenuto ad esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti e che l'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione.

⁽¹³⁾ In argomento, anche per gli opportuni riferimenti, v. G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 853 ss.; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 467 ss.; A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, in *Giust. civ.*, 2017, 797 ss.; A. PANZAROLA, *Sul (presunto) principio di sinteticità degli atti processuali civili*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 69 ss.; F. DE VITA, *Efficienza del processo civile e formazione degli atti*, Napoli, 2018, 43 ss.; L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, 183 ss.; B. CAPPONI, *Prolissità negli atti processuali*, in *Foro it.*, 2023, V, 245 ss.

In altre parole, nel processo amministrativo, la prolissità dell'avvocato comporta la parziale inutilizzabilità dell'atto. Il dialogo processuale viene così spezzato, alcuni degli argomenti adottati dalla parte non vengono considerati, qualora l'atto processuale sia troppo lungo. Come è facile evincere, si tratta di un risultato palesemente contrario al principio del contraddittorio garantito dall'art. 111, 2° comma, Cost. ⁽¹⁴⁾.

Nell'ambito del processo civile si è stati invece più moderati, perché con l'art. 46 disp. att. c.p.c. si è stabilito che il superamento dei limiti dimensionali degli atti giudiziari, definiti in questo caso con decreto del Ministro della Giustizia, non comporta la sanzione dell'invalidità, ma può essere valutato dal giudice ai fini della condanna al pagamento delle spese processuali ⁽¹⁵⁾. Detto altrimenti, chi parla troppo paga, perché ha fatto perdere tempo alla controparte e al giudice, ma viene comunque ascoltato.

Si noti tuttavia che la disposizione in esame esclude espressamente soltanto la nullità dell'atto processuale eccessivamente lungo, non anche le altre possibili sanzioni processuali, quale ad esempio l'inammissibilità. Inoltre, gli artt. 342 e 366 c.p.c. impongono, proprio a pena di inammissibilità, che i motivi di appello e di ricorso per cassazione siano redatti in modo chiaro, sintetico e specifico. Giustamente, i primi commentatori hanno subito rifiu-

⁽¹⁴⁾ In modo assai critico, v. F. SAITTA, *La violazione del principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Il processo*, 2019, 539 ss.; A. CRISMANI, *L'eccesso di lunghezza degli atti processuali e l'accetta del giudice*, in <www.giustiziainsieme.it>, 06.07.2023, spec. par. 3.

⁽¹⁵⁾ I limiti dimensionali sono stati poi definiti con d.m. 7 agosto 2023, n. 111: per un commento al riguardo, v. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, 393; D. BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in C. CECHELLA (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Bologna, 2023, 40 ss.; I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in <www.judicium.it>, 04.10.2023; L. DELLA PIETRA, *Focus sul d.m. 7 agosto 2023*, n. 110, in *Dir. proc. civ. it. comp.*, 2023, 830 ss.; 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.

tato l'idea che l'atto di impugnazione prolisso possa essere dichiarato, per ciò solo, inammissibile ⁽¹⁶⁾. Tuttavia, laddove queste disposizioni si interpretassero in quella direzione, il principio di sinteticità verrebbe utilizzato per finalità contrarie alla realizzazione del dialogo ⁽¹⁷⁾.

5. *Variazioni sul principio di sinteticità.* – Al di là di questi aspetti inquietanti, bisogna osservare che il principio di sinteticità degli atti processuali, insieme con il principio di chiarezza, è stato adesso inserito fra le disposizioni generali del processo civile nell'articolo 121 c.p.c. ⁽¹⁸⁾: tali principi hanno dunque una vasta potenzialità di applicazione, probabilmente ben oltre le intenzioni del legislatore.

Sul concetto di sinteticità si è detto molto e sono state adottate diverse impostazioni teoriche. Secondo una prima concezione, la sinteticità viene intesa semplicemente come brevità: è sintetico chi parla per un tempo limitato, oppure che scrive poche pagine. È questa la prospettiva infelice del legislatore, perché in realtà anche un testo breve può essere prolisso se si tratta di un argomento

⁽¹⁶⁾ V. in particolare A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 96 e 119; M.S. CATALANO, *Le impugnazioni in generale e l'appello*, in E. DALMOTTO (a cura di), *Lezioni sul nuovo processo civile*, Bologna, 2023, 138.

⁽¹⁷⁾ Si noti però che, con lo schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri e trasmesso alle Camere in data 6 marzo 2023, si è proposta la riformulazione dell'art. 342 c.p.c. al fine di escludere in modo inequivoco che i requisiti formali di chiarezza, sinteticità e specificità dell'atto di appello possano condurre all'inammissibilità dell'impugnazione; nessuna modifica è stata invece proposta con riferimento all'art. 366 c.p.c. relativamente al ricorso per cassazione. Sul punto, anche alla luce dello schema di decreto correttivo, v. G. RUFFINI, E. ODORISIO, *L'appello*, in G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, vol. II, Bologna, 2024, 394.

⁽¹⁸⁾ Al riguardo, dopo la riforma del 2022, v. F.P. LUISO, *Il nuovo processo civile*, cit., 27 s., il quale osserva che «la chiarezza e la sinteticità sono requisiti fondamentali di qualunque atto, nell'interesse principale dell'autore dello stesso».

semplice. Il problema, dunque, è quello di parametrare la lunghezza del discorso alla complessità dell'argomento.

Una seconda concezione, che tiene conto di quest'ultimo rilievo, intende invece la sinteticità come concisione, come non ridondanza: in questa prospettiva, sintetico è il testo che dice tutto col minor numero di parole possibili, con uno stile asciutto, senza ripetizioni, senza frasi superflue.

Vi è poi una terza concezione della sinteticità, che è stata messa in luce da Michele Taruffo osservando che, su un piano linguistico, il contrario di «sintetico» è in realtà «analitico»⁽¹⁹⁾. In questa prospettiva, il discorso sintetico implica una trattazione omnicomprensiva e riassuntiva delle questioni, delle quali si fa appunto una sintesi; al contrario, l'argomentazione analitica prende in considerazione tutti gli aspetti rilevanti di una questione.

Se si riflette bene, per assolvere in modo autentico la sua funzione, il dialogo deve essere conciso, ma al tempo stesso anche analitico: deve cioè affrontare in modo dettagliato e approfondito tutte le questioni controverse. Solo in questo modo è possibile una reciproca influenza fra le posizioni e le opinioni delle parti. Ne emerge, in conclusione, un grande problema di stile, sul quale si stanno lambiccando gli avvocati, i quali da un lato devono essere completi e puntuali, ma dall'altro lato risultano ingabbiati dai limiti dimensionali dei loro atti.

⁽¹⁹⁾ Per tale osservazione, v. M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 453 ss., spec. 455 s., dove si legge: «il contrario di 'sintetico' non è – o non è soltanto – 'prolisso', ma è – in logica ma anche in ogni teoria dell'argomentazione – 'analitico'. Allora, però, il discorso si fa più serio. Rimane infatti da dimostrare che una argomentazione analitica, che prende in considerazione tutti gli aspetti rilevanti di una dimostrazione o di una giustificazione, o una narrazione analitica di un evento, di una serie di eventi o di una situazione di fatto, o una decisione analitica perché si occupa di tutti gli aspetti rilevanti di fatto e di diritto, magari con una valutazione completa e specifica di tutte le prove, siano da valutare negativamente, e magari da sanzionare in qualche modo, per il solo fatto che, essendo testi analitici, non sarebbero sintetici».

6. *L'eleganza del discorso*. – La verità è che, per svolgere un discorso efficace, occorre dire tutto quanto è necessario, al tempo stesso rendendo il ragionamento semplice, anche quando la questione da affrontare è complessa. Il discorso deve essere sobrio ed elegante: è questa la concezione di *concinnitas*, ossia di armonia stilistica, di proporzione della forma espressiva⁽²⁰⁾. A tal fine, occorre affinare l'arte dell'eloquenza, che richiede tempo per essere sviluppata: essa è l'accuratezza con cui si scrive e si parla, è la cura delle parole.

Le parole sono importanti, urlava il cineasta Nanni Moretti con la sua celebre intransigenza morale⁽²¹⁾. Si tratta di un giudizio netto e severo, ma per fare discorsi efficaci bisogna scegliere le parole giuste, impostare in modo appropriato l'ordine del discorso: il dialogo ha infatti un tempo limitato, oltre il quale cala l'attenzione degli ascoltatori. Occorre quindi sfruttare bene il proprio diritto di parlare.

Per un'argomentazione efficace, coerente con il principio del dialogo, occorre inoltre affrontare tutti gli argomenti del proprio avversario, attaccarli al cuore, non girarci intorno parlando a vanvera. Spesso, invece, gli avvocati impostano il proprio discorso senza tenere conto delle obiezioni della controparte, vanno avanti come se queste non fossero state nemmeno formulate. È evidente che, in questo modo, si tradisce lo spirito del dialogo, ma soprattutto si adopera una tecnica incapace di produrre risultati utili. Questa patologia dell'atto processuale finisce infatti per far ricadere sul giudice la selezione critica delle ragioni dei litiganti, rendendo la decisione del tutto imprevedibile. Se invece si scompon-

⁽²⁰⁾ Richiama la nozione di *concinnitas*, in particolare, A. TEDOLDI, *Chiarezza e sintesi tra mito e realtà*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 669 ss., spec. 672 ss.

⁽²¹⁾ Giungendo addirittura a schiaffeggiare la giornalista che parlava male nel film *Palombella rossa* del 1989: sul punto, v. P. D'AGOSTINI, *Le magnifiche ossessioni*, in V. ZAGARRIO (a cura di), *Nanni Moretti. Lo sguardo morale*, Venezia, 2012, 70 s.; sulla poetica di questo regista, v. inoltre R. DE GAETANO, *Nanni Moretti. Lo smarrimento del presente*, Cosenza, 2011, spec. 71 ss.

gono e si affrontano tutte le singole questioni controverse, il dialogo processuale svolge bene il suo compito preparatorio.

7. Funzione delle schede processuali. – Per far funzionare il dialogo nel processo, è altresì necessario che qualcuno lo regoli, che indirizzi i discorsi delle parti e dei loro avvocati in modo ordinato, soprattutto in presenza di deviazioni patologiche del discorso. È questo uno dei compiti del giudice, che lo stesso deve adempiere in udienza per le discussioni che si svolgono in forma orale. Per gli atti scritti, invece, il giudice non può fare altro che leggerli, senza possibilità di intervenire a correggere il tiro nel momento della loro formazione: l'ultima riforma del processo civile ha però previsto la possibilità di adottare schemi informatici degli atti processuali ⁽²²⁾.

Non credo, in realtà, che sia opportuno irrigidire le difese delle parti in uno schema preconfezionato ⁽²³⁾. Tuttavia, alla fine del processo, è certamente utile che le loro argomentazioni siano organizzate in una tabella riepilogativa, ordinata secondo l'ordine logico delle questioni, nella quale siano illustrate con chiarezza le reciproche posizioni dei litiganti. Si tratta di un lavoro preparatorio assai delicato, da svolgere con competenza e in modo accurato, che può essere eseguito con l'ausilio degli addetti dell'ufficio del processo ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Così è stato previsto dal nuovo testo dell'art. 46 disp. att. c.p.c., che ha delegato il Ministro della Giustizia a definire con decreto gli schemi informatici degli atti giudiziari: in proposito, v. A. BONAFINE, *Processo telematico*, in R. TISCINI (a cura di), M. FARINA (coord.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022*, n. 149, Pisa, 2023, 182 ss.

⁽²³⁾ Per una incisiva critica al riguardo, v. G. SCARSELLI, *Contro l'idea che l'esercizio dell'azione giudiziale possa darsi compilando formulari predisposti dal Ministero della Giustizia*, in <www.judicium.it>, 23.06.2021.

⁽²⁴⁾ Anche secondo S. BOCCAGNA, *La nuova organizzazione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1381 s., fra i principali compiti degli addetti all'ufficio del processo vi è quello di redigere schede di sintesi delle attività processuali svolte.

La lettura di questa scheda riepilogativa permetterebbe al giudice di comprendere immediatamente le questioni controverse e le rispettive argomentazioni delle parti, consentendogli una decisione più accurata, oltre che più rapida ⁽²⁵⁾. In questa prospettiva, dunque, le schede processuali possono risultare preziose per una migliore attuazione del principio del dialogo.

8. *Per lo sviluppo del principio di chiarezza.* – Un altro aspetto relativo alla forma del dialogo processuale riguarda la questione della cortesia. Nel dialogo conflittuale proprio del processo giurisdizionale non è in realtà necessario essere gentili e premurosi verso l'avversario, anche se lo stile del discorso deve essere improntato al rispetto reciproco. L'art. 89 c.p.c. stabilisce infatti soltanto un divieto di utilizzare espressioni sconvenienti od offensive ⁽²⁶⁾: e ovviamente c'è un ampio spazio di manovra fra la cortesia e l'oltraggio.

La cortesia potrebbe peraltro pregiudicare la chiarezza, perché utilizzando formule verbali più sfumate o delicate il discorso potrebbe risultare ambiguo o generico. Nel processo è invece fondamentale dire le cose in modo chiaro e diretto, senza girarci troppo intorno con espressioni verbali eufemistiche, al solo scopo di non ferire la sensibilità del proprio avversario. Si tratta pur sempre di un litigio.

Questo rilievo ci conduce allora ad affrontare in modo più approfondito il problema della chiarezza del discorso processuale, che ai sensi dell'art. 121 c.p.c. costituisce ormai un principio generale del sistema del processo civile. La chiarezza va innanzitut-

⁽²⁵⁾ Per la valorizzazione di questa prospettiva, mi permetto di rinviare a M. GRADI, *El coste de la burocratización de la Administración de Justicia*, in J.F. HERRERO PEREZAGUA, J. LÓPEZ SÁNCHEZ (coord.), *La Justicia tenía un precio*, Barcelona, 2023, 17 ss., spec. 35.

⁽²⁶⁾ Sul tema, v. S. SATTA, *Cancellazione di offese negli scritti difensivi*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 1066 ss.; e, da ultimo, F.S. DAMIANI, *Riflessioni sul regime giuridico delle offese nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 415 ss.

to intesa come intelligibilità e comprensibilità di quello che si dice. È dunque del tutto evidente che i discorsi poco chiari costituiscono un problema per lo svolgimento del dialogo nel processo.

È inoltre comprensibile che il legislatore abbia introdotto norme processuali *ad hoc* che richiedono la chiarezza del contenuto degli atti di parte, nonché previsto delle sanzioni in caso di inosservanza. Si pensi, in particolare all'art. 163 c.p.c., che impone all'attore di esporre i fatti in modo chiaro e specifico, con la minaccia della nullità dell'atto di citazione prevista dall'art. 164 c.p.c. ⁽²⁷⁾; si pensi inoltre ai già ricordati artt. 342 e 366 c.p.c., i quali richiedono, a pena di inammissibilità, la formulazione dei motivi di impugnazione, non soltanto in modo sintetico e specifico, ma anche in modo chiaro ⁽²⁸⁾.

Il legislatore italiano si è dunque occupato della chiarezza degli atti processuali essenzialmente nella prospettiva dell'oscurità delle ragioni invocate a sostegno delle proprie domande e delle proprie difese. In questo modo, la mancanza di chiarezza si ritorce contro lo stesso interesse della parte che ha formulato atti poco intellegibili.

Tuttavia, al nostro legislatore processuale è mancata la piena consapevolezza dell'ipotesi inversa, ossia del caso in cui l'ambiguità del discorso sia rivolta a danno dell'avversario, con l'intento di fraintendere le sue legittime richieste informative, di

⁽²⁷⁾ Sul punto, v. in particolare A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, cit., 33 ss.; C. DELLE DONNE, *La fase introduttiva, prima udienza e provvedimenti del giudice istruttore*, in R. TISCINI (a cura di), M. FARINA (coord.), *La riforma Cartabia del processo civile*, cit., 273 ss.; E. DALMOTTO, *Il processo ordinario di cognizione*, in ID. (a cura di), *Lezioni sul nuovo processo civile*, cit., 52 ss.

⁽²⁸⁾ V. *supra*, par. 4, note 16-17 e testo corrispondente, dove si è anche rammentato che, con lo schema di decreto correttivo approvato dal Consiglio dei Ministri e trasmesso alle Camere in data 6 marzo 2023, si è proposta una riformulazione dell'art. 342 c.p.c. al fine di precisare che la violazione dei canoni di chiarezza, sinteticità e specificità dell'atto di appello non possano condurre all'inammissibilità dell'impugnazione; come si è parimenti ricordato, con tale schema di decreto correttivo, non è stata invece proposta alcuna modifica dell'art. 366 c.p.c. con riguardo al ricorso per cassazione.

non dargli le informazioni che gli servono, di mascherare il reale svolgimento dei fatti. Questa diversa prospettiva della chiarezza ci conduce allora inevitabilmente al problema della verità nel processo, il cui collegamento è stato sostanzialmente trascurato dagli interpreti ⁽²⁹⁾.

Si tratta però di una questione fondamentale, che impone di chiederci quale sia il tipo di processo che desideriamo da un punto di vista istituzionale. Vogliamo veramente legittimare un sistema processuale dominato dall'opacità e dall'equivocazione, nel quale si gioca al reciproco malinteso? In questo modo, si ammetterebbe il ricorso a sofismi verbali, ad argomentazioni viziose, si sdoganerebbe l'uso bieco e distorto della retorica, l'uso approssimativo delle parole.

9. *La teoria della conversazione basata sul principio di cooperazione.* – Del tutto diversa è la prospettiva del filosofo Herbert Paul Grice, che ha elaborato una raffinata teoria della conversazione basata sul principio di cooperazione ⁽³⁰⁾, la quale può a mio avviso trovare applicazione anche nell'ambito del processo giurisdizionale. Questa teoria si fonda su quattro massime conversazionali, che risultano tutte quante essenziali per l'efficace svolgimento del dialogo.

La massima della relazione («sii pertinente») impone di astenersi dall'andare fuori tema rispetto all'oggetto del discorso, di evitare le divagazioni inutili. La massima della qualità («sii sincero») impone invece alle parti di fornire informazioni veritiere se-

⁽²⁹⁾ Per un accenno in tal senso, v. però G. CANALE, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1025 ss., spec. 1033 ss., il quale è tuttavia dubbioso in merito all'esistenza del dovere di verità delle parti nel processo civile.

⁽³⁰⁾ Questa teoria è stata formulata in H.P. GRICE, *Logic and Conversation*, in P. COLE, J.L. MORGAN (eds.), *Speech Acts*, New York, 1975, 41 ss., nella trad. it. a cura di G. Moro, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, Bologna, 1993, 55 ss.

condo la loro conoscenza. La massima della quantità («non essere reticente o ridondante») richiede, da un lato, di non dire più di quello che serve, ma dall'altro di non omettere informazioni rilevanti rispetto all'ambito della conversazione. Infine, la massima del modo («sii perspicuo») implica di svolgere discorsi comprensibili che siano brevi, ordinati, ma soprattutto chiari, cioè non oscuri né ambigui ⁽³¹⁾.

Come si può vedere, tra le massime conversazionali di Grice vi è sia il divieto di menzogna sia il divieto di reticenza, i quali congiuntamente costituiscono la componente statica dell'obbligo di verità delle parti nel processo civile ⁽³²⁾. Il divieto di menzogna, indicato comunemente dalla dottrina tedesca come obbligo di verità in senso stretto (*Wahrheitspflicht*), impone alle parti di non mentire, ossia di «non affermare consapevolmente cose contrarie al vero» ⁽³³⁾; il divieto di reticenza, noto in Germania come obbligo di completezza (*Vollständigkeitspflicht*), richiede invece di non omettere dal discorso quelle informazioni che alterano la veridicità delle proprie affermazioni sui fatti oppure quelle circostanze fondamentali per il giudizio, dal quale dipendono le sorti della causa ⁽³⁴⁾.

⁽³¹⁾ Sulla teoria della conversazione di Grice, v. in particolare G. DI BIASE, *Comunicare bene. Per un'etica dell'attenzione*, Milano, 2008, 37 ss.

⁽³²⁾ Al riguardo, mi permetto di rinviare a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 311 ss.; sul divieto di rendere dichiarazioni mendaci o incomplete nel processo civile, v. inoltre M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità. Contributo alla teoria dell'utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*, Milano, 1962, I, 377 ss.; A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 47 ss. e 491 ss.

⁽³³⁾ Secondo la celebre espressione di G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., vol. II, 1, Napoli, 1936, 238.

⁽³⁴⁾ Come ho osservato in M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 318 ss., la completezza della dichiarazione spontanea della parte deve essere misurata con riguardo all'oggetto della dichiarazione (c.d. completezza interna) oppure con riguardo all'oggetto del processo (c.d. completezza esterna), nel qual caso impone alle parti di riferire anche quei fatti che il giudice deve prendere in considerazione d'ufficio, in particolare quelli che fondano eccezioni in senso lato. Va anche tenuto

In entrambi i casi, si può tuttavia parlare di profilo statico dell'obbligo di verità delle parti perché la violazione di questi due obblighi può essere sanzionata soltanto se la menzogna o la reticenza della parte viene scoperta nel corso del processo. Certamente, infatti, la parte non può essere sanzionata se il falso non risulta dagli atti della causa. Laddove invece la parte venga sbugiardata in giudizio, nel nostro sistema del processo civile si possono applicare le sanzioni economiche di cui agli artt. 92 e 96 c.p.c., che si traducono nel pagamento di somme di denaro a favore della controparte ed eventualmente anche a favore delle casse statali ⁽³⁵⁾.

Ovviamente, se una parte sa che l'avversario non può smascherare la sua menzogna, tale parte può offrire una falsa rappresentazione dei fatti senza il timore di incorrere in sanzioni. Ecco perché nelle situazioni di asimmetria informativa è così importante il profilo dinamico dell'obbligo di verità delle parti, che consiste nell'obbligo di chiarificazione processuale: è quello che i tedeschi chiamano *Aufklärungspflicht*, mentre nell'Europa continentale si parla, più genericamente, di obbligo di collaborazione ⁽³⁶⁾.

conto che l'obbligo di completezza si misura in relazione allo sviluppo dialettico del processo, nel senso che alla parte non può mai essere richiesto di fornire spontaneamente informazioni su aspetti imprevedibili della lite.

⁽³⁵⁾ Per l'applicazione di queste conseguenze in caso di menzogna o reticenza della parte, v. in particolare A. CARRATTA, *Dovere di verità e completezza nel processo civile*, cit., 517 s.; nel caso in cui la menzogna o la reticenza della parte sia fraudolenta, ossia tale da ingannare l'avversario e il giudice, e venga scoperta soltanto dopo la conclusione del processo, sarà invece possibile chiedere la revocazione della sentenza, ancorché passata in giudicato, ai sensi dell'art. 395, n. 1, c.p.c., ossia per dolo della parte vincitrice, come riconosciuto da Cass. civ., sez. un., 6 settembre 1990, n. 9213, in *Foro it.*, 1991, I, 484 ss., con nota di G. TOMBARI FABBRI-
NI, *In tema di dolo revocatorio ex art. 395, n. 1, c.p.c.*

⁽³⁶⁾ Per la costruzione dell'obbligo di chiarificazione delle parti è fondamentale la monografia di R. STÜRNER, *Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses*, Tübingen, 1976, 134 ss.; nella dottrina italiana, questo tema è stato invece trascurato negli studi sull'obbligo di verità delle parti, come ho avuto già modo di rilevare in M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 343 ss., a cui rinvio anche per l'analisi strutturale dell'istituto. Sull'obbligo di chiarificazione delle parti, a

Si tratta però sempre di un obbligo di collaborare al chiarimento dei fatti della causa, rispondendo a domande, esibendo documenti, oppure tollerando un'ispezione sui luoghi che appartengono alla parte, sulle proprie cose o anche sulla propria persona. Nel sistema del processo civile italiano, la sanzione più importante per la mancata collaborazione consiste nella sanzione probatoria dell'argomento di prova *ex art. 116, 2° comma, c.p.c.*: dal comportamento non cooperativo del litigante il giudice deve trarre elementi di convincimento sull'esistenza del fatto che la parte si è rifiutata di chiarire ⁽³⁷⁾.

Entrambe le componenti dell'obbligo di verità sono compromesse da discorsi vaghi e ambigui, cioè dal difetto di trasparenza e di comprensibilità degli enunciati sui fatti, che non a caso costituisce un comportamento vietato anche nella teoria della conversazione basata sul principio di cooperazione. Ciò ci induce allora ad approfondire, nella prospettiva dell'efficacia del dialogo processuale, il rapporto fra verità e la chiarezza del discorso ⁽³⁸⁾.

10. Verità e ambiguità. – Le parti potrebbero evitare di dire la verità effettuando dichiarazioni oscure sui fatti, tali cioè da non po-

volte indicato anche come obbligo di chiarimento, v. anche S. DALLA BONTÀ, *L'introduzione della causa tra sostanziazione e individuazione. Premesse teorico-ricostruttive*, Napoli, 2018, 300 ss.; S. PATTI, *Le prove*, 2ª ed., volume del *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2021, 100 ss.

⁽³⁷⁾ Per la valorizzazione dell'argomento di prova ai fini della decisione del giudice, è fondamentale lo studio di G. RUFFINI, «Argomenti di prova» e «fondamento della decisione» del giudice civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1329 ss., spec. 1351 ss., il quale sostiene l'idea che l'argomento di prova possa costituire un elemento sufficiente a giustificare il giudizio di fatto; in analoga prospettiva, di recente, G.N. NARDO, *Autosufficienza ai fini decisori degli argomenti di prova*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 629 ss.

⁽³⁸⁾ Per l'anticipazione di alcune considerazioni sul rapporto fra obbligo di verità delle parti e principio di chiarezza, rinvio a M. GRADI, *Il dovere di leale collaborazione delle parti: verso una nuova filosofia processuale*, in *Corti fiorentine*, 2023, 39 ss., spec. 65 ss.

ter essere valutate in modo immediato come veritiere o come false. A stretto rigore, infatti, l'ambiguità delle espressioni adoperate dai litiganti non consente di attribuire al discorso un valore di verità o di falsità.

Più precisamente, questa patologia della comunicazione processuale può consistere nell'uso di un termine per denotare cose diverse (*aequivocatio*), oppure nel limitare o nell'estendere il significato di una parola (rispettivamente, *restrictio* e *subalternatio*), così lasciando inalterata la lettera della frase, ma al tempo stesso mutandone radicalmente il senso, o ancora nel ricorrere a costrutti grammaticali difettosi, ossia tali da generare una molteplicità di possibili significati (*amphibolia*) ⁽³⁹⁾.

Le dichiarazioni ambigue possono tuttavia determinare una rappresentazione fuorviante dei fatti, idonea a trarre in inganno la controparte e il giudice: ciò si verifica quando la dichiarazione artificiosa è in realtà diretta a dissimulare la verità. Si pensi al celebre caso di Bill Clinton che, quando era Presidente degli Stati Uniti d'America, fu sanzionato per aver risposto in maniera ambigua, tale da essere considerata falsa, nell'ambito di una deposizione processuale: egli affermò di non avere avuto una «relazione sessuale» con la sua stagista, mentre invece vi erano stati – come è noto alle cronache – rapporti intimi, sia pure non completi; messo di fronte a questa verità, il Presidente cercò allora di giustificarsi affermando di avere inteso il concetto «rapporti sessuali » come limitato ai soli «rapporti sessuali completi». Per questa equivocazione fu quindi sottoposto ad una procedura di *impeachment* presidenziale, dalla quale scampò a stretta maggioranza, in una vicenda che fece comunque grande scalpore; nel procedimento civile fu invece sanzionato come mentitore con un *civil*

⁽³⁹⁾ In proposito, v. V. SOMMER, *Lob der Lüge. Täuschung und Selbstbetrug bei Tier und Mensch*, München, 1992, nella trad. it. a cura di P. Budinich, *Elogio della menzogna. Per una storia naturale dell'inganno*, Torino, 1999, 25; L. ZANOLLI, *La dottrina delle «fallaciae in dictione» in Pietro Ispano*, in *Riv. fil. neo-scolastica*, 1999, fasc. 2, 205 ss.; A. SCHIAPARELLI, *Galeno e le fallacie linguistiche. Il «De captionibus in dictione»*, Venezia, 2002, 1 ss.

contempt e sospeso per quattro anni dall'esercizio della professione di avvocato ⁽⁴⁰⁾.

Al fine di contrastare questo vizio del discorso processuale, sorge allora la necessità di adottare un vero e proprio obbligo di chiarezza a carico delle parti, idoneo a presidiare l'obbligo di verità, ossia – più precisamente – un divieto di ambiguità delle loro dichiarazioni, al quale deve peraltro necessariamente correlarsi anche un obbligo di specificità. Le narrazioni generiche sui fatti costituiscono infatti una particolare forma di oscurità del discorso, perché non adeguatamente specifico rispetto alle esigenze del processo: tale pratica comunicativa impedisce infatti di comprendere l'effettiva posizione della parte sui fatti della causa.

La violazione di questi canoni di comportamento potrebbe apparire meno grave rispetto alla trasgressione flagrante del divieto di menzogna o del divieto di reticenza, in quanto la parte potrebbe invocare una sorta di diritto di non capire, cioè di fraintendere l'effettivo contenuto del dibattito processuale. Ma a me sembra, esattamente al contrario, che questo comportamento sia in realtà ben più pericoloso e subdolo, perché è volto – sotto l'apparenza di un comportamento corretto e rispettoso del principio del dialogo – ad evitare il confronto leale con l'avversario, nonché a fuorviare la decisione del giudice.

11. La chiarificazione processuale. – Se la parte non espone le circostanze della causa in maniera sufficientemente chiara e specifica, è tuttavia possibile rivolgere alla stessa opportune richieste di chiarimento, al fine di poter verificare la corrispondenza dei suoi enunciati con la realtà. Ciò permette di eliminare le ambiguità del suo discorso e, in particolare, di sciogliere il senso delle conven-

⁽⁴⁰⁾ Mi riferisco al caso *Jones v. Clinton*, 36 F.Supp.2d 1118 (E.D. Ark. 1999). Sulla vicenda, in una prospettiva storico-politica, v. anche D.H. ERSKINE, *The Trial of Queen Caroline and The Impeachment of President Clinton: Law as A Weapon for Political Reform*, in 7 Wash. Un. Global Studies Law Rev., 1 ss. (2008).

zioni semantiche utilizzate dal litigante, che possono essere oggetto di diverse valutazioni fra le parti.

È infatti sicuramente possibile che fra i partecipanti al discorso vi sia una divergenza di opinioni in ordine alla definizione del significato delle parole adoperate nella narrazione ⁽⁴¹⁾. Tuttavia, affinché tale situazione attenga al piano squisitamente ermeneutico del discorso, occorre che il conflitto linguistico sia ragionevole e non arbitrario, oltre che esplicito nell'ambito del discorso. Ne risulta che, nel caso in cui la proposizione formulata dal litigante si fondi su di una scelta terminologica diversa da quella propria del senso comune, senza che questa diversa scelta venga esplicitata nell'ambito del discorso, essa non è altro che una equivocazione del senso delle parole, ossia un espediente rivolto ad evitare di dire il vero e, quindi, una particolare forma del falso.

Le richieste di chiarimento possono ovviamente riguardare non soltanto le dichiarazioni spontaneamente già rese dell'altra parte, ma anche l'acquisizione di ulteriori notizie su fatti che la parte richiedente non conosce in ragione dell'asimmetria informativa sussistente fra i litiganti. È questa, come si è visto, la componente dinamica dell'obbligo di verità delle parti, ossia l'obbligo processuale di chiarificazione. In questa prospettiva, ciascun litigante può pretendere che il suo avversario prenda posizione su fatti specifici, così come può rivolgergli domande aperte per ottenere ulteriori informazioni.

Quando la richiesta di chiarificazione implica di rendere dichiarazioni sui fatti, la loro caratteristica essenziale è naturalmente la specificità e la chiarezza delle risposte. È evidente infatti che, a fronte di una richiesta informativa, la risposta indeterminata o

⁽⁴¹⁾ A questo proposito, si può parlare convenzionalmente di relativismo descrittivo, il quale dipende dall'adozione di un determinato registro linguistico: in proposito, v. A. COLIVA, *I modi del relativismo*, Roma-Bari, 2009, 3 ss., 18 ss., 33 ss.

addirittura anfibologica non può di certo costituire un adeguato adempimento della *Aufklärungspflicht* ⁽⁴²⁾.

12. *L'obbligo di prendere posizione sui fatti in modo categorico.* – Un primo ambito applicativo della chiarificazione mediante dichiarazioni riguarda l'obbligo di prendere posizione sui fatti affermati dall'avversario, che nella dottrina tedesca viene indicato come obbligo di dichiarazione (*Erklärungspflicht*) ⁽⁴³⁾: tale canone di comportamento – che nel nostro sistema processuale è imposto dall'art. 115, 1° comma, c.p.c. – impone semplicemente di confermare o di contestare categoricamente, ossia senza confusione né ambiguità, le affermazioni rese dall'avversario sull'esistenza o sull'inesistenza di fatti determinati.

Secondo la prevalente dottrina, tale disposizione non codifica un vero e proprio obbligo della parte di dichiararsi sulle circostanze *ex adverso* narrate, quanto piuttosto soltanto un onere di dichiarazione sui fatti, che, in caso di silenzio, ha come unica conseguenza la possibilità per il giudice di fondare la propria decisione *in facto* sulla non contestazione ⁽⁴⁴⁾. In questo modo, ai fini degli effetti processuali, la non contestazione equivale in sostanza ad una ammissione tacita del fatto, con la conseguenza che non è

⁽⁴²⁾ Secondo R. COLOMA, *Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales*, in P. BRUNET e F. ARENA (a cura di), *Questions contemporaines de théorie analytique du droit*, Madrid, 2011, 87 s., la precisione è uno dei sei criteri utilizzare per valutare la bontà di una narrazione processuale sui fatti; in senso conforme, v. G. TUZET, *Narrazioni processuali*, in 7 *APhEx*, 2013, 34, testo e nota 42.

⁽⁴³⁾ Sull'argomento, anche per amplissimi riferimenti, v. A. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, 207 ss.

⁽⁴⁴⁾ È questa, ad esempio, la prospettiva di B. SASSANI, *L'onere della contestazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 410 ss.; I. PAGNI, *L'onere di contestazione dei fatti avversari, dopo la modifica dell'art. 115 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 2011, 237 ss.; A. TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 76 ss., spec. 81; F. DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, Roma, 2012, 7 ss.

affatto necessario imporre alla parte sempre e comunque un obbligo di dichiararsi espressamente su tutti i fatti *ex adverso* dedotti, proprio perché la non contestazione non intralcia l'attività di ricostruzione dei fatti nel processo.

La costruzione in termini di onere processuale di questo fenomeno offre un punto di vista sicuramente cruciale, ma non può impedire di osservare l'istituto anche da un'altra angolazione. Infatti, il silenzio al quale il legislatore ricollega l'effetto di un'ammissione fittizia è da considerarsi anche come una speciale forma di chiarificazione: proprio in ragione del significato attribuito dal legislatore a tale comportamento, il *taciturnus* conferma implicitamente la veridicità della dichiarazione avversaria, così assolvendo semplicemente con il silenzio all'obbligo di chiarire la sua posizione sul fatto già dedotto in giudizio dall'avversario ⁽⁴⁵⁾. In altre parole, alla luce del principio di non contestazione, il silenzio costituisce una forma di chiarificazione implicita, spingendo la parte a parlare soltanto qualora intenda contestare la narrazione dei fatti dell'avversario.

Il discorso cambia invece nettamente nel caso in cui la parte prenda posizione sul fatto dedotto dall'avversario con una contestazione generica o ambigua. È in tal caso violato il canone di comportamento richiesto dal sistema processuale, che se può accettare i silenzi categorici, non può invece tollerare le risposte evasive, equivoche o polivalenti. Si può allora comprendere l'autentico significato dell'obbligo di prendere posizione sui fatti affermati dall'avversario: esso consiste nell'obbligo di esprimersi al riguardo in modo chiaro, circostanziato e specifico, il che può avvenire sia mediante un silenzio categorico equivalente

⁽⁴⁵⁾ Per questa intuizione, v. F. VON HIPPEL, *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess. Beiträge zum natürlichen Aufbau des Prozeßrechts und zur Erforschung der Rechtstheorie des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1939, 310 ss., secondo il quale appunto – quando alla non contestazione è attribuito un significato univoco – la parte assolve con il silenzio l'obbligo di chiarificazione.

all'ammissione implicita, sia con una risposta chiara e puntuale ⁽⁴⁶⁾.

13. Il problema delle risposte evasive. – L'effetto della chiarificazione mediante il silenzio trova applicazione, oltre che in merito ai fatti affermati dall'avversario, anche quando alla parte sia stato deferito l'interrogatorio formale al fine di confermare o di contestare uno o più fatti specifici: poiché l'art. 232, 1° comma, c.p.c. collega al silenzio osservato in sede di interrogatorio la conseguenza dell'ammissione tacita, l'interrogato prende una posizione categorica semplicemente tacendo.

In caso di risposta evasiva e generica, è parimenti violato il canone di comportamento richiesto dalla norma, ma in questa ipotesi vi è una significativa differenza. Nel corso dell'interrogatorio, è infatti possibile chiedere alla parte obbligata di sciogliere l'ambiguità del suo discorso, oppure di fornire particolari e dettagli per chiarire puntualmente il significato della sua risposta. Qualora, nonostante tale sollecitazione, la parte perseveri nel difendere la propria narrazione enigmatica o sommaria, dovrà considerarsi definitivamente violato l'obbligo di chiarificazione.

Tale violazione deve dunque trovare una sanzione probatoria adeguata: secondo una prima opzione, si può considerare la risposta indeterminata o evasiva come equivalente ad una mancata risposta, come in effetti sicuramente è, applicando contro la parte la *fictio* di non contestazione di cui all'art. 232, 1° comma,

⁽⁴⁶⁾ In modo conforme, si esprime R. CAPONI, *Note in tema di poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 540, il quale allude ad un «obbligo di contestare in modo preciso e circostanziato i fatti affermati dalla controparte»; l'espressione adoperata da questo autore è tuttavia imprecisa perché non si può parlare, a stretto rigore, di obbligo di contestazione specifica, bensì di obbligo di prendere posizione in modo specifico, in quanto non si può certamente obbligare la parte a contestare la narrazione altrui che sia conforme al vero.

c.p.c. ⁽⁴⁷⁾; in alternativa, visto che la stessa integra pur sempre un contegno processuale caratterizzato da mancanza di chiarezza e specificità, può trovare applicazione la conseguenza dell'argomento di prova ai sensi della regola generale di cui all'art. 116, 2° comma, c.p.c. ⁽⁴⁸⁾.

14. *L'interrogatorio informativo.* – Le osservazioni finora svolte si riferiscono alla presa di posizione sui fatti affermati dalla controparte e alle risposte date in sede di interrogatorio relativamente alle domande binarie: in entrambi i casi la dichiarazione richiesta alla parte è del tipo vero/falso, la quale deve essere resa in maniera categorica, salva la possibilità del silenzio con valore di ammissione. Occorre però prendere in considerazione anche la questione delle domande aperte, che una parte può rivolgere al suo avversario secondo lo schema dell'interrogatorio informativo, il quale appare ammissibile nel nostro sistema del processo civile anche allo stato della legislazione vigente ⁽⁴⁹⁾.

Secondo la tradizionale opinione della dottrina, l'interrogatorio formale sarebbe invece finalizzato esclusivamente ad ottenere una confessione della parte ⁽⁵⁰⁾. Tale modo di concepire

⁽⁴⁷⁾ In tal senso, v. R. VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 382 s.; C. FERRI, *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, *ivi*, vol. XVII, Roma, 1989, 9.

⁽⁴⁸⁾ Come ritiene G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, Bari, 2009, 196 s.; per la possibilità di ricavare argomenti di prova dalle risposte rese dalle parti in sede di interrogatorio formale, v. inoltre M. TARUFFO, *Interrogatorio*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, vol. X, Torino, 1993, 62; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, Milano, 2000, 290.

⁽⁴⁹⁾ Come ho proposto in M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 731 ss.; ID., *Il giudice e i fatti*, in G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, vol. I, Bologna, 2023, 472 s.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso, v. in particolare V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3ª ed., vol. II, Napoli, 1957, 174; C. FURNO, *Confessione (diritto processuale civile)*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 883; M. TARUFFO, *Interrogatorio*, cit., 59 s.; nello stesso senso, v. anche M. CAPPELLETTI, *Efficacia di prove illegitti-*

l'istituto è profondamente riduttivo, perché con queste premesse è assai rara l'eventualità che l'interrogato pronunci una *contra se declaratio*, la quale è dunque soltanto uno dei possibili esiti dell'interpello. Di ciò sono ben consapevoli gli stessi sostenitori di questa tesi, i quali finiscono inevitabilmente per biasimare la scarsa utilità dell'interrogatorio formale nel sistema dei mezzi di prova ⁽⁵¹⁾.

Questa interpretazione dell'istituto non può pertanto essere accolta alla luce del diritto di difesa e del principio al contraddittorio in condizioni di parità, i quali impongono di riconoscere a ciascuna delle parti un ragionevole *jus interrogandi* nei confronti dell'avversario, per lo meno con riferimento al reperimento delle informazioni che il litigante non può in alcun modo ottenere senza la collaborazione del proprio avversario.

Come ha osservato Romano Vaccarella, l'art. 228 c.p.c., nell'affermare che la confessione giudiziale è provocata mediante interrogatorio formale, collega la prima al secondo, ma non significa affatto che quest'ultimo abbia come fine esclusivo la confessione della parte ⁽⁵²⁾. È stato Salvatore Satta a scolpire l'autentica funzione dell'istituto, osservando che la parte, «come impegna se stessa con le proprie dichiarazioni, ha il diritto (un diritto che

mamente ammesse e comportamento della parte, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 556 ss., spec. 572 ss.; ID., *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, cit., I, 195, il quale – pur esaltando il sapere delle parti in funzione probatoria – riteneva che per la sua acquisizione al processo dovesse utilizzarsi l'interrogatorio libero promosso su iniziativa del giudice e non quello formale richiesto dalle parti, considerato eccessivamente rigido e vincolato.

⁽⁵¹⁾ V., ad esempio, V. ANDRIOLI, *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, in *Nuovo Dig. it.*, vol. VII, Torino, 1938, 77, che considera l'interrogatorio formale finalizzato alla confessione «un residuo di procedure di altri tempi»; G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, cit. 229, la quale critica il legislatore per l'inadeguatezza dell'interrogatorio formale ad assolvere un'effettiva funzione probatoria.

⁽⁵²⁾ Per questo rilievo, v. R. VACCARELLA, *Interrogatorio delle parti*, cit., 355 s.

non è altro che lo svolgimento della sua azione) che l'altra parte si dichiara intorno ai fatti che sono oggetto della controversia» ⁽⁵³⁾.

Si potrebbe dire che, una volta iniziata una controversia giudiziaria, ciascuna parte ha diritto al dialogo, a confrontarsi direttamente con il proprio avversario processuale. Lo scopo dell'interrogatorio formale va dunque individuato nella finalità di provocare una dichiarazione personale della controparte sui fatti della causa, tenuto conto che tanto le risposte quanto il silenzio dell'interrogato possono offrire elementi di giudizio ⁽⁵⁴⁾.

Il problema fondamentale è allora di comprendere fino a che punto ci si possa spingere nella formulazione delle domande, alla luce del requisito di capitolazione specifica previsto dall'art. 230, 1° comma, c.p.c.: secondo alcuni interpreti, infatti, tale norma imporrebbe di formulare i quesiti in modo analitico e dettagliato, consentendo soltanto le domande binarie del tipo «vero che», le quali possono essere soddisfatte semplicemente con una conferma o con un diniego ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, 1, Milano, 1959, 219.

⁽⁵⁴⁾ Questa opinione non può più dirsi minoritaria nella dottrina, essendo sostenuta anche da L.P. COMOGGIO, *Le prove civili*, 3ª ed., Torino, 2010, 700 s., che parla significativamente di mezzo di «*provocatio ad declarandum*»; v. inoltre C. FERRI, *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, cit., 6 s.; L. DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, cit., 281 ss.; e già V. DENTI, *Interrogatorio formale di parte non legittimata a confessare*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 863 ss.; ID., *Interrogatorio formale e libera valutazione giudiziale*, in *Giur. it.*, 1962, I, 2, 544 ss., secondo il quale l'interrogatorio formale può essere adoperato anche nel caso in cui le risposte non possano comportare gli effetti tipici della confessione; a tale opinione aveva aderito anche E. ALLORIO, *Efficacia giuridica di prove ammesse ed esperite in contrasto con un divieto di legge?*, in *Giur. it.*, 1960, I, 2, 867.

⁽⁵⁵⁾ In questa prospettiva, v. G. LASERRA, *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, 918, secondo il quale i fatti capitolti devono essere «completi di tutti gli elementi di persona, di tempo, di causa, di modo, che danno al fatto il carattere di fondamento di un diritto»; in giurisprudenza, v. Cass. civ., 28 luglio 1983, n. 5212, in *Foro it.*, Rep., 1983, voce *Interrogatorio civile*, n. 1; Cass. civ., sez. II, 9 maggio 1996, n. 4370, in *Foro it.*, Rep., 1996, voce cit., n. 1; Cass. civ., sez. III, 23 giugno 2000, n. 8544, in *Foro it.*, Rep., 2000, voce

Questa limitazione non appare però compatibile con i principi del «giusto processo», né è necessariamente imposta dalla disciplina positiva dell'interrogatorio formale, del quale è possibile offrire una interpretazione evolutiva. Infatti, se si concepisce l'interrogatorio formale come strumento per provocare una dichiarazione dell'avversario sui fatti della causa, dal quale dedurre elementi probatori, non è affatto necessario concepire il requisito della specificità delle domande oggetto dell'interpello in modo così rigido. Al contrario, appare possibile formulare le domande in modo aperto per chiedere informazioni sui fatti rilevanti rispetto al *thema probandum*, del cui contenuto l'avversario non abbia conoscenza in dettaglio, ma di cui possa ragionevolmente supporre l'esistenza ⁽⁵⁶⁾.

Una diversa obiezione potrebbe derivare dal fatto che l'art. 232, 1° comma, c.p.c., collega alla mancata risposta l'effetto di un'ammissione fittizia dei «fatti dedotti nell'interrogatorio». Questo rilievo non può però escludere che la mancata risposta possa essere valutata ai sensi dell'art. 116, 2° comma, c.p.c., ossia come argomento di prova, secondo la regola generale dell'apprezzamento del contegno processuale delle parti, fra cui rientra certamente anche quello assunto dalla parte in sede di interrogatorio formale. In questo caso, l'inferenza probatoria che il giudice può trarre sull'esistenza e sul modo di essere del fatto complesso sarà meno agevole, ma può comunque essere conseguita mediante una valutazione equitativa.

cit., n. 1, secondo le quali l'interrogatorio deve essere concludente, ossia idoneo in caso di ammissione dell'interrogato a valere come confessione.

⁽⁵⁶⁾ Per uno spunto in tal senso, v. C. FERRI, *Interrogatorio (diritto processuale civile)*, cit., 7, secondo il quale può ammettersi l'interrogatorio «vertente su fatti rilevanti, ma dei quali ancora non si sappia se sono sfavorevoli all'interrogando e favorevoli al deducente»; una certa apertura, anche se non fino al punto indicato nel testo, si coglie altresì in G. REALI, *L'interrogatorio delle parti nel processo civile*, cit. 171, la quale, pur non ritenendo ammissibile un interrogatorio totalmente generico «su tutto quanto forma oggetto di causa», osserva che il giudice debba valutare in concreto il rispetto del requisito della specificità delle domande.

15. *Verità e completezza delle risposte.* – Quando si tratta di rendere dichiarazioni sui fatti, l'obbligo di chiarificazione deve ovviamente essere adempiuto dalle parti in modo veritiero e completo ⁽⁵⁷⁾. Non occorrono invero soverchie parole per apprezzare, anche in questo contesto, il divieto di mentire, mentre l'obbligo di rispondere in modo completo alle domande formulate richiede alcune puntualizzazioni, perché la completezza delle risposte deve ovviamente essere valutata in modo diverso rispetto alla completezza delle narrazioni spontanee della parte.

Come si è già osservato, con riferimento al contenuto informativo delle dichiarazioni che la parte rende spontaneamente, la completezza deve misurarsi con riferimento all'oggetto delle dichiarazioni medesime e all'oggetto del processo, con la conseguenza che le omissioni reticenti sono soltanto quelle che, rispetto a tale duplice oggetto, determinano una lacuna inaccettabile che tracima nella falsa rappresentazione del reale ⁽⁵⁸⁾.

Il discorso assume invece un connotato diverso quando alle parti siano rivolte domande e richieste di chiarimento nel corso dell'interrogatorio: in tale ambito, infatti, la completezza delle risposte deve essere valutata esclusivamente con riguardo all'oggetto delle richieste rivolte alla parte interrogata ⁽⁵⁹⁾. Di conse-

⁽⁵⁷⁾ Come osserva, assai lucidamente, S. PATTI, *Le prove*, 2ª ed., cit., 101, la questione dell'esistenza dell'obbligo di chiarificazione delle parti «appare per certi versi legata alla configurabilità di un obbligo della parte di dire la verità. Nessun vantaggio al corretto svolgimento del processo deriva infatti da un chiarimento non veritiero». Non può quindi essere condivisa l'opinione di G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., vol. II, Bari, 2023, 146, il quale afferma che «la parte interrogata non ha alcun obbligo, giuridicamente sanzionato, di dire la verità», ma al tempo stesso ritiene che la parte «abbia il dovere di presentarsi a rendere l'interrogatorio e di rispondere personalmente alle relative domande».

⁽⁵⁸⁾ Sul punto, v. *supra*, par. 9, testo e nota 34.

⁽⁵⁹⁾ In modo analogo si valuta la completezza delle dichiarazioni del testimone, che ha come metro di paragone sempre e comunque l'ambito oggettivo delle domande rivoltegli nel processo. Sulla falsa testimonianza per reticenza ai sensi dell'art. 372 c.p., il quale prevede anche il caso in cui il terzo taccia, «in tutto o in parte, ciò che sa intorno ai fatti sui quali è interrogato», v. ad esempio A. GRIECO,

guenza, qualora – nel rispondere – la parte ometta di riferire circostanze di fatto la cui comunicazione sia stata sollecitata con specifiche domande, viene ad essere alterata la qualità delle sue risposte, che devono pertanto essere considerate come reticenti.

16. Obbligo primario e obbligo secondario di chiarificazione. – La menzogna e la reticenza nell'adempimento dell'obbligo di chiarificazione comportano, oltre ad una particolare infrazione della *Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht*, anche una violazione della stessa *Aufklärungspflicht*, perché il falso finisce per frustrare lo scopo di tale obbligo processuale, che consiste appunto nel superamento delle asimmetrie informative che intercorrono fra le parti.

Ciò pone l'interprete di fronte ad un insidioso rompicapo processuale. In tali circostanze, infatti, l'unica parte a conoscenza dei fatti ha il ghiotto vantaggio di poter mentire o di essere reticente senza il timore di essere sbugiardata dall'avversario che non sa: il litigante potrebbe così fornire risposte false o lacunose in sede di interrogatorio, senza assolvere l'obbligo di chiarificazione, ma con l'intento di far credere alla controparte e al giudice di averlo scrupolosamente osservato.

La soluzione di questo problema richiede allora necessariamente un allargamento dello *jus interrogandi*. Più precisamente, si deve imporre alla parte interrogata l'obbligo di fornire precisazioni e dettagli in merito alle risposte già date, al fine di poterne svelare l'eventuale falsità o incompletezza. Tale obbligo può essere indicato convenzionalmente come obbligo secondario di chiarificazione, per distinguerlo dall'obbligo primario di chiarificazione, il quale va invece riferito alle richieste direttamente colle-

La tutela penale del processo civile, Napoli, 1963, 63 ss., 72 s.; G. RUGGIERO, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli, 1974, 167 ss., 202 ss.; O. DI GIOVINE, *Testimonianza (falsità di)*, in *Dig., disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 304 ss.; P. RAMUNDO, *La falsa testimonianza per reticenza e formazione della prova in dibattimento*, in *Giust. pen.*, 2013, II, 102 ss.

gate all'oggetto del processo ⁽⁶⁰⁾. Anche l'obbligo secondario di chiarificazione è ovviamente collegato al *thema probandum* della causa, ma soltanto in via indiretta, perché il suo scopo è quello di verificare la verità e la completezza dei chiarimenti già resi: è, insomma, un obbligo di fornire chiarimenti sui chiarimenti.

Nel nostro sistema processuale, è soltanto il giudice a poter chiedere chiarimenti sulle risposte già date dalla parte interrogata, ai sensi dell'art. 230, 3° comma, c.p.c. ⁽⁶¹⁾. Questo ovviamente è un limite piuttosto evidente al libero svolgimento del dialogo processuale, che meriterebbe di essere ripensato dal legislatore ⁽⁶²⁾, ma esso non esclude che anche nel nostro ordinamento si possano formulare ulteriori richieste di chiarimento nel corso dell'interrogatorio formale.

17. Che cosa ci insegna la storia di Pinocchio: le bugie con le gambe corte. – L'utilità dell'obbligo secondario di chiarificazione può essere efficacemente illustrata ricorrendo ad un celebre episodio delle avventure di Pinocchio ⁽⁶³⁾. Risulta infatti davvero esemplare l'interrogatorio sul destino delle monete d'oro che la Fata Tur-

⁽⁶⁰⁾ Per la proposta di utilizzare, in via convenzionale, questa terminologia, rinvio a M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 381 ss.

⁽⁶¹⁾ In proposito, v. per tutti S. GIANA, *Modo dell'interrogatorio*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Sansani e R. Vaccarella, vol. III, 1, Torino, 2012, 965.

⁽⁶²⁾ Per una critica nei confronti del formalismo dell'interrogatorio formale, v. L. DITTRICH, *L'assunzione delle prove nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 602 s.

⁽⁶³⁾ Gli studi su Pinocchio nella prospettiva del rapporto fra diritto e letteratura sono assai cospicui: v. M. MARCHESIello, *In principio era il legno. Pinocchio e l'immagine della legge*, Genova, 2002, 1 ss.; G. ITZCOVICH, *Pinocchio e il diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, 239 ss.; B. CAVALLONE, *Pinocchio e la funzione educativa del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 133 ss.; R. TISCINI, *The Pinocchio trial*, in *Judicium*, 2018, 317 ss.; A. PANZAROLA, *Pinocchio and the educational function of the trial*, in *Judicium*, 2018, 325 ss.; G. TRACUZZI, *Alcune suggestioni sul ruolo del giudizio attraverso le avventure di Pinocchio*, in <www.judicium.it>, 11.10.2021.

china rivolge al burattino, il quale risponde alle domande con una triplice bugia, svelata platealmente dal progressivo allungarsi del suo naso ⁽⁶⁴⁾. Il naso di Pinocchio, come uno *speculum animae*, è quindi capace di rivelare magicamente la menzogna delle risposte a chi non conosce la verità.

Questo è chiaramente un sogno, che si realizza soltanto nel mondo delle fiabe. Senza strumenti magici, lo smascheramento del falso, essenziale in ogni discorso orientato alla conoscenza, come quello che si celebra nel processo, appare invece assai più problematico. Tuttavia, è la stessa favola di Carlo Collodi ad indicare una strada alternativa per districare questo nodo cruciale: essa è mostrata dalla sapiente modulazione delle domande della Fata, che spingono Pinocchio ad un crescendo di chiarimenti e dettagli, fino al punto di cadere in contraddizione con sé stesso, così palesando la sua menzogna senza bisogno di ulteriori segnali (le monete le ho perdute; dove?; le ho perdute nel bosco; allora andiamo a cercarle; no, le ho ingoiate a mia insaputa mentre bevevo la medicina).

Quell'interrogatorio fatato sembra così implicare una raffinata teoria della chiarificazione, che, mutato ciò che si deve, risulta in-

⁽⁶⁴⁾ La «trascrizione integrale» dell'interrogatorio della Fata Turchina a Pinocchio si può leggere in C. COLLODI, *Le avventure di Pinocchio. Storia di un burattino*, Firenze, 1883, cap. XVII:

– E ora le quattro monete dove le hai messe? – gli domandò la Fata.

– Le ho perdute! – rispose Pinocchio; ma disse una bugia, perché invece le aveva in tasca.

Appena detta la bugia il suo naso, che era già lungo, gli crebbe subito due dita di più.

– E dove le hai perdute?

– Nel bosco qui vicino.

A questa seconda bugia, il naso seguì a crescere.

– Se le hai perdute nel bosco vicino – disse la Fata – le cercheremo e le ritroveremo: perché tutto quello che si perde nel vicino bosco, si ritrova sempre.

– Ah! ora che mi rammento bene – replicò il burattino imbrogliandosi – le quattro monete non le ho perdute, ma senza avvedermene, le ho inghiottite mentre bevevo la vostra medicina.

vero assai utile anche nel processo. Lo *jus interrogandi*, se usato con perizia attraverso l'arte della retorica, appare insomma uno strumento straordinario per l'accertamento della verità, perché – come spiega, anche se forse un po' troppo ottimisticamente, la Fata – le bugie sono soltanto di due tipi: ci sono quelle che hanno il naso lungo, svelate dal rossore del *mendax*, ma anche quelle con le gambe corte, che non resistono alle legittime richieste di chiarimento, generando una contraddizione, una storia incoerente, che pertanto non può essere creduta ⁽⁶⁵⁾.

18. *Insidie della chiarificazione e scopo del dialogo processuale.* – L'obbligo secondario di chiarificazione, pur essendo assai prezioso per la scoperta della verità, presenta però un inconveniente notevole perché, sottoponendo l'avversario ad un supplemento di chiarimenti, il metodo della ricerca della verità potrebbe risultare eccessivamente invasivo. Appare pertanto opportuno condizionare l'obbligo secondario di chiarificazione al riscontro di presupposti analoghi a quelli che limitano l'obbligo primario di chiarificazione e, quindi, innanzitutto al riscontro dell'asimmetria informativa, nonché al rispetto dei principi di specificità e di necessità della richiesta ⁽⁶⁶⁾.

Inoltre, non si può credere che lo strumento della chiarificazione secondaria sia sempre risolutivo del problema, perché la parte obbligata potrebbe indicare con astuzia dettagli inventati per mascherare la propria menzogna o reticenza, senza incorrere

⁽⁶⁵⁾ Si consideri però il rilievo di G. TUZET, *Narrazioni processuali*, cit., 35, nota 44, secondo il quale la coerenza della narrazione può assumere gradi diversi, senza con questo inficiare la verità della stessa, in quanto «alcune incoerenze periferiche possono essere tollerate», ad esempio se colui che ne rende una «si contraddice su dettagli marginali ma è credibile e coerente sui punti importanti».

⁽⁶⁶⁾ Sui presupposti dell'obbligo processuale di chiarificazione, che ne limitano l'ambito oggettivo di applicazione, v. ampiamente M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 362 ss.

in contraddizioni, grazie alla sua abilità nel mentire⁽⁶⁷⁾. Nonostante queste innegabili insidie, appare tuttavia preferibile contemplare, nel contesto del processo, anche l'obbligo di fornire chiarimenti sui chiarimenti, il quale può essere parimenti utilizzato con astuzia al fine di rivelare le contraddizioni o le incoerenze delle storie processuali⁽⁶⁸⁾.

Si tratta insomma di uno strumento formidabile per superare le patologie del discorso processuale, per far sì che le parti si parlino veramente e, in definitiva, per esaurire tutte le questioni controverse. È proprio questo lo scopo autentico del dialogo nel processo: quello di far emergere la verità e di realizzare la giustizia nel libero confronto fra le parti, le quali devono però comportarsi in modo corretto e leale: soltanto così la tutela giurisdizionale può essere veramente effettiva.

Abstract

Nel restituire la relazione tenuta al Convegno dedicato a «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenutosi il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, il saggio si occupa della forma del dialogo processuale fra le

⁽⁶⁷⁾ Negli gli studi di psicologia cognitiva non vi è unità di vedute sul rapporto fra grado di precisione della storia e veridicità della narrazione: i dettagli difficilmente memorizzabili sono indice di una narrazione inventata, ma al tempo stesso l'assenza o il rifiuto di fornire dettagli appaiono idonei a rivelare una storia falsa. In proposito, v. G. MAZZONI, *Si può credere a un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bologna, 2003, 140; G. DE LEO, M. SCALI, L. CASO, *La testimonianza. Problemi, metodi e strumenti nella valutazione dei testimoni*, Bologna, 2005, 113; C. BONA, *Sentenze imperfette. Gli errori cognitivi nei giudizi civili*, Bologna, 2010, 102 s.

⁽⁶⁸⁾ Come osserva R. PARADISI, *Il logos del processo*, Torino, 2015, 144 ss., l'arte di fare le domande nel processo costituisce un formidabile strumento dialettico di ricerca della verità che procede mediante conferme, riscontri, contraddizioni e confutazioni. Tale strumento, che può farsi risalire al metodo dei dialoghi socratici, è ancora da considerarsi il migliore per separare il vero dal falso.

parti in una prospettiva etica. Il processo giurisdizionale è nella sostanza un dialogo fra i litiganti, che richiede il confronto leale sulle questioni controverse, secondo un principio di cooperazione: in questa logica, l'autore esamina il problema della lunghezza e della sinteticità degli atti processuali, l'arte dell'eloquenza e l'eleganza del discorso, il rapporto fra verità e chiarezza delle dichiarazioni delle parti.

Drawing on the speech delivered at the Conference 'The care of words. Clarity and conciseness in civil litigation and alternative dispute resolution mechanisms', held at the University of Trento on 5 December 2023, the essay deals with the form of the procedural dialogue between the parties from an ethical perspective. The judicial process is a dialogue between the litigants, which requires a fair exchange on the disputed issues, according to a principle of cooperation. Based on this premise, the author examines the question of the length and conciseness of procedural acts, the art of eloquence and the elegance of speech, and the relationship between truth and clarity of the parties' statements.

IL PROCESSO BILINGUE ITALIANO-TEDESCO.

LA CURA DELLE PAROLE TRA GARANZIE E SFIDE (*)

Maria Cristina Erlicher (**)

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. La riforma Cartabia e i principi di chiarezza e sinteticità nel dialogo processuale. – 3. Lo *status* giuridico della lingua tedesca nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige. – 4. L'uso della lingua italiana e della lingua tedesca negli uffici giudiziari siti nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige: il processo civile monolingue e il processo civile bilingue. – 5. Le difficoltà applicative dei principi di chiarezza e sinteticità nel processo bilingue italiano-tedesco. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Premesse introduttive. – Nel quadro di una riflessione dedicata alla cura delle parole nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale, le pagine a seguire intendono offrire una panoramica sull'uso della lingua italiana e della lingua tedesca negli uffici giudiziari della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, indirizzando particolare attenzione al processo civile bilingue. L'intento è quello di mettere in evidenza le difficoltà che l'applicazione dei principi di chiarezza e sinteticità può trovare nell'alveo del processo bilingue italiano-tedesco. Al contempo, però, la speranza è quella di affacciare, nell'esortazione ad una 'cura delle parole' da parte di tut-

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 237-255. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce il testo della relazione introduttiva al Convegno «*La cura delle parole. Sinteticità a chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenuto il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, e co-finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto «Edu 4 Just» (2022XRYZR5) – CUP E53D23007000006.

(**) Già Presidente della I Sezione civile del Tribunale di Bolzano.

ti gli operatori del diritto, possibili soluzioni in vista del miglior svolgimento del processo bilingue italiano-tedesco onde renderlo strumento di vera comprensione in un efficace dialogo processuale.

2. La riforma Cartabia e i principi di chiarezza e sinteticità nel dialogo processuale. – La riforma Cartabia introdotta con d.lgs. n. 149 del 2022 ha modificato l'art. 46 disp. att. c.p.c. e ha reso indiscutibile che la chiarezza e la sinteticità degli atti e dei provvedimenti del giudice costituiscono principi generali operanti anche nel processo civile. In particolare, il citato art. 46 disp. att. c.p.c. prevede che «[i] processi verbali e gli altri atti giudiziari debbono essere scritti in carattere chiaro e facilmente leggibile. (...). Il Ministro della giustizia, sentiti il Consiglio superiore della magistratura e il Consiglio nazionale forense, definisce con decreto gli schemi informatici degli atti giudiziari con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo. Con il medesimo decreto sono stabiliti i limiti degli atti processuali, tenendo conto della tipologia, del valore, della complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti. Nella determinazione dei limiti non si tiene conto dell'intestazione e delle altre indicazioni formali dell'atto, fra le quali si intendono compresi un indice e una breve sintesi del contenuto dell'atto stesso. Il decreto è aggiornato con cadenza almeno biennale (...). Il giudice redige gli atti e i provvedimenti nel rispetto dei criteri di cui al presente articolo».

Con d.m. n. 110 del 7 agosto 2023, che disciplina i principi di sinteticità e chiarezza degli atti giudiziari e processuali e dei provvedimenti del giudice, sono stati forniti i criteri di redazione, i limiti e gli schemi informatici degli atti giudiziari e processuali. Le dimensioni degli atti dovranno essere proporzionate alla complessità della controversia in ragione della tipologia, del valore, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti. Gli atti di parte, quali la citazione a giudizio, il ricorso, la comparsa di costituzione e rispo-

sta e le memorie difensive, dovranno avere un'articolazione precisa. Nel d.m. cit. sono indicati anche i limiti dimensionali a seconda del tipo di atto. Sono ammesse deroghe ai limiti dimensionali solo in caso di questioni di particolare complessità, in ragione della tipologia, del numero delle parti e degli interessi coinvolti, ma il difensore dovrà sinteticamente giustificare tale deroga. Anche il giudice dovrà seguire le stesse regole, in quanto compatibili.

Il legislatore della riforma Cartabia è intervenuto, in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali, sia con disposizioni di carattere generale sia con disposizioni relative a singoli atti del processo provvedendo a riguardo con disposizioni specifiche. La finalità della riforma è quella di semplificare il dialogo processuale e accelerare i tempi della giustizia, facilitando lo studio dei fascicoli da parte del giudice.

Ma quando gli atti processuali e i provvedimenti del giudice sono da ritenersi chiari e sintetici?

Il concetto di chiarezza si associa alla comprensibilità dello scritto. Per assicurare la chiarezza le parti del processo ed il giudice dovranno utilizzare un linguaggio semplice, come il cosiddetto *plain language*, ossia il linguaggio che trasmette al lettore le informazioni nel modo più semplice ed efficace possibile: una lingua semplice, priva di tecnicismi o latinismi, come spesso è invece quella giuridica; una lingua che si sforza di assomigliare a quella usata nella conversazione quotidiana tra le parti. Si tratta di una modalità di esprimersi in modo conciso, con un'esposizione sintattica tipica della lingua parlata⁽¹⁾. Una sfida difficile per tutte le parti del processo, dal momento che, a ben vedere, alcuni tecnicismi o latinismi, di consolidato uso e tradizione nel dialogo processuale, riescono ad

⁽¹⁾ D. FORTIS, *Il Plain Language: quando le istituzioni si fanno capire*, in *I Quaderni del MdS*, maggio 2003, 3 ss.; G. TIEGHI, *Corte costituzionale e dovere di sperimentazione comunicativa in udienza. Riflessioni aggiornate sul dialogo con i Giudici*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2023, disponibile al sito <www.forumcostituzionale.it>.

esprimere talvolta, grazie anche alla loro sinteticità, concetti difficili da rendere nella lingua quotidiana.

La sinteticità riguarda, invece, il contenuto dell'atto, ed è da intendersi nel senso di non-ridondanza dello stesso. Le parti nei loro atti ed il giudice nei provvedimenti non dovranno eccedere nelle informazioni rispetto allo stretto necessario per la comprensione. È, infatti, sintetico quel testo che dice tutto quanto necessario nel minor numero possibile di parole.

Essere sintetici è assai complesso per tutti gli operatori del diritto. La sinteticità quale parametro dimensionale presenta d'altronde criticità sia per quanto riguarda i provvedimenti del giudice sia per gli atti delle parti in giudizio. Il tentativo, infatti, di limitare la lunghezza dei provvedimenti giurisdizionali entro un numero predefinito di caratteri potrebbe rivelarsi lesivo della completezza della motivazione richiesta dall'art. 111 Cost., in specie nelle controversie di particolare complessità in ragione del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti.

Per quanto riguarda, poi, la standardizzazione degli atti processuali e la pretesa di ricondurre gli stessi a modelli o a formulari, è discutibile se ciò sia compatibile con il principio di libertà di forme di cui all'art. 121 c.p.c., il quale stabilisce «che gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo». Ci si chiede, infatti, se sia possibile prestabilire, in via generale, la lunghezza degli atti.

Un giudice meticoloso dovrà pertanto essere consapevole che i suoi provvedimenti andranno motivati in maniera del tutto comprensibile alle parti, essere scevri da incertezze ed ambiguità, perché i principi di chiarezza e sinteticità sono funzionali e necessari per rendere più efficiente e rapido lo svolgimento dell'attività processuale, ma anche per evitare gravami dovuti, talvolta, alla carente intellegibilità del provvedimento.

3. *Lo status giuridico della lingua tedesca nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige.* – Il territorio dell’Alto Adige si contraddistingue per la coesistenza di tre gruppi linguistici, ossia il gruppo linguistico tedesco, quello italiano e quello ladino. Secondo i dati forniti dalla Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige la maggioranza della popolazione dichiara di appartenere al gruppo linguistico tedesco.

Nello specifico, gli ultimi dati riportati dall’Istituto provinciale di statistica ASTAT ⁽²⁾ fanno emergere che la composizione percentuale dei diversi gruppi linguistici è la seguente: il gruppo linguistico tedesco è rappresentato nella misura del 69,4%, quello italiano nella misura del 26%, mentre i ladini raggiungono la percentuale di 4% ⁽³⁾. Accanto a questi gruppi linguistici ancorati alla tradizione altoatesina e riconosciuti a livello normativo, emerge una nuova forma di multilinguismo o plurilinguismo. Difatti, ad un numero cospicuo di cittadini stranieri che vive nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige e che utilizza le lingue più diverse, si aggiunge l’uso frequente del dialetto tedesco. Di regola, il dialetto di lingua tedesca, il c.d. *südtiroler Dialekt*, viene usato in modo colloquiale, ma spesso anche nei rapporti con la pubblica amministrazione oppure, come si vedrà più avanti, innanzi all’autorità giudiziaria ⁽⁴⁾.

Nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige la lingua tedesca è parificata a quella italiana ai sensi dell’art. 99 Statuto di Au-

⁽²⁾ V. <<https://autonomia.provincia.bz.it/it/un-autonomia-per-tre-gruppi>>.

⁽³⁾ V. annuario statistico della Provincia Autonoma di Bolzano relativo all’anno 2023 <[https://astat.provinz.bz.it/downloads/JB2023\(18\).pdf](https://astat.provinz.bz.it/downloads/JB2023(18).pdf)>; si ricorda che dal 4 dicembre 2023 fino al 29 febbraio 2024 si è svolto in Alto Adige il cosiddetto censimento dei gruppi linguistici in cui chi era cittadino italiano e risiedeva in Alto Adige poteva indicare il proprio gruppo linguistico di appartenenza o aggregazione. Tale censimento serve a fotografare la composizione percentuale dei diversi gruppi linguistici. Si tratta di una procedura prevista dallo Statuto di Autonomia e relative norme di attuazione (v. d.p.r. n. 752 del 1976 e d.lgs. n. 354 del 1997).

⁽⁴⁾ Per una panoramica sulla varietà linguistica dialettale in Alto Adige v. F. LANTHALER, *Varietäten des Deutschen in Südtirol, in Varietäten des Deutschen. Regional- und Umgangssprachen*, Berlin-New York, 1997, 364 ss.

tonomia⁽⁵⁾. Quest'ultimo stabilisce che «la lingua italiana fa testo negli atti aventi carattere legislativo e nei casi nei quali dal presente statuto è prevista la redazione bilingue». L'art. 100 Statuto di Autonomia riconosce, inoltre, che «i cittadini di lingua tedesca della Provincia Autonoma di Bolzano hanno facoltà di usare la loro lingua nei rapporti con gli uffici giudiziari e con gli organi e uffici della Pubblica Amministrazione situati nella Provincia o aventi competenza regionale, nonché con i concessionari di servizi di pubblico interesse svolti nella Provincia stessa».

I cittadini di lingua tedesca hanno dunque il diritto di comunicare con gli uffici giudiziari e con gli organi e gli uffici della pubblica amministrazione, che hanno sede nel territorio della Provincia Autonoma di Bolzano, nella propria lingua madre. Uffici, enti e società in concessione utilizzano nelle loro comunicazioni scritte e orali la lingua dei loro destinatari e rispondono nella lingua in cui il procedimento è stato aperto da un'altra istituzione o ufficio. Se la corrispondenza viene aperta automaticamente, viene formulata nella lingua presunta del cittadino a cui è indirizzata. Il cittadino può fare obiezione entro dieci giorni. È sufficiente una lettera con cui l'interessato dichiara di non essere stato interpellato nella madrelingua o anche solo un reclamo verbale. Allo Statuto di Autonomia, norma di rango costituzionale, è stata data attuazione con il d.p.r. 15 luglio 1988, n. 574, entrato in vigore quattro anni dopo, per dare tempo alle amministrazioni e agli uffici giudiziari di adeguarsi alle nuove norme e alla necessità di reperire personale bilingue.

Successivamente, però, si sono rese necessarie delle modifiche al d.p.r. n. 574 cit.: la prima con il d.lgs. 29 maggio 2001, n. 283; la seconda con il d.lgs. 13 giugno 2005, n. 124.

Con il d.lgs. n. 283 del 2001 si è voluta limitare la possibilità delle parti del processo di modificare la lingua nei procedimenti civili lite pendente e al contempo sanzionare con la nullità assoluta la violazione delle norme sull'uso della lingua nei procedimenti civili.

⁽⁵⁾ D.p.r. 31 agosto 1972, n. 670, intitolato «Approvazione del testo unico delle leggi costituzionali concernenti lo statuto speciale per il Trentino-Alto Adige».

Con il d.lgs. n. 124 del 2005 si è andati nella direzione opposta, favorendo l'accordo sull'utilizzo di un'unica lingua nell'*iter* processuale e concedendo alle parti del processo di rinunciare alle traduzioni.

Quest'esigenza è scaturita dall'elevato numero di procedimenti bilingui in corso e dall'impossibilità di rinunciare alla traduzione degli atti nell'altra lingua, circostanze che avevano portato, entrambe, alla quasi paralisi dei processi bilingui. L'importante vuoto di organico del ruolo di traduttori-interpreti negli uffici giudiziari e la difficoltà di reperire traduttori e interpreti qualificati, considerata l'elevata tecnicità ed esperienza richieste in ambito sia civile che penale, avevano ulteriormente aggravato la situazione.

Con quelle modifiche legislative, inoltre, si voleva contrastare l'uso distorto del diritto alla scelta della lingua del processo, che aveva talvolta portato ad un inaspettato allungamento della durata dei tempi del processo. Si era osservato, infatti, che il ripetuto mutamento nella scelta della lingua processuale e l'impossibilità di rinunciare alla traduzione degli atti giudiziari si erano rivelati d'ostacolo nel garantire una ragionevole durata del processo.

4. L'uso della lingua italiana e tedesca negli uffici giudiziari siti nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige: il processo civile monolingue e il processo civile bilingue. – L'art. 100, 1° comma, Statuto di Autonomia, già sopra richiamato, prevede che i cittadini di lingua tedesca della Provincia Autonoma di Bolzano hanno facoltà di usare la loro lingua nei rapporti con gli uffici giudiziari e con gli organi e uffici della pubblica amministrazione situati nella Provincia o aventi competenza regionale, nonché con i concessionari di servizi di pubblico interesse svolti nella Provincia stessa. Il d.p.r. 15 luglio 1988, n. 574 disciplina e attua le norme contenute nello Statuto di Autonomia concernenti l'uso della lingua tedesca nei rapporti con gli uffici giudiziari situati nella Provincia di Bolzano, nei rapporti con la Corte d'appello, la Corte di assise d'appello, la sezione della

Corte d'appello per i minorenni, la Procura generale presso la Corte d'appello, il Tribunale per i minorenni, il Tribunale di sorveglianza, negli atti pubblici, notarili ed equiparati.

Chi intraprende una causa civile davanti agli uffici giudiziari siti nella Provincia Autonoma di Bolzano, dunque, può scegliere la lingua del processo tra quelle italiana e tedesca. Se le parti convenute in giudizio scelgono la stessa lingua, il processo è monolingue; altrimenti sarà bilingue.

Nel processo civile la pubblica amministrazione, parte attrice nel processo, usa la lingua presunta del convenuto e, successivamente, si adegua all'eventuale diversa lingua scelta dal convenuto. La parificazione della lingua tedesca a quella italiana nei procedimenti giudiziari è attuata dal d.p.r. n. 574 cit., che distingue a seconda che il procedimento debba svolgersi in modalità bilingue ovvero nella sola lingua italiana o tedesca.

Il processo civile monolingue si svolge in un'unica lingua, quella italiana o tedesca, con delle eccezioni. I testimoni, però, hanno sempre il diritto di essere sentiti nella lingua da loro scelta e la verbalizzazione avviene in tale lingua. La parte o il suo procuratore speciale possono chiedere la traduzione delle testimonianze nell'altra lingua, non oltre lo svolgimento dell'udienza. Nei procedimenti civili è prevista, infatti, la facoltà, per ciascuna parte, di scegliere la lingua italiana o tedesca per la redazione dei propri atti processuali e di aderire in qualsiasi stato e grado del processo alla lingua scelta dall'altra parte. Il destinatario di atti notificati può chiederne la traduzione, entro il termine perentorio di 15 giorni, a cura della parte notificante, con sospensione dei termini processuali dalla richiesta sino alla notifica della traduzione, salva la possibilità del giudice di autorizzare l'esecuzione provvisoria in pendenza del termine. Il giudice redige la sentenza in un'unica lingua, quella del processo.

Quando due parti del processo usano lingue diverse, quella italiana e quella tedesca, il processo sarà bilingue. Nel processo bilingue ogni parte usa la propria lingua, senza obbligo di traduzione.

Le parti in causa verbalizzano nella propria lingua. Se una delle parti o il suo procuratore speciale lo richiedono, il verbale viene redatto in entrambe le lingue. In questo caso, la traduzione deve essere immediata. I testi ed i consulenti tecnici rispondono nella lingua da loro scelta, con traduzione d'ufficio, a richiesta delle parti.

Il processo bilingue si trasforma in monolingue se tutte le parti dichiarano di scegliere la stessa lingua. Tale richiesta può essere fatta in ogni stato del processo. La possibilità di trasformare il processo bilingue in monolingue è una delle novità introdotte dal citato d.lgs. n. 124 del 2005. La richiesta di trasformare il processo bilingue in monolingue è irrevocabile, onde evitare ripensamenti e contenere le lungaggini processuali e le spese che il processo bilingue comporta.

Nel processo bilingue tutti i provvedimenti del giudice sono redatti in entrambe le lingue, quella italiana e quella tedesca, salvo rinuncia. Anche la sentenza va redatta in entrambe le lingue, salvo rinuncia. Tale rinuncia dovrà, però, provenire dalla parte personalmente o da un procuratore speciale.

L'osservanza della disciplina processuale in tema di rispetto delle norme sulla lingua nel processo civile è prescritta a pena di nullità, rilevabile d'ufficio, che si riverbera anche su tutti gli atti successivi. Si tratta di una sanzione molto grave, in considerazione del fatto che la nullità potrà essere eccepita anche da chi vi abbia concorso a determinarla. Il rispetto delle norme sull'uso della lingua nei processi sia in ambito civile che in ambito penale richiede, pertanto, una particolare attenzione da parte di tutte le parti processuali.

Si segnala tuttavia che la Corte di Cassazione, con sentenza n. 5630 del 2017 ⁽⁶⁾, ha escluso la sussistenza di una nullità derivante dalla violazione delle norme sulla lingua nel processo civile, ove la controparte non allegghi e non dimostri che la mancata traduzione le abbia impedito di conoscere il contenuto dell'atto, pregiudicando in concreto i propri diritti di azione e difesa. Si è voluto in questo mo-

⁽⁶⁾ Cass., sez. II, 7 marzo 2017, n. 5630.

do evitare impugnazioni strumentali e scongiurare l'uso distorto della scelta della lingua del processo.

La finalità del legislatore, intervenuto a tutela della minoranza linguistica nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, non era, infatti, quella di ostacolare e rallentare il processo, bensì di garantire al cittadino madrelingua tedesca di potersi esprimere, nella propria lingua materna, davanti agli uffici giudiziari.

A dire il vero, queste norme nate a tutela delle minoranze linguistiche in Alto Adige soddisfano oggi il diritto alla tutela giurisdizionale di ogni cittadino dello spazio giuridico europeo ⁽⁷⁾. La Corte di Giustizia dell'Unione europea ha, infatti, ritenuto di dover estendere le prerogative riservate alle minoranze linguistiche nazionali a favore dei cittadini di lingua tedesca di altri Stati membri, ai quali va dunque assicurata parità di trattamento entro i medesimi limiti già applicati nel diritto interno. Ai cittadini dell'Unione europea è, dunque, riconosciuto il diritto all'uso della lingua tedesca nella Provincia Autonoma di Bolzano sia nel processo penale ⁽⁸⁾ che in quello civile ⁽⁹⁾.

5. Le difficoltà applicative dei principi di chiarezza e sinteticità nel processo bilingue italiano-tedesco. – Come ricordato in esordio, a seguito delle novità introdotte dalla riforma Cartabia le parti processuali dovranno contenere gli atti processuali entro determinati limiti dimensionali, tenendo conto della tipologia, del valore, della

⁽⁷⁾ V. C. RASIA, *Palinodia all'uso della lingua italiana nel processo civile tra cittadinanza europea e tutela delle minoranze linguistiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 1593 ss.; M. ROSINI, *Recenti sviluppi in tema di uso delle lingue minoritarie nei procedimenti giudiziari*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2016.

⁽⁸⁾ V. C. Giust. UE, 24 novembre 1998, Procedimento penale a carico di Horst Otto Bickel e Ulrich Franz, causa C-274/96.

⁽⁹⁾ Cfr. C. Giust. UE, 27 marzo 2014, *Ulrike Elfriede Grauel Rüffer c. Katerina Pokorná*, causa C-322/13; per un commento alla sentenza v. H. HOFMEISTER, *La giurisprudenza della Corte dell'UE sulla lingua processuale dinanzi ai Tribunali altoatesini. Un'analisi del Caso Grauel Rüffer*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 1/2016.

complessità della controversia, del numero delle parti e della natura degli interessi coinvolti ed utilizzare specifiche tecniche nella forma di redazione dell'atto.

Anche al giudice viene richiesta sinteticità nel redigere i provvedimenti. Per avere chiarezza, e cioè comprensibilità dello scritto, le parti e il giudice dovranno dunque utilizzare, come sopra rammentato, un linguaggio semplice, simile a quello usato dalla lingua parlata, capace di trasmettere al lettore informazioni nel modo più semplice ed efficace possibile.

Come si conciliano questi principi con il processo bilingue che richiede la traduzione degli atti di parte, delle testimonianze, delle perizie e degli stessi provvedimenti del giudice?

Già prima dell'avvento della riforma Cartabia, nei procedimenti civili bilingui, ma anche in quelli penali bilingui, in cui imputato e parte civile scelgono lingue diverse, la prassi era quella di cercare di favorire un accordo sul ricorso ad un'unica lingua e giungere così al processo monolingue, sì da evitare i tempi lunghi del processo bilingue e le conseguenti spese.

Il processo bilingue comporta infatti un allungamento dei tempi processuali. Si pensi alle cause civili bilingui in materia di successioni, in cui, in considerazione degli interessi in causa, viene richiesta l'audizione di numerosi testi le cui dichiarazioni vanno poi tradotte nell'altra lingua, senza tacere il fatto che in tali processi di regola le parti in causa riversano in atti una grande quantità di documenti, anch'essi soggetti a traduzione.

Nel caso in cui la traduzione degli atti è a cura del tribunale, questa richiede tempi lunghi. Si tratta spesso di traduzioni complesse, che importano elevate competenze tecniche. Ad aggravare la situazione si aggiunge la carenza di organico dei ruoli di traduttori-interpreti degli uffici giudiziari. Nel caso in cui, invece, la traduzione è a carico delle parti, questa comporta loro spese rilevanti.

Si pensi anche al processo penale bilingue allorché imputato o parte civile scelgano lingue diverse. Nel processo penale bilingue, infatti, le dichiarazioni dei testi escussi vanno tradotte nell'im-

mediatezza dell'udienza penale; ugualmente soggetti a traduzione sono i copiosi documenti prodotti dalle parti e dal pubblico ministero. Gli interventi del pubblico ministero sono bilingui e vengono verbalizzati in doppia lingua, come del resto i provvedimenti del giudice.

Gli ostacoli da superare nell'applicare i principi di sinteticità e chiarezza codificati dalla riforma emergono evidenti proprio nel processo da celebrarsi davanti alla Corte d'assise, in cui imputato e parte civile scelgano lingue diverse. Nel processo di Corte d'assise si richiede solitamente l'audizione di numerosissimi testi, le cui testimonianze vanno tradotte nell'immediatezza. Questo comporta un considerevole allungamento dei tempi dell'udienza penale, dovendo il giudice garantire la genuinità della traduzione delle dichiarazioni rese dai testi escussi. La facoltà dell'imputato e dei testimoni di usare una lingua diversa da quella processuale, che talvolta non coincide con la loro lingua madre, comporta, inoltre, la frustrazione della *cross-examination* ovvero dell'esame incrociato dei testimoni, che si basa sulla velocità delle contestazioni e sulla risposta immediata. Se il teste ha tutto il tempo per rispondere, perché ogni domanda deve essere tradotta, il difensore e il pubblico ministero non riusciranno più ad incalzarlo e far emergere le sue eventuali contraddizioni. Il teste avrà, infatti, tutto il tempo necessario per pensare e valutare la risposta. Con la traduzione, l'istituto della *cross-examination* viene, di fatto, vanificato.

A tutto ciò si aggiunge la difficoltà dell'interprete di garantire la genuinità della traduzione delle testimonianze. I traduttori e gli interpreti segnalano a proposito le difficoltà legate alla diversa sintassi della lingua italiana e della lingua tedesca. In particolare, lamentano che l'inversione dei verbi, nelle frasi secondarie, con spostamento dei verbi principali o ausiliari a fine frase, tipica della lingua tedesca, crea all'interprete difficoltà nella traduzione simultanea. In questo caso l'interprete dovrà completare la frase oppure disporre di notevole riserva mnemonica e flessibilità traduttiva, in attesa che l'oratore pronunci il verbo principale.

A tutto ciò si aggiunge l'impegno dell'interprete, in particolare nel processo penale, stante la sua oralità, nel cercare di dare una lettura semiotica del linguaggio parlato, ai fini di una congrua trasposizione dei contenuti nella lingua di arrivo.

La difficoltà applicativa dei principi voluti dalla riforma Cartabia si risconterà anche, per il giudice, nella redazione della sentenza bilingue, soprattutto in vista della sua traduzione.

A tal proposito si rileva che le sentenze dei giudici di area germanofona, prese solitamente a modello dai giudici che operano nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, differiscono nell'uso dei tempi verbali e nella struttura rispetto alle sentenze italiane. Nelle sentenze redatte in lingua italiana non vi è un'alternanza così precisa dei tempi verbali del passato remoto, del passato prossimo e dell'imperfetto, come accade invece nelle sentenze dei giudici di area germanofona. La narrazione dei fatti certi e la cronistoria del processo in italiano è svolta spesso all'imperfetto, con qualche oscillazione al passato remoto, diversamente dalla sentenza tedesca, dove si riscontra un'alternanza precisa dei tempi, circostanza che influisce sulla comprensione e successiva traduzione del testo ⁽¹⁰⁾.

Anche l'uso diverso del congiuntivo e del condizionale nella lingua italiana e quella tedesca può rivelarsi di ostacolo nella traduzione della sentenza. Per esprimere la minore o maggiore distanza rispetto ai fatti riportati dalle parti in causa, la lingua tedesca oscilla fra il congiuntivo I e il congiuntivo II, laddove con il primo si esprime una 'neutralità', mentre con il secondo si imprime distacco. L'uso del congiuntivo II, però, è talvolta obbligatorio. In questo caso si perde la *nuance* della restituzione 'neutra' rispetto a quella che esprime 'distacco'.

⁽¹⁰⁾ Sull'uso dei tempi della lingua tedesca v. D. PUATO, *Perfekt e Präteritum del tedesco a confronto con i tempi italiano del passato. Alcuni esempi dal linguaggio economico*, in ID. (a cura di), *Lingue europee a confronto 2. Il verbo tra morfologia sintassi, semantica e stilistica*, Roma, 2017, 23 ss.

Queste problematiche emerse nell'attività giudiziaria, ed in particolare nel dialogo processuale, sono solo piccoli esempi delle sfide a cui il traduttore-interprete va incontro se vuole riportare, nell'altra lingua, le sfumature della sentenza senza alterarne il significato.

Gli stessi ostacoli li incontra il giudice nella redazione della sentenza in lingua tedesca, in cui dovrà riservare una particolare cura nella scelta delle parole in vista della sua traduzione. Tutto ciò al fine di garantire un provvedimento motivato in modo chiaro, scevro da possibilità di dubbi interpretativi da parte del traduttore che dovrà cimentarsi nella traduzione del testo della sentenza. Non sono mancati, infatti, i casi in cui il traduttore si sia dovuto rivolgere al giudice, redattore della sentenza o del provvedimento da tradurre nell'altra lingua, per ottenere chiarimenti su cosa egli intendesse dire con un certo termine utilizzato o sul perché egli avesse impiegato un tempo verbale anziché un altro. Questo è il motivo dell'importanza della cura delle parole in un sistema bilingue.

Anche nel processo penale i traduttori segnalano degli ostacoli nel fornire una traduzione autentica del provvedimento, legati alla diversità del linguaggio utilizzato dai giudici di area germanofona rispetto a quello dei giudici italiani. A titolo di esempio si segnala la differenza tra la formula relativa all'istituto delle circostanze attenuanti generiche, utilizzata dai giudici penali italiani, che è sintetica ed essenziale, e quella utilizzata dai giudici in area germanofona, che analizza, anche nella parte dispositiva della sentenza, punto per punto i motivi che hanno indotto il giudice a concedere all'imputato le circostanze attenuanti generiche.

L'impostazione della sentenza penale dei giudici italiani differisce da quella dei giudici di area germanofona. Il dispositivo delle sentenze redatte dai giudici austriaci e tedeschi precede la motivazione della stessa, diversamente dalle sentenze redatte dai giudici italiani, dove il dispositivo della sentenza è posto in calce alla sentenza stessa.

Non si possono infine tralasciare le difficoltà incontrate dai traduttori-interpreti nella traduzione dei linguaggi tecnici e specialistici, allorché, cioè, essi debbano confrontarsi non soltanto con la lingua del diritto, ma con molte altre lingue tecniche e generi testuali diversi, sia nel giudizio civile che in quello penale. Si pensi alla traduzione di perizie mediche, fatture o tabelle, che spesso contengono nomenclature e dati tecnici.

Un problema molto sentito dai traduttori-interpreti che operano in Alto Adige è inoltre l'utilizzo da parte dei testi del dialetto tedesco, il citato *südtiroler Dialekt*, con conseguente difficoltà nel riportare nella traduzione, in maniera autentica, quanto da essi riferito. Anche in questo caso viene richiesta un'ottima conoscenza degli strumenti di comunicazione interculturale per consentire un trasferimento corretto e genuino dei significati dalla lingua di partenza alla lingua di arrivo.

Sono dunque evidenti le sfide che traduttori-interpreti devono fronteggiare quotidianamente nel fornire, nell'immediatezza peculiare dell'udienza penale, una traduzione precisa e autentica, ma che rispecchi soprattutto quello che il teste intendeva dire, utilizzando un certo termine o una parola o un modo di dire, talvolta anche in forma dialettale.

A tutto ciò si aggiunge la criticità derivante dall'utilizzare una terminologia giuridica unica nei processi monolingui tedeschi o bilingui da parte di avvocati, giudici e traduttori-interpreti. A tal proposito si osserva che nel 1994, in attuazione delle disposizioni di cui all'art. 6, 1° comma, d.p.r. n. 574 del 1988, veniva istituita nella Provincia Autonoma di Bolzano una Commissione paritetica composta da sei esperti, tre di lingua italiana designati dal Commissario del governo e tre di lingua tedesca designati dalla Giunta provinciale, con il compito di determinare ed aggiornare, ovvero convalidare la terminologia giuridica, amministrativa e tecnica in uso da parte degli organi, degli uffici e dei concessionari indicati nell'art. 1 d.p.r. n. 574 cit. Questo al fine di assicurarne la corrispondenza nelle lingue italiana e tedesca e di curare la redazione e l'aggiornamento di un

dizionario di terminologia giuridica, amministrativa e tecnica nelle due lingue.

La Commissione paritetica di terminologia ha normato termini inerenti al diritto civile, processuale civile, penale, processuale penale e amministrativo per rendere chiara e univoca la terminologia giuridico-amministrativa utilizzata nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige. Tutto ciò anche al fine di garantire una maggiore certezza del diritto quando ci si esprime nella lingua tedesca ⁽¹¹⁾.

Ciononostante, la prassi degli uffici giudiziari, forse in modo più accentuato in ambito penale, ove il numero di processi da celebrarsi in lingua tedesca o bilingui è meno elevato, è spesso quella di utilizzare un c.d. linguaggio giuridico sudtirolese. Si tratta di una miscelanea di termini, presi a prestito dal diritto di area germanofona – prevalentemente dal diritto austriaco – infarcito di italianismi e latinismi. Ciò a discapito del fatto che i termini indicati dalla Commissione paritetica di terminologia dovrebbero essere utilizzati in tutti i documenti ufficiali redatti in lingua tedesca nella Provincia Autonoma di Bolzano.

Questo linguaggio giuridico autonomo è emersione tanto di quel fenomeno denominato ‘*code-switching*’, ossia di mescolamento di due lingue da parte di una persona che le parla bene entrambe al fine di essere più efficace nella comunicazione, quanto del fenomeno denominato ‘*code-mixing*’, che consiste nel prendere a prestito parole e strutture grammaticali dalla lingua nativa per supplire all’incapacità di esprimersi nella seconda lingua ⁽¹²⁾.

Tale prassi ha reso ancora più difficile il compito di garantire unicità di terminologia nel processo, e finisce per mal conciliarsi

⁽¹¹⁾ Cfr. H. ZANON, *Zur Problematik der Entwicklung einer deutschen Rechts-sprache für Südtirol. Die Normierung durch die Paritätische Terminologiekommis-sion*, in *Normierung, Harmonisierung*, Bolzano, 2008, 49 ss.

⁽¹²⁾ In merito all’uso del *code-switching* e del *code-mixing* v. D. BAGLIONI, *Per-chè scrivere un testo in più lingue: sulle dinamiche del code-switching e code-mixing nei documenti cancellereschi plurilingui*, in F. BIANCO, J. SPICKA (a cura di), *Perché scrivere? Motivazioni, scelte, risultati*, Firenze, 2017, 289 ss.

con i principi di chiarezza e di cura delle parole. Il ‘linguaggio giuridico sudtirolese’ ha voluto sopperire ad una necessità di intendersi ed evitare incomprensioni nel dialogo processuale. L’esigenza di utilizzare tale linguaggio è nata anche dalla complessità di trovare definizioni corrette, in lingua tedesca, di istituti giuridici del diritto italiano, soprattutto nei casi in cui tali istituti non trovino riscontro negli ordinamenti di area germanofona o lo trovino solo in modo parziale.

La riforma Cartabia e le relative novità legislative in ambito sia civile che penale costituiranno pertanto una sfida per tutti gli operatori del diritto, che dovranno studiare ed escogitare termini nuovi, soprattutto quando gli istituti di diritto italiano, di nuovo conio, manchino o differiscano, in gran parte, da quelli dell’area germanofona, con tutte le difficoltà che ne conseguono.

Alla luce di quanto detto, i provvedimenti del giudice nel processo bilingue, ma anche in quello monolingue tedesco, dovranno contraddistinguersi per la loro chiarezza e sinteticità. Il giudice dovrà usare una particolare cura nella scelta delle parole nel processo bilingue sì da veicolare in modo corretto e genuino i significati dalla lingua di partenza in quella di arrivo. Solo così sarà possibile garantire un servizio adeguato al cittadino e rendere il processo bilingue più efficiente.

6. Riflessioni conclusive. – Considerate le novità apportate dalla riforma Cartabia ed esaminate le difficoltà incontrate nell’attuazione del processo bilingue, oggi, più che mai, le parti processuali ed i giudici che operano nella Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, avranno il compito di impiegare una lingua giuridica semplice ed intellegibile. I principi di chiarezza e di sinteticità degli atti giudiziari e dei provvedimenti del giudice sono infatti indispensabili per rendere più spedito ed efficiente lo svolgimento dell’attività processuale, ma soprattutto per evitare incomprensioni ed ambigui-

tà nel dialogo processuale in un sistema in cui la traduzione svolge un ruolo così importante.

Se la cura delle parole avrà un ruolo predominante nel dialogo processuale, ancor di più lo avrà nella giustizia consensuale, che oggi è lo strumento cardine di risoluzione dei conflitti e di deflazione dei processi. Nella giustizia consensuale sarà, infatti, imprescindibile avere cura delle parole, al fine di coglier proprio quelle *nuance*, spesso determinanti e necessarie, per risolvere controversie in ambito civile o far emergere le cause del conflitto in ambito penale.

Abstract

Nel restituire la relazione tenuta al Convegno dedicato a «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenutosi il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, il contributo offre una panoramica sull'uso della lingua italiana e della lingua tedesca negli uffici giudiziari della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, con particolare riguardo al processo civile bilingue italiano-tedesco. L'attenzione è rivolta alle difficoltà che l'applicazione dei principi di chiarezza e sinteticità di cui alla riforma Cartabia può trovare nell'ambito del processo bilingue italiano-tedesco, nonché alle prassi sinora adottate per rendere più efficiente lo svolgimento dell'attività processuale.

L'obiettivo è quello di evidenziare l'importanza della 'cura delle parole' da parte di tutti gli operatori del diritto presso gli uffici giudiziari della Provincia Autonoma di Bolzano – Alto Adige, al fine di evitare incomprensioni sia nel dialogo processuale, segnatamente nel processo bilingue italiano-tedesco, sia nell'ambito della giustizia consensuale, in cui la lingua è strumento essenziale di comprensione.

Drawing on the speech delivered at the Conference 'The care of words. Clarity and conciseness in civil litigation and alternative dis-

pute resolution mechanisms', held at the University of Trento on 5 December 2023, the article provides an overview of the use of Italian and German in the judicial offices of the Autonomous Province of Bolzano – South Tyrol, with a focus on the bilingual Italian-German civil trial. Particular attention is paid to the difficulties that the application of the principles of clarity and conciseness set forth in the 'Cartabia reform' may encounter in the context of the bilingual Italian-German trial and the practices adopted to date to make the management of court proceeding more efficient.

The aim is to highlight the importance of careful wording on the part of all legal practitioners in the judicial offices of the Autonomous Province of Bolzano – South Tyrol in order to avoid misunderstandings both in the procedural dialogue, particularly in the bilingual Italian-German trial, and in the context of consensual justice, where language is an essential tool to ensure a proper understanding.

LA CURA DELLE PAROLE
NELLA DIMENSIONE ARBITRALE:
TRA LIBERTÀ E VINCOLI (*)

*Elena Gabellini (**)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina del procedimento arbitrale. – 3. Il significato dei criteri della sinteticità e della chiarezza nella dimensione arbitrale. – 4. Gli atti processuali e il loro linguaggio. – 5. La lingua. – 6. Osservazioni conclusive: l'arbitrato quale palestra dell'essenzialità della parola.

1. Introduzione. – Scriveva Calamandrei: «il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio di risposte, di repliche; un incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di contropunte, di attacchi e contrattacchi. (...) È una scherma di persuasioni e una gara di ragionamenti» ⁽¹⁾.

Questa definizione, riferita al processo civile, mantiene la sua attualità anche nella dimensione arbitrale, benché essa si debba misurare con le peculiarità di tale forma di giustizia, che è disancorata da

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 257-279. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce, con alcuni approfondimenti, il testo della relazione svolta al Convegno «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenutosi il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, e co-finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto «Edu 4 Just» (2022XRYZR5) – CUP E53D23007000006.

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

⁽¹⁾ P. CALAMANDREI, *La dialettica del processo*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, rist. 2019, 679.

schemi predefiniti e tassativi ed è liberamente modellata secondo le scelte dei protagonisti del conflitto.

Tale peculiarità si ripercuote anche nella disciplina della lingua e del linguaggio ⁽²⁾ che, come ovvio, costituiscono l'ossatura minima ⁽³⁾ dello stesso processo, di cui l'arbitrato è una sicura manifestazione, come ci conferma, già da tempo, l'insegnamento di Elio Fazzalari ⁽⁴⁾.

Con riguardo al processo civile, come hanno già ricordato Silvana Dalla Bontà ⁽⁵⁾ e Marco Gradi ⁽⁶⁾, detta struttura essenziale è stata oggetto di attenzione da parte del legislatore della riforma, il quale ha introdotto nell'art. 121 c.p.c., la previsione secondo cui tutti gli atti del processo devono essere «redatti in modo chiaro e sintetico» ⁽⁷⁾. Tali principi vengono altresì richiamati in svariate disposi-

⁽²⁾ Si tratti di termini che non devono essere utilizzati come sinonimi, poiché, come è opportuno ricordare, mentre la «lingua» si riferisce alla comunicazione verbale, il «linguaggio» è inclusivo anche dei segni non verbali. Sul punto, G. GRAFFI, S. SCALISE, *Le lingue e il linguaggio. Introduzione alla linguistica*, Bologna, 2003, 15 ss.; M.F. GHIRGA, *La giustizia «piovuta» dal cielo*, Torino, 2021, 33 ss.

⁽³⁾ Sul punto, ampiamente, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 25 ss.

⁽⁴⁾ Infatti, come ricorda Fazzalari (E. FAZZALARI, *Procedimento e processo (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, 819 ss.; ID., *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 81 ss.), si può parlare di processo ogniquale volta vi sia un insieme di atti concatenati tra loro finalizzati al raggiungimento di un risultato da ottenersi nel rispetto della dialettica dei soggetti che vi partecipano. In questa definizione rientra senz'altro il processo arbitrale.

⁽⁵⁾ S. DALLA BONTÀ, *La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*, in questa *Rivista*, 2024, 185 ss.

⁽⁶⁾ M. GRADI, *Il processo come dialogo*, in questa *Rivista*, 2024, 201 ss.

⁽⁷⁾ G. RAITI, *Il principio di sinteticità e di chiarezza del ricorso per cassazione secondo la legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1027 ss.; M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi*, in R. TISCINI (a cura di), M. FARINA (coord.), *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, Pisa, 2023, 52 ss.; M.F. GHIRGA, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 415 ss.; ID., *La giustizia «piovuta» dal cielo*, cit., 51 ss.; R. DONZELLI, *Considerazioni sparse sulla ri-*

zioni di carattere particolare, nonché trovano diretta esplicazione nel d.m. 7 agosto 2023, n. 110, che, in attuazione di quanto previsto dall'art. 46 disp. att. c.p.c., definisce i «criteri di redazione e regola gli schemi informatici degli atti del processo civile, con la strutturazione dei campi necessari per l'inserimento delle informazioni nei registri del processo. Stabilisce altresì i limiti dimensionali degli atti del processo civile per le cause di valore inferiore a euro 500.000»⁽⁸⁾. Tra le disposizioni del menzionato d.m. è giusto ricordare l'art. 3, il quale individua i caratteri, corrispondenti al numero delle pagine, degli atti processuali e l'art. 6, che definisce le tecniche della loro redazione, introducendo specifiche previsioni con riguardo alla dimensione del carattere da utilizzare, dell'interlinea e dei margini.

L'arbitrato, pur essendo rimasto estraneo a detti formalismi, in quanto attività processuale, non è, però, immune da vincoli. Infatti, sebbene, come si avrà modo di specificare nel prosieguo, si parli di flessibilità⁽⁹⁾ con riguardo ad esso, ciò non significa attribuire ai suoi protagonisti un potere arbitrario di scelta.

Per comprendere le osservazioni che svolgerò, è necessario ripercorre, seppure brevemente, le peculiarità del procedimento arbitrale.

2. La disciplina del procedimento arbitrale. – Come è noto, quando si parla di arbitrato si fa riferimento a un'altra forma di giustizia, che trae le sue origini dalla libera scelta delle parti, le quali, in pre-

forma del processo civile: disposizioni generali, processo di cognizione, appello e casazione, in *Giust. civ.*, 2023, 416 ss.

⁽⁸⁾ I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, in <<http://www.judicium.it>>, 04.10.2023.

⁽⁹⁾ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull'istruttoria)*, Napoli, 2018, 15 ss.; E.F. RICCI, *La prova nell'arbitrato internazionale tra principio di flessibilità e regole di correttezza: una pietra miliare verso l'armonizzazione di tradizioni diverse*, in *Riv. arb.*, 2008, 311 ss.

senza di diritti disponibili, hanno il potere di derogare alla giurisdizione statale a favore di quella privata.

Tuttavia, l'arbitrato, pur nascendo dalla volontà delle parti si esaurisce in un provvedimento di accertamento del diritto, che, in caso di arbitrato rituale, si stempera in un lodo che ha efficacia pari a quella di una sentenza dei giudici statuali ⁽¹⁰⁾. Detta peculiarità, come è noto, ha alimentato l'antico – e per certi versi ancora attuale – dibattito sulla natura di detto istituto, ricondotto da alcuni nell'alveo della giurisdizione e da altri in quello della dimensione negoziale ⁽¹¹⁾.

Quando si parla di arbitrato bisogna, a mio avviso, evitare, di perdersi nella disputa tra chi qualifica l'arbitrato in termini esclusivamente contrattuali, come fenomeno che mantiene la sua natura negoziale al di là del momento genetico e chi, invece, vi riscontra connotati giurisdizionali, come istituto che nasce della volontà delle parti, ma i cui caratteri funzionali e operativi lo rendono del tutto assimilabile al giudizio ordinario, come, peraltro, sembra oggi essere confermato dalla recente riforma dell'istituto ⁽¹²⁾.

L'arbitrato è un *ens medium* tra contratto e processo: se è indiscutibile che esso nasca da un atto di autonomia delle parti (la convenzione arbitrale), il suo fine è quello di giungere all'accertamento

⁽¹⁰⁾ Per una disamina completa, E. D'ALESSANDRO, *L'efficacia del lodo*, in AA.Vv., *Il lodo*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. V, Napoli, 2021, 259 ss.

⁽¹¹⁾ Su tale aspetto la letteratura è amplissima. Mi permetto di rinviare per un'ampia panoramica a F. DE SANTIS, *Arbitrato rituale e giurisdizione statale*, in AA.Vv., *Profili generali*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. I, Napoli, 2019, 149 ss.; G. RUFFINI, *L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. arb.*, 2019, 239 ss.

⁽¹²⁾ Mi riferisco alla disciplina della *translatio iudicii* tra arbitro e giudice introdotta dalla recente riforma Cartabia. Per un'ampia disamina di tale nuova disciplina, L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 773 ss.; M. BOVE, *La riforma dell'arbitrato*, in *Giur. it.*, 2023, 449 ss.; F. CORSINI, *La riforma dell'arbitrato nell'ambito del d.lgs. n. 149 del 2022*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 129 ss.

del modo di essere di un rapporto controverso, attraverso l'operare di un meccanismo processuale ⁽¹³⁾.

L'autonomia, che connota il momento genetico della scelta a favore di questa diversa forma di giustizia, si riverbera anche nel momento attuativo del processo arbitrale: infatti, le parti, avendo piena disposizione dei loro diritti, possono plasmare le regole procedurali con ampi spazi di libertà. Allo stesso modo gli arbitri, scelti dalle parti, hanno la facoltà di modellare la procedura per ottenere nel modo migliore un corretto accertamento dei fatti e una conseguente giusta decisione. Vi è, quindi, un «ambito di flessibilità, che consente al processo arbitrale di modellarsi alla singola lite, tanto da affermare che nessun processo arbitrale è uguale a un altro» ⁽¹⁴⁾.

Flessibilità non è, però, sinonimo di aformalismo ⁽¹⁵⁾: anche l'arbitrato, in quanto attività processuale, è connotato da regole, le quali, salvo il loro nucleo principale, sono lasciate all'autonomia delle parti e degli arbitri. In altri termini, nella giustizia privata ci si libera dall'irrigidimento delle forme del processo civile, a favore di quelle liberamente determinate dagli operatori che le utilizzano ⁽¹⁶⁾. Queste ultime, peraltro, sono concepite in relazione al risultato che si vuole ottenere, tanto che la flessibilità determina che non necessariamente vi sia un'automatica riduzione dell'attività processuale rispetto allo «*standard* medio» ⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Per ulteriori approfondimenti, *si vis*, E. GABELLINI, *L'azione arbitrale. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, Bologna, 2018, 30 ss.

⁽¹⁴⁾ P. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, in L. SALVANESCHI, A. GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, Milano, 2020, 270; F. DANOVI, *Il linguaggio del processo*, Milano, 2018, 130, il quale definisce il processo arbitrale come un «abito di sartoria cucito su misura».

⁽¹⁵⁾ Ampiamente, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, cit., 15 ss.

⁽¹⁶⁾ Sul punto E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.*, 1993, 1 ss.; per una analisi generale, S. CHIARLONI, *Formalismi e garanzie. Studi sul processo civile*, Torino, 1995, *passim*.

⁽¹⁷⁾ Come osserva E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, cit., 20 ss.

Tale dimensione trova fondamento nella stessa previsione dell'art. 816 *bis* c.p.c., secondo cui «le parti possono stabilire nella convenzione d'arbitrato o con atto scritto separato, purché anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato. In mancanza di tali norme, gli arbitri hanno la facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio e di determinare la lingua dell'arbitrato nel modo che ritengono più opportuno».

Dunque, sono le parti che in prima battuta possono delineare le regole procedimentali; in subordine (e questo generalmente accade, poiché raramente i contendenti individuano nella convenzione arbitrale specifiche previsioni che esulano da quelle relative alla nomina degli arbitri) interverranno i giudici privati⁽¹⁸⁾, i quali godono di ampia autonomia anche nell'ipotesi di arbitrato amministrato o regolamentato, per tutto ciò che non viene espressamente disciplinato.

Tuttavia, come si è già anticipato, questa ampia libertà riconosciuta ai protagonisti del conflitto non è priva di vincoli. La fungibilità di scopo tra processo statuale e quello arbitrale impone il rispetto di un nucleo essenziale di principi anche con riguardo al secondo, che non possono essere derogati né dagli arbitri né dalle parti⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ F. AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 385 ss.; G. DE NOVA, *Profili introduttivi*, in AA.VV., *Lo svolgimento dell'arbitrato*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. IV, Napoli, 2021, 5 ss., il quale ritiene che le regole debbano essere fissate al momento dell'accettazione degli arbitri. Per tal ragione, l'a. reputa opportuno che la costituzione del collegio venga svolta in un'udienza apposita, che deve vedere la presenza dei difensori delle parti, muniti dei necessari poteri ai fini dell'art. 816 *bis* c.p.c.

⁽¹⁹⁾ Così E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, cit., 4 ss.; P. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, cit., 270 ss.; G. DE NOVA, *Profili introduttivi*, cit., 15, il quale rileva che la dottrina tende a dividersi nell'individuare i principi costituenti l'ordine pubblico processuale.

Si è, dunque, parlato di «giusto processo arbitrale» ⁽²⁰⁾, intendendo con esso quel cuore di regole, la cui mancanza pone gli arbitri nell'impossibilità di *ius dicere*: mi riferisco al rispetto del principio del contraddittorio e della terzietà dei giudicanti.

Se il primo trova enunciazione nel dettato normativo, il quale, peraltro, aggiunge che le parti debbano avere «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa» ⁽²¹⁾, il secondo è immanente nella stessa struttura dell'arbitrato, che, come ho ricordato, è un giudizio ⁽²²⁾.

Ne consegue che, nel rispetto di tali principi, gli arbitri hanno la possibilità di regolare man mano il fluire del procedimento e tale fissazione, benché per previsione normativa sia attribuita ad essi, è buona regola che venga condivisa dalle parti.

Il dialogo tra gli arbitri e le parti costituisce un elemento importante per l'efficienza dello strumento arbitrale: tramite detta modalità, infatti, come è stato condivisibilmente affermato ⁽²³⁾, si premia l'autoresponsabilità delle parti, favorendo, in ultima analisi, un proficuo esito del procedimento arbitrale che, non diversamente da quello statuale, consiste in una giusta decisione di merito.

3. Il significato dei criteri della sinteticità e della chiarezza nella dimensione arbitrale. – All'interno di tale contesto, connotato da ampia libertà dei protagonisti del conflitto, è ovvio che l'arbitrato rimanga sostanzialmente immune alla ventata di sinteticità e chiarezza-

⁽²⁰⁾ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, cit., 41 ss. e in part. 75 ss.; prima di ella, G.F. RICCI, Sub art. 816 bis, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna, 2016, 465 ss. parla di principi *essentialia* di qualunque giudizio; P. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, cit., 270; A. PANZAROLA, *Alla ricerca dei substantialia processus*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 680 ss.

⁽²¹⁾ In tal senso si esprimeva già T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1958, 887, il quale precisava che il principio del contraddittorio nell'arbitrato è di ordine pubblico e deve essere tutelato «indipendentemente e al di sopra della volontà delle parti».

⁽²²⁾ E. FAZZALARI, *Sulla libertà di forme del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 637-8.

⁽²³⁾ P. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, cit., 276.

za che ha recentemente contraddistinto il dialogo processuale statale.

Infatti, è difficile riscontare nelle legislazioni nazionali – come comprova anche la nostra disciplina interna – o nei regolamenti arbitrali (penso a quello della Camera arbitrale di Milano o dell'*International Chamber of Commerce* di Parigi) riconoscimenti impliciti al criterio della sinteticità e chiarezza degli atti processuali ⁽²⁴⁾.

Tale assenza si giustifica, oltre che in virtù della libertà di forme che connota il processo arbitrale, anche con riguardo alla struttura degli atti (come si avrà modo di illustrare), per il fatto che nella dimensione arbitrale non ci sono le necessità di concentrazione ed economia processuale che governano il processo giurisdizionale e che hanno giustificato, in ultima analisi, l'esigenza di introdurre siffatte regole ⁽²⁵⁾. Infatti, come è stato osservato, il principio della ragionevole durata del processo impone un impiego delle risorse giudiziarie proporzionato al singolo caso e rispettoso del carico di lavoro complessivo degli organi giurisdizionali ⁽²⁶⁾.

Diversa, come accennato, è la prospettiva arbitrale.

L'arbitrato, oltre ad essere uno strumento duttile, consente l'accertamento del diritto controverso in tempi brevi, molto lontani da quelli propri del processo civile. Infatti, l'art. 820 c.p.c. impone che i giudici privati emettano il lodo, salvo specifiche proroghe, al massimo entro duecentoquaranta giorni dall'accettazione dell'incarico.

Inoltre, gli arbitri hanno più tempo a disposizione del giudice da dedicare alla controversia per la quale sono nominati e generalmen-

⁽²⁴⁾ Sul punto ampiamente, A. BRIGUGLIO, *Tecniche di redazione degli scritti difensivi*, in L. SALVANESCHI, A. GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, cit., 296 ss.

⁽²⁵⁾ Come viene anche posto in evidenza nella *Relazione sulle novità normative della riforma «Cartabia» Diritto e Procedura civile*, redatta dall'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione, 67 ss.

⁽²⁶⁾ P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 469; A. STORTO, *Il principio di sinteticità degli atti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2015, 1192 ss.

te hanno la possibilità di metterci più cura, oltretutto perché meglio gratificati.

È, dunque, evidente che nella dimensione arbitrale perda di rilevanza il criterio della sinteticità, quale mero strumento di misurazione delle parole, del numero di pagine di un atto processuale, come sembrerebbe emergere dalla recente riforma del processo statutale e, in particolare, dal decreto del Ministro della giustizia, emesso in attuazione dell'art. 46, disp. att. c.p.c. ⁽²⁷⁾.

Diversamente, esso mantiene una centralità, sebbene in una prospettiva vicaria ⁽²⁸⁾, insieme al criterio della chiarezza, qualora questi principi vengano posti in relazione con l'esigenza di realizzare un proficuo svolgimento del contraddittorio processuale ⁽²⁹⁾, come è stato posto in evidenza da parte della giurisprudenza con riguardo al processo civile ⁽³⁰⁾.

Inoltre, è opportuno ricordare che, in generale, nella dinamica processuale, come osserva attenta dottrina ⁽³¹⁾, il discorso dei litiganti opera su una pluralità di livelli: da un lato, ha un indubbio contenuto informativo in ordine all'esistenza dei fatti storici e dall'altro anche un contenuto ermeneutico, poiché serve ad esprimere l'interpretazione di quei fatti e la loro valenza nell'ambito giuridico.

Questa duplice finalità riempie di contenuto la dialettica processuale (di cui anche gli atti di parte costituiscono espressione): infatti, la volontà del giudicante non è mai sovrana assoluta, ma «è sempre condizionata alla volontà e al comportamento delle parti, cioè all'iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all'acquiescenza di esse. E lo stesso si può dire per ciascuna delle parti, la cui volontà e la cui

⁽²⁷⁾ I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, cit.

⁽²⁸⁾ ID., *Chiarezza e sinteticità negli atti giudiziali: il protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, 2728.

⁽²⁹⁾ Come, peraltro, pone in evidenza anche A. STORTO, *Il principio di sinteticità*, cit., 1195 ss.

⁽³⁰⁾ *Ex multis*, Cass., sez. un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *Dejure*.

⁽³¹⁾ M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018, 21 ss.

attività si plasma e si adegua in ogni momento del processo agli stimoli che le arrivano dal comportamento del giudicante e della controparte» ⁽³²⁾.

Affinché detto dialogo (che naturalmente può essere scritto o parlato) si realizzi, è necessario che la comunicazione tra i protagonisti del conflitto sia efficiente: tale finalità è subordinata al rispetto del canone della chiarezza espressiva, la quale inevitabilmente impone che i contendenti organizzino in modo razionale il proprio ragionamento ⁽³³⁾.

In siffatta prospettiva, è evidente che la sinteticità ⁽³⁴⁾ perda la sua rilevanza dimensionale (sempre che sostanzialmente la possa avere) e divenga mezzo per realizzare, riprendendo la suggestiva immagine della locandina dell'odierno Convegno, il rapporto aureo tra la molteplicità e la complessità delle questioni dibattute e la corretta estensione dell'atto che le veicola ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ Come osservava P. CALAMANDREI, *La dialettica del processo*, 679 ss., le cui osservazioni possono altresì valere con riguardo all'arbitrato; ma sul punto anche E. REDENTI, *L'umanità del nuovo processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1941, 30 ss.

⁽³³⁾ Essa si traduce, in ultima analisi, in efficienza della tutela arbitrale. Su tale aspetto, in una dimensione di ampio respiro, B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, 103, la quale osserva che «come a chi innalza una costruzione non basta accumulare pietre e materiali ed altri arnesi utili all'edilizia se non si aggiunga la valentia nel disporli e nel collocarli, così nell'eloquenza la provvista degli argomenti, per quanto piena sia, si ridurrà ad un cumulo informe, se analogamente la disposizione non li legherà in un tutto armonico e organico»; nel medesimo senso, molto prima, P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Firenze, 1959, 80 e 83, il quale, da un lato ammoniva di ricordarsi «(...) che la brevità e la chiarezza sono le due doti che il giudice più ama nel discorso dell'avvocato»; e, dall'altro che anche l'oratore «come l'architetto deve pensare prima di tutto alla solidità della costruzione: tanto meglio poi se da quella solidità balzerà fuori, senza cercarla, la bellezza monumentale».

⁽³⁴⁾ Sulla difficoltà di intendere questo concetto, M. TARUFFO, *Note sintetiche sulla sinteticità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 453 ss.

⁽³⁵⁾ Sul punto ampiamente, I. PAGNI, *Chiarezza e sinteticità degli atti e dei provvedimenti nel decreto ministeriale scritto in attuazione dell'art. 46 disp. att. c.p.c.*, cit., par. 1; M. GUERNELLI, *Il linguaggio degli atti processuali fra norme, giurisprudenza e protocolli*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 505 ss.

Alla luce di tali considerazioni, grazie alla peculiare struttura del procedimento arbitrale, i protagonisti del conflitto non devono occuparsi del problema della brevità, ma possono indirizzare la loro attenzione al vero fine perseguito da questa c.d. endiadi, ovvero la necessità di rendere proficuo il ragionamento in funzione dell'obiettivo che si vuole raggiungere.

Dunque, i menzionati principi, pur non trovando espressa enunciazione nella dimensione arbitrale, devono ovviamente guidare l'attività processuale delle parti: non tanto, come alcuni potrebbero sostenere, in ragione del fatto che si tratti di principi generali del processo, che in quanto tali dovrebbero trovare applicazione anche nella procedura arbitrale ⁽³⁶⁾, bensì in ragione del fatto che la loro attuazione consente di rendere operante il leale e corretto svolgimento della dialettica processuale ⁽³⁷⁾, permettendo, in ultima istanza, la possibilità per i litiganti di avere «ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa» ⁽³⁸⁾.

Infatti, l'essenza del contraddittorio si manifesta in una duplice direzione: esso comporta che il giudicante non possa decidere se non avendo ascoltato tutte le parti e che ciascuna di esse sia posta in condizione effettiva di contraddire le tesi dell'altro ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ Come si potrebbe dedurre dalle osservazioni di G.F. RICCI, Sub art. 816 bis, cit., 436. In verità, la giurisprudenza ritiene che, in assenza di uno specifico richiamo alle norme del c.p.c. compiuto dalle parti nella convenzione d'arbitrato, queste non possono trovare applicazione in arbitrato (Cass., 10 dicembre 2020, n. 28189, in *Onelegale*; Cass., 4 giugno 2014, n. 12543, *ivi*).

⁽³⁷⁾ Sul punto, G. FINOCCHIARO, *Il principio di sinteticità nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 866, che parla, con riguardo al processo statuale, di esplicitazione «dovere di collaborazione tra difensori e giudici»; L. QUERZOLA, *Contributo allo studio degli atti processuali tra forma e linguaggio giuridico*, Torino, 2018, 212 ss.

⁽³⁸⁾ Come osserva G.F. RICCI, Sub art. 816 bis, cit., 458, il diritto di difesa deve essere effettivo.

⁽³⁹⁾ Con riguardo al principio del contraddittorio in arbitrato: F. CARPI, *Profili del contraddittorio nell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2002, 1 ss.; C. CONSOLO, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, par. 1, della convenzione europea dei diritti dell'uomo (prospettive metodologiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, 381 ss.; G.P. CALI-

È, quindi, ovvio che tale ultima possibilità, affinché sia realizzata in modo concreto, impone una individuazione ordinata delle questioni da sottoporre all'esame del giudicante e della controparte e il ricorso a un linguaggio chiaro e comprensibile.

Pertanto, è opportuno anche ricordare che qualora le dichiarazioni, oltre che generiche, fossero ambigue, potrebbero generare una rappresentazione forviante dei fatti, idonea a trarre in inganno la controparte e il giudicante ⁽⁴⁰⁾, violando ulteriormente quel dovere di collaborazione leale che è alla base della stessa opzione per la via arbitrale ⁽⁴¹⁾.

Esse potrebbero, pertanto, anche inficiare la validità del lodo, qualora si riverberino sul contenuto del dispositivo oppure siano in grado di incidere sulla stessa *ratio decidendi* ⁽⁴²⁾.

Orbene, benché dal punto di vista normativo sinteticità e chiarezza non siano criteri richiesti nella dimensione arbitrale, la logica ⁽⁴³⁾ e il rispetto di quel nucleo essenziale di principi racchiusi

FANO, *Spunti sul principio del contraddittorio nel procedimento arbitrale rituale*, in F. AULETTA *et al.* (a cura di), *Sull'arbitrato*, Napoli, 2010, 97 ss.

⁽⁴⁰⁾ Con riguardo al processo civile M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi*, cit., 53 ss.; ID., *L'obbligo di dire la verità delle parti*, cit., 329 ss.; non ritiene che la violazione del principio di sinteticità e chiarezza si tramuti in un abuso del processo, G. CANALE, *La violazione del dovere di sinteticità e chiarezza: abuso del processo?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1025 ss.

⁽⁴¹⁾ Su questo profilo mi permetto di rinviare a E. GABELLINI, *Rimedi contrattuali «sinallagmatici» ed estinzione della convenzione d'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 1283 ss.

⁽⁴²⁾ E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità*, in L. SALVANESCHI, A. GRAZIOSI (a cura di), *L'arbitrato*, cit., 612 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità, I casi (art. 829, commi 1 e 2 c.p.c.)*, in AA.VV., *Il lodo*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, cit., 412, il quale ricorda che la giurisprudenza reputa che il criterio previsto dall'art. 829, 1° comma, n. 11, c.p.c. possa operare solo nel caso di contrasto tra varie parti del dispositivo, che risultino a tal punto inconciliabili, tali da rendere la pronuncia praticamente ineseguibile. Diversamente, la contraddittorietà della motivazione o il contrasto tra essa e il dispositivo possono determinare la nullità del lodo solo qualora si traducano nella impossibilità di comprendere la *ratio decidendi*.

⁽⁴³⁾ A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, 23.

nell'espressione «giusto processo arbitrale» impongono la loro osservanza.

4. *Gli atti processuali e il loro linguaggio.* – Definiti i confini del dialogo all'interno della dimensione arbitrale, l'analisi si focalizzerà dapprima, su come il linguaggio e, poi, la lingua trovino concretizzazione in tale contenitore processuale.

Bisogna subito ricordare che in arbitrato, salvo specifiche deroghe, la difesa tecnica non è obbligatoria e che tanto meno valgono le limitazioni codificate sullo *ius postulandi*: dunque, anche non giuristi possono assolvere detto compito. In verità, nella prassi, la parte sceglie sovente di farsi rappresentare da un avvocato, dato il tecnicismo che caratterizza la gestione della lite in arbitrato. Inoltre, la legge professionale forense stabilisce che la difesa nei procedimenti per arbitrato rientra nelle attività riservate in via esclusiva all'avvocato ⁽⁴⁴⁾.

In arbitrato manca, altresì, una disciplina specifica degli atti processuali. Il legislatore, oggi, ha introdotto una embrionale regolamentazione della domanda di arbitrato, prescrivendo che essa produca i medesimi effetti di quella giudiziale (art. 816 *bis*.1, c.p.c.) ⁽⁴⁵⁾. Per il resto degli atti processuali può farsi liberamente ricorso a forme orali, scritte, telematiche o miste; varrà comunque il principio generale della conformità dell'atto allo scopo. A stabilire

⁽⁴⁴⁾ G. MICCOLIS, *Il difensore nel procedimento arbitrale*, in AA.VV., *Lo svolgimento dell'arbitrato*, cit., 49 ss.

⁽⁴⁵⁾ Già prima della introduzione di tale disposizione vi erano diverse previsioni normative che delineavano un parallelo tra domanda di arbitrato e domanda giudiziale. Ai sensi dei combinati disposti degli artt. 2652, ult. comma, 2653, ult. comma, 2690, ult. comma, 2691, ult. comma, 2943, ult. comma, 2945 ult. comma, c.c. e 669 *octies* c.p.c., si deduceva che la domanda di arbitrato consisteva nell'atto complesso e notificato con cui una parte manifestava all'altra la propria intenzione di promuovere il processo arbitrale, proponeva la domanda e procedeva, per quanto le spettasse, alla nomina degli arbitri. Sul punto ampiamente D. BORGHESE, *La domanda di arbitrato*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 368 ss.

le loro forme sono innanzitutto i litiganti, spesso tramite il richiamo a un regolamento, o, in mancanza, gli arbitri.

Pur nel rispetto degli obblighi derivanti dall'applicazione di un regolamento, anche in tal caso, in armonia con il criterio che domina tutta la struttura del procedimento arbitrale, è buona norma che si instauri un dialogo fra gli arbitri e le parti al fine di individuare quali devono essere gli scritti difensivi successivi a quelli introduttivi, delineando il tipo, il numero e il loro contenuto. Si tratta di una prassi importante per assicurare l'efficienza dello strumento arbitrale, in virtù dell'assenza, salvo che gli arbitri non lo stabiliscano e sempre su accordo delle parti, di termini perentori ⁽⁴⁶⁾.

Delicata è altresì la fase conclusiva del procedimento arbitrale, priva ovviamente di qualunque regolamentazione. Anche in questo caso la ragionevolezza e la proporzionalità giocano un ruolo importante ⁽⁴⁷⁾. Più complessa sarà l'istruttoria, più articolato il dibattito in diritto, più elementi nuovi si sono aggiunti durante la trattazione, più le parti avranno bisogno di avvalersi di adeguati scritti difensivi, ovvero cumulare una memoria scritta riepilogativa con una discussione orale.

Peraltro, in arbitrato, a differenza di quanto avviene nel processo statale, le parti possono avere costantemente un confronto diretto con coloro che le giudicano e la discussione orale, non solo nella fase conclusiva, rappresenta un modo efficace attraverso cui il giudicante può fare emergere i punti deboli delle rispettive posizioni del-

⁽⁴⁶⁾ In realtà sulla questione della possibilità di applicare in arbitrato i termini perentori si registrano posizioni diversificate. Ammettono questa facoltà: G. TRI-SORIO LIUZZI, *La riforma della fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2006, 61, che, però esclude l'esistenza di un regime di preclusioni in arbitrato; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 406; P. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, cit., 283; in giurisprudenza si veda Cass., 21 gennaio 2016, n. 1099, *Corriere giur.*, 2016, 1273 ss., con nota di L. SALVANESCHI; *contra* E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2021, 236, anche se apre alla possibilità di una «flessibilità ragionevole»; G.F. RICCI, *Sub art. 816 bis*, cit., 440; in giurisprudenza, nega che gli arbitri possano fissare delle preclusioni, Cass., 7 febbraio 2007, n. 2717, in *Onelegale*.

⁽⁴⁷⁾ P. BIAVATI, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, cit., 288.

le parti. Queste ultime, infatti, non possono, in tal caso, trincerarsi dietro a memorie scritte ⁽⁴⁸⁾.

Alla luce delle considerazioni svolte, per quanto riguarda il linguaggio degli atti processuali, le parti, svincolate dalla pressante richiesta della brevità propria del processo civile, sono libere di scegliere di volta in volta il taglio complessivo da dare allo scritto alla luce del singolo argomento da trattare.

Quest'ultimo sarà generalmente orientato all'analiticità e alla completezza argomentativa, anche in ragione del fatto che gli interlocutori dei litiganti sono giudicanti assai esperti e spesso adusi a ragionamenti complessi.

Benché il dettato normativo lasci ampio spazio di scelta, le parti saranno propense a individuare come arbitri soggetti ampiamente qualificati, non solo con riguardo allo specifico uso dello strumento arbitrale, ma anche in merito all'oggetto sostanziale della lite; anzi siffatta opzione costituisce una delle maggiori attrattive della giustizia privata ⁽⁴⁹⁾.

Questa tendenza, peraltro, oltre ad essere seguita nelle esperienze straniere, specialmente con riguardo a particolari tipo di liti (mi vengono in mente le dispute in materia di proprietà intellettuale oppure quelle in materia familiare ⁽⁵⁰⁾), trova concretizzazione anche nel nostro ordinamento in materia di arbitrato di lavoro (art. 412 *quater* c.p.c.).

⁽⁴⁸⁾ Non tutti, però, concordano sul valore dell'oralità, come osserva N. PICCARDI, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in AA.VV., *Scritti in onore di Carlo Furno*, Milano, 1973, 703 ss.; per una panoramica, P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2023, 113 ss.

⁽⁴⁹⁾ Sul punto, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 154 ss.

⁽⁵⁰⁾ *Si vis*, E. GABELLINI, *L'azione arbitrale*, cit., 421 ss. e 205 ss.; per la materia familiare si rimanda a E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'arbitrato nella crisi familiare. Una proposta applicativa*, Firenze, 2021, 67 ss.; A. GRAZIOSI, *L'arbitrato nelle controversie familiari e di successione*, in *Riv. arb.*, 2023, 63 ss.; e in contesto più circoscritto, si veda anche M. BOVE, *Impiego della ricchezza nella famiglia ed arbitrato*, *ivi*, 525 ss.

Ciò determina la possibilità per le parti di accedere ad elevata sofisticazione argomentativa, rifuggendo da inutili semplificazioni, che potrebbero vanificare anche una corretta comprensione dell'oggetto della causa ⁽⁵¹⁾.

Inoltre, il tempo che il giudicante può riservare alla decisione, unito al suo elevato grado di specializzazione, lo rende più propenso a discostarsi motivatamente da orientamenti consolidati e persino dalle pronunce della Corte di cassazione. In queste nuove costruzioni interpretative un ruolo fondamentale può rivestire, oltre al ricorso alla giurisprudenza, anche l'ausilio della dottrina, il cui utilizzo, a differenza di quanto spesso avviene nel processo statale, costituisce un valore aggiunto nell'arbitrato ⁽⁵²⁾. Specialmente negli arbitrati internazionali si usa corredare la produzione documentale con la riproduzione di stralci della dottrina citata, come se si trattasse di veri e propri documenti.

Tuttavia, può accadere che nonostante la dovuta attenzione nella redazione degli scritti rimangano degli spazi di oscurità del pensiero. La struttura flessibile dell'arbitrato consente di fare meglio precisare tali circostanze: oltre al ricorso al dialogo in sede di adunanza, l'attività chiarificatrice potrà realizzarsi mediante la possibilità per gli arbitri di richiedere apposite memorie aggiuntive dedicate solo a specifici punti ⁽⁵³⁾.

5. *La lingua.* – Per quanto riguarda, invece, l'uso della lingua in arbitrato, è inevitabile partire dalla statuizione normativa, già richiamata in precedenza, che consente alle parti, e in via vicaria agli arbitri, di indicare la lingua nella quale deve svolgersi il giudizio (art. 816 *bis*, 1° comma, c.p.c.). Detta previsione, oltre ad essere espres-

⁽⁵¹⁾ Come pone in luce A. BRIGUGLIO, *Tecniche di redazione degli scritti difensivi*, cit., 297.

⁽⁵²⁾ *Ibidem*, 298 ss.

⁽⁵³⁾ Sul punto, P. BIAVATI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, in *Judicium*, 2017, 144 ss.

sione dell'estensione della disciplina interna alle ipotesi di arbitrato internazionale, costituisce ulteriore manifestazione del principio consensualistico caratterizzante l'intera normativa.

Ne consegue che è possibile per i protagonisti della lite indicare, come lingua del procedimento arbitrale, anche una diversa da quella nazionale; cioè, come è stato osservato ⁽⁵⁴⁾, è permesso effettuare un arbitrato nazionale in una lingua straniera, qualora le parti e gli arbitri lo vogliano. Siffatta opzione può realizzarsi nell'ipotesi, ad esempio, in cui siano stati scelti arbitri di lingua madre tedesca: in tal caso può loro convenire che il relativo giudizio, pur restando soggetto alla legge processuale e sostanziale italiana, si svolga in lingua tedesca.

La norma prevede che siano le parti, in primo luogo, a definire la lingua; solo in mancanza di una loro determinazione la scelta è devoluta agli arbitri. In tale fattispecie, l'opzione abbracciata dai giudici privati deve tenere in considerazione gli elementi fattuali del rapporto in essere tra i litiganti, come per esempio la lingua del contratto, dell'accordo compromissorio oppure la corrispondenza intercorsa tra loro ⁽⁵⁵⁾. Naturalmente detta scelta deve essere svolta alla luce delle conoscenze linguistiche delle parti, tanto che, come è stato osservato ⁽⁵⁶⁾, gli arbitri potrebbero anche modificare l'opzione a favore di una determinata lingua qualora essa avesse l'effetto

⁽⁵⁴⁾ G.F. RICCI, Sub art. 816 bis, cit., 428.

⁽⁵⁵⁾ F. DIAS SIMÕES, *The Language of International Arbitration*, in *Conflict Resolution Quarterly*, 2017, 98; così anche C. PUNZI, *La lingua del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 220, che richiama, ai fini della scelta, la lingua utilizzata nel contratto; G. ZUKOVA, *La sede e la lingua della procedura*, in AA.VV., *L'arbitrato amministrato*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. VI, Napoli, 2022, 151. Sul punto si veda anche l'art. 17 del Regolamento della *London Court of International Arbitration*, il quale prescrive che il collegio decida sulla lingua dell'arbitrato dopo aver concesso alle parti una ragionevole opportunità di proporre per iscritto le proprie osservazioni, tenendo in conto la lingua utilizzata nelle prime battute del procedimento e ogni altro elemento ritenuto importante.

⁽⁵⁶⁾ F. DIAS SIMÕES, *The Language of International Arbitration*, cit., 102 ss.

di inficiare il corretto esplicarsi del contraddittorio tra le parti ⁽⁵⁷⁾. Una simile posizione, però, non sembra trovare accoglimento nelle posizioni giurisprudenziali straniere ⁽⁵⁸⁾, benché esse pongano in luce la necessità in tali casi di garantire adeguati ed effettivi tempi di difesa.

Tuttavia, scegliere una lingua diversa da quella italiana non significa solo optare per un registro linguistico diverso, ma abbracciare un'altra cultura ⁽⁵⁹⁾.

Ciò determina che, in primo luogo, la medesima parola può assumere sfumature diverse in ragione del luogo geografico in cui essa sia utilizzata ⁽⁶⁰⁾; in secondo luogo è necessario tenere in considerazione che la differente estrazione culturale incide anche sulle modalità di redazione degli atti processuali. Come ricorda correttamente una dottrina ⁽⁶¹⁾, l'avvocato italiano dovrà ricordare che il francese

⁽⁵⁷⁾ B. TAVARTKILADZE, *La lingua dell'arbitrato*, in AA.Vv., *Lo svolgimento dell'arbitrato*, cit., 183 ss., la quale correttamente rileva che la scelta della lingua compiuta dalle parti (o dagli arbitri) non vincola eventuali testimoni o periti. Sul punto appare esplicativo quanto previsto dall'art. 19 *Uncitral Arbitration Rules*, il quale prescrive che la determinazione della lingua (o delle lingue) dell'arbitrato abbiano ad oggetto: gli atti redatti nell'interesse delle parti, le comunicazioni ed i provvedimenti provenienti dal collegio, così come la lingua parlata dalle parti, dai loro difensori e dagli arbitri durante le adunanze. Salvo diverso accordo, invece, è possibile produrre documenti ed assumere prove in una lingua diversa da quella della procedura, attribuendo al collegio il potere di disporre delle traduzioni. Nella medesima direzione si pone, in parte, anche l'art. 5 Regolamento CAM, il quale prescrive che «il Tribunale Arbitrale può autorizzare la produzione di documenti redatti in una lingua diversa da quella dell'arbitrato e può ordinare che i documenti siano accompagnati da una traduzione nella lingua dell'arbitrato».

⁽⁵⁸⁾ Sul punto ampiamente B. TAVARTKILADZE, *La lingua dell'arbitrato*, cit., 185 ss.

⁽⁵⁹⁾ Come osserva anche A. BRIGUGLIO, *Tecniche di redazione degli scritti difensivi*, cit., 298.

⁽⁶⁰⁾ C. MORACE, *Elementi fondamentali della clausola arbitrale*, in AA.Vv., *L'arbitrato nei rapporti commerciali internazionali*, in D. MANTUCCI (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, cit., 148, che pone l'esempio del termine «*liquidated damages*» che difficilmente possono essere sovrapposti alla nostra clausola penale.

⁽⁶¹⁾ A. BRIGUGLIO, *Tecniche di redazione degli scritti difensivi*, cit., 298.

gradisce una schematizzazione rigorosa piuttosto che argomentazioni di tipo retorico e discorsivo, e che l'inglese (oppure l'americano) non riuscirà a cogliere in modo efficace la troppa sofisticazione e raffinatezza che il giurista latino impiega per sostenere le proprie ragioni.

La cura della lingua è un problema fortemente sentito negli arbitrati internazionali, dove gli avvocati e gli arbitri parlano lingue diverse o non hanno, spesso, lo stesso livello di competenza ⁽⁶²⁾.

Come è intuitivo dedurre, la corretta conoscenza linguistica è imprescindibile per i contendenti per l'esplicazione del proprio diritto di difesa e per gli arbitri per giudicare nel modo corretto ⁽⁶³⁾.

Quindi, la lingua da utilizzare nell'arbitrato internazionale è funzionale a garantire l'uguaglianza delle parti ed è un elemento qualificante per la scelta dei giudici privati. Talvolta, detta conoscenza diviene un criterio più incisivo della stessa specializzazione ⁽⁶⁴⁾.

La situazione si complica nell'ipotesi in cui le parti, come peraltro è ritenuto ammissibile anche nel nostro ordinamento ⁽⁶⁵⁾, decidano di individuare più lingue per il procedimento. In tal caso, possono sorgere problemi interpretativi nell'ipotesi in cui la conven-

⁽⁶²⁾ F. DIAS SIMÕES, *The Language of International Arbitration*, cit., 93 ss., il quale evidenzia che la lingua rileva sotto tre diversi aspetti: «*party equality, the composition of the arbitral tribunal, and the interaction with national courts*»; G. ZUKOVA, *La sede e la lingua della procedura*, cit., 150. Si tratta di un profilo già ampiamente esaminato dalla relazione di M.C. ERLICHER, *Il processo bilingue italiano-tedesco. La cura delle parole tra garanzie e sfide*, in questa *Rivista*, 2024, 237 ss.

⁽⁶³⁾ I. BANTEKAS, *Language Selection in International Commercial Arbitration*, in *Ohio State Journal on Disputes Resolution*, 2020, 129 ss. e in part. 134 che sottolinea la differenza tra la lingua araba classica e quella colloquiale.

⁽⁶⁴⁾ B. TAVARTKILADZE, *La lingua dell'arbitrato*, cit., 182 ss.; V. VIGORITI, *La lingua dell'arbitrato*, in G. ALPA, V. VIGORITI (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino, 1999, 885.

⁽⁶⁵⁾ G. TOTA, *Sub art. 816 bis*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, (a cura di), *Commentario alla riforma del processo civile*, vol. III, 2, Milano, 2009, 694 e in particolare nota 17.

zione arbitrale non dica nulla: tale scelta, infatti, potrebbe essere letta come opzione per i contendenti di scegliere a proprio piacimento una delle lingue indicate nella convezione arbitrale oppure potrebbe essere interpretata come necessità che l'intero procedimento si svolga simultaneamente in due lingue diverse. Nel primo caso, la parte che eventualmente non conosce bene la lingua utilizzata dalla controparte si trova costretta ad avvalersi delle traduzioni con inevitabile lievitazione delle spese a proprio carico; nel secondo, invece, è necessario che tutti gli atti del procedimento si svolgano in doppia lingua e, ancora una volta, è imprescindibile il ricorso alle traduzioni. Peraltro, non bisogna dimenticare che è alquanto complesso trovare arbitri che abbiano la padronanza di due differenti registri linguistici ⁽⁶⁶⁾.

Inoltre, non si può sottacere che talvolta l'attività traduttiva, oltre a determinare un aumento dei costi e delle tempistiche della procedura arbitrale, potrebbe essere inadeguata a cogliere le sfumature delle parole e delle espressioni utilizzate nel testo originale ⁽⁶⁷⁾. Spesso accade che certe locuzioni utilizzate nel linguaggio legale di una specifica lingua non trovino una facile corrispondenza nel registro di un'altra.

Il problema da ultimo richiamato, in verità, coinvolge un profilo di più ampio respiro.

L'uso della parola in arbitrato non è molto diverso da quello proprio del processo statale. Ciò deriva dal fatto che i protagonisti di tale forma di giustizia sono generalmente degli avvocati ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Su questi profili, ampiamente, F. DIAS SIMÕES, *The Language of International Arbitration*, cit., 96 ss.; B. TAVARTKILADZE, *La lingua dell'arbitrato*, cit., 190, la quale evidenzia che si tratta di una prassi da evitare.

⁽⁶⁷⁾ Sul ruolo delle traduzioni, in generale, si rimanda alle osservazioni di R. CAPONI, *Interpretazione, traduzione e comparazione*, in *Dogmatica giuridica e vita*, vol. II, Milano, 2022, 1133 ss.

⁽⁶⁸⁾ Per un interessante sintesi sul tecnicismo del linguaggio giuridico si vedano le osservazioni di M.F. GHIRGA, *La giustizia «piovuta» dal cielo*, cit., 34 ss.; e in un discorso di più ampio respiro, M. BOVE, *Obiettivi e metodi nel discorso giuridico: il punto di vista di un processualcivilista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 943 ss.

Tuttavia, la burocratizzazione del linguaggio, tipica del giudizio statutale, che ha condotto un'attenta dottrina a parlare di un «linguaggio anomalo e esoterico» ⁽⁶⁹⁾, in arbitrato trova o comunque dovrebbe trovare una attenuazione in ragione dei caratteri generali dell'istituto che possono reagire sul relativo uso della lingua.

Tra questi giocano un ruolo importante la struttura del processo arbitrale e il più volte citato principio della flessibilità. Mentre la struttura del processo statutale è asimmetrica, quella del giudizio arbitrale è isonomica ⁽⁷⁰⁾: infatti, se nel primo la figura del giudicante si pone sostanzialmente in un livello più alto di quello degli avvocati, ciò non si verifica – o comunque non dovrebbe verificarsi – nel secondo caso ⁽⁷¹⁾. Tale differente prospettiva deriva, da un lato, dal fatto che gli arbitri, generalmente, sono avvocati, tanto che i due ruoli risultano sostanzialmente fungibili, dall'altro in ragione della menzionata collaborazione ⁽⁷²⁾ che è alla base della struttura organizzativa del processo arbitrale. Quest'ultima, però, non attenua l'obbligo di imparzialità, terzietà e neutralità del collegio giudicante, come comprova anche la recente riforma di detto istituto ⁽⁷³⁾.

Tali elementi, dunque, dovrebbero dissuadere gli avvocati dei litiganti dal ricorrere ad espressioni ampollöse tipiche del processo statutale.

⁽⁶⁹⁾ B. CAVALLONE, *Il processo come un gioco*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1560; sul punto si veda anche R. LIBERTINI, *Perché scrivere chiaro. Dal semplicismo alla pertinenza del linguaggio giuridico (ai fini del discorso e dei suoi destinatari)*, in *Riv. it. inf. e dir.*, 2020, 49 ss.

⁽⁷⁰⁾ Come pone in luce B. CAVALLONE, *Il linguaggio del processo e il linguaggio dell'arbitrato*, relazione tenuta a presso la Camera arbitrale Milano nel 2021 e consultabile in <<https://www.youtube.com/@cameraarbitrale>> (31.07.2024).

⁽⁷¹⁾ Tanto che una parte della dottrina (A. BRIGUGLIO, *Tecniche di redazione degli scritti difensivi*, cit., 298) pone in evidenza che talvolta questo differente approccio si traduce nell'adozione da parte delle parti di toni non adeguati.

⁽⁷²⁾ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Il processo arbitrale flessibile*, cit., 30 ss.

⁽⁷³⁾ Sul punto si veda ID., *Obblighi di disclosure e imparzialità dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 1047 ss.; L. SALVANESCHI, *Le nuove norme in materia di arbitrato*, cit., 739 ss.; M. BOVE, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 447 ss.

6. *Osservazioni conclusive: l'arbitrato quale palestra dell'essenzialità della parola.* – Per concludere, se il dialogo, come poneva in luce Calamandrei, costituisce elemento ontologico del processo, in materia arbitrale esso assume una valenza ancora più incisiva.

La cura delle parole, intesa come cura del dialogo tra i protagonisti della giustizia arbitrale, si tramuta innanzitutto nella loro auto-responsabilità nella definizione delle regole del gioco. Infatti, l'aspetto consensualistico, connotante questa giustizia, si riverbera sulla definizione dei dettami del conflitto: solo il dialogo costruttivo tra le parti e gli arbitri consente che l'innata flessibilità dello strumento arbitrale possa produrre frutto. L'efficienza dello strumento presuppone il rispetto del principio del contraddittorio, la cui realizzazione impone che tutti i protagonisti della lite adottino comportamenti conformi alla leale collaborazione. Tra gli ingredienti di quest'ultima vi rientra senz'altro il rispetto dei criteri della sinteticità e chiarezza. Siffatti principi, nel contesto arbitrale, possono manifestare la loro vera essenza, poiché non subiscono, per le ragioni in precedenza analizzate, alcuna contaminazione proveniente dalle necessità sottese al giudizio statale.

Se, come è stato osservato, la sfida della sintesi e della chiarezza non deve essere vista come una minaccia, ma come un'opportunità per la moderna classe forense ⁽⁷⁴⁾, probabilmente la dimensione arbitrale può costituire un'ottima palestra per poter restituire alla parola scritta (ma anche parlata) la sua funzione essenziale ⁽⁷⁵⁾, e, quindi, far accrescere, come già osservava Calamandrei ⁽⁷⁶⁾, la dignità dell'eloquenza forense.

⁽⁷⁴⁾ Così P. BIAVATI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, cit., 149.

⁽⁷⁵⁾ Scrive F. CARPI, *La tecnica di formazione del ricorso per cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1027, che l'«etica dell'essenzialità significa omettere il troppo e il vano, in sostanza ciò che è inutile allo scopo prefisso».

⁽⁷⁶⁾ P. CALAMANDREI, *Oralità nel processo*, in *Opere giuridiche*, cit., 454-5.

Abstract

Nel restituire la relazione tenuta al Convegno dedicato a «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenutosi il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, lo scritto analizza come il linguaggio e la lingua, elementi costituenti l'ossatura minima di ogni processo, trovino realizzazione nella dimensione arbitrale. Dopo una breve ricostruzione delle peculiarità del procedimento arbitrale, la disamina si focalizza su quale significato assuma il dialogo all'interno di questo contenitore processuale. In tale modo, diviene possibile definire la reale portata assunta dai principi di sinteticità e chiarezza degli atti processuali, inseriti recentemente all'interno del processo civile, nella dimensione arbitrale.

Drawing on the speech delivered at the Conference 'The care of words. Clarity and conciseness in civil litigation and alternative dispute resolution mechanisms', held at the University of Trento on 5 December 2023, the article analyses how written and spoken language, which are elements constituting the minimal framework of each trial, are applied in the arbitration. After a brief overview of the features of arbitration proceeding, the study focuses on the significance of dialogue within this procedural framework. In this way, it will be possible to define the actual application of the principles of conciseness and clarity of procedural acts, which have been recently incorporated embedded into the civil trial, within the framework of arbitration.

LA CURA DELLE PAROLE TRA PROCESSO E METODI CONSENSUALI.

PER UNA GESTIONE RESPONSABILE DEL CONFLITTO (*)

*Silvana Dalla Bontà (**)*

SOMMARIO: 1. La cura delle parole alla luce del principio di collaborazione. – 2. Il principio di cooperazione e la promozione della soluzione consensuale. – 3. La cura delle parole tra processo e metodi consensuali di soluzione della lite: una sfida per avvocati, parti e giudice. – 4. L'avvocato come professionista della cura del conflitto nella piena valorizzazione del rapporto avvocato-cliente. – 5. L'arte dell'informativa dell'avvocato alla persona che vive il conflitto. Verso una *divina proporzione*? – 6. Le abilità comunicative nel colloquio avvocato-cliente e l'«anatomia» della comunicazione. – 7. (segue) Il potere delle domande «domande giuste»: domande chiuse *versus* domande aperte. – 8. Dall'approccio avversariale a quello collaborativo: la comunicazione assertiva per una nuova percezione ed auto-percezione dell'avvocatura. – 9. La capacitazione delle parti nella gestione del conflitto quale attuazione del dovere costituzionale di solidarietà sociale. – 10. La cura delle parole nel Manifesto degli Osservatori sulla Giustizia civile «Per un linguaggio non ostile dentro e fuori il processo». – 11. Atti introduttivi del processo «a costruzione progressiva» e finestre conciliative: un rapporto virtuoso? – 12. Tra

Giustizia consensuale Fasc. 1/2024, 281-325. EDITORIALE SCIENTIFICA – ISSN 0010-2785-0994.

(*) Il contributo restituisce il testo della relazione al Convegno «*La cura delle parole. Sinteticità a chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenuto il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, e co-finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, nell'ambito del bando PRIN 2022, progetto «Edu 4 Just» (2022XRYZR5) – CUP E53D23007000006.

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

mediazione e processo: la cura delle parole nella «domanda di mediazione»... – 13. (segue) ...e nella promozione della giustizia consensuale lite pendente: la cura delle parole di avvocati e giudice. – 14. Per un linguaggio ‘integrato’ di giustizia: la prospettiva di una formazione comune?

1. *La cura delle parole alla luce del principio di collaborazione.* – I contributi che precedono queste finali riflessioni hanno messo in luce, con profondità di contenuti ed eleganza di parole ⁽¹⁾, ruolo e peso che queste ultime – nel loro significato più ampio – rivestono nell’ambito delle vie eteronome di soluzione del conflitto, *i.e.* processo statale ed arbitrato, quali metodi tesi a stabilire la regola di condotta, vincolante nel futuro per le parti in contesa, attraverso l’imposizione ad opera di un terzo – il giudice statale o privato – di una decisione secondo diritto o equità ⁽²⁾. Metodi in cui quel terzo non può che giungere alla pronuncia che separa il torto dalla ragione se non grazie alla ricostruzione della fattispecie concreta mediante trattazione della causa e, ove necessaria, istruzione probatoria, sì da poter applicare a quella il diritto o l’equità.

Pur nell’insita avversarialità che connota tali vie, inclini alla contrapposizione tra attore e convenuto nella massimizzazione, ciascuno, della propria posizione/pretesa giuridica, le considerazioni su processo statale – mono- e bilingue – e procedimento arbitrale hanno evidenziato come anche in questi emerga da tempo l’urgenza di abbracciare una prospettiva nuova, che riconosca, a garanzia di un processo indirizzato alla pronuncia di una deci-

⁽¹⁾ Il riferimento è ai contributi di M. GRADI, *Il processo come dialogo*, in questa *Rivista*, 2024, 201 ss.; M.C. ERLICHER, *Il processo bilingue italiano-tedesco. La cura delle parole tra garanzie e sfide*, *ivi*, 237 ss.; E. GABELLINI, *La cura delle parole nella dimensione arbitrale: tra libertà e vincoli*, *ivi*, 257 ss.

⁽²⁾ Sulla differenza tra metodi autonomi ed eteronomi di soluzione della controversia, v., per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile. V. La risoluzione non giurisdizionale delle controversie*, 13^a ed., Milano, 2023, 15 ss.; nonché, da ultimo, R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 19 ss.

sione giusta, la necessità di una collaborazione tra parti, avvocati e giudice; principio, questo della collaborazione, non a caso enunciato per primo tra quelli che costituiscono assi portanti delle ELI/Unidroit *European Rules of Civil Procedure* ⁽³⁾.

2. *Il principio di cooperazione e la promozione della soluzione consensuale.* – Nell’architettura della giustizia civile disegnata dalle ELI/Unidroit *European Rules of Civil Procedure*, il citato principio di «*co-operation*» tra parti, avvocati e giudice porta con sé, dopo quello della «*proportionality*», anche il terzo: il principio di promozione del «*settlement*», ossia della composizione consensuale della controversia, sia prima dell’instaurazione che nel corso del processo ⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Trattasi delle *European Rules of Civil Procedure* adottate nel 2020 dall’*European Law Institute* e dall’Unidroit, sulla scia dei *Transnational Principles of Civil Procedure* e delle *Transnational Rules of Civil Procedure*, stese dall’*American Law Institute* e dall’Unidroit nel 2004. Per il testo di questa legge modello v. *ELI – Unidroit Model European Rules of Civil Procedure*, Oxford, 2021. Per un’introduzione ai fondamenti delle *Model European Rules of Civil Procedure*, con particolare riguardo a loro genesi, modalità di confezione ed aree di intervento, v. R. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT Model European Rules of Civil Procedure. An Introduction to Their Basic Conceptions*, in *RablesZ*, 2022, 421 ss.; R. CAPONI, *Le regole modello europee ELI-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 717 ss.

⁽⁴⁾ Nel modello di giustizia civile delineato dalle *European Rules of Civil Procedure*, la promozione della soluzione consensuale della controversia lite pendente insiste in primo luogo sul dovere del giudice, da un lato, di assicurarsi che le parti considerino l’eventualità di un componimento bonario della controversia nella fase preparatoria del processo (*Rule 10(1)*); dall’altro, di informativa delle parti sull’esistenza di metodi consensuali di soluzione della lite (*Rule 10(2)*). Il dovere di informativa giudiziale si coniuga con quello degli avvocati, ponendosi a suo ‘rinforzo’. La maggiore probabilità di successo dell’informativa giudiziale sui meccanismi di soluzione consensuale della controversia può derivare dall’autorevolezza del giudice, in ragione della sua indipendenza, terzietà e imparzialità, nonché dall’inserirsi la sua informativa in un processo già avviato, in cui quanto ivi emerso potrebbe indurre le parti a (ri)considerare l’opzione conciliativa della lite.

Tale dichiarata promozione della soluzione consensuale del contenzioso civile muove dalla consapevolezza, anche nello spazio giuridico europeo, della distinzione tra lite e conflitto, laddove la prima è ben rappresentata dall'immagine della punta di un *iceberg* o, ancora, di una fisarmonica o ventaglio chiusi, mentre il conflitto, più ampio ed articolato della lite, troverebbe raffigurazione nella base dell'*iceberg*, o, specularmente, in una fisarmonica o ventaglio aperti ⁽⁵⁾. La lite, infatti, si pone quale (riduttiva) contrapposizione di pretesa giuridica dell'attore *versus* contestazione (o eventualmente contro-pretesa) giuridica del convenuto, laddove invece il conflitto si estende oltre il piano squisitamente giuridico per coinvolgere i molteplici livelli dell'esistenza e convivenza umane, e così gli interessi delle parti ⁽⁶⁾.

Sullo sfondo di questa distinzione, si intende come le *European Rules of Civil Procedure*, nel sostenere la soluzione consensuale del conflitto, e di qui il superamento della lite, avanzino una visione rinnovata di giustizia ⁽⁷⁾. Quest'ultima non sarebbe più identificabile soltanto nel frutto dell'esercizio della funzione giu-

⁽⁵⁾ L'adusa immagine della punta e base dell'*iceberg* viene richiamata anche da G. COSÌ, *L'accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Torino, 2017, 122 e 124, che evidenzia come gli «[i]nteressi sono i bisogni, i desideri, i problemi, i timori; le 'cose' che mancano o che si vorrebbero avere. Molto spesso non vengono espressi; rimangono nascosti dietro gli obiettivi concreti che gli individui affermano di perseguire (su questi, in genere, si fermano l'intervento del diritto e dei suoi operatori)»; di qui l'affermazione per cui «[g]li interessi costituiscono una massa più grande di quella dei diritti, è del tipo specie/genere o, per usare, un'immagine metaforica, simile a quello tra la parte immersa e quella emergente di un iceberg: per nota legge fisica, circa 10 a 1».

⁽⁶⁾ V. ancora ID., *op. loc. ult. cit.*, secondo cui «[i] conflitti sorgono sempre nella zona degli interessi: sono questi i veri motivi dell'azione», dal momento che «[i] diritti (...) sono spesso solo il 'sintomo' delle vere cause del conflitto, sempre situate nella zona degli interessi».

⁽⁷⁾ Aprono a questa visione, per tutti, P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, in questa *Rivista*, 2021, 15 ss.; R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., 32 ss.; F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 45 ss., prec. 63 ss.

risdizionale statale o privata, ma anche nel componimento della contesa raggiunto dalle parti stesse; componimento idoneo a soddisfare i loro interessi, intesi, ciascuno, quale rapporto tra un bisogno dell'individuo e un *quid* atto a soddisfarlo ⁽⁸⁾; interessi, per questo, più numerosi ed estesi di quelli selezionati e cristallizzati in posizioni giuridiche dalla norma generale ed astratta ⁽⁹⁾. Si pensi, tra le tante esemplificazioni possibili, agli interessi psicologici, affettivi, emotivi, reputazionali che spesso si agitano sotto la superficie del diritto – in apparenza a vocazione squisitamente economica – al risarcimento del danno.

Ne emerge una concezione nuova del 'sistema giustizia', che non più giurisdizione-centrico, apre invece ad una visione integrata di giustizia ⁽¹⁰⁾, capace di includere in sé, in un rapporto di virtuosa complementarità, vie giurisdizionali (processo statale e arbitrato) e a-giurisdizionali (negoziato, mediazione) di soluzione del conflitto ⁽¹¹⁾.

⁽⁸⁾ Così F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. I, Padova, 1926.

⁽⁹⁾ A riguardo v. ancora G. COSÌ, *L'accordo e la decisione*, cit., 123, che ricorda come «[q]ualsiasi ordinamento giuridico, date le sue caratteristiche di generalità e astrattezza normative, non può operare se non come formalizzatore di categorie di interessi» tradotti «in dei contenitori che chiama 'diritti'» che non vengono 'aperti' perché «diventerebbero dei pericolosi vasi di Pandora».

⁽¹⁰⁾ Sulla promozione di una visione integrata di giustizia, che, ove l'ordinamento si definisca Stato sociale, comporta peraltro un investimento da parte di quest'ultimo a sostegno non solo dell'esercizio della funzione giurisdizionale statale, ma anche degli strumenti consensuali di componimento della lite, si consenta rinvio al mio *Il costo della giustizia consensuale*, in *Riv. arb.*, 2023, 325 ss., prec. 333; nonché D. D'ADAMO, *La giustizia integrata*, Torino, 2023.

⁽¹¹⁾ Sul tema della complementarità tra processo e vie a-giurisdizionali di soluzione del contenzioso civile v., *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *La giustizia consensuale nella riforma della giustizia civile tra novità e sfide*, in *Corti fiorentine*, 2023, 73 ss., prec. 74; nonché ID., *Il giudice di pace tra conciliazione e nuova mediazione civile. La sfida di un sistema integrato di giustizia*, in G. FORNASARI, E. MATTEVI, T. PASQUINO (a cura di), *Il giudice di pace nel quadro delle riforme*, Trento, 2024, 63 ss., prec. 64 ss., reperibile in accesso aperto al seguente indirizzo <<https://iris.unitn.it/>>. Cfr. a riguardo, nell'ordinamento italiano, la scelta abbracciata dal dall'art. 1, 4° comma, lett. b), legge delega n. 206 del 2021, il quale defini-

Ritorna, così, la sollecitazione provocata dall'immagine – che graficamente rappresenta questo incontro – della proporzione della «sezione aurea», che, nella cornice della presente indagine, diventa simbolo di armonica co-esistenza e co-efficienza di metodi eteronomi ed autonomi di soluzione del contenzioso ⁽¹²⁾.

3. La cura delle parole tra processo e metodi consensuali di soluzione della lite: una sfida per avvocati, parti e giudice. – Come nello svolgimento dei metodi eteronomi di decisione del contenzioso – processo statale e arbitrato – è emersa con evidenza l'importanza della cura delle parole onde giungere ad un ordine imposto dal giudice che sia giusto, così quella cura si mostra cruciale anche in seno ai metodi autonomi di soluzione del conflitto, quali, tra tutti, negoziato e mediazione.

sce gli strumenti diversi dal processo che mirino ad una soluzione consensuale, e quindi negoziale, della lite quali strumenti complementari – e non più 'alternativi' – alla giurisdizione, in un cambiamento di aggettivazione che si rivela non solo e non tanto formale, bensì profondamente sostanziale. In questo mutamento terminologico, infatti, si fonda il riconoscimento della pari dignità della soluzione giurisdizionale della lite e di quella consensual-negoziale. Al punto che la legge delega, nell'intenzione di mettere ordine nel coacervo disarmonico di normative dedicate agli strumenti stragiudiziali di soluzione delle controversie civili contenute in varie legislazioni speciali, prevede l'adozione, entro un lustro dall'entrata in vigore della riforma – periodo dedicato al monitoraggio degli esiti della confermata mediazione obbligatoria – di un Testo Unico sugli Strumenti Complementari (c.d. TUSC), che possa restituire una disciplina organica e coordinata sul punto.

⁽¹²⁾ Il rapporto virtuoso, e così di armonico equilibrio, tra via giurisdizionale e vie a-giurisdizionali si gioca sulla loro co-efficienza – così chi scrive si esprimeva in *Giustizia consensuale*, in questa *Rivista*, 2021, 1 ss., prec. 7; negli stessi termini, da ultimo, R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., 24, secondo cui «una buona soluzione negoziale dovrebbe essere favorita dal buon funzionamento della giurisdizione: una cattiva gestione del servizio giustizia, infatti, potrebbe indurre le parti a sviluppare valutazioni distorsive intorno alla convenienza dell'accordo negoziale». Non v'è dubbio, infatti, che, da un lato, chi non voglia adempiere si può approfittare dell'inefficienza della macchina giudiziaria e chi ha necessità di ottenere quanto gli spetta in tempi ragionevoli può accontentarsi, al cospetto di quell'inefficienza, di un accordo 'al ribasso'.

In questi ultimi, tuttavia – in ragione del differente obiettivo che essi perseguono rispetto ai metodi eteronomi – la cura delle parole si manifesta in chiave diversa, ancorché, da un lato, non dimentica del processo in cui il conflitto potrebbe sempre sfociare; dall'altro, non meno attenta rispetto a quella richiesta nel contesto processuale. Anzi, come a breve si mostrerà, l'attenzione alle parole si fa ancora più urgente, essenziale e sfidante proprio laddove l'avvocato accompagni chi vive il conflitto al raggiungimento di un ordine negoziato mediante l'individuazione, ad opera delle parti stesse che del conflitto sono protagoniste, della regola di condotta vincolante nel loro futuro.

4. L'avvocato come professionista della cura del conflitto nella piena valorizzazione del rapporto avvocato-cliente. – Il riconoscimento dell'importanza della cura delle parole non solo nella sede processuale, ma anche in vista e nell'alveo dei metodi consensuali di soluzione del contenzioso, trova il suo fondamento in una ben precisa visione della professione e funzione dell'avvocato e del suo rapporto con il cliente.

Se l'avvocato è professionista legale che interviene sul conflitto, si può dire che il suo intervento costituisca 'farmaco'; parola, questa, scelta con intenzione, in ragione del significato che il suo etimo greco, 'φάρμακον', consegna: quello, quale *vox media*, di 'medicamento/rimedio' o, all'opposto, 'veleno' ⁽¹³⁾. L'intervento dell'avvocato sul conflitto, infatti, potrà, a seconda di come inteso e praticato, acuire o curare il conflitto.

Ebbene, solo in quest'ultimo caso, l'avvocato si mostrerà *professionista della cura del conflitto* ⁽¹⁴⁾, alla luce del faro che deve

⁽¹³⁾ Così, anche con riguardo al ruolo dell'avvocato rispetto al conflitto familiare, v., *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *La negoziazione assistita dagli avvocati*, in M.A. LUPOI (a cura di), *I procedimenti della crisi familiare*, in corso di pubblicazione.

⁽¹⁴⁾ Così, da ultimo, L. BREGGIA, *Il diritto come relazione: essere giurista al tempo delle riforme*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 343 ss., spec. 356; nonché ID.,

illuminare il suo mandato: la tutela dell'interesse della parte assistita, come ricordano, incisivamente, gli artt. 10 e 26 cod. deon. forense, laddove prevedono, per un verso, che «[l']avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività *a tutela dell'interesse della parte assistita*», per l'altro, che «costituisce violazione dei doveri professionali il mancato, ritardato o negligente compimento di atti inerenti al mandato o alla nomina, quando derivi da non scusabile e rilevante trascuratezza degli *interessi della parte assistita*» (evidenziazioni aggiunte).

È nella cura dell'interesse del cliente, quindi, che si radica quella delle parole, non solo in seno al contenitore processuale, ma anche nell'ambito degli strumenti consensuali di soluzione del contenzioso, in una piena esaltazione del rapporto fiduciario avvocato-cliente e della funzione sociale dell'avvocato ⁽¹⁵⁾.

Il giudice civile dinanzi alla mediazione. Dallo spaesamento ad una nuova consapevolezza, in M. MARTELLO (a cura di), *Il senso della mediazione dei conflitti. Tra diritto, filosofia e teologia*, Torino, 2024, 115 ss., prec. 130; nonché, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 21 ss., prec. 40 ss.

⁽¹⁵⁾ La funzione sociale dell'avvocato è menzionata nel tenore dell'impegno solenne che, ai sensi dell'art. 8 l. n. 247 del 2012, l'avvocato è tenuto a prestare dinanzi al Consiglio dell'ordine degli avvocati in seduta pubblica prima di esercitare il ministero di difensore: «consapevole della dignità della professione forense e della sua funzione sociale, mi impegno ad osservare con lealtà, onore e diligenza i doveri della professione di avvocato per i fini della giustizia ed a tutela dell'assistito nelle forme e secondo i principi del nostro ordinamento».

La responsabilità sociale della professione forense, quale enunciata nel codice deontologico europeo sin dal 1988 e poi nelle linee guida del Consiglio degli ordini forensi europei del 2002, è menzionata esplicitamente nel commento n. 6 della Carta dei Principi fondamentali dell'Avvocato europeo, adottata nella Sessione Plenaria del CCBE, ovvero dal Consiglio degli Ordini Forensi Europei, dell'11 maggio 2007, secondo cui «[l']avvocato che, riunendo in sé tutti questi elementi, persegue fedelmente gli interessi del suo cliente e garantisca il rispetto dei suoi diritti, svolge anche una funzione sociale, che è quella di prevenire ed evitare i conflitti (...)». In questa direzione v. l'accorta sottolineatura di R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., 75, secondo cui nella prospettiva dell'avvocato «non c'è solo il diritto del cliente da proteggere, ma c'è anche il suo inserimento nel contesto sociale, nel quale la posizione del singolo

5. *L'arte dell'formativa dell'avvocato alla persona che vive il conflitto. Verso una divina proportion?* – Se si abbraccia la visione dell'avvocato quale professionista della cura del conflitto, si intende come il rapporto avvocato-cliente si connoti quale rapporto votato ad affrontare la complessità del conflitto – rappresentato all'avvocato dalla persona che lo vive sin dal primo colloquio ⁽¹⁶⁾ – nell'ottica di individuare la via di soluzione più appropriata; dove tale appropriatezza non può che misurarsi avendo a parametro l'interesse del cliente.

Ebbene, la complessità del fenomeno conflittuale palesa come riduttiva, e quindi fallace, la convinzione dell'esistenza di un'unica via di soluzione del conflitto o di una via risolutiva in astratto migliore di tutte le altre. In entrambi i casi, inoltre, quella complessità smentisce l'identificazione di tale via con quella giurisdizionale. Al contrario, innanzi alla complessità che segna il conflitto molteplici si mostrano i percorsi di sua soluzione: la sfida sta nell'individuare quello più appropriato nell'interesse del cliente ⁽¹⁷⁾.

si estende fin dove inizia l'interesse dell'altra parte, così realizzando una 'inclusione' che tenga conto di tutte le posizioni soggettive degne di tutela».

⁽¹⁶⁾ Interessante a riguardo la rappresentazione 'visiva' che della complessità del conflitto viene offerta da A. MIGONE DE AMICIS, *Globalità (Σφαιρικά)*, in A. BARZAGHI, L. CAMPIONE, COMITATO GIOVANI DI ASLA (a cura di), *Professione: Avvocato. Le qualità distintive della professione raccontate dagli avvocati*, con presentazione di R. DANOVÌ, Milano, 2017, 140 ss., prec. 142-3: «il problema del cliente, per essere davvero compreso *in primis* nei suoi aspetti fattuali e ben impostato poi in diritto, richiede di essere inquadrato non già come qualcosa di scritto o scrivibile sulla carta, bensì un solido da guardare nello spazio da tutte le possibili angolature, cercando di individuarne le sfaccettature (che appaiono spesso diverse secondo i punti di osservazione) (...) cose, fatti e pensieri sono tra loro legati da connessioni diverse, irregolari e intricate».

⁽¹⁷⁾ Cosa il cliente vuole ottenere non è infatti disgiunto dal come lo si vuole e può ottenere: così C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa. Dialogo fra teoria e prassi*, Milano, 2017, 205 ss., prec. 214 ss., che rammenta come spesso il cliente, quando si rivolge all'avvocato, crede di avere solo il problema di capire 'cosa' può ottenere e quali diritti ha, non essendosi posto – né ponendosi – quello di 'come' risolvere la

È, questa, una sfida che l'avvocato si gioca, fin dal primo colloquio con il cliente, nell'adempimento del suo dovere di informativa di cui all'art. 27 cod. deon. forense ⁽¹⁸⁾. Nel raccogliere la narrazione del cliente, infatti, egli è tenuto non solo a prospettargli «le iniziative e ipotesi di soluzione» (1° comma, ult. parte, dell'art. 27 cit.), ma anche ad informarlo «chiaramente (...) della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione», nonché «dei percorsi alternativi al contenzioso giuridiziaro, pure previsti dalla legge» (3° comma dell'art. 27 cit.) ⁽¹⁹⁾.

Ne discende l'importanza di una gestione accorta del primo colloquio avvocato-cliente, quale decisivo momento di comunicazione per la cura del conflitto: ogni successiva attività ed iniziativa dell'avvocato, infatti, trova in quel colloquio il suo fulcro. Di qui, il sapiente 'equilibrio comunicativo' che esso richiede all'avvocato; constatazione che rende ancora una volta calzante l'immagine della «sezione aurea», eletta a rappresentazione grafica dell'esortazione alla divina proporzione che essa raffigura.

Fin dal primo colloquio con il cliente, infatti, la cura delle parole dell'avvocato deve rispondere ad un 'aureo equilibrio' tra

sua controversia, perché inconsapevole del fatto che «scegliere una strada piuttosto che un'altra può cambiare enormemente il risultato, in termini relazionali, economici e di benessere». Per questo è «compito dell'avvocato richiamare l'attenzione del cliente su questa cruciale considerazione sin dal primo colloquio perché, prima di imboccare una strada, il cliente stesso deve essere in grado di conoscerne ogni prevedibile futuro sviluppo ed essere consapevole delle strade che, effettuando tale scelta, rinuncia a percorrere».

⁽¹⁸⁾ Sul punto v. R. DANOVÌ, Sub art. 27, in ID., *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Milano, 2014, 188 ss.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *ibidem*, 189 e 191, che ricorda come alla luce del dato positivo citato nel testo, l'avvocato deve «manifestare all'assistito la più adeguata valutazione della lite che è oggetto del suo mandato» e «dare notizia alla parte dell'esistenza del processo di mediazione e conciliazione (e per quanto di ragione dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie)»: commenta con giusta enfasi l'a. che «[d]ovrebbe essere infatti motivo di orgoglio della classe forense realizzare l'obiettivo del conseguimento della giustizia nel modo più appropriato e celere possibile».

l'indefettibile offerta di informazioni giuridiche – che apre l'orizzonte della qualificazione legale della fattispecie concreta, e quindi della contrapposizione tra pretesa e contestazione giuridica – ed esplorazione degli interessi delle parti – che si muovono sotto le asserite posizioni giuridiche e schiudono alle diverse vie negoziali tese ad integrare quegli interessi in vista di un compimento che sia praticabile e sostenibile ⁽²⁰⁾.

In questa virtuosa tensione emerge la figura dell'avvocato che vive e pratica la cura delle parole nel suo più ampio spettro. Un avvocato, cioè, che, nell'aprire il ventaglio – nell'estendere la fisarmonica – delle sue abilità comunicative, sa muoversi con competenza tra imprescindibile rigore giuridico – tradotto in precisione di linguaggio e ragionamento tecnico-giuridico – e apertura anche ad altri saperi – diversi da quello giuridico – che gli consentano di avviare una comunicazione con il proprio assistito capace di 'scoprire' i suoi veri interessi ⁽²¹⁾.

È, questa, un'arte che si vena di maieutica e su cui si gioca la prima declinazione della cura delle parole dell'avvocato che voglia assolvere al suo primario compito: quello di fare l'interesse del cliente. Solo da lì, infatti, è possibile muovere all'individuazione

⁽²⁰⁾ Come ben mette in luce C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, cit., 219, il primo colloquio è momento complesso per i molteplici obiettivi che l'avvocato giocoforza assegna alla conversazione con il futuro cliente: «1) creare un rapporto professionale di fiducia, empatia, ascolto e comprensione; 2) iniziare a conoscere il potenziale cliente ed il motivo per cui chiede la consulenza legale; 3) iniziare ad individuare gli interessi, i bisogni e le aspettative del cliente; 4) informare almeno di massima sui preventivi di spesa in relazione alle varie opzioni; 5) dare al cliente quelle informazioni generali di carattere legale che richiede».

⁽²¹⁾ Calzante l'immagine offerta, ancora una volta, da *ibidem*, 215, che descrive l'abilità dell'avvocato nel primo colloquio come quella di chi sa «tessere una tela fra gli elementi della storia forniti dal cliente e le varie caratteristiche di ciascuna opzione, in modo tale che l'elencazione dei rischi e dei benefici non resti un puro esercizio di stile e una noiosa quanto inutile recitazione a memoria, ma si misuri con le caratteristiche del caso concreto. Una corretta informazione sulle varie opzioni procedurali non può che avvenire nell'ambito di un'interazione fra avvocato e cliente».

della via più appropriata per soddisfarlo e così al ‘consenso informato’ del cliente sulla sua scelta ⁽²²⁾.

6. *Le abilità comunicative nel colloquio avvocato-cliente e l’‘anatomia’ della comunicazione.* – Le abilità comunicative richieste all’avvocato per gestire efficacemente il momento cruciale del colloquio con il cliente sono articolate e complesse e reclamano per questo una preparazione dedicata e di qualità. Interloquire con chi vive il conflitto, ed è in cerca della sua soluzione, non è cosa che può relegarsi ad una gestione, se non improvvisata, lasciata alla sola intuizione, pur ove consolidata da una più o meno lunga esperienza. Di qui, la necessaria meta-cognizione dell’avvocato sugli elementi costitutivi della comunicazione, solo dai quali si può guadagnare quel comunicare ‘con arte’, ossia con efficacia, che è indispensabile sin dal primo colloquio con il futuro cliente ⁽²³⁾.

Senza alcuna pretesa di esaurire un tema dalle variegate sfaccettature, ci si limita qui soltanto a sottolineare l’urgenza per l’avvocato, che ambisca ad essere professionista della cura del conflitto, di interrogarsi sugli elementi fondanti della comunicazione. Si pensi alla rilevanza del contesto, con i suoi c.d. rumori esterni ed interiori ⁽²⁴⁾, in cui il primo colloquio avviene ⁽²⁵⁾; del

⁽²²⁾ Così M. SALA, *La cura nella relazione fra avvocato e cliente: la persona al centro*, in A. MANIACI (a cura di), *La cura della relazione e la relazione della cura*, Pisa, 2023, 145 ss., prec. 153, che, ricordando come la l. n. 219 del 2017 con l’introduzione delle norme in materia di consenso informato nella relazione medico-paziente abbia contribuito a rafforzare la centralità della persona, ritiene che così dovrebbe essere anche nel rapporto avvocato-cliente, dove il consenso libero e consapevole del cliente è essenziale per la soddisfazione del suo interesse.

⁽²³⁾ In questo senso si parla di avvocato attento alla relazione: v. ID., *op. ult. cit.*, 145 ss.; in inglese: «*relational lawyering*»: così D. COWAN, *Effective Communication for Lawyers*, Cheltenham, 2023, 65 ss.

⁽²⁴⁾ Per tutti, a riguardo, G. FRIEDMAN, *Inside Out: How Conflict Professionals Can Use Self-Reflection to Help Their Clients*, ABA Publisher, 2014.

codice utilizzato dall'emittente per trasmettere il suo messaggio (ricorso dell'avvocato al gergo forense o al linguaggio comune?)⁽²⁶⁾; dei canali comunicativi che segnano la sua trasmissione (verbale, non verbale, para-verbale)⁽²⁷⁾; della ricezione del messaggio mediante decodifica da parte del ricevente (la persona che vive il conflitto); del riscontro c.d. costruttivo che questi restituisce (o meno) all'emittente una volta ricevuto e decodificato il messaggio; della conseguente circolarità (o meno) della comunicazione⁽²⁸⁾.

Nel declinare questi fondamenti della comunicazione – una sorta di sua 'anatomia' – ad un colloquio avvocato-cliente che diventi perno di una ruota i cui raggi si indirizzino verso le possibili

⁽²⁵⁾ Sull'attenzione che richiede il contesto in cui i colloqui avvocato-cliente si tengono perché d'impatto sull'immagine che l'avvocato trasmette di sé e sull'approccio al conflitto che egli vuole veicolare, v. C. MORDIGLIA, *Il cambio di paradigma*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa*, cit., 127 ss., prec. 144 ss., secondo cui «lo spazio non è più una asettica e indifferente infrastruttura, ma diventa un fattore che concorre attivamente all'azione professionale innovativa». In merito al ruolo del *design* nell'età della condivisione e quindi sulle «teorie e pratiche progettuali che mettono al centro la collaborazione», v. D. SELLONI, *Il design per la collaborazione*, in G. ARENA, C. IANIONE, *L'età della condivisione*, Roma, 2015, 99.

⁽²⁶⁾ Sul pernicioso rapporto tra «giuridichese» e linguaggio comune v. A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, in G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, Milano, 2018, 23 ss., prec. 28-9; P. BIAVATI, *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 467 ss., prec. 480 ss.

⁽²⁷⁾ A riguardo, per una panoramica, v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione. La comunicazione efficace*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo*, Trento, 2020, disponibile al sito <<https://iris.unin.it/>>, 123 ss., prec. 128 ss.

⁽²⁸⁾ *Ibidem*, 132 ss., che ricorda come, idealmente, «[i]l riscontro (in inglese, *feedback*) è una tecnica di sospensione del giudizio che permette di restituire al nostro interlocutore gli eventi (...) senza aggiungere alcuna valutazione, interpretazione o soluzione». Di qui la conseguenza: «[f]ormulare dei riscontri pertinenti rappresenta la reale differenza tra far evolvere o involvere la comunicazione con il nostro interlocutore».

soluzioni del conflitto ⁽²⁹⁾, cruciali si rivelano, da un lato, e primariamente, l'ascolto del cliente (nella consapevolezza delle sue differenti modulazioni: passivo, attivo, empatico) ⁽³⁰⁾; dall'altro, la formulazione delle 'domande giuste', al fine di 'scoprire' gli interessi veri della persona che vive il conflitto.

7. (segue) *Il potere delle domande 'domande giuste': domande chiuse versus domande aperte.* – Nella comunicazione che fin dal primo colloquio segna il rapporto avvocato-cliente, le domande rivestono un ruolo cruciale. L'avvocato capace di rivolgere al cliente le 'domande giuste' schiude infatti le porte all'esatto adempimento dei suoi obblighi contrattuali verso l'assistito, nonché allo scrupoloso rispetto dei suoi doveri deontologici orientati a tutelare il migliore soddisfacimento dell'interesse del cliente. Ne discende l'importanza di interrogarsi su quali siano le 'domande giuste' ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ Per questa immagine v. S. DALLA BONTÀ, *Fra mediazione e decisione*, cit., 40; immagine mutuata dalle riflessioni di L. BREGGIA, *Il tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice*, in *Giur. merito*, 2008, 571 ss., e ID., *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, 715 ss., che vede nell'udienza e così nel dialogo tra giudice, avvocati e parti il fulcro di un c.d. processo a raggiata, in cui proprio da quel contatto si può dipanare non solo l'iter processuale più consono alla controversia (per tipologia astratta delle posizioni dedotte in giudizio ed esigenze concrete), ma anche l'eventuale soluzione consensuale della lite.

⁽³⁰⁾ Per una panoramica sulle tipologie di ascolto v. E. CAMPI, *Fare la differenza al tavolo di mediazione. La comunicazione efficace*, cit., 131 ss.; da una prospettiva pratico-applicativa, indicando nella disponibilità all'ascolto una delle caratteristiche distintive dell'avvocato, v. G. BERGAMASCHI, *Disponibilità all'ascolto*, in A. BARZAGHI, L. CAMPIONE, COMITATO GIOVANI DI ASLA (a cura di), *Professione: Avvocato*, cit., 111 ss.; ascolto possibile grazie alla pazienza: così A. BARZAGHI, *Pazienza*, *ivi*, 1 ss.; ascolto che comporta empatia: così L. JEANTET, *Empatia*, *ivi*, 91 ss.; che segue alla curiosità: così M. ORSINGER, *Curiosità*, *ivi*, 14 ss.; e che genera creatività: così C. PARZANI, *Curiosità*, *ivi*, 25 ss.

⁽³¹⁾ Discorre dell'importanza per l'avvocato di formulare le «domande giuste» quale presupposto ineludibile per poter «dare risposte (...) e individuare soluzioni

Ebbene, il fine della domanda posta dall'avvocato al cliente costituisce la misura della congruenza, e quindi dell'efficacia, della sua formulazione.

In questo senso, più facili ad immaginarsi, per il giurista formatosi in un tradizionale percorso universitario in giurisprudenza, sono le 'domande giuste' volte a raccogliere le informazioni che servono a delineare e sostanziare la pretesa giuridica. Domande che cercano, scavando nella fattispecie concreta, i fatti principali e secondari che costituiscono la fattispecie astratta, nonché gli strumenti (probatori) atti a dimostrarne la verità nel processo, alla luce della regola di giudizio disegnata dalla ripartizione dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., nonché del convincimento del giudice secondo la regola del 'più probabile che non' ⁽³²⁾. Sono queste, infatti, domande che discendono dall'applicazione da parte dell'avvocato, nel suo colloquio con il cliente, di una rigorosa scienza giuridica, e che sono strumentali all'oggettivizzazione della fattualità della vita per cui il linguaggio giuridico è convenzionalmente pensato.

Non per questo la formulazione di tali domande al cliente è semplice, dal momento che la sfida dell'avvocato sta, da un lato, nel coniugare la sua concettuale e linguistica precisione giuridica con la circostanza di interloquire con chi, molto spesso, giurista

idonee» alla gestione del conflitto che il cliente vive, C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, cit., 220.

⁽³²⁾ In questo senso, limpidamente, per tutti, A. GENTILI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte del giudizio civile*, cit., 26, che sottolinea come, per quanto svalutata dalla moderna dottrina, la forma logica tuttora paradigmatica che segna lo *jus dicere* è quella della sussunzione. In base a questa forma logica, l'avvocato sa che vincerà la causa solo se egli dimostrerà che la domanda giudiziale o, a seconda del caso, l'eccezione è fondata, da un lato, sui fatti di causa allegati e provati; dall'altro, sul dettato legale. In altri termini, egli sa che per vincere la causa deve dimostrare che il fatto di vita si riconduce nella fattispecie legale. Ne discende che l'avvocato è onerato di provare il fatto e di dimostrare poi la sua inclusione concettuale nella norma. L'effetto giuridico segue per forza di legge.

non è ⁽³³⁾; dall'altro, nel saper cogliere e poi tradurre – il che significa giocoforza filtrare – la fattualità della vita in atti giuridici e, ove il conflitto si faccia processo, in atti giudiziari di parte, quali strumenti di comunicazione (e dialogo) che coinvolgeranno non solo l'altra parte, ma anche il giudice, cui quella magmatica vita viene restituita tramite la narrazione tradotta e filtrata in linguaggio giuridico dall'avvocato ⁽³⁴⁾.

Già non facile la formulazione di queste domande, essa si fa ancor più complessa allorché si immaginino 'domande giuste' dirette a facilitare l'emersione dei veri interessi della persona che vive il conflitto, ovvero quegli interessi che, come si diceva, toccano piani diversi da quello *stricto sensu* giuridico di diritto soggettivo e pretesa giuridica.

⁽³³⁾ È, quello indicato nel testo, uno dei profili più complessi che segna l'interazione tra il giurista-avvocato e il proprio assistito. Lo mette in evidenza, con lucidità di analisi, P. BIAVATI, *Sobrietà e chiarezza negli atti di parte. Un percorso necessario*, in *Judicium*, 2017, 141 ss., prec. 148, che descrive la sfida del giurista come 'bifasica', ossia articolata in due, ugualmente significativi, momenti: «uno ascendente, che consiste nell'acquisire la padronanza dei concetti e nel saperli collocare correttamente nella frase, e uno discendente, che consiste nello spiegarli a chi giurista non è con parole comuni». Si tratta di due 'momenti' di cui l'università e le scuole di preparazione professionale forense dovrebbero farsi carico, vista la partita culturale che in essi si gioca. In diritto, le parole hanno un preciso significato e impiegarle nel modo opportuno costituisce uno dei principali esercizi per ogni giurista; al contempo, però, occorre collocare queste espressioni tecniche in un contesto che faciliti una comprensione ampia per chi quel gergo legale non conosce: così, ancora, ID., *Il linguaggio degli atti giudiziari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 467 ss., prec. 477-8.

⁽³⁴⁾ Scriveva S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. I, Milano, 1959, 276, che l'azione della parte in giudizio viene filtrata attraverso una serie di esperienze e quindi di sostituzioni: la prima è quella che si realizza attraverso l'intervento e l'intermediazione del difensore; l'ultima è quella del giudice. Nella fase dinamica dell'azione e in tutto il suo sviluppo – ben sottolinea C. PUNZI, *Il processo come «actus trium personarum»*, in G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 39 ss. – il processo è atto di tre persone, e quindi un rapporto complesso, che si articola tra parti, avvocati, quali loro intermediari, e giudice, che svolge il giudizio, con tutto ciò che ne consegue in punto di 'dialogo' tra costoro.

A riguardo, un'osservazione tra tutte sembra degna di nota: la constatazione della maggiore efficacia, ai fini della 'scoperta' dell'interesse vero del cliente, delle c.d. domande aperte.

Tali sono le domande la cui risposta non può essere seccamente binaria (sì/no), ma giocoforza aperta, dal momento che esse lasciano al ricevente la possibilità di articolare il proprio pensiero in merito ad un determinato tema e all'emittente l'opportunità di raccogliere informazioni preziose ⁽³⁵⁾.

«Come? Perché? Quando? In che senso? Cosa?» sono solo alcuni dei pronomi o delle locuzioni interrogative che introducono domande aperte e schiudono alla circolarità della comunicazione, dando occasione all'emittente, una volta ricevuta la risposta – il riscontro – dal ricevente, di trovare terreno per chiedere ancora, facendo progressivamente emergere l'interesse del cliente ⁽³⁶⁾.

Ne deriva il ventaglio di abilità che un avvocato maturo e completo dovrebbe possedere per gestire efficacemente il colloquio con la persona che vive il conflitto, a riprova di come al sapere tecnico richiesto per poter esercitare la professione forense – i.e. quello giuridico – si debbano accompagnare la conoscenza di altri saperi e il dominio di altre competenze, tra cui si pongono quelle relazionali e comunicative ⁽³⁷⁾. Lo sottolinea da ultimo, ac-

⁽³⁵⁾ A riguardo si consenta rinvio al mio *Per un'efficace gestione del tavolo di mediazione. La preparazione di parte e avvocato*, in S. DALLA BONTÀ (a cura di), *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche*, cit., 28 ss.; nonché E. ZECCA, *Il metodo collaborativo*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa*, cit., 87 ss., prec. 123; R. GABELLINI, *Le fasi della negoziazione*, in A. MONORITI, R. GABELLINI, *NegoziAzione. Il manuale dell'interazione umana*, Milano, 2023, 184 ss.

⁽³⁶⁾ Si tratta di domande non a caso definite da W. URY, *Getting Past No: Negotiating with Difficult People*, rev. ed., New York, 2007, 80, come «*problem solving-oriented questions*».

⁽³⁷⁾ È questa la figura del c.d. *Delta-shaped lawyer*, un avvocato che presenta, come il triangolo che raffigura il delta dell'alfabeto greco, tre lati, ossia tre sfaccettature: alla base, il suo sapere legale esperto; in uno dei due lati del triangolo, le conoscenze tecnologiche; nel terzo lato, l'intelligenza emotiva: per questa raffigurazione v. N. RUNYON, *The 'Delta' Lawyer Competency Model Discovered through*

cortamente, in un interessante *obiter dictum*, una nota pronuncia della sezione I della Corte di Cassazione del 2019, intervenuta sulla figura dell'avvocato che assista le parti al tavolo di mediazione, e che, guardando ai metodi autonomi di soluzione del contenzioso, riconosce (e promuove) «la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate» ⁽³⁸⁾.

8. *Dall'approccio avversariale a quello collaborativo: la comunicazione assertiva per una nuova percezione ed auto-percezione dell'avvocatura.* – L'approccio abbracciato dall'avvocato che si riconosca nel ruolo nobile di professionista della cura del conflitto è un approccio non (più) di tipo squisitamente avversariale, bensì incline a porre al centro, in luogo della frontale contrapposizione tra posizioni giuridiche, il problema. Si tratta di un avvo-

LegalRnD Workshop, Thompson Reuters (June 14, 2018), <<http://www.legalexecutiveinstitute.com/delta-lawyer-competency-model/>>; N. RUNYON *et al.*, *The Delta Model: Simple, Accurate, Versatile* (125), *Legal Evolution* (Nov. 10, 2019), <<https://www.legalevolution.org/2019/11/the-delta-model-simple-accurate-versatile-125/>>; A. CARREL, *Legal Intelligence through Artificial Intelligence Requires Emotional Intelligence: A New Competency Model for The 21st Century Legal Professional*, in 35 *Ga. St. U.L. Rev.* (2019), 1153 ss., prec. 1173. Si riprende questa ricostruzione in S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato alla prova del comunicare, mediare e negoziare in rete nella soluzione del contenzioso civile*, in ID. (a cura di), *Comunicare, negoziare e mediare in rete*, Trento, 2021, 153 ss., spec. 166, disponibile al sito <<https://iris.unitn.it/>>.

⁽³⁸⁾ Il riferimento è al passaggio di Cass., 27 marzo 2019, n. 8473, punto 3, in *Foro it.*, 2019, I, 3250, con commento di D. DALFINO, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*; in *Giur. it.*, 2019, 2128, con annotazione di F.P. LUISO, *Mediazione obbligatoria, il giudice e la legge*; in <www.judicium.it> con commento di P. LUCARELLI, *La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro*; in *Questione Giustizia*, 2019, con nota di C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera*.

cato che da mero *litigator* – focalizzato sulla sola massimizzazione dell'esito della lite nel processo che può portare a rendere questo un «giogo»⁽³⁹⁾ – diventa anche *problem solver*⁽⁴⁰⁾. Questa prospettiva incide sul modo in cui l'avvocato cura la scelta delle parole, ovvero il vocabolario che egli impiegherà nel colloquio con la persona che vive il conflitto.

L'approccio non egocentrico ma ontocentrico al conflitto – che si attenziona non tanto sullo scontro tra posizioni giuridiche escludenti, ma sul problema da risolvere, rispetto cui parti coinvolte e loro avvocati sono al servizio⁽⁴¹⁾ – passa infatti per il ripensamento di quella terminologia bellica che tradizionalmente

⁽³⁹⁾ Così, in un sottile *divertissement* linguistico, A. MANIACI, *Il conflitto come opportunità e i comodi delle ADR* (Alternative Dispute Resolution), in ID. (a cura di), *La cura della relazione e la relazione della cura*, cit., 161 ss., prec. 163, che, richiamando il noto scritto di P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Padova, 1950, 485 ss., evidenzia come il «giuoco» del processo «può tralignare in giogo».

⁽⁴⁰⁾ Calzanti a riguardo, nel più ampio quadro di uno studio sul rapporto avvocato-cliente, da ultimo, le riflessioni di M. BINA, *La felicità dell'avvocato. Diritto forense e processo civile*, Torino, 2024, 44, secondo cui «[p]iù adeguato (...) sembra essere l'approccio della rappresentanza legale nel quadro delle attività di *problem-solving* poiché, in questa prospettiva, gli interessi del cliente sono chiamati ad emergere e l'avvocato, che svolge un ruolo di *go-between* tra ordinamento e cittadino, ad individuare diverse alternative tra quelle previste dalla legge, tra le quali, poi, il cliente può scegliere».

⁽⁴¹⁾ In questi termini G. COSÌ, *Conoscere il conflitto*, in P. LUCARELLI, G. CONTE (a cura di), *Mediazione e Progresso. Persona, società, professione, impresa*, Torino, 2012, 5, 16 ss.; ID., *L'accordo e la decisione*, cit., 113 ss., 126 ss., che contrappone il modello di percezione del conflitto egocentrico a quello ontocentrico: il primo, incentrato sulla contrapposizione tra la 'mia' visione del problema contro la 'tua' visione del problema, destinato ad un *aut aut, tertium non datur*, e così al vero/falso, vincere/perdere; il secondo, propositivo di un visione ontocentrica del problema, in cui il ruolo da protagonista è assegnato proprio a quest'ultimo – dato che fatalmente accomuna i confliggenti – e rispetto ai quali costoro si pongono 'al servizio' per trovarne una soluzione. È questa la premessa per 'separare il problema dalle persone' e concentrarsi sulla soluzione del problema, lavorando intensamente su questo e rispettando invece le persone.

segna la via processuale, quale trasposizione nelle aule giudiziarie di un duello in singolar tenzone ⁽⁴²⁾.

Non più ‘controparte’ o ‘avversario’, ma ‘altra parte’; non più ‘armi difensive’, ma ‘soddisfazione dei propri interessi’; non più ‘vittoria/sconfitta’, ma ‘soluzione (alle radici) del problema’ ⁽⁴³⁾: sono soltanto alcune delle scelte lessicali capaci di trasmettere a chi narra il conflitto – il cliente – una prospettiva diversa dalla sua automatica trasposizione sul piano del giustiziabile, e destinata pertanto a far percepire il processo quale una soltanto delle ipotetiche vie di soluzione della lite ⁽⁴⁴⁾.

Questo tipo di cura delle parole porta con sé ricadute importanti, tanto sull’auto-percezione dell’avvocatura, e sul modo in cui questa è avvertita dalla collettività, quanto sulla cultura del conflitto ⁽⁴⁵⁾, senza che questo – lo si dica fin d’ora – significhi

⁽⁴²⁾ Ancora, sul punto, ID., *L’accordo e la decisione*, cit., 119.

⁽⁴³⁾ Cfr. le riflessioni, nel quadro di un’attenta ricostruzione dell’emersione del c.d. *ADR movement* nell’ordinamento statunitense, di F. CUOMO ULLOA, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, 25-6; più specificamente, in merito all’atteggiamento dell’avvocato nell’approccio ‘lessicale’ al conflitto v. E. ZECCA, *Il metodo collaborativo*, cit., 119-20, e ivi i riferimenti a S. STRAND ELLISON, *Taking the War Out of Our Words. The Art of Powerful Non-Defensive Communication*, Oregon, 2009; P. CARMASSI, A. LUCCHINI, *Il linguaggio dell’accordo*, Milano, 2010. Per un approfondimento sugli effetti delle parole: M. HALL, *Communication Magic. Exploring the Structure and the Meaning of Language*, Vermont, 2001.

⁽⁴⁴⁾ In questo senso C. MARCUCCI, *Il procedimento collaborativo*, cit., 213-4; nonché L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 130, che sottolinea come un avvocato che sappia rivedere il proprio ruolo nei termini di cui nel testo «non [è] più un condottiero che irrompe nella battaglia giudiziaria», ma che «ricompone la sua identità sulla responsabilità sociale della sua professione». Egli, infatti, assume un «ruolo poliedrico», «in grado di orientare il cliente nell’individuazione del metodo migliore di risolvere il conflitto».

⁽⁴⁵⁾ La considerazione di cui nel testo assume particolare rilievo alla luce del ruolo riconosciuto all’avvocatura nella società, ovvero per il «significato anche sociale che essa incorpora e trasmette alla collettività», come sottolinea CNF, 11 giugno 2021, n. 121; CNF, 3 maggio 2021, n. 95; CNF, 23 settembre 2020, n. 170; CNF, 30 dicembre 2019, n. 206; CNF, 24 novembre 2017, n. 186; CNF, 12 luglio 2016, n. 186.

mettere in discussione o sminuire il peso specifico della preparazione e precisione giuridica, anche tecnico-linguistica, dell'avvocato.

La capacità dell'avvocato di far emergere gli interessi della parte, e l'eventuale individuazione nel caso concreto di una via non-giudiziale di soluzione del conflitto, non potranno mai andare disgiunte dalla sua competenza tecnico-giuridica di redigere negozi così come di rappresentare e difendere la parte in giudizio ⁽⁴⁶⁾. La soluzione consensuale del conflitto comporta quasi sempre, infatti, la necessità di tradurre l'accordo raggiunto dalle parti in un negozio espresso in termini giuridici ⁽⁴⁷⁾. Non solo. Qualsiasi soluzione consensuale della lite che venga tradotta dall'avvocato in un negozio giuridico implica sempre la sua competenza di prefigurare le possibili conseguenze processuali derivanti dal mancato rispetto del negozio siglato, e così gli scenari che potrebbero schiudersi in giudizio allorché si adisca la via giurisdizionale. Non a caso si è soliti ripetere, a ragione, che l'ottimo contrattualista è sempre ottimo processualista ⁽⁴⁸⁾: la stesura di un negozio giuridi-

⁽⁴⁶⁾ Così, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Il giurista-avvocato*, cit., 166, dove nel riprendere l'immagine dell'avvocato quale *Delta-shaped lawyer*, la base del triangolo, che raffigura il delta dell'alfabeto greco, è dato dal sapere legale in quanto sapere essenziale dell'avvocato di cui gli è esperto; D. STALLA, *L'avvocato*, in M. SALA, C. MENICHINO (a cura di), *La Pratica Collaborativa*, cit., 148 ss., prec. 149; nonché D. COWAN, *Effective Communication for Lawyers*, Cheltenham, 2023, 105 ss.

⁽⁴⁷⁾ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*. V, cit., 9 ss.; G. RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, vol. I, *La giustizia civile*, Bologna, 2023, 22 ss., che nel discorrere degli strumenti di giustizia consensuale, ricorda i negozi giuridici risolutivi delle liti che possono seguire al raggiunto consenso delle parti nella soluzione della controversia, quali, tra gli altri, la rinuncia unilaterale alla pretesa; il riconoscimento unilaterale della fondatezza di un'altrui pretesa inizialmente contestata; il contratto di transazione di cui all'art. 1965, 1° comma, c.c.; il negozio di accertamento quale *species* del contratto di transazione, ecc.

⁽⁴⁸⁾ Così A. BRIGUGLIO, *La professione forense nel contenzioso civile 40 anni dopo (festeggiando l'anniversario della fondazione della Facoltà di Giurisprudenza della LUISS)*, in <www.judiciuim.it>, 14.09.2022, par. 7, che nell'evidenziare la scontata osmosi formativa e pratica nello svolgimento della professione forense tra

co capace di reggere allo ‘scorrere della vita’, e così agli ‘accidenti’ che possono incrinarne il rispetto, implica, infatti, l’abilità di prevedere cosa potrebbe accadere nel giudizio instaurato per colpire la ‘patologia’ di quel negozio o rapporto giuridico contrattuale.

Senza contare, inoltre, che approccio ‘collaborativo’ al conflitto – nel senso di ‘aperto a soluzioni altre’ rispetto al processo – non significa ‘remissività’ dell’avvocato (e della parte), bensì (loro) assertività, intesa, questa, quale capacità comunicativa che non scade in cedevolezza o aggressività, ma consiste nel saper affermare in modo chiaro ed efficace un’opinione, un interesse o una posizione, nel rispetto dell’interlocutore, di cui si è pronti ad ascoltare l’opinione, l’interesse o la posizione ⁽⁴⁹⁾. La parola «assertività» deriva, d’altronde, da «*ad-serere*», dove «*serere*» significa «intrecciare» e «*ad*» è prefisso rafforzativo: il comunicatore assertivo, quindi, è colui che sa ‘intrecciare con abilità’, ossia sa tessere una comunicazione ‘con cura’ – e torna, ancora una volta, la cura delle parole.

9. La capacitazione delle parti nella gestione del conflitto quale attuazione del dovere costituzionale di solidarietà sociale. – L’approccio collaborativo dell’avvocato al conflitto, se abbracciato con competenza e su larga scala dall’avvocatura, schiude al benefico effetto di indurre la collettività – che ad essa si rivolga – ad una diversa attitudine alla conflittualità. L’abilità dell’avvocato di gestire il rapporto con il cliente grazie ad una ‘cura delle parole’ che metta al centro la soluzione del problema, anziché lo scontro frontale, sollecita infatti la c.d. capacitazione della persona, intesa

dimensione stragiudiziale e contenziosa, ricorda come «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».

⁽⁴⁹⁾ Sulla comunicazione assertiva v. E. GIUSTI, A. TESTI, *L’assertività*, Roma, 2020; D. DI LAURO, *L’assertività: comunicare in modo chiaro ed efficace*, Milano, 2009.

quale progressiva presa di coscienza, nel soggetto che vive il conflitto, di possedere le risorse per risolverlo (in inglese: *empowerment*)⁽⁵⁰⁾. Ove così sia, il diritto all'autodeterminazione diventa felice sinonimo di auto-responsabilità⁽⁵¹⁾.

L'attitudine 'collaborativa' dell'avvocato al conflitto si riverbera sul cliente attraverso il rapporto fiduciario che lega costui al primo. Essa promuove il rispetto del dovere di solidarietà sociale, di cui all'art. 2 Cost., da parte dell'individuo e via via della collettività tutta⁽⁵²⁾, nonché l'esercizio responsabile e consapevole

⁽⁵⁰⁾ Interessante, sul tema dell'*empowerment* la ricostruzione offerta da R.A.B. BUSH, J.P. FOLGER, *The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict*, San Francisco, 2005, 45 ss., 53 ss., che, muovendo da una lettura del fenomeno 'conflitto' basata su una visione 'relazionale' della natura umana, evidenziano come ciò che maggiormente segna le parti che lo vivono è il disagio che esso provoca loro nel rapporto con se stessi e con gli altri, ed in particolare il senso di alienazione rispetto alla percezione di forza che in situazioni non-conflittuali esse hanno di sé e rispetto al legame con gli altri (la c.d. spirale negativa del conflitto). Di qui, la convinzione per cui la mediazione deve consistere in un percorso attraverso cui le parti sono messe nelle condizioni di superare quel circolo vizioso di progressivo auto-indebolimento (*disempowerment*) e reciproca demonizzazione (*demonization*), spesso generato dall'insorgere del conflitto e destinato a provocare una degenerazione dell'interazione tra le parti. Grazie al sostegno (*support*) e non alla sostituzione (*supplant*) del mediatore alle parti, infatti, queste riuscirebbero esse stesse ad invertire in positiva la spirale negativa provocata dal conflitto, innanzitutto tramite il riconoscimento della propria e dell'altrui posizione (senza che ciò comporti adesione a quest'ultima), e quindi attraverso la riappropriazione della consapevolezza di sé e della propria forza, intesa come potere/capacità (*empowerment*) di gestire il conflitto.

⁽⁵¹⁾ In questo senso, acutamente, dall'angolatura del contenzioso da crisi familiare, ma con riflessione estendibile ad ogni tipologia di contenzioso, A. SPADAFORA, *La «nuova» autonomia privata familiare tra norma sostanziale e norma processuale*, in *Fam. dir.*, 2023, 177 ss.

⁽⁵²⁾ Lo mettono in luce, ricordando che la Costituzione italiana concepisce i diritti sociali come diritti a relazioni costitutive e ha nell'art. 2 la radice del suo *favor relationis*, A. SIMONCINI, E. CREMONA, *Mediazione e Costituzione*, in questa *Rivista*, 2022, 3 ss., 19 ss., che per questo esaltano l'osservanza al dovere costituzionale di solidarietà sociale, quale fondamento della giustizia consensuale, grazie alle «risorse relazionali che ognuno di noi ha in potenza, ma che debbono essere adeguatamente esercitate, pena l'incapacitazione».

dell'autonomia privata della parte nella gestione stragiudiziale del conflitto, quale contributo decisivo alla sostenibilità della giustizia-giurisdizione, bene indispensabile e comune, scarso e prezioso «come l'acqua di cui tutti abbiamo bisogno per vivere» ⁽⁵³⁾.

10. *La cura delle parole nel Manifesto degli Osservatori sulla Giustizia civile* «Per un linguaggio non ostile dentro e fuori il processo». – Alla luce delle considerazioni svolte, apprezzabili si mostrano quelle iniziative che incoraggiano alla cura delle parole nei contesti di 'giustizia', nella consapevolezza che ove quella cura si dia, le parole diventano cura del conflitto e quindi della società.

Tra queste iniziative si distingue il Manifesto, steso dagli Osservatori sulla Giustizia civile ⁽⁵⁴⁾, significativamente intitolato «Per un linguaggio non ostile dentro e fuori il processo», ispirato al Manifesto della comunicazione non ostile dell'Associazione Parole O_Stili ⁽⁵⁵⁾. Esso esorta ad un uso responsabile delle parole

⁽⁵³⁾ È questa la calzante metafora proposta da P. LUCARELLI, *Un altro concetto di sostenibilità*, in ID. (a cura di), *Giustizia sostenibile*, Firenze, 2023, in accesso aperto al seguente indirizzo <www.fupress.com>, 17 ss., prec. 22.

⁽⁵⁴⁾ Sulla vivace e benefica realtà degli Osservatori sulla Giustizia civile v. R. CAPONI, *Per gli osservatori sulla giustizia civile*, in *Foro it.*, 2003, V, 253 ss.; ID., *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti di diritto*, *ivi*, 2007, V, 7 ss.; G. COSTANTINO, *Un protocollo romano per la gestione delle udienze civili: Presentazione*, *ivi*, 2003, V, 251 ss.; nonché G. GILARDI, *Organizzazione e osservatori*, in *Il libro dell'anno del diritto*, 2012, Roma, 2012, 653 ss.; L. BREGGIA, *L'autoriforma possibile*, in *La Magistratura*, 2005, 56 ss.; ID., *Giustizia bene comune: il ruolo degli Osservatori sulla giustizia civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 315 ss. Per una panoramica sugli Osservatori, in particolare con riguardo ad elaborazione, confezione ed efficacia dei c.d. protocolli d'udienza, v. G. BERTI ARNOALDI VELI (a cura di), *Gli osservatori sulla giustizia civile e i protocolli d'udienza*, Bologna, 2011, *passim*; L. BREGGIA, *Rifondazione normativa o prassi virtuose per accelerare la fase introduttiva del processo civile di cognizione?*, in *Giur. it.*, 2004, 1093 ss.; nonché, da ultimo, C. MANCUSO, *La giustizia di fronte all'emergenza: il rinnovato ruolo del soft law*, in <www.judicium.it>, 30.06.2020.

⁽⁵⁵⁾ Per il Manifesto della comunicazione non ostile steso dall'Associazione Parole O_stili, v. <<https://paroleostili.it/manifesto/>> (31.07.2024). Sull'ispirazione a

da parte di chi vive il conflitto, nonché di avvocati, giudici e di coloro che, a vario titolo, contribuiscono alla sua soluzione ⁽⁵⁶⁾.

Se si riconosce che «[l]e parole danno forma al pensiero» ⁽⁵⁷⁾, tutti sono chiamati a scegliere «con cura le parole» per esprimerlo «in modo trasparente ed efficace» ⁽⁵⁸⁾, nonché «commisurato al contesto e ai destinatari» e al «tipo di conflitto» ⁽⁵⁹⁾.

Per una meditata selezione delle parole, «[p]rima di parlare bisogna ascoltare» ⁽⁶⁰⁾ con attenzione l'interlocutore, chiedere chiarimenti ove si dubiti di aver compreso, nonché essere «consapevol[i] che ogni parola, detta o scritta, avrà delle conseguenze» ⁽⁶¹⁾ e che «[a]nche il silenzio comunica» ⁽⁶²⁾. Pertanto, se «[l]e idee si possono discutere», viceversa «[l]e persone si devono rispetta-

questo Manifesto e sulle motivazioni che hanno indotto gli Osservatori sulla Giustizia civile a stendere quello sul linguaggio non ostile dentro e fuori il processo, v. L. BREGGIA, *Per un linguaggio non ostile dentro e fuori il processo. Il potere delle parole. Avere cura delle parole*, in *Questione Giustizia*, 05.11.2022, ove il Manifesto viene riprodotto.

⁽⁵⁶⁾ Il Manifesto consiste in un decalogo, e relative brevi chiose, che offrono linee guida per l'uso del linguaggio dentro e fuori il processo. In alcuni punti esse assumono carattere generale, indirizzandosi non solo ad avvocati e giudici, ma anche alle persone, dal momento che, soprattutto a seguito della promozione della mediazione, «le persone sono tornate al centro della giustizia (del processo, come della giustizia consensuale) ed è logico che, riconquistata la parola, anche loro ne abbiano cura»: così ID., *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 157.

⁽⁵⁷⁾ Così sancisce il punto 3 del decalogo del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

⁽⁵⁸⁾ In questi termini esplica la chiosa al punto 3 del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

⁽⁵⁹⁾ Sono queste le precisazioni offerte ad esplicazione dei punti 1 e 2 del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

⁽⁶⁰⁾ Così il punto 4 del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

⁽⁶¹⁾ Lo precisa l'esplicazione del punto 6 del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

⁽⁶²⁾ V. punto 10 del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

re» ⁽⁶³⁾. In questo caso, «[l]e parole sono un ponte» e l'avvocato che ne sia cosciente si esprimerà «in modo che il [suo] assistito possa comprendere la diversità di punti di vista che hanno causato il conflitto, al fine di favorire soluzioni consensuali» ⁽⁶⁴⁾.

Nell'esortare alla sobrietà nella comunicazione, il Manifesto schiude la strada ad un linguaggio che, «non ostile» fuori dal processo, non esacerba il conflitto, e rende così possibile, ove la via giurisdizionale venga infine adita, un più produttore dialogo processuale tra parti, avvocati e giudice nel rispetto del principio del contraddittorio, mantenendo al contempo aperto lo spiraglio, pure lite pendente, verso possibili finestre conciliative.

Ebbene, sono, queste ultime, considerazioni che evocano alla mente una disciplina procedurale dedicata al contenzioso familiare che, abrogata dalla recente riforma della giustizia civile, era stata in origine pensata per favorire un approccio 'non ostile' al conflitto, sì da prevenirne un'indesiderata esacerbazione e favorirne una soluzione consensuale anche ove adita la via giurisdizionale. Pur non avendo portato i risultati sperati – e di qui la sua eliminazione – essa offre interessanti suggestioni per affrontare il delicato tema del rapporto tra fase pre-processuale dedicata, ad esempio, al tentativo di mediazione e successivi atti introduttivi del processo instaurato a tentativo conciliativo fallito.

11. Atti introduttivi del processo 'a costruzione progressiva' e finestre conciliative: un rapporto virtuoso? – Il riferimento più sopra richiamato è ai procedimenti di separazione giudiziale e cessazione o scioglimento degli effetti civili del matrimonio di tipo con-

⁽⁶³⁾ V. punto 8 del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

⁽⁶⁴⁾ In questi termini il punto 5 e relativa esplicazione del Manifesto del linguaggio non ostile dentro e fuori il processo.

tenzioso come disciplinati prima delle novità introdotte in materia dal d.lgs. n. 149 del 2022 ⁽⁶⁵⁾.

Si ricorderà che quei procedimenti contenziosi prevedevano una struttura bifasica, con una prima fase innanzi al presidente del tribunale, deputata al tentativo di conciliazione dietro comparizione personale delle parti; una seconda, eventuale, in ipotesi di fallimento della conciliazione, avanti al giudice relatore ⁽⁶⁶⁾.

Ebbene, peculiare – e voluta – era la disciplina degli atti introduttivi di quei procedimenti, che si distingueva da quella prevista nel rito ordinario di cognizione davanti al tribunale. Nel procedimento di separazione giudiziale o divorzio contenzioso, infatti, il tradizionale contenuto dell'atto introduttivo era, per così dire, scomposto in due atti distinti, come se fosse ricondotto ad una sorta di fattispecie a formazione progressiva ⁽⁶⁷⁾. Il primo (il ricorso), volto a introdurre l'udienza presidenziale e realizzare la costituzione del ricorrente ⁽⁶⁸⁾, era atto introduttivo dal contenu-

⁽⁶⁵⁾ Per una panoramica sulla nuova disciplina del c.d. procedimento unitario per domande di separazione personale dei coniugi, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, di scioglimento dell'unione civile, di cui all'art. 473 bis.47 c.p.c. v., per tutti, R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 149 ss.

⁽⁶⁶⁾ Per tutti, a riguardo, v. F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu - Messineo - Mengoni - Schlesinger, La crisi della famiglia*, vol. IV, Milano, 2015, 49 ss. Su tale struttura bifasica quale «la più adatta a rispondere alle esigenze di tutela differenziata delle situazioni soggettive rilevanti nell'ambito delle controversie sulle relazioni familiari» v. C. CECCHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, Bologna, 2018, 64.

⁽⁶⁷⁾ Così E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone*, in *Commentario del Codice di procedura civile* diretto da S. Chiarloni, vol. I, Bologna, 2011, 61; F. TOMMASEO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio. Il commento*, in *Fam. dir.*, 2005, 232 ss., prec. 253.

⁽⁶⁸⁾ In questo senso F. CIPRIANI, *Processi di separazione e divorzio*, in *Foro it.*, 2005, V, 140 ss., prec. 141; F. TOMMASEO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio*, cit., 234; ID., *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006). Il commento*, in *Fam. dir.*, 2006, 5 ss., prec. 9; G. SERVETTI, *Osservazioni di ordine processuale in tema di divorzio e separazione personale*, ivi, 1994, 211; F. DANOVÌ, *Le nuove norme sui procedimenti di separazione e di divorzio*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 849 ss., prec. 865.

to in potenza scarno, in quanto richiesto soltanto di contenere la domanda sullo *status* e l'esposizione anche sintetica e generica dei fatti nonché, solo nel caso di divorzio, degli elementi di diritto su cui si fondava la crisi coniugale ⁽⁶⁹⁾. Ad esso non si riconduceva alcuna decadenza per l'attore. Il secondo atto, invece, era costituito dalla c.d. memoria integrativa, da depositarsi soltanto una volta celebrata l'udienza presidenziale e fallito quindi il tentativo di conciliazione, cui si riconducevano decadenze allegatorie e istruttorie e si riconosceva, quindi, la funzione propria del tradizionale atto introduttivo in punto di delineazione del *thema decidendum ac probandum* ⁽⁷⁰⁾.

Lo stesso paradigma si riproduceva dal lato del convenuto, che pur avendo facoltà di depositare una memoria difensiva prima dell'udienza presidenziale, vedeva ricondotto il suo onere di costituzione al deposito della comparsa di costituzione e risposta, e relative decadenze, da depositarsi nel termine fissato dal presidente a conciliazione fallita avanti a lui.

Codesta, peculiare, disciplina degli atti introduttivi rispondeva ad una logica ben precisa, ancorché nella prassi disattesa. La possibilità di un ricorso dal contenuto 'leggero' e la previsione di un

⁽⁶⁹⁾ Gli artt. 706, 1° comma, c.p.c. e 4, 2° comma, l. 1° dicembre 1970, n. 898 avevano sollevato dubbi sul contenuto minimo e obbligatorio del ricorso. La dottrina maggioritaria aveva ritenuto che, oltre all'esposizione dei fatti, il ricorso introduttivo dovesse contenere, a pena di nullità, la domanda principale di separazione o divorzio: di questo avviso L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, 356 ss., prec. 358; F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 202; C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., 68; più permissivo A. GRAZIOSI, *Osservazioni sulla riforma dei processi di separazione e di divorzio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1113 ss., prec. 1128, che non riteneva necessario né proporre la domanda sullo *status*, né esporre i fatti su cui la domanda è fondata.

⁽⁷⁰⁾ Così ID., *op. ult. cit.*, 1120 s., per cui gli oneri di allegazione tipici di ogni processo in senso proprio insorgono solo dopo la chiusura della fase presidenziale; L. SALVANESCHI, *I procedimenti di separazione e divorzio*, cit., 358; F. DANOVÌ, *Il processo di separazione e divorzio*, cit., 204. *Contra* F. TOMMASEO, *Nuove norme per i giudizi di separazione e divorzio. Il commento*, cit., 233.

onere di costituzione del convenuto successivo alla celebrazione dell'udienza davanti al presidente del tribunale avevano il chiaro scopo di preservare le condizioni per il raggiungimento della conciliazione dei coniugi che il presidente avrebbe tentato ⁽⁷¹⁾. Atti introduttivi snelli e non vincolati ad oneri preclusivi, infatti, avrebbero dovuto indurre le parti ad evitare quella dettagliata specificità capace di esacerbare il conflitto, e dare così maggior vigore e probabilità di successo al tentativo di conciliazione tra i coniugi avanti al presidente, quanto meno nel favorire il passaggio dal procedimento contenzioso a quello consensuale. Ove la conflittualità non fosse (stata) esasperata da un'esposizione minuziosa della crisi familiare e da un correlato linguaggio avversariale, infatti, il presidente avrebbe potuto trovare terreno (più) fertile per un'esplorazione degli interessi delle parti – sotto le loro asserite pretese giuridiche, molto spesso, di principio – anche grazie alla possibilità di sentire separatamente i coniugi ⁽⁷²⁾. Al contrario, «esposti 'tutti i panni sporchi', non residua più alcuno spazio per eventuali soluzioni assentite, anche parziali, in un vortice antagonista che nei fatti immancabilmente esplode divenendo irrecuperabile» ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ Di questo avviso ID., *op. ult. cit.*, 233 e ivi nota 8, secondo cui la disciplina degli atti introduttivi esprime la «manifesta intenzione del legislatore di imprimere all'attività delle parti una significativa elasticità allo scopo di deformalizzare, per quanto possibile, la fase introduttiva del giudizio e ciò per dare maggior vigore e probabilità di successo al tentativo di riconciliazione dei coniugi in conflitto».

⁽⁷²⁾ Cfr. C. CECHELLA, *Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili*, cit., 130, per cui nelle liti nascenti dalle relazioni familiari, l'esclusione della necessità di esaurire *in limine litis* tutte le domande mirava ad evitare l'acuirsi del conflitto sì che le parti giungessero all'udienza presidenziale «in un clima reso meno esacerbato dalla necessità di formulare domande conflittuali, nella prospettiva auspicabile di indurre le parti ad un accordo davanti al Presidente per regolare consensualmente la separazione o il divorzio».

⁽⁷³⁾ È questa la condivisibile constatazione di G. SAVI, *L'istituzione del tribunale per la persona e le relazioni familiari*, in *Dir. fam. pers.*, 2022, 1215 ss., prec. 1224.

Nonostante il dato positivo diretto ad evitare che ciò accadesse, grazie alla previsione della facoltà di atti introduttivi a basso tasso di specificità, la prassi mostrò la pressoché unanime tendenza degli avvocati, adusi ad un approccio avversariale al conflitto, alla redazione di ricorsi il più possibile completi, dettagliati e spesso esacerbati, spingendo la controparte a condursi in ugual modo ⁽⁷⁴⁾.

Di qui, forse, la ragione, da alcuni però criticata ⁽⁷⁵⁾, di eliminare, con la riforma del processo di famiglia introdotto dal d.lgs. n. 149 cit., la struttura bifasica dei procedimenti di separazione e divorzio, nonché il meccanismo degli atti introduttivi della causa a formazione progressiva ⁽⁷⁶⁾. Ancorché abbandonata, la disciplina previgente induce tuttavia a riflettere – anche oltre i confini del processo di famiglia – intorno all’incidenza della specificità *in limine litis* degli atti introduttivi (e alla scelta delle parole che la integrano) sulla probabilità del raggiungimento di una composizione consensuale del conflitto lite pendente.

12. *Tra mediazione e processo: la cura delle parole nella «domanda di mediazione»...* – Le considerazioni svolte in merito alla disciplina di un’ipotesi di atto introduttivo ‘a formazione progressiva’ in *favor conciliationis* aprono a quelle sulla delicata relazione tra tentativo di mediazione – in particolare ove esso sia previsto

⁽⁷⁴⁾ In questi termini F. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e tecniche di difesa*, in *Fam. dir.*, 2019, 946 ss., prec. 951.

⁽⁷⁵⁾ Così C. CECHELLA, *Gli atti introduttivi, le preclusioni e le riaperture difensive*, in ID. (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie. Legge 26 novembre 2021*, Torino, 2022, 61 ss., prec. 69 ss.

⁽⁷⁶⁾ In questo senso M.A. LUPOI, *Il processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1003 ss., prec. 1014. Altri leggono nella novella della disciplina degli atti introduttivi un espediente per abbreviare i tempi processuali rispetto alla disciplina previgente: così F. FERRANDI, *La sentenza immediata, la sentenza parziale e la sentenza finale*, in C. CECHELLA (a cura di), *La riforma del giudice e del processo per le persone i minori e le famiglie*, cit., 169 ss., prec. 172.

ex lege quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale – e successivo processo. Profilo, questo, su cui non poco incidono l'approccio dell'avvocato alla conflittualità e la sua attenzione alla cura delle parole.

Il tema merita cenno in questa sede, in ispecie dalla prospettiva da ultimo indicata, in ragione del ruolo che riveste l'atto di introduzione al procedimento di mediazione ove questo si svolga ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010, e successive modifiche.

Ora, alla luce di quanto più sopra evidenziato circa la differenza tra conflitto e lite e fra metodi autonomi ed eteronomi di risposta al contenzioso, non v'è dubbio che la mediazione si muova su un piano diverso da quello del processo. La mediazione finalizzata alla conciliazione, quale strumento in cui il terzo-mediatore adiuva le parti nel raggiungimento di un accordo che risolva il loro conflitto, si attenziona principalmente sui loro interessi, di cui si cerca un'integrazione, che, ove raggiunta, assume di regola la veste di un negozio giuridico. Diversamente, il processo, quale strumento di decisione della lite secondo diritto, interviene su affermazioni di pretese, e relative contestazioni o contro-pretese, giuridiche.

Al netto di quanto evidenziato e più avanti si riprenderà in tema di giustizia integrata tra vie a-giurisdizionali e giurisdizionali di soluzione del contenzioso, il 'linguaggio' della mediazione è 'linguaggio' diverso da quello del processo: in vista della composizione del conflitto, infatti, le 'parole' della e nella mediazione dovrebbero mirare, se non alla negazione del conflitto – che, al contrario, al tavolo di mediazione va riconosciuto ed affrontato per essere risolto in modo soddisfacente – alla sua non esacerbazione, sì che rimanga aperto il pertugio della soluzione conciliativa.

In astratto, quindi, mediazione e processo, rispondendo a paradigmi differenti di risposta al contenzioso, potrebbero non incontrarsi: dove ha successo l'una, l'altro non trova avvio; dove l'una si conclude con un mancato accordo, l'altro viene incardina-

to, secondo le sue logiche procedurali e il suo linguaggio avversariale.

In concreto, però, le due dimensioni possono finire per intrecciarsi laddove obiettivo del legislatore sia quello di far sì che la mediazione non venga «ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario» ⁽⁷⁷⁾, in particolare riannodando all'avvio del procedimento di mediazione un «effetto (...) sui termini di prescrizione e decadenza» ⁽⁷⁸⁾, e, ancor più, ove alla previsione di tale effetto si aggiunga quella di rendere il tentativo di mediazione condizione di procedibilità della domanda giudiziale ⁽⁷⁹⁾. Si intende, infatti, come, nel caso sia questa la scelta del legislatore, la disciplina del contenuto dell'atto introduttivo della mediazione non possa che risentirne, subendo una 'proceduralizzazione' che è conseguenza di una voluta prossimità di mediazione e processo ⁽⁸⁰⁾.

Di questo si ha emersione nel nostro ordinamento sin dall'adozione del d.lgs. n. 28 del 2010 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali, il cui art. 4, 2° comma, sancisce che l'«istanza» – dopo la novella introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022: «domanda» ⁽⁸¹⁾ – di mediazione debba indi-

⁽⁷⁷⁾ Così, letteralmente, il *considerandum* 19 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale.

⁽⁷⁸⁾ V. rubrica dell'art. 8 dir. 2008/52/CE cit.

⁽⁷⁹⁾ Su tale scelta del legislatore italiano v., per tutti, D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, 2ª ed., Bologna, 2022, 184 ss.

⁽⁸⁰⁾ In questi termini ID., «*Primo incontro*», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, in *Foro it.*, 2019, I, 3259 ss., che sottolinea come tale scelta legislativa abbia condotto ad un «esasperato formalismo» e alla conseguente «perdita dello spirito genuino» della mediazione. Non nega che la previsione del tentativo di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale prevista dal d.lgs. n. 28 del 2010 comporti «inconvenienti» L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 117-8, che però riconosce come essa abbia permesso «una maggiore conoscenza della mediazione e quindi una libertà di scelta che nel sistema tradizionale, imperniato sulla giurisdizione, non era, di fatto, esistente».

⁽⁸¹⁾ Sul punto v. R. SICILIANO, Sub art. 4 d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28. Accesso alla mediazione, in R. TISCINI (a cura di), M. FARINA (coord.), *La riforma Cartabia del*

care «l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa». Chiara è, in questa disciplina, l'assonanza con i *'tria'*, di chioven-diano conio, identificativi della domanda giudiziale – *personae*, *petitum* e *causa petendi* – cui manca però la puntualità di formu-lazione che segna la normativa sul contenuto di atto di citazione (art. 163 c.p.c.) e ricorso (artt. 281*decies* e 414 c.p.c.) ⁽⁸²⁾.

La scelta legislativa non stupisce. La mediazione non è il pro-cesso, con la conseguenza che l'atto che la introduce dovrebbe spiegare essenzialmente la funzione di informare la parte evocata al tavolo di mediazione, sì che costei possa conoscere, prima di sedervisi, la vicenda conflittuale per cui è richiesta di tentare la conciliazione con l'ausilio del terzo-mediatore ⁽⁸³⁾. Al contempo, però, l'atto introduttivo della mediazione non può esimersi dal richiamare gli elementi identificativi della domanda giudiziale – e di qui, forse, la sostituzione, con la recente riforma, del termine

processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, Pisa, 2023, 1266; N. MINAFRA, *La domanda di mediazione*, in D. DALFINO (a cura di), *La nuova «giu-stizia complementare»*, ne *Gli Speciali de Il Foro* 2/2023, 199 ss.; C. VANZ, *Le novi-tà in materia di mediazione e negoziazione assistita*, in A. DIDONE, F. DE SANTIS (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, Milano, 2023, 645 ss., prec. 653.

⁽⁸²⁾ Sottolinea tale profilo D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 144 ss., secondo cui la scelta terminologica originaria – «istanza», anziché «do-manda», di mediazione – (meglio) rispondeva al principio di informalità quale enunciato all'art. 3, 3° comma, d.lgs. n. 28 del 2010, secondo cui «[g]li atti del pro-cedimento di mediazione non sono soggetti a formalità». In ogni caso, tanto prima che dopo la riforma introdotta dal citato d.lgs. n. 149 del 2022, la mancanza nella domanda di mediazione di uno dei requisiti indicati dall'art. 4, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit. non ne comporta la nullità: v. R. MARTINO, *La domanda di mediazione e i suoi effetti sostanziali*, in ID. (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione*, Napoli, 2011, 69; G. IMPAGNATIELLO, *La domanda di mediazione: forma, conte-nuto, effetti*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 701 ss.

⁽⁸³⁾ In questo senso F. CUOMO ULLOA, *La mediazione nel processo civile ri-formato*, Bologna, 2011, 189 ss., che richiamando l'esperienza maturata in tema di mediazione prima dell'adozione del d.lgs. n. 28 del 2010, rammenta come l'atto introduttivo dell'*iter* di mediazione rispondesse a «esigenze informative (piuttosto che *specificative*) volte a creare un contatto con l'altra parte e a verificare la dispo-nibilità a partecipare alla mediazione».

«istanza» con quello di «domanda» di mediazione – in ragione degli effetti sostanziali e processuali che il legislatore ha inteso accordare all'avvio del procedimento mediativo⁽⁸⁴⁾. Si pensi a quelli relativi all'interruzione della prescrizione e all'impedimento della decadenza con riguardo alla situazione giuridica sostanziale oggetto della mediazione⁽⁸⁵⁾; all'integrazione della condizione di procedibilità della domanda giudiziale nei casi di c.d. mediazione obbligatoria *ex lege*⁽⁸⁶⁾; nonché alla verifica circa la parallela pendenza di più mediazioni sulla 'stessa contesa' presso organismi di diversi⁽⁸⁷⁾.

Ebbene, è su questo scivoloso crinale che si muove l'avvocato della parte che intende avviare un tavolo di mediazione, essendo egli tenuto, per un verso, ad individuare, ai fini testé citati, il diritto oggetto della «domanda» di mediazione⁽⁸⁸⁾; per l'altro, a

⁽⁸⁴⁾ Così, per tutti, D. DALFINO, *Mediazione civile e commerciale*, cit., 145-6, che rinviene in questo uno «scostamento evidente dal principio di informalità», dal momento che gli effetti sostanziali e processuali riconosciuti all'atto introduttivo della mediazione e la previsione del tentativo di mediazione quale condizione *ex lege* di procedibilità della domanda giudiziale per individuate controversie reclamano l'opportunità, se non la necessità, di «redigere la domanda di mediazione con la massima cura e con un grado di competenza professionale tali da limitare fortemente il rischio di subire le conseguenze negative stabilite dallo stesso decreto legislativo [n. 28 del 2010]».

⁽⁸⁵⁾ Cfr. art. 8, 2° comma, d.lgs. n. 28 cit., come novellato dal d.lgs. n. 149 del 2022.

⁽⁸⁶⁾ V. art. 5 d.lgs. n. 28 cit.

⁽⁸⁷⁾ V. art. 4, 1° comma, d.lgs. n. 28 cit.

⁽⁸⁸⁾ Sotto il profilo del rapporto tra domanda di mediazione e domanda giudiziale ai fini della valutazione circa l'integrazione della condizione di procedibilità, la giurisprudenza di certo non aiuta il compito dell'avvocato, come d'altronde accade nell'ambito del contenzioso agrario ai sensi dell'art. 46 l. n. 3 del 1982 – poi abrogato dal d.lgs. n. 150 del 2011, ma il cui art. 11 ne riproduce il testo senza significative alterazioni – che impone, a chi intende proporre in giudizio una domanda relativa a una controversia in materia di contratti agrari, di tentare la conciliazione presso l'ispettorato provinciale dell'agricoltura competente per territorio. Il tema è quello della verifica dell'«identità» tra oggetto della (oggi) domanda di mediazione e quella giudiziale e del criterio da impiegarsi per svolgerla: i criteri identificativi della domanda giudiziale (con le risapute e controversie ricadute in

mantenere aperta la finestra conciliativa onde non frustare le *chances* di composizione del conflitto cui il tavolo di mediazione si indirizza.

punto di *emendatio e mutatio libelli* ammissibile o meno)? La vicenda sostanziale dedotta nella domanda di mediazione? Quanto descritto nella domanda di mediazione o quanto risultante dal verbale del mediatore, stante la possibilità per la parte istante di integrare gli elementi indicati nella domanda iniziale, vista l'informalità che segna il procedimento di mediazione (ma, in questo caso, con evidenti rischi in tema di violazione del principio di riservatezza che lo connota)?

La giurisprudenza oscilla tra posizioni più o meno formalistiche, per un verso, richiedendo – correttamente – che la domanda di mediazione indefettibilmente indichi le «ragioni» della stessa, «allo scopo di instaurare – validamente – il contraddittorio con il chiamato in mediazione in ossequio alla naturale funzione conciliativa della procedura» (così Trib. Roma, sez. V, 28 febbraio 2023, n. 3333, in *Foro-Plus*; Trib. Verona 23 giugno 2016, in <www.adrmedyapro.it>); per l'altro, lasciando nell'ombra il grado di «simmetria» che debba integrarsi tra domanda di mediazione e atto introduttivo del giudizio. Si dice, infatti, che tale simmetria debba inerire ai «fatti rappresentati», ma al contempo si sostiene che la domanda di mediazione debba ricalcare la futura domanda di merito (v. Trib. Nuoro, 28 agosto 2023, n. 473, *ivi*, in un caso di impugnativa di delibera assembleare in cui la domanda di mediazione si limitava a menzionare la data della delibera e l'intenzione di impugnarla, laddove invece l'atto di citazione si concentrava su capi specifici della delibera; similmente Trib. Trento, 20 luglio 2022, n. 416, *ivi*), salvo in altra sede precisare che la domanda di mediazione cristallizza sì la *causa petendi* della domanda giudiziale introduttiva dell'eventuale giudizio di merito ma «seppur in termini flessibili» (di nuovo Trib. Roma, sez. V, 28 febbraio 2023 cit.), non essendo d'altro canto richiesta l'indicazione, nella domanda di mediazione, degli «elementi di diritto» (così Trib. Roma, 11 ottobre 2022, n. 14811, *ivi*). Questa varietà di posizioni risente, d'altronde, dell'ondivaga giurisprudenza sviluppatasi in materia di contenzioso agrario più sopra citato, ben rappresentata dal fraseggio di Cass., 20 marzo 2018, n. 6839, in *Giur. it.*, 2019, 845, con nota di R. MARTINOLI, secondo cui «non è necessaria una perfetta e biunivoca corrispondenza, circa il *petitum* e la *causa petendi*, tra la richiesta a fini conciliativi e la domanda giudiziale, attesa la ontologica disomogeneità funzionale e strutturale tra i due atti, per essere invece sufficiente, nella sede amministrativa *ante causam*, la puntuale individuazione dei fatti costitutivi della pretesa suscettibile di essere in ambito giurisdizionale declinata con differenti conclusioni su quelle ragioni giustificate», a patto però che «ciò non determini l'alterazione dell'oggetto sostanziale dell'azione oppure l'introduzione di nuovi temi di indagine idonei a sconvolgere la difesa della controparte».

Torna così, per l'avvocato, la tensione verso una 'divina proporzione', questa volta nella confezione della domanda di mediazione, essendo egli chiamato ad un sapiente equilibrio tra precisione descrittiva che consenta di indentificare la situazione giuridica sostanziale portata al tavolo di mediazione, e rappresentazione della vicenda litigiosa che ne eviti l'exasperazione in «un vortice antagonista» in cui l'esposizione di «tutti i panni sporchi» non lascia «più alcuno spazio per eventuali soluzioni assentite, anche parziali» ⁽⁸⁹⁾.

Solo un avvocato che abbia una tale cura delle parole nella stesura della «domanda di mediazione» sarà per il suo cliente un professionista legale della cura del conflitto, e a ben vedere della prevenzione di una sua degenerazione in lite. Ugualmente sarà per l'avvocato della parte evocata in mediazione, allorché costei intenda rispondere alla domanda di invito in mediazione ⁽⁹⁰⁾.

Quale iniziale ed importante passo nella direzione di una soluzione consensuale, responsabile e consapevole del conflitto, la domanda di mediazione accortamente confezionata è, infatti, snodo cruciale di quella preparazione del tavolo di mediazione cui l'avvocato deve dedicarsi, sia in prima persona che nel rapporto con il proprio assistito. Una preparazione che si nutre, sin dal primo colloquio, della scoperta da parte dell'avvocato dei veri interessi del cliente, ma anche, in sinergia con costui, della prognosi

⁽⁸⁹⁾ Sono queste le parole, già citate, di G. SAVI, *L'istituzione del tribunale per la persona e le relazioni familiari*, cit., 1224.

⁽⁹⁰⁾ Il riferimento è qui anche al caso in cui la parte evocata in mediazione sia intenzionata a spiegare nell'eventuale processo domanda riconvenzionale. In tale eventualità si ritiene che l'avvocato che voglia agire nell'interesse del cliente sia tenuto ad informare il proprio assistito dell'opportunità di porre sul tavolo di mediazione gli interessi sottesi alla potenziale domanda riconvenzionale, sì da vedere se questi, integrati con quelli dell'attore, possano favorire la composizione consensuale della lite: sul tema v. le riflessioni occasionate da Cass., sez. un., 7 febbraio 2024, n. 3452, commentata da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Mediazione e nuove domande*, in questa *Rivista* 2024, 87 ss.; a riguardo, *si vis*, anche S. DALLA BONTÀ, *Mediazione e processo. Note a margine di recenti pronunciamenti giurisprudenziali*, in <www.judicium.it>, 04.07.2024, par. 8.

di quelli dell'altra parte, nonché della delineazione di una costellazione di soluzioni creative tali da poter confluire in negozi giuridici non solo validi, ma, come efficacemente detto, «viventi» ⁽⁹¹⁾. Negozi, cioè, idonei a sopravvivere nel tempo, essendo frutto di una (auto-)composizione del contrasto tra le parti che, nato dalla comprensione delle sue radici, ha saputo dar voce alla soluzione 'su misura' alla contesa ⁽⁹²⁾.

In questa non facile preparazione del tavolo di mediazione, dove il problema e il cliente sono al centro, si gioca il successo della giustizia consensuale, capace di vedere nella disciplina del rapporto tra mediazione e accesso (sempre possibile) alla via giurisdizionale non una defatigante corsa ad ostacoli tra cavilli legali, ma un'opportunità al servizio del migliore (perché vero) interesse del cliente.

13. (segue) ...e nella promozione della giustizia consensuale lite pendente: la cura delle parole di avvocati e giudice. – L'avvocato che si ponga come professionista legale della cura del conflitto è «figura sintonica» a quella di un giudice che abbia anch'egli 'cura

⁽⁹¹⁾ L'espressione è di F. SCAPARRO, *La forza della mediazione familiare*, in VENDRAMINI (a cura di), *La mediazione familiare nella Riforma Cartabia: proporre i conflitti e ritessere le relazioni*, Milano, 2022, 104 ss., prec. 108, che così definisce quegli accordi che, nati da un percorso di consapevole e responsabile auto-determinazione delle parti, sono «idonei (...) ad essere modificati e aggiornati insieme da entrambe le parti sulla base delle inevitabili variazioni ed esigenze che il trascorrere del tempo produce nella vita». Pensata in relazione agli accordi risolutivi di liti da crisi familiare, l'espressione risulta calzante per qualsiasi tipo di contenzioso che incrinì rapporti di lunga durata.

⁽⁹²⁾ Così L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 159, che richiama le riflessioni di V. LINGIARDI, *Io, tu, noi. Vivere con se stessi, l'altro, gli altri*, Torino, 2019, 12 ss., secondo cui la delega della soluzione di un conflitto può essere un rifiuto della profondità e della complessità nonché una fuga nella semplificazione; di qui, le potenzialità della mediazione quale strumento per promuovere la creazione – o la ri-creazione – del legame sociale. Così anche P. LUCARELLI, *Mediazione dei conflitti: una spinta generosa verso il cambiamento*, cit., 27.

delle parole', in vista della pronuncia della decisione ma anche della possibile soluzione consensuale della controversia⁽⁹³⁾. Si tratta di un giudice non appassito nel ruolo di burocrate della giustizia, ma capace di vedere sempre in coloro che a lui si rivolgano «persone vive», anziché meri «numeri, cartellini, fascicoli» e «un incartamento sotto copertina, che racchiude molti fogli protocollati, e in mezzo ad essi un uomo disseccato»⁽⁹⁴⁾.

È, questa, d'altronde, indispensabile premessa per una virtuosa promozione della giustizia consensuale lite pendente. Promozione virtuosa che può darsi soltanto allorché siano assicurate ben precise coordinate. Da un lato, la ferma consapevolezza nel giudice dei tratti distintivi della funzione giurisdizionale che egli è chiamato ad esercitare, e della loro profonda differenza rispetto alle caratteristiche dei metodi autonomi di soluzione del conflitto⁽⁹⁵⁾; dall'altro, il riconoscimento della forza «produttore» del

⁽⁹³⁾ Definisce l'avvocato descritto nel testo quale «figura sintonica» al giudice che sia capace di farsi promotore della giustizia consensuale lite pendente, ancora L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 130.

⁽⁹⁴⁾ Sono queste le taglienti critiche di P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, in *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, 2019, 687, che non perdono di attualità, ma acquisiscono nuova forza con l'avvento della 'telematicizzazione' del processo, ove questa sia vissuta e praticata, non quale ausilio alla promozione di una giustizia meglio organizzata, anche a vantaggio di un'oralità perduta, grazie ad un sapiente ed efficiente uso delle tecnologie a favore di un'interlocuzione diretta e sincrona tra tutti i protagonisti del processo pur a distanza, ma quale strumento per allontanare la decisione (e il decisore) della causa dalle «persone vive».

⁽⁹⁵⁾ Il profilo viene in rilievo, in particolare, laddove il giudice faccia un uso dei suoi poteri conciliativi senza tener conto del fatto che egli, «anche nello svolgimento della funzione conciliativa, non è un clone del mediatore»: così L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 147; con il rischio, in tal caso, di diventare un giudice «ambiguo», in ragione della commistione nella sua persona sia della funzione decidente che di quella conciliativa, quale latente e inconscio *escamotage* per giungere, *de facto*, ad una conclusione del processo con un componimento della controversia tra le parti, frutto però dell'accettazione di una proposta conciliativa giudiziale che nasconde una decisione del giudice secondo equità: chi scrive parlava in questo senso di giudice «ambiguo» in *Fra mediazione e decisione*, cit., 21; espressione ripresa da R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, cit., 72.

dialogo processuale tra parti, avvocati e giudice, inteso quale confronto ragionato e trasparente sul materiale del processo sin dalla sua fase preparatoria ⁽⁹⁶⁾.

Ebbene, queste due coordinate danno un ‘punto’, che può diventare... ‘di partenza’ per la promozione della giustizia consensuale (anche) a processo pendente. Senza trasformare il giudice in ciò che egli non può né deve essere ⁽⁹⁷⁾, la sua attenzione e capacità nel comunicare con avvocati e parti possono infatti permettergli di cogliere – e così intuire – gli interessi che muovono il conflitto alla base della lite, e da qui consentirgli di intravedere gli spiragli per una composizione consensuale della contesa ⁽⁹⁸⁾. Una

⁽⁹⁶⁾ La felice espressione è mutuata da C. CONSOLO, *Sobrietà e concisione negli atti di parte e nella motivazione delle sentenze di legittimità*, in G. CONTE, F. DI MARZIO (a cura di), *La sintesi negli atti giuridici*, cit., 73 ss., prec. 74.

⁽⁹⁷⁾ Così ancora L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 147; e, *si vis*, sul rischio che così accada, S. DALLA BONTÀ, *Mediazione e processo*, cit., par. 8.

⁽⁹⁸⁾ Il riferimento è qui alla differenza tra presupposti del ricorso alla c.d. mediazione demandata dal giudice, ossia dell’ordinanza di invio delle parti in mediazione lite pendente, ai sensi dell’art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 del 2010, da un lato, e dall’altro, presupposti per la formulazione della proposta giudiziale transattiva o conciliativa ai sensi dell’art. 185 *bis* c.p.c. Tale differenza è emersa con nitore nell’implementazione del modello operativo «Con-Senso» sulla promozione della mediazione demandata, sviluppato nell’ambito del progetto «Per una giustizia giusta: Innovazione ed efficienza negli uffici giudiziari – Giustizia Agile», nel quadro del Programma Operativo Nazionale *Governance* e Capacità Istituzionale quale strumento della politica di coesione del ciclo 2014-2020, finanziato dall’Unione europea; progetto ideato e realizzato sotto la responsabilità scientifica della Professoressa Paola Lucarelli dell’Università di Firenze. Per un’introduzione al progetto v. A. SIMONCINI, *Prefazione*, in P. LUCARELLI (a cura di), *Giustizia sostenibile*, cit., 7 ss.; per una puntuale descrizione del modello «Con-Senso» v. M. TESTI, *La mediabilità delle liti: un modello operativo innovativo per l’efficienza della giustizia*, *ivi*, 245 ss. L’attuazione di tale modello operativo ha messo in luce come, mentre la formulazione delle proposte *ex art.* 185 *bis* c.p.c. presuppone una previsione da parte del giudice dell’esito decisorio della causa e quindi del contenuto della sua possibile decisione, l’invio delle parti in mediazione ai sensi del citato art. 5 *quater* d.lgs. n. 28 cit. si fonda sulla capacità del giudice di cogliere, e così di intuire, l’esistenza degli interessi delle parti che si agitano dietro le loro asserite pretese, contestazioni e contro-pretese giuridiche; interessi tali da poter far supporre una

composizione che, talvolta, per la natura del conflitto e i rapporti con le parti, è possibile rinvenire già in sede giudiziale ⁽⁹⁹⁾; più spesso, è soltanto scorta tra le pieghe del dialogo processuale, per apparire invece perseguibile fuori dal processo, ad esempio mediante l'invio giudiziale delle parti in mediazione, quale sede più adeguata, in ragione del suo carattere riservato, informale e flessibile, alla ricerca dell'integrazione degli interessi delle parti ⁽¹⁰⁰⁾.

Che questo sia possibile, dipende dal livello di prossimità che avvocati e giudice sanno guadagnare, rispetto alla lite e alla postura in essa delle parti, attraverso un confronto diretto e leale in seno al processo e sul materiale processuale. Un confronto che per essere davvero fecondo, anche in vista delle finestre conciliative che esso può schiudere, non può però contare soltanto sul «linguaggio della distanza», ossia quello scritto e stereotipato «che ha eletto a suo baluardo la lontananza» ⁽¹⁰¹⁾, ma deve nutrirsi anche dell'oralità, intesa quale scambio contestuale, e così sincrono, tra i protagonisti del processo ⁽¹⁰²⁾.

loro possibile integrazione al tavolo di mediazione, cui le parti vengono inviate, ai fini della composizione consensuale della controversia

⁽⁹⁹⁾ Così L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 134; nonché, *si vis*, S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, in S. DALLA BONTÀ, E. MATTEVI (a cura di), *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota*, Napoli, 2022, 51 ss., 63 ss.

⁽¹⁰⁰⁾ A riguardo, di nuovo, L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 134; S. DALLA BONTÀ, *Il giudice quale promotore di una giustizia consensuale*, cit., 67 ss., e, a seguito della riforma del processo civile introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, ID., *La (nuova) introduzione e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri lato sensu conciliativi del giudice. Un innesto possibile?*, in questa *Rivista*, 2022, 587 ss., spec. 619 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Così B. MORTARA GARAVELLI, *Strutture testuali e stereotipi nel linguaggio forense*, in A. MARIANI (a cura di), *La lingua, la legge, la professione forense*, Milano, 2003, 8-10.

⁽¹⁰²⁾ In questo senso I. PAGNI, *Le misure urgenti in materia di giustizia per contrastare l'emergenza epidemiologica: un dibattito mai sopito su oralità e pubblicità dell'udienza*, in <www.judicium.it>, 15.12.2020, par. 5; L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 143; S. DALLA BONTÀ, *La (nuova) introduzione*

Se il diritto è relazione⁽¹⁰³⁾, tale è anche il processo, con la conseguenza che questo può condurre alla decisione giusta, come alla virtuosa apertura di finestre conciliative dentro o fuori la sede processuale, soltanto ove la ‘relazione’ tra parti, avvocati e giudice sia sentita e praticata in vista della vera comprensione della lite e del conflitto da cui essa origina⁽¹⁰⁴⁾. Ciò è possibile soltanto attraverso un dialogo che ‘non giri a vuoto’, ma sia frutto di preparazione, studio e attenzione alle persone che di quella lite sono protagoniste. Diversamente significa che «gli affanni dell’uomo

e trattazione della causa nel processo di prime cure e i poteri lato sensu conciliativi del giudice, cit., 622 ss.

⁽¹⁰³⁾ Lo sottolinea P. GROSSI, *Sull’odierna ‘incertezza’ del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 925 ss., laddove avverte sul reduzionismo di una visione del diritto quale sola espressione del potere che si traduce in comando, in quanto destinata a depauperare il diritto della sua complessità e vivacità sociale; nonché, da ultimo, riprendendo riflessioni già espresse dall’a. sul punto, N. LIPARI, *Per un nuovo manuale di diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 157, che invita al passaggio dall’idea della norma come comando, rispetto alla quale si può solo avere la coppia obbedienza-disobbedienza, a un diritto *ex parte societatis*, mediante un’esaltazione della dimensione orizzontale, e non solo verticale, del diritto. A riguardo v. T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell’orizzontalità nel diritto*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2014, 9 ss.; nonché ID., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021, in cui – come efficacemente recensisce L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 126 – la «malta» che l’a. ha utilizzato per rinsaldare e rin vigorire la dimensione orizzontale del diritto è «l’inserimento della fiducia come elemento strutturale del diritto». Ne consegue che il diritto, prima che indirizzarsi ai funzionari, ha quali destinatari i consociati, dal momento che esso costituisce criterio di orientamento delle loro condotte: i sistemi normativi sono perciò, primariamente, «dispositivi di relazione», come dice S. NATOLI, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016, 107.

⁽¹⁰⁴⁾ In questo senso si vedano le prese di posizione delle Assemblee nazionali degli Osservatori sulla Giustizia civile del 2023 e del 2024: v., rispettivamente, L. BREGGIA, *Una proposta degli Osservatori sulla Giustizia civile in merito alla riforma del processo civile. Tra buone prassi e auspici correttivi al d.lgs. n. 149 del 2022*, in questa *Rivista*, 2023, 381 ss.; nonché il *Report* su «Buona scrittura e gestione efficace dell’udienza per una trattazione effettiva nell’interesse delle parti e di una buona amministrazione della giustizia» del gruppo di lavoro su «Il processo civile: novità normative e buone prassi» dell’Assemblea nazionale tenutasi a Salerno il 24-26 maggio 2024.

vivo non contano più» ⁽¹⁰⁵⁾, e che le parole di avvocati e giudice non sono rimedio, ma solo «fossile sintattico e lessicale divenuto una specie di segno di riconoscimento: una sorta di distintivo di appartenenza a un club molto esclusivo» ⁽¹⁰⁶⁾.

14. Per un linguaggio 'integrato' di giustizia: la prospettiva di una formazione comune? – Alla luce delle riflessioni svolte, si intende come la sfida lanciata da un sistema integrato di giustizia sia (anche) una sfida alla cura delle parole per tutti coloro che siano coinvolti nel conflitto: dai suoi protagonisti – le parti – a chi, ciascuno nel proprio ruolo, si pone al servizio della sua soluzione.

Una tale cura delle parole, sinonimo di comunicazione efficace, risponde d'altronde al valore di una giustizia effettiva, dove la garanzia di effettività si traduce in attenzione ai bisogni di coloro che vivono il conflitto e la lite. Ciò accade nelle sedi agiurisdizionali di soluzione del conflitto, dove la cura delle parole diventa strumento di riattivazione di una comunicazione interrotta in vista di una composizione consensuale della controversia che, integrando i veri bisogni delle parti, sia forgiata su loro misura ⁽¹⁰⁷⁾. Ugualmente accade nella sede giurisdizionale, allorché il processo – e l'arbitrato – si informi(no) ad un dialogo processuale tra parti, avvocati e giudice preparato con attenzione, studiato per tempo e condotto con lealtà, in vista della pronuncia di una deci-

⁽¹⁰⁵⁾ Sono queste, ancora, le parole di P. CALAMANDREI, *La dialetticità del processo*, cit., 687.

⁽¹⁰⁶⁾ Così B. MORTARA GARAVELLI, *Strutture testuali e stereotipi nel linguaggio forense*, cit., 8.

⁽¹⁰⁷⁾ Interessante il richiamo, da questa prospettiva di indagine, alla ricostruzione della c.d. riflessività del diritto offerta da G. TEUBNER, *Substantive and Reflexive Elements in Modern Law*, in *17 Law & Society Review* (1983), 239 ss., secondo cui – come ricorda L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 121 – «[r]iflessività del diritto vuol dire recuperare l'aspetto pragmatico e sociale affinché il diritto, con la sua ragionevolezza, possa presentarsi come specchio sociale», con la conseguenza che le persone possono riconoscersi, praticandolo e rispettandolo.

sione giusta che per essere tale deve accordare un rimedio effettivo ⁽¹⁰⁸⁾.

In entrambe le sedi – a-giurisdizionale e giurisdizionale – il giurista, nei suoi diversi ruoli, e il suo linguaggio giocano un ruolo decisivo: avvocati e giudice, infatti, sono chiamati alla cura delle parole, cui essi, nel quadro di un sistema integrato di giustizia, dovrebbero essere educati da una formazione comune – anche in vista di un comune reclutamento – che presti attenzione non solo alla precisione tecnico-giuridica, ma anche alla complessità ed interdisciplinarietà della comunicazione efficace ⁽¹⁰⁹⁾. Soltanto in questo modo si potrebbe giungere ad una benefica «*re-visione* – nel senso di nuova visione» del modo di essere avvocato e giudice, a sostegno di una rinnovata sinergia tra professionisti legali della cura (e prevenzione) del conflitto che sia frutto di un ‘armonico equilibrio’, interiore ed esteriore, tra diritto e altri saperi ⁽¹¹⁰⁾. Un’aurea armonia degna di un’umanistica divina proporzione.

⁽¹⁰⁸⁾ Come accortamente evidenziato – v. A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 355 ss. – l’attenzione al profilo dell’effettività dei ‘rimedi’ nell’esercizio della funzione giurisdizionale tende ad accorciare le distanze del mezzo di tutela rispetto all’interesse o al bene che si intende tutelare. Dice L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 121, che «[q]uesto è un punto in comune con i sistemi di soluzione dei conflitti diversi dal processo, che, nella finalità del legislatore europeo, servono a garantire proprio l’effettività dell’accesso alla giustizia, offrendo soluzioni flessibili e adeguate rispetto agli interessi da soddisfare». Il *quid aliud* e *pluris* delle vie a-giurisdizionali, rispetto a quella giurisdizionale, risiede però nel fatto che le prime «si disancorano dall’interesse riconosciuto dall’ordinamento, ci si svincola anche dall’*an* della protezione, per offrire, in certi campi, la tutela di interessi che la fattispecie giuridica non assicurerebbe nel caso concreto».

⁽¹⁰⁹⁾ In questo senso P. LUCARELLI, *La nuova mediazione civile e commerciale*, in questa *Rivista*, 2023, 339 ss., prec. 348 ss.; F. GHIRGA, *La cultura della mediazione*, cit., 66; L. BREGGIA, *Il giudice civile dinanzi alla mediazione*, cit., 132.

⁽¹¹⁰⁾ Si riprendono qui le parole di ID., *op. loc. ult. cit.*

Abstract

Nel restituire la relazione tenuta al Convegno dedicato a «*La cura delle parole. Sinteticità e chiarezza nel dialogo processuale e nella giustizia consensuale*», tenutosi il 5 dicembre 2023 nell'Università di Trento, lo scritto pone in evidenza l'importanza rivestita dalla cura delle parole, non solo dentro, ma anche fuori dal processo. L'attenzione alle parole è infatti strumento essenziale in vista di una composizione consensuale della controversia, da un lato, evitando l'esacerbazione del conflitto, dall'altro, contribuendo a creare un contesto propenso alla genesi di sue soluzioni creative. In questa direzione, ruolo centrale riveste l'avvocato sin dal primo colloquio con il cliente, in quanto professionista cui costui si rivolge per trovare ausilio e sostegno tecnico nella soluzione del 'problema'. La cura delle parole è però richiesta anche alla persona stessa che vive il conflitto così come al giudice, ove adito, quale possibile promotore, lite pendente, di soluzioni conciliative. La cura delle parole, quindi, come seme per un'immagine rinnovata di giustizia, che non più concentrata sulla sola dimensione avversariale del processo, si apre alla soluzione consensuale, con il benefico indiretto effetto di preservare quel bene comune e indispensabile, tanto scarso quanto prezioso, che è la giurisdizione.

Drawing on the speech delivered at the Seminar 'The care of words. Clarity and conciseness in civil litigation and alternative dispute resolution mechanisms', held at the University of Trento on 5 December 2023, the article explores the crucial role of 'the care of words' in diffusing conflict, rebuilding trust, and generating creative solutions. To this end, lawyers can play a pivotal role in encouraging conflicting parties to adopt a cooperative and non-adversarial approach to conflict resolution. In this respect, client interviews represent a unique opportunity for lawyers to empower parties, explore their interests, and assess the best way to deal with their problems. Effective communication, appropriate questions, active listening, and con-

structive feedback are some of the tools lawyers can use to foster a collaborative approach to problem resolution. This 'new' lawyer will be the best promoter of a 'new' justice which, by integrating judicial and non-judicial dispute resolution mechanisms, will foster social cohesion and preserve the judicial function for disputes that truly require the intervention of a third-party decision.

GIUSEPPE RUFFINI (a cura di), *Diritto processuale civile*, vol. I, *La giustizia civile*, il Mulino, Bologna, 2023, 1-549; vol. II, *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, il Mulino, Bologna, 2024, 1-506.

Se coglie nel segno la provocazione sattiana che stima decisione eroica quella di intraprendere la stesura di un'opera che si indirizzi in modo completo al commento del codice di procedura civile, i primi due volumi del trittico manualistico dedicato al diritto processuale civile, a cura di Giuseppe Ruffini e edito da il Mulino, vincono la sfida, e centrano con sicurezza gli obiettivi dichiarati che questa indubbia fatica si pone(va).

Per impostazione, contenuti e forma, l'opera in tre volumi e a più mani, sotto la regia del sapiente curatore, felicemente riesce nell'arduo compito che invero ogni manuale dovrebbe assolvere: quello di offrire «lezioni a misura degli studenti, comprese da tutti», non rinunciando al contempo a «stimola[re] i più meritevoli a sviluppare un pensiero critico» (*Premessa*, vol. I, 15). Un traguardo, questo, ambizioso, destinato a guadagnarsi soltanto ponendo al centro lo studente che per la prima volta si affacci alla materia, con la sua naturale esigenza (e difficoltà) di comprenderla e, al tempo stesso, con la vivace curiosità di conoscere la giustizia civile nelle diverse forme in cui essa si realizza.

Mostrando lodevole rispetto per il lettore, il curatore riconosce che siffatta impresa eroica debba muovere dalla non facile decisione di «ripensare intermente la materia» e, con ciò, dall'umiltà e capacità di «guardarla con occhi nuovi», attraverso cui «offrire una ricostruzione sistematica», che consenta di ordinare e analizzare la legislazione vigente e dalla quale «non può prescindere né il giurista

che voglia interpretare il significato dei testi normativi né il legislatore che voglia modificarli» (ancora, *Premessa*, vol. I, 15-16).

Sono, questi, tratti che segnano, con evidenza, i volumi dell'opera – di cui due già pubblicati – dedicati, rispettivamente, ai principi generali della materia (vol. I, *La giustizia civile*, con il contributo anche di Valentina Bertoldi e Marco Gradi); agli strumenti finalizzati alla soluzione consensuale delle liti e al processo giurisdizionale di cognizione, in primo grado e nei gradi di impugnazione (vol. II, *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, con il contributo anche di Valentina Bertoldi, Marco Gradi, Emanuele Odorisio, Giorgio Giuseppe Poli e Nicola Sotgiu); all'attuazione dei diritti mediante la tutela esecutiva, alle diverse tipologie di procedimenti speciali e al processo davanti agli arbitri (vol. III, *L'esecuzione forzata, i procedimenti speciali e l'arbitrato*).

Il coraggio e la freschezza del 'nuovo sguardo' rivolto alla materia della giustizia civile attraversano tutta l'opera, a partire dall'acuta sensibilità – che la Rivista che questa segnalazione ospita non può che condividere ed apprezzare – per una visione integrata di giustizia, che ambisca ad unire in sé, in co-esistenza virtuosa, vie a-giurisdizionali e giurisdizionali di soluzione del contenzioso civile. Si tratta di una rivisitazione importante della trattazione della giustizia civile, che ne ripensa le coordinate alla luce delle più recenti evoluzioni sovranazionali, euro-unitarie e nazionali, in vista dell'esaltazione dell'autonomia privata delle parti, senza al contempo negare né sminuire centralità e indefettibilità della tutela giurisdizionale.

Un tale mutamento di sguardo, più maturo e completo, emerge, con decisione, dall'architettura del trittico di volumi che compone l'opera.

Se nel primo capitolo del volume I – dedicato a *Giustizia, giurisdizione, processo* (a firma di G. Ruffini) – alle riflessioni sul rapporto tra diritto e giustizia (par. 1) segue l'introduzione a *La giustizia consensuale* (par. 2), anteposta a *La giurisdizione* (par. 3), il volume II è intitolato *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, ed

è aperto da un primo capitolo (ancora della penna di G. Ruffini) su *I procedimenti di giustizia consensuale*, cui logicamente segue quello (di M. Gradi) su *I modelli del processo di cognizione*.

Questa innovativa impostazione discende dal dichiarato riconoscimento che «[l]’ordinamento (...) si realizza quotidianamente attraverso la spontanea cooperazione degli individui». Di qui, l’aperta constatazione per cui «[i]l modo più naturale ed efficiente per comporre le controversie su diritti soggettivi rientranti nella disponibilità delle parti è quello che si realizza attraverso l’autocomposizione, ad opera delle stesse parti in conflitto. Queste ultime conoscendo più di chiunque altro le ragioni della controversia e i propri effettivi interessi, non sempre coincidenti con i diritti soggettivi tutelabili in via giurisdizionale, sono potenzialmente in grado di comporre la stessa in modo più soddisfacente ed efficace di quello che potrebbe essere assicurato da una decisione eteronoma, ad opera di un terzo» (vol. I, cap. I, par. 2, 22). Per questo, si sottolinea, «negli anni più recenti (...), anche a seguito di iniziative dell’Unione europea, si è acquisita la consapevolezza dell’opportunità di una regolamentazione generale e organica di tutte le forme di giustizia consensuale, ormai percepite non soltanto come mezzi di riduzione del carico giudiziario, ma anche come strumenti di giustizia partecipativa attraverso cui le parti in lite possono raggiungere, con l’aiuto di terzi, soluzioni autodeterminate dei loro conflitti, in grado di realizzare meglio i loro interessi e, al contempo, di assicurare una maggiore coesione sociale» (vol. II, cap. I, par. 1, 18).

Nella consapevolezza del virtuoso rapporto che deve unire giustizia consensuale e processo giurisdizionale, destinato ad intervenire quando la prima fallisca, si spiega la bella riproduzione che impreziosisce la copertina dei volumi: il bassorilievo in gesso del 1792 di Antonio Canova, conservato alle Gallerie di Piazza Scala a Milano. Un’allegoria della *Giustizia* che, diversamente da quella più tradizionale, viene rappresentata dal fine scultore come una donna priva di benda sugli occhi, dallo sguardo pacato, che, senza spada nella

mano destra, porge a chi di fronte a lei si ponga una bilancia dai piatti in equilibrio.

Il motivo della scelta di questa originale immagine della Giustizia si scorge nei tratti portanti dell'intera opera manualistica. Da un lato, l'allegoria canoviana traduce in arte l'esortazione alla (auto)responsabilità dei consociati, chiamati essi stessi a far buon uso della (auto)determinazione, e quindi della loro autonomia privata, nella soluzione della conflittualità, alla luce della stella polare rappresentata dal dovere inderogabile di solidarietà sociale quale principio cardine della Costituzione italiana, i cui precetti sono doverosamente richiamati in tutto lo svolgimento dell'opera. Dall'altro, l'elegante bassorilievo restituito in copertina sintetizza, nell'effigie del volto pacato ad occhio scoperto e della bilancia in equilibrio, la convinzione che innerva l'intero manuale e che, con stile sobrio ma beneficamente assertivo, offre al lettore: «il processo deve servire la giustizia. L'interpretazione delle regole processuali deve favorire il raggiungimento di soluzioni giuste» (*Premessa*, vol. I, 15); «l'essenza della giurisdizione consiste nel rendere giustizia», e per l'effetto «[l]a risoluzione della giurisdizione in giustizia implica la radicale negazione del rapporto formale tra giurisdizione e legge. Non vi sono dei comandi da riprodurre per il caso concreto o sanzioni da assegnare a chi si sia reso responsabile della loro violazione, come se l'uomo fosse al servizio del diritto e non viceversa: la giustizia, lungi dal consistere nella repressione dell'illecito e nella attuazione della legge, nel senso in cui queste comunemente si intendono, ha un carattere originario, creativo nella dinamica dell'ordinamento» (vol. I, cap. I, par. 1, 21-22).

La risoluzione della giurisdizione in giustizia richiama l'altro asse portante dell'architettura dell'opera: la centralità del contraddittorio, inteso quale «tessuto connettivo del processo, idoneo a collegare gli atti da cui il processo è composto e i soggetti che nello stesso si muovono»; tra cui le parti, che «esercitano le prerogative del loro inviolabile diritto di difesa (art. 24 Cost.) e la cui realizzazione presuppone una equa distribuzione tra i vari soggetti di posizioni

tra loro mutualmente implicate» (vol. I, cap. I, par. 5, 35). Un contraddittorio che, quale garanzia processuale fondamentale e conseguente discrimine tra processo e procedimento, non potrà subire arretramenti neppure a fronte del riformulato art. 101, 2° comma, c.p.c. «al fine di legittimare le violazioni (...) che il giudice ritenga, con un giudizio prognostico, non lesive del diritto di difesa» (vol. I, cap. I, par. 6, 37).

Se il contraddittorio è condivisibilmente indicato quale tessuto connettivo del processo, si intende la struttura del primo volume, dedicato ai principi della giustizia civile, che si articola in diciotto capitoli, a firma di G. Ruffini – tranne il settimo e ottavo, di V. Bertoldi, e il sedicesimo e diciottesimo, di M. Gradi – che muovono dalla citata cornice introduttiva su *Giustizia, giurisdizione, processo* (cap. I), per passare a *Giurisdizioni, giudici, uffici giudiziari* (cap. II), *La norma processuale civile* (cap. III), *La tutela giurisdizionale dei diritti* (cap. IV), *La domanda di tutela giurisdizionale e la difesa in giudizio* (cap. V), *Il processo cumulativo* (cap. VI), *Gli atti del processo civile* (cap. VII), *La nullità degli atti processuali* (cap. VIII), *Le parti* (cap. IX), *La pluralità di parti* (cap. X), *Le modificazioni riguardanti le parti* (cap. XI), *Il pubblico ministero* (cap. XII), *Astensione, ricazione e responsabilità dei giudici e degli altri organi giurisdizionali* (cap. XIII), *I limiti della giurisdizione del giudice ordinario in materia civile* (cap. XIV), *La competenza dei giudici ordinari in materia civile* (cap. XV), *Il giudice e i fatti* (cap. XVI), *Il giudice, le norme di diritto e l'equità* (cap. XVII), *Il risultato del processo* (cap. XVIII).

Da un siffatto indice del volume I emerge, con nitore, come alla linearità della sua solida intelaiatura – a vantaggio di un'introduzione progressiva del lettore al processo, ai suoi soggetti e alle sue dinamiche, nel tessuto connettivo del contraddittorio – si accompagni l'aspirazione ad avvicinare chi legge, ed in particolare lo studente, al sistema e, con questo, alla maturazione del pensiero critico.

Lo dimostra la scelta di dedicare un capitolo autonomo, il XVI, a *Il giudice e i fatti*, in cui l'esposizione si svolge intorno ad un 'tema', illustrato – o meglio: indagato – da molteplici prospettive e dall'angolatura di fasi diverse del processo (ma anche a questo anteriori), con il benefico risvolto didattico di indurre alla riflessione non solo sul 'prisma processuale', ma anche sulla complessità del rapporto tra processo, diritto sostanziale e fattualità dello scorrere della vita, cui legislatore e operatori pratici sono chiamati a rispondere guidati dalla necessità di trovare un punto di equilibrio tra accertamento del fatto, proporzionalità e ragionevolezza di tempi e costi del processo, giustezza del risultato del processo. Il tema de *Il giudice e i fatti* diventa così occasione per un'analisi e uno studio 'per problemi', attuali e urgenti rispetto al passato delle codificazioni ottocentesche, e destinati a farsi sempre più acuti (si pensi alle questioni del *Diritto alla prova e asimmetria informativa*: par. 5; de *Le indagini esplorative*: par. 16, quali declinazioni del più ampio e annoso tema della ricerca della verità nel processo civile e della cooperazione tra le sue parti). Non solo. Esso apre al lettore l'orizzonte di un approccio 'relazionale' allo studio del diritto processuale civile, che mette cioè in relazione nella cornice di un sistema – come da *Premessa*, vol. I, cit. – il fenomeno della giustizia civile, su cui non può mancare, pena la sterile vivisezione – che non è al servizio dell'uomo, ma del mero erudito – una visione d'insieme.

In questa direzione si apprezza la struttura impressa al volume II, che incentrato, come detto, su *La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, fa seguire al citato paragrafo d'esordio dedicato a *I procedimenti di giustizia consensuale*, a firma di G. Ruffini, quello steso da M. Gradi, che guida, con intento ordinatore, attraverso la «molteplicità dei processi di cognizione davanti al giudice statale», passibili peraltro di «una pluralità di varianti», avvertendo sul rischio di «un'eccessiva frammentazione, che può generare caos e incertezza negli operatori pratici in relazione all'individuazione delle regole del gioco» (par. 2, 41, 43). L'osservazione, che sollecita alla riflessione sul ruolo del 'sistema', che sempre dovrebbe illuminare il

legislatore nella modifica (o meno) delle regole processuali (v. *supra* *Premessa*, vol. I, 15-16), apre a spunti comparatistici. In particolare, in quest'occasione – come nelle altre misurate finestre comparatistiche che costellano l'opera – il raffronto si svolge tra le diverse scelte abbracciate dalle tradizioni di *civil* e *common law*, onde rammentare relatività e mutabilità della disciplina del processo e la sua stretta connessione con il quadro 'ordinamentale' in cui quella si inserisce.

È su queste premesse 'categoriali' che si fondano articolazione e svolgimento del volume II, che approfondisce, in distinti capitoli, i processi dedicati alla tutela dichiarativa: il processo ordinario di cognizione (cap. III, di V. Bertoldi), il procedimento semplificato di cognizione (cap. IV, di M. Gradi), il processo del lavoro (cap. V, di G.G. Poli), il processo in materia di persone, minorenni e famiglie (cap. VI, ancora di G.G. Poli). Segue la trattazione delle ordinanze anticipatorie e decisorie, del processo contumaciale e della sospensione, interruzione ed estinzione (rispettivamente, capp. VII, VIII, IX, di N. Sotgiu); e di qui la correzione dei provvedimenti (cap. X, di E. Odorisio), nonché il sistema delle impugnazioni (cap. XI-XVI, di G. Ruffini e E. Odorisio).

Seguendo un'intelaiatura chiara e ragionata, il manuale curato da G. Ruffini è quindi il risultato di uno sforzo collettivo, maturato sotto la direzione di un attento regista, la cui maestria nel coordinare il contributo dei suoi «migliori allievi, oggi brillanti colleghi (...) secondo il loro talento» (*Premessa*, vol. I, 15) si manifesta nell'omogeneità strutturale che ogni capitolo presenta e nello stile limpido, piano e lineare che segna l'intera opera.

Ciascun capitolo si snoda sicuro per paragrafi dai titoli brevi, corredati, a margine del corpo del testo, da glosse ben cadenzate e formulate, che nel selezionare poche parole a sottolineatura del concetto chiave espresso nel testo, anticipano al lettore, prima ancora di addentrarsi nello studio, contenuti e percorso logico seguito; lo accompagnano, cammin facendo, nella fissazione delle nozioni principali, e, una volta terminato lo studio, gli consentono di tornare con facilità all'essenziale, ossia a quella 'radiografia' del capitolo

che per lo studente diventa punto di riferimento nell'organizzare e riorganizzare le idee e cogliere e/o rinsaldare il 'sistema'.

Con periodare asciutto che nulla concede all'inutile e all'eccesso, il lettore è sottilmente ed emulativamente educato a quella sobrietà della scrittura che oggi trova codificazione nei principi di sinteticità e chiarezza degli atti giudiziari di cui all'art. 121, 1° comma, c.p.c. Con ammirevole umiltà il curatore risponde così all'esortazione di «ricostruire il sistema non in modo che non ci sia più nulla da aggiungere, ma in modo che non ci sia più nulla da togliere» (*Premessa*, vol. II, 16). *Quod abundat vitiat*, d'altronde: il superfluo non rinforza, distrae.

Se la premessa al primo volume di questo efficace trittico manualistico rammenta al lettore, con profonda saggezza, che la radice della sapienza è amara ma dolce ne è il frutto, non si nutre dubbio alcuno che, per come pensato, steso e curato, questo strumento di apprendimento della conoscenza del diritto processuale civile ne renda la radice meno amara e pieno il piacere recato dal suo carnoso frutto.

Silvana Dalla Bontà

ANNA NYLUND and ANTONIO CABRAL (eds.), *Contractualisation of Civil Litigation – Contractualisation de la Procédure Civile*, Cambridge, Intersentia, 2023, I-XV, 1-517.

When the University of Antwerp recently awarded Katharina Pistor – of Code of Capital fame – with an honorary doctorate for her work on critically deconstructing the code of capital in law, their law faculty had the wonderful idea of inviting Katharina Pistor to teach a master class. Prominently featuring therein was and has been the contractualisation of civil litigation. It should be considered very timely then that the International Academy of Comparative Law commissioned a report on the issue, resulting in a large volume comprising of a general report and country reports along the lines of a questionnaire, edited by Anna Nylund and Antonio Cabral.

Such volumes may have attracted their share of criticism in the past, for their linear approach and failure to engage in a dialogue on the national reporters' findings. But at a time when factual exactitude is under the pressure of generative AI, the initiative should be applauded for providing such a valuable resource work on the issue, even more so since the editors have taken the trouble of connecting the national reporters' findings in an aptly named general report.

In the following lines, I will reflect on the country reports, highlighting some of their findings, before drawing on them to formulate some general reflections. When reading the country reports, I decided rather haphazardly to do so in accordance with what I considered to be regional blocks and/or reports tied together by a common legal tradition. ⁽¹⁾ I am fully aware that this approach does not do justice to the characteristics of each of the jurisdictions

⁽¹⁾ Comp. H. PATRICK GLENN, *Legal traditions of the world*, Oxford, 2014.

treated in the country reports nor is my overview intended to be exhaustive.

Before starting, one may ask what is being understood here as the 'contractualisation' of civil litigation. According to the general reporters, procedural contracts evade a clear definition and should be analysed as a broad, relatively open category entangled with other trends in civil proceedings and embedded in specific legal-cultural contexts. ⁽²⁾ Sorabji seeks to differentiate between contract procedure, i.e. the means by which litigants can agree to alter procedural obligations or powers that would otherwise be imposed upon them by the law, and civil procedure providing a basis for parties to reach agreement on a wide range of procedural issues, due to an overarching commitment to party autonomy. ⁽³⁾ Hershkoff and Resnik would reserve the notion of contractualisation to instances where parties of relatively equal status agree to be bound by terms that replace or complement public rules of process. ⁽⁴⁾

Turning to Latin America then as a first regional block. Where Argentina has no generic but only specific provisions authorising the use of procedural agreements, ⁽⁵⁾ their use remains infrequent. ⁽⁶⁾ The intellectual groundwork of the Draft of the new Code of Civil and Commercial Procedure of Argentina, the so-called 'Bases', does however develop further ideas on procedural agreements and could therefore foster a climate for more frequent use of such procedural agreements. ⁽⁷⁾ The situation is entirely

⁽²⁾ A. NYLUND and A. CABRAL, *General report – Contractualisation of Civil Litigation*, 4.

⁽³⁾ J. SORABJI, *Contractualisation of Civil Litigation in England and Wales – Party Autonomy, Contracts, and Procedure*, 193-4.

⁽⁴⁾ H. HERSHKOFF and J. RESNIK, *Contractualisation of Civil Litigation in the United States – Procedure, Contact, Public Authority, Autonomy, Aggregate Litigation, and Power*, 421.

⁽⁵⁾ M.V. MOSMANN, *Contractualisation of Civil Litigation in Argentina – Current Status of the Legislation and Prospects of Procedural Agreements*, 41.

⁽⁶⁾ *Id.*, 43.

⁽⁷⁾ *Id.*, 45-6 and 49.

different in Brazil, with the enactment in 2015 of a general provision allowing procedural agreements (Article 199 of the Code of Civil Procedure), including the possibility to modify the formalities of proceedings.⁽⁸⁾ Although said provision sets a number of limits to the use of such agreements, e.g. the disposable nature of the substantive rights involved, and the capacity and vulnerability of the contracting parties, there are concerns about the extent to which such agreements could affect the courts' prerogatives.⁽⁹⁾ In Chile, procedural agreements are said to defy Chilean legal culture concerning procedural design⁽¹⁰⁾ whereas in Peru, procedural agreements find a constitutional basis in the freedom of contract.⁽¹¹⁾ The proposed legislation would set a new regime for reaching procedural agreements in a general way. In Spain, the principle of legality in Article 1 of the '*Ley de Enjuiciamiento Civil*' stands in the way of such general recognition, but for certain exceptions (territorial jurisdiction, arbitration, and mediation).⁽¹²⁾

Where in Germany initially such procedural agreements would only have been considered valid if a specific legal basis had been provided for,⁽¹³⁾ the authors then continue to offer a rich overview of permissible procedural agreements such as mediation,⁽¹⁴⁾ choice

⁽⁸⁾ A. CABRAL and P.H. NOGUEIRA, *Contractualisation of Civil Litigation in Brazil – Party Autonomy and Procedural Agreements*, 81-3.

⁽⁹⁾ *Id.*, 86.

⁽¹⁰⁾ R.G. ODGERS and C. FUENTES MAUREIRA, *Contractualisation of Civil Litigation in Chile – Oblivious of the Law*, 136-7.

⁽¹¹⁾ G.F. PRIORI POSADA, *Contractualisation of Civil Litigation in Peru – Between the Freedom of Contract and the Right to the Procedure Established by Law*, 350, referring to Article 62 of the Peruvian Constitution.

⁽¹²⁾ M. GARCIA-CASAS, *Contractualisation of Civil Litigation in Spain – Limited Room for Private Autonomy in Spanish Civil Proceedings*, 371 ff.

⁽¹³⁾ F. MAULTZSCH and S. KLINGBEIL, *Contractualisation of Civil Litigation in Germany – A Development Towards More Party Autonomy*, 236.

⁽¹⁴⁾ With interesting developments on the nature of the sanction in case of non-compliance along the way, *Id.*, 237.

of court, ⁽¹⁵⁾ the possibility to exclude interim relief, the format of proceedings, ⁽¹⁶⁾ the burden of proof, types of evidence, expert proceedings, valuation of evidence (this remains within the court's powers of adjudication), cost-shifting and waiver of the right to appeal (which is permissible). They go on to discuss the effectiveness of such clauses along the lines of the parties' characteristics, court types, subject matter, timing, and form before concluding that such procedural agreements mark a trend toward a more demand-oriented procedure. In Poland, the requirement of a specific legal provision as already encountered in Spain and Germany ⁽¹⁷⁾ allows for the use of certain types of procedural agreements, the more controversial ones being agreements excluding certain types of evidence in commercial cases. The Czech reporters consider procedural contracts as being of little note in their jurisdiction. ⁽¹⁸⁾ If unenforceable, such procedural contracts could however give rise to damages. Notable exceptions to the limited role of procedural agreements are discussed: arbitration, mediation, prorogation, and settlement agreements. A greater emphasis on autonomy would nonetheless seem to be developing.

In Italy, having discussed the 'typical' procedural agreements, Sica observes an emerging principle of private choice, based on mutual benefits. ⁽¹⁹⁾ For France, Danet does an admirable job of conceptualising the issue, rightfully pointing out that justice as a public service will always require '*l'ordre public de direction*' and

⁽¹⁵⁾ With strict requirements for non-merchants, *Id.*, 240.

⁽¹⁶⁾ An agreement on written proceedings is still subject to the court's approval, *Id.*, 244.

⁽¹⁷⁾ S. CIESLAK, J. JANKOWSKI, and M. MULINSKI, *Contractualisation of Civil Litigation in Poland – The Admissibility of Procedural Agreements in Civil Proceedings*, 358: 'the closed catalogue'.

⁽¹⁸⁾ P. NAVRATIL and T. STRELECEK, *Contractualisation of Civil Litigation in the Czech Republic – A Strict Approach*, 178.

⁽¹⁹⁾ S. SICA, *Contractualisation of Civil Litigation in Italy – Between theory and Legal Practice*, 285-6.

l'ordre public de protection to counterbalance mere party interests as vested in such procedural agreements. ⁽²⁰⁾

Both the Belgian ⁽²¹⁾ and Dutch reports ⁽²²⁾ offer a thorough overview of the many forms such procedural agreements may take in a legal setting that requires due consideration for the nature of the substantive rights at issue, as well as for the courts' powers of adjudication. In that sense, the freedom of contract has and will always be restricted. ⁽²³⁾ The Belgian report also elaborates on the interplay between procedural agreements and the recent CJEU case law on the Unfair Contract Terms Directive (*id.*, at 70 *ff*).

The Norwegian reporters indicate that the principles of flexibility and active case management including elements of cooperation and proportionality, rather than contractualisation, permeate the 2005 Norwegian Dispute Act ('*tvisteloven*'). ⁽²⁴⁾ Having said that, they nonetheless go on to discuss ADR agreements, proper procedural contracts (on jurisdiction, right to appeal, and costs) and other such agreements considered binding subject to the court's consideration, before concluding that barring these typical forms, procedural contracts are still rare.

Having stressed the importance of the interplay between Constitutional Law and the political agenda of the Communist Party of China, the Chinese report turns its attention to the Civil Procedure Law of 2021, on which the Supreme People's Court has

⁽²⁰⁾ A. DANET, *Contractualisation de la procédure civile en France – De l'équilibre entre ordre public et intérêts privés*, 219.

⁽²¹⁾ L. CLAUS, S. RUTTEN and G. STRAETMANS, *Contractualisation of Civil Litigation in Belgium – A Balancing Act between Party Autonomy, Civil Litigation as a Public Service and Consumer Protection*, 51.

⁽²²⁾ R. VERKERK, D. WALTA-JANSEN, *Contractualisation of Civil Litigation in the Netherlands – the Freedom of Contract and its Limitations*, 311.

⁽²³⁾ *Id.*, 330.

⁽²⁴⁾ A. NYLUND, M. STRANDBERG and M. TJELMELAND, *Contractualisation Of Civil Litigation in Norway – Flexibility and Cooperation in a Rule-Based Tradition*, 335.

the power to issue binding judicial interpretations.⁽²⁵⁾ As judicial practice stands, the courts' controlling powers would not allow parties much leeway for procedural agreements. Frequently relying on German legal scholarship, the report nonetheless uses the notion of 'implicit procedural contracts' to offer a wide variety of instances in which such contracts could be said to be at play. Striking examples are the 'consent judgment after mediation',⁽²⁶⁾ with the adjudicating judge acting as a mediator at the same time (although for this reader at least, it was not entirely clear whether mediation is the apt expression here, or is rather intended to express the judge being actively involved in a case settlement conference between the parties) and the settlement reached at the stage of enforcement, with the active participation of enforcement judges.⁽²⁷⁾ In Japan as well, German law has for historical reasons exerted a profound influence in the area of civil procedure.⁽²⁸⁾ Although no general provisions on procedural agreements exist in the Code of Civil Procedure of 1996, such agreements are allowed on a number of issues.⁽²⁹⁾ Agreements on issues not provided for by the Code would then lack procedural effect and only have substantive value, resulting in these being unenforceable.⁽³⁰⁾ The introduction of a new expedited procedure available at the parties' request has been met with strong reluctance.⁽³¹⁾

The overarching commitment to party autonomy previously associated with England and Wales has been limited to a large extent by the Woolf Reforms and their insistence on active court-

⁽²⁵⁾ Z. CAO, *Contractualisation of Civil Litigation in Mainland China – Doctrines, Rules and Practice*, 143.

⁽²⁶⁾ *Id.*, 159.

⁽²⁷⁾ *Id.*, 171.

⁽²⁸⁾ S. KAKIUCHI, *Contractualisation of Civil Litigation in Japan – Party Autonomy in Procedural Context and its Limits*, 290.

⁽²⁹⁾ *Id.*, 291.

⁽³⁰⁾ For lack of legitimate interest, although that theoretical underpinning is deemed questionable, *Id.*, 296.

⁽³¹⁾ *Id.*, 309-10.

based case management.⁽³²⁾ Throughout his report, Sorabji demonstrates how court control of procedure would act as a restriction on party agreements, also referring to an emerging principle that parties are unable to agree to procedural matters that are contrary to public rights or the wider public interest.⁽³³⁾ Piché for her part paints a vivid picture of the confluence of legal cultures on procedural agreements in Canada.⁽³⁴⁾ The most extensive report in the volume is dedicated to the United States and would justify a review of its own, the authors critically deconstructing how the Supreme Court of the United States has gradually allowed for a system of ‘pushouts’ and ‘cram-downs’ that does not warrant the term ‘contracts’. Theirs is both an engrossing and cautionary tale.⁽³⁵⁾

Cautionary since, as the Court of Justice of the European Union would have it in its latest judgment on Article 25 of the Brussels Recast Regulation, two companies seated in Slovakia entering into a choice of court clause providing for the jurisdiction of the Czech courts are, by doing so, effectively creating the international element required for the Brussels Recast Regulation to apply.⁽³⁶⁾ The judgment has been met with plaudits and criticism alike.⁽³⁷⁾

Both the authors and readers of the present volume may wonder at the apparent ease with which the CJEU has thereby ousted the

⁽³²⁾ J. SORABJI, *Contractualisation of Civil Litigation in England and Wales – Party autonomy, Contracts and Procedure*, 194.

⁽³³⁾ *Id.*, 211.

⁽³⁴⁾ C. PICHÉ, *Contractualisation of Civil Litigation in Canada – Shifting Attitudes Towards Procedural Contracts*, 91 ff.

⁽³⁵⁾ H. HERSHKOFF and J. RESNIK, *Contractualisation of Civil Litigation in the United States – Procedure, Contact, Public Authority, Autonomy, Aggregate Litigation, and Power*, 419 ff.

⁽³⁶⁾ CJEU 8 February 2024, C-566/22, ECLI:EU:C:2024:123, Inkreal, par. 23: ‘since the parties to that dispute are established in a Member State other than the Member State of the court which was seized on the basis of the agreement conferring jurisdiction at issue’.

⁽³⁷⁾ Compare the comments to be found at the online symposium of blogs dedicated to the judgment on Eapil.org, <<https://eapil.org>>.

manifold checks and balances their respective national laws would have put on what at least some would have qualified as domestic procedural agreements previously.⁽³⁸⁾ Accommodating party interests has throughout the diverse national procedural settings consistently been counter-balanced by concerns of protection in cases of ‘party asymmetry’⁽³⁹⁾ and the interest of justice at large, a.o. the interest in giving other litigants their equitable share of the courts’ time.⁽⁴⁰⁾ Abandoning these concerns comes at a price, as Hershkoff and Resnik convincingly demonstrate.⁽⁴¹⁾

It is only one of the many reflections elicited by such a rich volume.

Jachin Van Doninck

⁽³⁸⁾ Compare F. MAULTZSCH and S. KLINGBEIL, *Contractualisation of Civil Litigation in Germany – A Development Towards More Party Autonomy*, 241 and P. NAVRATIL, T. STRELECEK, *Contractualisation of Civil Litigation in the Czech Republic – A Strict Approach*, 188.

⁽³⁹⁾ Comp. DANET, 219.

⁽⁴⁰⁾ Comp. SORABJI, 211.

⁽⁴¹⁾ H. HERSHKOFF and J. RESNIK, 419 ff.

KATIA FACH GÓMEZ, *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study*, European Yearbook of International Economic Law (Special Issue), Springer Nature, 2023, VII-XIV, 1-172.

Among the countless studies devoted to the social and economic disruptions brought about by the COVID-19 pandemic, Professor Fach Gómez's *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study* stands out for its ability to rise above the contingencies of the health crisis and take a long-term view on the implications for the current arbitration community of the growing dependence on digital and IT tools. To this end, her latest monograph opens with the acknowledgment that in today's legal world 'legal knowledge is not enough to achieve efficient legal delivery' (p. 1). Over the last three decades, the advent of the digital economy and the globalisation of the legal market have indeed radically reshaped the legal industry and put technological skills to the centre stage. Based on this uncontroversial premise, the author promotes the recognition of a specific 'duty of technological competence among arbitrators' (p. 9) as a way of expressing the level of digital literacy needed to meet legal requirements, deontological standards, and client expectations.

In order to explore the content and limits of this emerging technological duty, Professor Fach Gómez adopts a five-step approach built around the traditional '5 W questions of journalism' (ibid). Following some short introductory reflections (Chapter 1), the demonstration hence opens with a detailed analysis of *what* the expression 'technological competence' should be understood to mean (Chapter 2), *why* the concept should matter from a legal and financial point of view (Chapter 3), and *who* should bear the burden of such 'technological duty' in the context of arbitration (Chapter 4). The reader is then invited to delve deeper into the legal framework governing the technological competence of arbitrators

by addressing the issues of *where* this competence is regulated (Chapter 5) and *when* it is required in the course of arbitral proceedings (Chapter 6). Finally, the book's conclusion (Chapter 7) sums up the author's main findings, laying out in a pedagogical manner the answers provided to each question and drawing out the main lessons to be learned from them.

Thanks to its interdisciplinary and practical approach – Professor Fach Gómez's work complements the study of traditional legal materials with extensive references to a variety of indexes, statistics, and sectorial surveys, as well as ethical and professional guidelines – the book can attract interest from far beyond the arbitration community. Chapters 2, for example, adopts a broad view of what technological competence entails in today's legal world by walking the reader through a rich gallery of characters, including 'T-shaped legal professionals' (those who successfully combine legal expertise and technological nimbleness) and 'Luddite lawyers' (those whose reluctance to adapt to the new economic realities leaves them on the wrong side of the 'digital divide') (p. 17), before outlining the various ways in which information technology interacts with the administrative, legal, and decision-making tasks of arbitrators. Similarly, Chapter 3 takes an in-depth look at the benefits that may come to technology-savvy lawyers in general and to those involved in the arbitration industry in particular, both in terms of direct gains (in productivity, efficiency, transparency, and client service), and positive externalities (through better reputation, improved collaboration, and enhanced diversity).

Against this rather general background, Chapter 4, 5, and 6 focus more in detail on the implications of technological competence in the field of arbitration. Chapter 4, in particular, examines the specific role that legal assistants (such as arbitral secretaries) play in the context of commercial and investment arbitration, both to define the extent of their own technological duties and fix the limits of the arbitrators' ability to delegate to them at least part of their technological tasks. Furthermore, the chapter also compares the situation of arbi-

trators with that of judges and lawyers, especially when describing the nature of their relationship with non-legal practitioners involved at the different stages of the arbitral process (pp. 51-52). In the same vein, a thoughtful review of lawyers' deontological rules and standards, as well as judicial ethics guidelines and recommendations, precedes a detailed study of the legal framework governing the technological competence of arbitrators, which Chapter 5 mainly apprehends through the prism of national and institutional rules governing arbitral procedure. Lastly, Chapter 6 brings it all together by addressing, in a concrete and dynamic way, the different scenarios in which the arbitrators' technological competence enters into play in the course of the arbitration process, from the pre-appointment phase (with a particular focus on conflict checks and the potential role of technological competence as a selection criterion for arbitrators), to the hot-button issue of the role of arbitrators in organising and chairing remote hearings (to which the author devotes four separate paragraphs), before ending with the specific topics of cybersecurity and data protection in arbitration.

Overall, Professor Fach Gómez convincingly argues that technological competence is not just a question of economic interest, but is rapidly becoming a matter of legal and ethical importance for the arbitration community and the legal industry as a whole. In addition to this core thesis, however, the value of the book lies in its ability to approach from a new angle some of the most discussed challenges posed by the interplay between law and new technologies, as well as the threats that an acritical adoption of new and untested technologies may pose to the legal community. In this regard, the author specifically singles out the potential misuse of predictive legal solutions based on artificial intelligence and raises legitimate concerns about conflicts between technological and economic imperatives of efficiency and productivity, on the one hand, and legal principles such as due process and transparency, on the other (pp. 36-37). In doing so, she also offers a framework for distinguishing between technologies that are limited to assisting legal professionals by improving data

collection, and technologies that, by contrast, focus on data interpretation and might eventually replace human decision-making activities (ibid). On this question as on other similar issues (such as the use of remote hearings outside periods of pandemic, or the discussions about the ethical use of social media by the judiciary), the notion of technological competence could very well shape the debate even beyond the realm of arbitration.

Similarly, the author's emphasis on the international and comparative dimensions of the topics addressed represent a major appeal for any reader interested in learning more about how different legal systems deal with the use of technology in the legal services market. In this respect, the specific attention paid by certain North American legal systems (the United States and Canada in particular) to the deontological regulation of technological competence might seem especially striking to European lawyers, where these topics traditionally fall under the umbrella of general principles such as competence, good faith, integrity, accountability and confidentiality (p. 163).

For all these reasons, *The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study* will undoubtedly become an invaluable source for arbitrators who might wish to take stock of the legal, ethical, and practical implications of the use of technology in their administrative, legal, and decision-making activities. What's more, thanks to the broad, multidisciplinary approach with which the author tackles some of the most fundamental challenges posed by the irresistible rise of information technologies in the legal field, the book is highly recommended reading for any practitioners, mediators, courts, academics and policy-makers who may wish to take a fresh look at the issue of regulating technology in the search for the right balance between legal expertise and innovation in today's legal world.

Marco Buzzoni

Finito di stampare nel mese di settembre 2024
presso Grafica Elettronica srl, Napoli